



ISSN 1415-5400

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

47

março-abril de 2004



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 47 março-abril 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

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



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 Frassetto, 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, Dyrcen 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 Yarochevsky, 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, Maurício 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, Maurício 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 Cecilia Garcia, Jesús-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 Rodríguez, 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), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), 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) e Selma P. de Santana (BA).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Apresentação

O presente número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* é composto, de textos referentes às conferências realizadas no 9.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ocorrido em outubro de 2003. Outros artigos de palestras proferidas no Seminário Internacional serão publicados no próximo número da *Revista*.

Boa leitura!

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 48 – maio-junho – 2004

Adolescentes y responsabilidad penal un debate latinoamericano

Emilio Garcia Mendez

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

Jorge de Figueiredo Dias

**Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos
da noção de violência contra mulher**

Maria Filomena Gregori

La política antidrogas en Colombia y el control constitucional

Mauricio Martinez Sánchez

**Direito de defesa e prova científica: novas tendencias
do processo penal italiano**

Paolo Tonini

**El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente
de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema
financiero (art. 4 de la Ley 7.492/1986)**

Raúl Cervini

Apontamentos sobre o sigilo bancário

Técio Lins e Silva e Marcela Lima Rocha

**A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento
da violência sexual contra a mulher**

Vera Regina Pereira de Andrade

Sumário

1. Direito Penal

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução Celso Sanchez Vilardi	11
O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal Cornelius Prittwitz	31
Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro Ela Wiecko V. de Castilho	46
Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência Ingo Wolfgang Sarlet	60
O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo João Batista Costa Saraiva	123
Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual Luciana Boiteux	146
A dimensão (des)humana do direito penal Paulo Queiroz	188
O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade Sergio Moccia	203

2. Processo Penal

A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95 Alexandre Wunderlich	233
Publicidade no processo penal: a mídia e o processo Flavia Rahal	270
A vítima no Processo Penal: interferências da Lei 9.099/1995 Paula Bajer Fernandes Martins da Costa	284

3. Crime e Sociedade

Seguridad insegura: el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico 293

Gabriel-Ignacio Anitua

Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal ("nuevas" racionalidades punitivas y posible escenarios penales) 316

Iñaki Rivera Beiras

Políticas de drogas: alternativas à repressão penal 360

Maria Lúcia Karam

Outras faces da violência 375

Mario Sergio Cortella

A guerra como instrumento da política 377

Oliveiros S. Ferreira

Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro 386

Paul Chevigny

4. Índice Alfabético-Remissivo 409

Normas de publicação 415

1. Direito Penal

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução

Celso Sanchez Vilardi

Advogado. Professor e Coordenador do Curso de Direito Penal
Econômico do Programa de Educação Continuada da Escola
de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Sumário: 1. Introdução – 2. Do conceito de lavagem de dinheiro – 3. Os tipos penais da Lei 9.613/1998 e o conceito de lavagem: 3.1 A ocultação e a dissimulação; 3.2 Atos que objetivam ocultar ou dissimular a utilização; 3.3 A utilização – 4. Início da execução dos crimes de lavagem – 5. O posicionamento do STF a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro – 6. Crítica ao posicionamento do STF – 7. Conclusões.

Resumo: O autor desenvolve estudo sobre uma das questões de grande complexidade no que tange ao crime de lavagem de capitais – o momento inicial de sua execução – partindo do conceito de lavagem de dinheiro e dos tipos penais fixados pela Lei 9.613/1998 e analisando criticamente o posicionamento do STF a respeito.

Palavras-chave: lavagem de capitais; tipos penais; Lei 9.613/1998; início da execução do crime.

1. Introdução

A importância da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) cresce, a cada dia, na medida em que se percebe ser a aplicação de seus dispositivos a principal arma no combate à criminalidade organizada.

Muito embora até o presente momento seja decepcionante o número de processos penais – levando o Conselho da Justiça Federal a criar uma comissão mista especial para debater as razões do fracasso e propor soluções¹ –, ninguém duvida que a aplicação concreta dos dispositivos desta lei vai aumentar nos próximos anos.

Uma das questões de grande complexidade a respeito de lavagem de capitais envolve o momento inicial da execução do crime, máxime porque é fundamental diferenciar as conseqüências posteriores da prática do crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro.

Para tanto, parece-me imperioso repisar o conceito de lavagem de dinheiro, fixar os tipos consagrados pela lei à luz deste conceito e, finalmente, estabelecer o melhor critério para verificar o momento inicial da execução do crime de lavagem.

O objetivo do presente texto é demonstrar que o conceito de lavagem de dinheiro estabelecido pela doutrina é fundamental para se entender os tipos penais consagrados e o momento inicial da execução do crime.

2. Do conceito de lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro é um processo através do qual o criminoso busca introduzir um bem, direito ou valor provindo de um dos crimes antecedentes na atividade econômica legal, com aparência de lícito (reciclagem). Este processo, em regra, é formado por três etapas distintas: a da ocultação, em que o criminoso dis-

1. A comissão foi criada em setembro de 2002, sob a presidência do Min. Gilson Dipp, e apresentou suas conclusões em 26.02.2003.

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução

tancia o bem, direito ou valor da origem criminosa; a etapa da dissimulação, através da qual o objeto da lavagem assume a aparência de lícito, mediante algum tipo de fraude; e a etapa da reintegração: feita a dissimulação, o bem, direito ou valor reúne condições de ser reciclado, ou seja, reintegrado no sistema, como se lícito fosse.

A maioria dos autores adota a citada divisão, com variações terminológicas, seguindo a orientação do Grupo de Ação Financeira Internacional – Gafi:² introdução, transformação e integração.³

Há autores, porém, que consideram ser o processo de lavagem composto apenas por duas fases: a fase de ocultação e a fase de dissimulação, valendo citar o entendimento de Walter Fanganiello Maierovitch: “A denominada lavagem passa por dois estágios: *money laundering e recycling*”, sendo a primeira fase marcada pela preocupação “de apagar a mancha caracterizadora da origem ilícita”, enquanto a segunda etapa “consiste no reingresso dos capitais lavados no circuito econômico-financeiro e para emprego em negócios lícitos”.⁴

Entendo que a divisão em três fases facilita a compreensão da grande maioria dos processos de lavagem, muito embora, em alguns casos, seja possível compreender perfeitamente o processo a partir de duas fases. É que, na verdade, a fase de reintegração é composta por um ou mais mecanismos de dissimulação, sem os quais não é possível reintegrar o capital ao sistema econômico legal.

2. O Gafi – Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (ou FATF – Financial Action Task Force on Money Laundering) foi criado em 1989 pelo G-7, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com a finalidade de examinar medidas, desenvolver políticas e promover ações para combater a lavagem de dinheiro.

3. Raúl Cervini considera que o processo de lavagem é formado por “fase de colocación u ocultación, fase de control o cobertura y fase de integración o blanqueo propriamente dicho” (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998. p. 81-82. No mesmo sentido Antônio Sérgio Pitombo, que entende que a lavagem de dinheiro “se subdivide em três fases: ocultação (*placement*), dissimulação (*layering*) e fase da integração (*integration*)” (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003. p. 81-86).

4. MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. “As associações criminais transacionais”. *Justiça penal* 3 – Críticas e sugestões. São Paulo: RT, 1998. p. 81-82.

Para este trabalho importa, além da discussão sobre as fases do processo de lavagem, o fato de a doutrina não divergir sobre o conceito de lavagem, sendo o mesmo pacífico, tanto para os doutrinadores estrangeiros quanto para os brasileiros.

Nesse sentido, o conceito de Fabían Caparrós, que define lavagem de dinheiro como o “proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier genero de conductas ilícitas, con independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad”.⁵

Os doutrinadores pátrios não destoam desta posição, valendo citar Luiz Flávio Gomes: “A conduta de lavagem de dinheiro está composta por um complexo de atos, uma pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares”.⁶

De forma geral, a idéia de processo ou conjunto de atos exprime a visão de toda a doutrina,⁷ a respeito do conceito de lavagem de dinheiro, sendo que alguns autores valorizam mais a fase de ocultação, enquanto outros dão maior importância à fase de dissimulação.

Contudo, a evolução dos estudos a respeito do tema aponta para a valorização do objetivo final da lavagem de dinheiro, que é a reintrodução dos capitais ilícitos no sistema econômico. A este respeito, Arángues Sánchez ressalta que “ambas perspectivas se hayan estrechamente vinculadas, pues no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda

5. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 76.

6. Op. cit., p. 320.

7. Segundo Fernandes Godinho, em todas as definições, “está presente a idéia de que o branqueamento de capitais é o processo pelo qual se procura distanciar um bem da sua origem ilícita, conferindo-lhe uma aparência de licitude ou, por outras palavras, dissimulando a sua origem ilícita” (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de “branqueamento” de capitais*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 38).

introducción de ese bien en el tráfico económico legal, le otorga una apariencia de legalidad que dificulta la averiguación de su origen e disminuye las posibilidades de decomisarlo”.⁸

De fato, não se pode conceber a reintegração do capital lavado na economia legal sem que antes este passe pela fase de ocultação, sem a qual não se pode imaginar a dissimulação.

Como se vê, é pacífica a idéia de que a lavagem é um processo composto por diversos atos, cujo objetivo final é a reintegração do objeto da lavagem no sistema econômico legal. Não importa se este processo é formado por inúmeros ou poucos atos; importa que lavagem se caracteriza por ser um processo.

Feitas estas considerações, é de todo oportuno analisar os principais tipos da Lei de Lavagem, à luz deste conceito pacífico. Isto porque não se mostra cabível conceber os tipos penais distanciados do conceito.

3. Os tipos penais da Lei 9.613/1998 e o conceito de lavagem

Verifica-se que o legislador brasileiro tipificou como lavagem as seguintes condutas: (i) a ocultação e (ii) a dissimulação, previstas no *caput* do art. 1.º (“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores (...)”); (iii) atos delimitados pelo § 1.º, tendo por objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização (“incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de (...) I – os converte em ativos lícito; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”); e (iv) a utilização de bens, direitos ou valores, na atividade econômica ou financeira, de bens direitos ou va-

8. ARÁNGUES SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 35.

lores provindos de qualquer dos crimes antecedentes (“utiliza na atividade econômica ou financeira (...”). Em qualquer destes casos, só é possível praticar o crime se o agente tem conhecimento de que o bem, direito ou valor provém de um dos crimes antecedentes, citados no próprio artigo.

A conduta prevista pela lei no art. 1.º, § 2.º, II, não foi mencionada acima, em face da sua ilegalidade. Como se sabe, de acordo com o art. 29 do CP,⁹ a co-autoria exige vínculo psicológico, com propósitos idênticos, além de comportamento relevante e eficaz.¹⁰

Como já tive oportunidade de salientar, “se o agente participa de um escritório, o qual tem, por exemplo, como atividade secundária a prática dos crimes ora estudados, mas, ao mesmo tempo, nunca participou ele do específico procedimento realizado por seus associados, não poderá ser punido. Por outro lado, mas no mesmo sentido, não possuindo dever de ofício, não poderá ser obrigado a denunciar seus associados, afinal ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Se não há unidade de desígnios, não haverá que se falar em co-autoria ou participação, sendo, pois, inaceitável esta disposição. A prevalecer, significa que alguém poderá ser condenado por pertencer a um escritório, pelo simples fato dos outros integrantes resolverem praticar um crime, o que, nos termos do Código Penal, é inadmissível”.¹¹ Esta regra não tem o condão de invalidar os dispositivos do Código Penal referentes à co-autoria e participação.

9. “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

10. Nesse sentido, RT546/342 e RT726/555.

11. VILARDI, Celso Sanchez. “Os crimes de lavagem e reciclagem de capitais”. *Aspectos atuais do direito do mercado de capitais*. Vários autores. São Paulo: Dialética, 1999. p. 54.

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução

Pois bem, feita a ressalva acima, cabe estabelecer o conceito de lavagem de capitais consagrado pela lei brasileira e, para tanto, é imperioso relacionar as condutas consagradas no tipo penal e o conceito de lavagem de dinheiro fixado pela doutrina citada acima.

3.1 *A ocultação e a dissimulação*

Como se demonstrou no início deste trabalho, lavagem de capitais é um processo e, como tal, é constituído pelo conjunto de procedimentos que a compõem.

Lícito concluir, então, que o legislador brasileiro seguiu a trilha da doutrina internacional (até porque, como se sabe, a lei brasileira se aproxima de várias leis alienígenas) e procurou criminalizar o processo pelo qual se lava e recicla um bem, direito ou valor. Daí por que a lei cita ocultação, dissimulação, ocultação da utilização e dissimulação da utilização, entre outras.

Desta forma, o verbo ocultar representa a primeira fase do processo, qual seja, o distanciamento do bem, direito ou valor da origem criminosa, para que se torne apto a ser reintegrado no sistema econômico-financeiro. Na verdade, além do processo de distanciamento da origem criminosa, a ocultação prepara o objeto da lavagem para a fase seguinte, que é a da dissimulação.

Se assim é, o verbo ocultar, consagrado pela lei, pode ser traduzido por “não deixar ver”,¹² e deve ser compreendido como não deixar ver a origem criminosa do bem, direito ou valor que será reintroduzido no sistema econômico legal, como se lícito fosse, através da dissimulação. Assim, qualquer procedimento que objetive esconder a origem criminosa deve ser entendido como típico, se houver prova de que este procedimento é parte integrante do processo de lavagem.

12. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. 11. ed., 21. tir. Editora Gamma, página que se inicia em *ocaso* e termina em *odontológico*.

Não basta, pois, ocultar ou esconder; é necessário que a ocultação integre o processo de lavagem, daí não se poder aplicar o significado literal do verbo ocultar, para explicar este tipo penal. Nesse sentido, a opinião de César Antonio da Silva, ao afirmar que o crime de lavagem é um crime formal: “Trata-se, pois, de crime formal, porque ‘a norma reivindica tão-só que a intenção do agente se enderece à produção de determinado evento, não exigindo, porém, para a consumação do delito, que tal se verifique’. Ao contrário, entendendo-se, ou seja, se o agente oculta, apenas, o ativo proveniente do crime antecedente, guardando-o em lugar seguro, não o introduzindo e nem tendo a intenção de naquele momento introduzi-lo no mercado financeiro, não se terá aí caracterizada a tipificação do crime de ‘lavagem de dinheiro’”.¹³

Conclui-se que, comprovada a ocultação, será mister comprovar a intenção do agente em reintegrar o bem, direito ou valor ao sistema econômico, mediante fraude ou dissimulação.

A dissimulação, do verbo dissimular, segunda conduta tipificada, que o dicionário define como “encobrimento dos próprios desígnios” e “ocultar com astúcia”,¹⁴ pode ser conceituada como o meio pelo qual se dá ao bem, direito ou valor a aparência de legalidade, que lhe permite ser reintegrado ao sistema financeiro. Só pode ocorrer através de meios fraudulentos, aptos a produzir o resultado final: a aparência de legalidade do bem, direito ou valor, provindo de um dos crimes antecedentes.

Desta forma, o verbo dissimular, previsto na lei, deve ser compreendido como esconder, através de um artil, a origem criminoso. Tal conduta tem um *plus* em relação à mera ocultação: através do artil, o objeto da lavagem possui uma aparência de legalidade, daí por que pode ser considerado “lavado”.

13. SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro*. Uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 80.

14. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., página que se inicia em *disponível* e termina em *distribuir*.

3.2 *Atos que objetivam ocultar ou dissimular a utilização*

A terceira conduta tipificada (§ 1.º do art. 1.º) se refere a atos que objetivam a ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes, ou seja, são exemplos de procedimentos que formam o processo final da lavagem. Tais atos estariam na fase chamada por Pitombo, em sua excelente obra, de “integração (*integration*)”.¹⁵ Equivale dizer: depois de ocultada a origem e durante a fase de reintegração do capital ao sistema econômico legal é que o criminoso necessita ocultar ou dissimular a utilização.

É por esta razão que o legislador, ao se referir aos capitais lavados, consagra como conduta quem “os converte em ativos lícitos” (quando o correto seria em ativos aparentemente lícitos). Ora, a conversão em ativo aparentemente lícito, assim como as outras formas especificadas nos incs. II e III do § 1.º do art. 1.º, se referem ao momento final do processo, quando o agente necessita utilizar o produto da lavagem, ou seja, quando precisa reintegrá-lo ao sistema econômico.

Importa consignar que as condutas previstas no § 1.º do art. 1.º não se confundem com a tentativa. Na verdade, o crime será tentado quando o agente, por exemplo, tentar transferir ou ter em depósito determinado bem, e não conseguir por circunstâncias alheias à sua vontade. Isto significa que se o agente praticar uma das condutas deste parágrafo com o objetivo de ocultar e dissimular a utilização, o crime estará consumado, o que se explica exatamente pelo caráter de processo que possui a lavagem, tendo o legislador optado por punir cada fase de toda a operação com pena idêntica à aplicada ao processo concluído.

Neste ponto, acertou o legislador, tendo em vista que, via de regra, várias pessoas participaram dos diferentes procedimentos que formam o processo de lavagem.

15. Op. cit., p. 86.

Isto não significa, porém, que um ato isolado possa ser punido como lavagem, a não ser que se comprove que este ato, além de hábil a produzir o resultado *ocultação e dissimulação* ou *ocultação ou dissimulação da utilização*, está integrado a um processo, sendo parte integrante dele.

3.3 *A utilização*

Por fim, no que tange à última conduta, ousamos dissentir de Marco Antonio de Barros, o qual, ao analisar o dispositivo, entende que “a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, pode submeter o agente à expiação da pena prevista nesta lei”.¹⁶

No meu entender, a utilização tratada pelo parágrafo é a utilização do bem, direito ou valor, depois de passar pelas fases da ocultação e dissimulação, ou seja, a simples utilização do bem, direito ou valor que esteja inserido no sistema econômico legal como se lícito fosse não configura o tipo deste parágrafo.

Não fosse assim, chegaríamos à conclusão de que todas as outras condutas deste artigo (condutas do *caput* e do § 1.º) seriam inúteis, já que não é necessário punir quem oculta ou dissimula o objeto da lavagem ou quem oculta ou dissimula a utilização deste mesmo objeto, tendo em vista que se pune quem o utiliza. Ora, utilizar é “fazer uso de; servir-se”¹⁷ e, então, qualquer uso que o criminoso viesse a fazer do proveito econômico, obtido através do crime anterior, seria, por si, considerado lavagem.

A vingar esta tese, não se está punindo o processo de lavagem de dinheiro, mas o uso do bem, direito ou valor, obtido através do crime antecedente. E, como se sabe, tal não é possível, já que esta utilização pode ser um ato posterior ao co-

16. BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de dinheiro*. Implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 42.

17. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., página que se inicia em *usureiro* e termina em *uzúfuro*.

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução

metimento do crime, ato este, diga-se, não punível; muitas vezes, não chega a ser nem o exaurimento da infração penal.¹⁸

Com razão, portanto, Pitombo, ao consignar que “ao penalista incumbe distinguir as condutas voltadas a conseguir proveito do crime daquelas destinadas a ocultar e dissimular a origem ilícita dos bens. Pois muito embora o produto da lavagem seja proveito do crime antecedente, nem todo comportamento econômico do delinqüente que dá causa a proveito da infração penal anterior constitui o crime de lavagem de dinheiro”.¹⁹

Desta forma, o verbo utilizar, a meu ver, deve ser compreendido como fazer uso do objeto da lavagem, depois que este assumiu a aparência de legalidade.

4. Início da execução dos crimes de lavagem

Determinar o início da execução do crime de lavagem é tarefa árdua, diante da ausência de critérios específicos.

As diversas fórmulas para se individualizar o ato inicial da execução do crime de lavagem foram elencadas por Palma Herrera e podem assim ser resumidas: – pela teoria de Frank “hay que entender como principio de ejecución todos aquellos actos que, por su necesaria pertenencia a la acción típica según la concepción natural, aparecen como partes integrantes de ésta”; – pela teoria de Rodrigues Mourillo, deve-se combinar a teoria de Frank com elementos das teorias subjetivas, salientando a “necesidad de tener en cuenta el plan del autor” e a “necesidad de la puesta en peligro del bien jurídico para que un acto pueda considerarse ya ejecutivo”; – pela teoria de Cobo de Rosal y Vives Antón é necessário ter em conta a idoneidade do ato praticado, para a produção do resultado; e

18. Segundo Aníbal Bruno, o exaurimento do crime ocorre “quando realmente ocorreu todo o dano que poderia resultar do fato praticado pelo autor” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 255).

19. Op. cit., p. 108.

pela teoria de Gimbernat Ordeig e Mir Puig o critério está ligado à “inmediatez temporal con el fin de aproximar los actos ejecutivos al tipo”.²⁰

Como se vê, o rol inclui exemplos de teorias objetivas, para as quais a execução se inicia com a mera prática do ato descrito no tipo penal, e exemplos de teorias subjetivas, para as quais é necessário se verificar a intenção do autor do fato.

O próprio Palma Herrera, contudo, reconhece ser ineficaz a aplicação de critérios isolados, no que tange à lavagem de dinheiro: “Estos criterios junto a otros que también deben ser tenidos en cuenta como el de la univocidad – es indicativo de comienzo de la ejecución que el acto esté inequívocamente dirigido a cometer el delito –, no permiten, sin embargo, sentar unas conclusiones válidas con carácter general para todas las técnicas de blanqueo de capitales”.²¹ Defende, assim, a aplicação de uma teoria mista, que mescle critérios objetivos e subjetivos.

De fato, não se ignora a importância dos critérios acima citados, todos necessários à análise do caso concreto. Em especial, há de se verificar se o meio empregado é hábil para produzir o resultado e se a conduta do agente teve o condão de atingir o bem juridicamente tutelado, entre outros critérios citados.

Mas mesmo estes dois critérios – que me parecem essenciais – deverão ser analisados em conjunto com o conceito de lavagem de dinheiro. Em outras palavras, além da idoneidade do meio empregado e da verificação do abalo ao bem juridicamente tutelado, há que se identificar o ato como integrante do processo, ou do plano criminoso, seja através do conhecimento do plano do autor, seja através do conhecimento do processo de lavagem utilizado.

Dir-se-á que não se pode deixar de punir o agente, porque não se conheceu seu verdadeiro plano de ação. É verdade, e eis por que não defendo a aplicação deste critério isolado. Não menos certo, porém, é que não se pode punir, como

20. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000. p. 650-651.

21. Op. cit., p. 651.

lavagem, a mera ocultação ou a mera utilização, sob pena de se pretender punir, através da Lei de Lavagem, o agente que se vale do proveito da infração.²²

Realmente, ocultar o produto do crime contra a Administração Pública não é, por si, um ato executivo de lavagem de dinheiro, da mesma forma que comprar um imóvel com o dinheiro do tráfico também não é, por si, lavagem de dinheiro.

Desta forma, para que a mera ocultação do produto do crime antecedente seja considerada como ato executivo inicial do processo de lavagem, deve-se verificar se esta mera ocultação está inserida no processo de lavagem e se é apta a produzir o resultado desejado, pois, assim, poderá se dizer que o bem juridicamente tutelado foi atingido.

5. O posicionamento do STF a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro

O primeiro – e talvez único – caso analisado pelo STF, a respeito da lavagem de dinheiro, tratou de recurso ordinário em *habeas corpus*²³ impetrado contra denúncia que imputava ao paciente a seguinte conduta:

“No período (...), para dissimular a origem, a movimentação, a propriedade e a utilização de valores provenientes de crimes praticados contra a Administração Pública (concessão – art. 316 do CP) (...) agindo de forma habitual, converteu-os em ativos lícitos através da inclusão do dinheiro sujo no sistema financeiro, de modo a disfarçar sua origem criminoso, para poder posteriormente reinvesti-lo como capital limpo e insuspeito. Assim procedeu utilizando as seguintes contas correntes (...)

22. Pitombo, citando seu saudoso pai, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, define o proveito da infração: “Já, ao produto indireto, provento ou proveito da infração (*fructus sceleris*) ‘corresponde o resultado útil mediato da operação delinqüencial: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinqüente adveio da utilização econômica do produto direto do crime ou da contravenção’. A título de exemplo, referem-se: o numerário obtido com a venda do objeto furtado; o imóvel adquirido com o dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes” (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 107).

23. RHC 80.816-6-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 18.06.2001.

O *modus operandi* adotado pelo denunciado implica, na verdade, a forma mais comum e mais simples da lavagem de dinheiro. Uma vez em poder da parte que lhe cabia do dinheiro ilicitamente obtido X depositava os valores na conta corrente Y do Banco Z, da empresa A, de sua propriedade, e na conta corrente B, da empresa C, de propriedade de seu cunhado D. Dessa forma, o dinheiro obtido ilicitamente pelo denunciado era misturado aos recursos legítimos das empresas referidas, de modo a torná-lo apto para posteriores investimentos e reinvestimentos”.

Depreende-se do trecho acima citado que ao paciente foi imputada a conduta prevista no art. 1.º, § 1.º, I (“converter em ativos lícitos” com o objetivo de “ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes”).

A defesa do paciente, capitaneada pelo ilustre Dr. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, protestou, alegando que o simples depósito em sua própria conta e de seu cunhado não é meio hábil para a prática de lavagem, posto que qualquer extrato da conta poderia desvendar o chamado dinheiro sujo e que o “autor de concussão, como autor da extorsão, do roubo, do estelionato, caso o produto do crime seja dinheiro em espécie, irá gastá-lo livremente. E esta conduta não configurará um novo crime. Não se trata nem do chamado exaurimento. É um irrelevante penal”.

A decisão da Excelsa Corte foi a de denegar a ordem pleiteada, tendo o culto e ilustre Min. Sepúlveda Pertence afastado a conduta descrita na inicial (“ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo. I – os converte em ativos lícitos”), entendendo, a exemplo do que foi sustentado acima, que esta conduta só pode ser praticada na fase mais adiantada do processo de lavagem de dinheiro; no entanto, manteve a denúncia porque, segundo seu entender, deu-se a ocultação do bem ou, no mínimo, a tentativa de ocultação. Do bojo do v. acórdão, destaco alguns trechos que ilustram a decisão:

“O tipo do art. 1.º, *caput*, recorde-se, é ‘ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente’, de um dos crimes enumerados nos seus diversos incisos.

Para mim, é evidente que o depósito dos cheques, nas circunstâncias do fato imputado, implicou ocultação da origem, da localização e da propriedade de valores oriundos de concussão – vale dizer, de crime contra a Administração Pública – que basta à concretização do tipo do art. 1.º, V, do Diploma Especial.

Redargüi a impetração que ‘não é esta a ‘lavagem’ prevista pelo legislador’.

‘Até porque’ – aduzem os ilustres advogados – ‘a alegada ‘mistura’ só existe no saldo final da conta corrente e não resiste a uma singela análise contábil que individualiza a entrada do capital. O dinheiro sujo que entrou na conta corrente continuará a não ter causa que o justifique. Um simples extrato é suficiente para separar, distinguir, individualizar depósitos’.

Não me convenci, entretanto, de que a realização do tipo, na modalidade inicial considerada, fique a depender da maior ou menor eficiência técnica da ocultação dos títulos, como no caso concreto.

(...)

A lavagem de valores que acaso lograsse ocultar-lhe de modo tão requintado a natureza e a origem, que se tornasse insusceptível de ser desmascarada em qualquer das fases do processo, seria o ‘crime perfeito’. E a incriminação legal de um delito que, para consumir-se, teria de materializar um ‘crime perfeito’ – isto é, insusceptível de ser descoberto – constituiria rematado contra-senso (...)

Claro, a ocultação, do art. 1.º, *caput*, não é um crime formal, ou de mera conduta.

Por isso, o tipo admite tentativa: assim, no episódio considerado, se o agente fosse obstado por terceiro de alcançar o depósito bancário dos cheques extorquidos na conta de empresas ou a liquidação e o crédito das quantias correspondentes.

A ocultação, que aperfeiçoa o tipo e realiza o crime, não é, porém, a ocultação absoluta, insusceptível de ser desvelada, nem a essa hipótese, quase de fixação policial, terá Jobim querido referir-se.

(...)

O que importa, contudo, é que, a ele e a mim, nos basta – como, de certo, também ao Min. Jobim – a ocultação que o escritor chamou de relativa.

E essa se realiza – seja embora sob a técnica mais elementar – com o depósito dos valores produtos da extorsão em contas correntes alheias, dos quais as circunstâncias permitem inferir que o agente pretendia poder usufruir adiante.

Na melhor das hipóteses para o acusado – se acaso entende que a consumação do delito reclamaria lograsse o agente fase mais avançada do processo de reciclagem dos valores de origem criminoso – seria indubitado que o depósito efetivado constituiria início de sua execução, de modo a caracterizar a tentativa do crime.

Esse o quadro, entendo configurada em tese a tipicidade da conduta imputada ao paciente e nego provimento ao recurso: é o meu voto”.

Como se vê, o Pretório Excelso entendeu que o mero depósito na conta corrente do suposto autor da infração do crime anterior, bem como o depósito na conta de seu cunhado, consumam o delito de ocultação ou, na melhor das hipóteses, configuram o início da execução deste crime.

6. Crítica ao posicionamento do STF

De início, ressalto que a crítica se refere ao simples texto do v. acórdão, mas é de reconhecer a limitação do *habeas corpus* em relação à análise de provas e o fato não ter tido contato com o processo crime em questão, o que poderá gerar qualquer imprecisão.

De toda forma, pareceu-me correta a posição do Pretório Excelso, ao fixar que a conduta do § 1.º, 1, do art. 1.º, da Lei de Lavagem está situada em momen-

to muito posterior ao início do processo de lavagem, o qual se inicia, repita-se, pela ocultação.

De fato, o mero depósito de quantia provida de crime antecedente em conta corrente não tem o condão de converter a mesma em ativo aparentemente lícito. Nem se relaciona com a ocultação ou dissimulação da utilização do produto da lavagem, conforme acima explanado.

Por outro lado, ousou divergir da decisão do Supremo, no que tange à interpretação de que o mero depósito em conta corrente do suposto criminoso ou de seu cunhado pode ser encarado como ocultação ou o primeiro ato de execução do crime de lavagem.

Isto porque, como muito bem salientado pelo Dr. Mariz de Oliveira, quem pratica um crime e obtém, através dele, determinada quantia em dinheiro, obviamente vai gastar, comprando o que melhor lhe aprouver. Para tanto, é natural, nos dias de hoje, que deposite em conta corrente o produto ou proveito da infração anterior.

Este depósito, por si, não pode ser considerado, a meu ver, como o início do processo de lavagem: primeiro, e principalmente, porque a denúncia deixou de descrever este ato como parte integrante do processo (e quando o fez, descreveu a conduta final do processo que, a toda evidência, não se aplica); segundo, porque o meio eleito pelo autor para a prática do crime há de ser hábil a produzir o resultado desejado, qual seja, ocultação.

Na verdade, ousou dissentir da postura do eminente Min. Sepúlveda Perence – a quem, apesar da discordância, rendo minhas homenagens e declaro minha admiração – quando assevera: “É evidente que o depósito de cheques, nas circunstâncias do fato imputado, implicou ocultação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes enumerados nos seus diversos incisos”.

Explico a razão da divergência: não me parece correto o entendimento segundo o qual o depósito em conta, isoladamente, se traduz no início do crime

de lavagem, sem qualquer outro elemento a reforçar esta tese. Trata-se, partindo-se por esta via, da consagração absoluta da doutrina objetiva sobre o início da execução do crime de lavagem, que não me parece ser a melhor escolha.

É de todo oportuno asseverar que o simples depósito pode até constituir o início da execução do crime, desde que fique comprovado que este ato integra um processo. Esta a posição do citado Palma Herrera.²⁴

Merece destaque a lição de Fernández Godinho: “A ocultação/dissimulação não referencia condutas de apreensão mais ou menos fáceis, mas sim uma valoração de condutas. É algo que só se poderá afirmar após uma análise em que se tome em considerações que acções foram desenvolvidas e em que medida é que o agente conseguiu efectivamente obscurecer as qualidades do bem. (...) Tome-se o exemplo do depósito de fundos de origem ilícita numa conta bancária (...) Se um traficante de droga, por exemplo, habitualmente entrega os proventos à sua companheira, para que os deposite na sua conta bancária e posteriormente o gaste nas despesas comuns, não há branqueamento de capitais”.²⁵

Para utilizar as palavras do Ministro, “a ocultação, que aperfeiçoa o tipo e realiza o crime, não é, porém, a ocultação absoluta, insusceptível de ser desvelada, nem a essa hipótese, quase de ficção policial, terá Jobim querido referir-se. (...) Certo, a meu ver, ainda que relativa é, por isso, às vezes, desvelada sem maior dificuldade – a ocultação é um evento ou resultado exterior à conduta de ocultar”. E isto porque, como o próprio Ministro advertiu, a “lavagem de valores que acaso lograsse ocultar-lhe de modo tão requintado a natureza e a origem, que se tornasse insusceptível de ser desmascarada e, qualquer das fases do processo, seria o ‘crime perfeito’. E a incriminação legal de um delito que, para consumir-se, teria de

24. O mencionado autor até admite o mero depósito de quantia como ato executivo do processo de lavagem, desde que comprovados que “se encuentran directa e inequívocamente dirigidos – ‘univocidad’” (op. cit., p. 651).

25. Op. cit., p. 195 e nota 456.

materializar um 'crime perfeito' – isto é, insusceptível de ser descoberto – constituiria um rematado contra-senso (...)"

Realmente, a ocultação absoluta não é a insusceptível de ser desvelada, mas é aquela que oferece condições ao objeto da lavagem de passar pelo processo de dissimulação, sem gerar suspeitas a respeito da origem. Esta é a ocultação consumada, que pode ser desvendada a partir de uma investigação, pois não se confunde com um "crime perfeito", sendo hábil apenas a passar pela fase da dissimulação, o que não significa que não possa ser descoberta.

Daí por que defendo a importância de não perder de vista o conceito, seja para interpretar as condutas, seja para definir o momento inicial da execução do crime de lavagem.

E não basta isto: é necessário, além da verificação da ocultação, verificar se o meio utilizado é idôneo e se, repita-se, o ato integra o processo.

7. Conclusões

Diante de todo o exposto, é possível chegar às seguintes conclusões:

- A lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o agente, depois de esconder a origem criminosa do objeto a ser lavado, pratica algum tipo de fraude para reintegrá-lo no sistema econômico-financeiro legal;
- Todas as condutas incriminadas devem ser analisadas à luz deste conceito, ou seja, a ocultação, a dissimulação, a ocultação e dissimulação da utilização e a própria utilização devem ser vistas como partes integrantes do processo de lavagem;
- Entre as diversas teorias a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem, deve se preferir as chamadas teorias mistas, as quais mesclam critérios das teorias objetivas e subjetivas;
- Assim é que o ato inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro deve ser analisado de acordo com o conceito acima reproduzido, para se verificar se o ato está integrado ao processo;

- Além desta verificação, é imperioso aferir se o meio empregado é hábil a produzir o resultado desejado, pois desta forma restará atingido o bem juridicamente tutelado; e

- Aplicando este critério, poder-se-á evitar a punição de agentes que não estão praticando o crime de lavagem de dinheiro, mas usufruindo o produto ou o proveito da infração anterior.

O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*

Cornelius Prittwitz

Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia
no Instituto de Ciências Criminais da Johann Wolfgang
Goethe Universität em Frankfurt am Main.

Resumo: O texto, que corresponde ao manuscrito revisado da palestra proferida pelo Prof. Cornelius Prittwitz no 9.º Seminário Internacional do IBCCRIM, aborda as tendências atuais do direito penal e da política criminal sob o enfoque dos conceitos “direito penal de risco” e “direito penal do inimigo”, sendo o direito penal do inimigo a consequência de um direito penal do risco que, na opinião do autor, desenvolveu-se na direção errada, tornando-se cada vez mais expansivo em detrimento de permanecer fragmentário.

Palavras-chaves: direito penal; política criminal; tendências atuais; risco; direito penal do inimigo.

Meu tema são as tendências atuais no direito penal e na política criminal. Eu as resumi sob o título “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”.

* Tradução de Helga Sabotta de Araújo (Licenciada em Letras – Alemão/Português pela USP; Professora de Língua e Literatura Alemã; Coordenadora do Centro Pedagógico e Professora de Alemão do Instituto Goethe – Centro Cultural Brasil-Alemanha – em São Paulo) e Carina Quito (Advogada criminal em São Paulo; Mestranda em Direito Processual Penal pela USP).

Começarei com cinco teses:

As tendências atuais mais importantes e a situação atual do direito penal e da política criminal podem ser descritas com bastante exatidão pelos dois conceitos direito penal do risco e direito penal do inimigo.

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um “direito que já passou a ser do inimigo”, como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente.

Por detrás destes conceitos e concepções esconde-se na realidade, realidade esta que também se pode chamar de “realidade política”, a expansão do direito penal (e isto significa: do poder do Estado), paralelamente à redução paulatina das liberdades civis.

O problema é intensificado por duas tendências: primeiramente pelas tendências de desnacionalização (europeização, internacionalização, globalização) do direito criminal, evoluções que não são prejudiciais em si, mas que aprofundam e intensificam a tendência assumida pelo direito penal em cada situação dada. E em segundo lugar, pela importância crescente da mídia, principalmente da mídia eletrônica de massas, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão à qual é difícil resistir.

Devido a estes fatores, o direito penal – e a expressão direito penal do inimigo esforça-se pouco para escondê-lo – torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível da guerra civil e da guerra em si.

Isto não são boas notícias para todos que têm consciência de que (...) não se pode, com o direito penal, resolver todos os problemas, talvez nem mesmo muitos, talvez apenas alguns problemas específicos, pelo contrário, pode-se até intensificar os problemas que se pretende resolver por meio do direito penal, devido à aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal. Com esta mesma aplicação pode-se causar dano à função última provavelmente existente do direito penal, bem como à sua potencial função de exemplo de solução civil e justa de conflito, causando com isto dano ao direito penal em si. Por fim se paga ainda mais outro preço, com a já citada aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal, preço este que às vezes é tratado pela política criminal do Estado (e lamentavelmente também pelas ciências criminais) como “a ser pago em moeda pequena”. Este preço é pago pelos cidadãos sujeitos ao direito penal; em alguns países (por exemplo, na Alemanha, segundo minha convicção), é pago por quase todos os cidadãos que entram no campo de visão dos expansionistas do direito penal; em outros países este preço é pago principalmente pelos pobres, com pouca formação – em outras palavras, por aqueles que já são excluídos.

São teses provocativas, que tanto no Brasil como na Alemanha encontram muita oposição por parte de diversos grupos. Tentarei delinear como desenvolverei estas teses durante o tempo restante da palestra.

Começarei (na Parte II) com reflexões sobre o motivo pelo qual tantos se oporão às minhas teses, por tantos motivos diversos. Esta introdução é, ao mesmo tempo, uma caracterização resumida da forma como compreendo direito penal e ciência do direito penal.

A seguir analisarei os dois conceitos centrais – o direito penal do risco (Parte III) e o direito penal do inimigo (Parte IV). Porque o que estes conceitos

significam não é claro, de forma alguma, mas precisa ser claro, se se quer avaliar estas tendências.

A conclusão consistirá de um pequeno resumo e uma visão do nosso tempo, que espero não ser somente negro (Parte V).

Parte II

O direito penal sobre o qual todos acreditam poder dar opinião – políticos, pessoas da mídia, mas também o homem e a mulher comuns na rua – tem mais de uma face:

A ciência do direito penal, como a praticamos na Alemanha há muito tempo e com considerável sucesso, inclusive sucesso de exportação (justamente para a América do Sul e o Brasil), nunca se interessou especialmente por estas muitas faces. Preocupou-se somente num nível muito abstrato e filosófico com a legitimidade do direito penal. Sem tomar grande conhecimento da realidade do direito penal, encontrou sua legitimidade em parte no fato de que – conforme a teoria penal absoluta – se pode infligir uma pena, ou seja, um mal a alguém, porque e na medida em que esta pessoa praticou ela mesma um mal, ou seja, uma conduta penalmente relevante.

Uma outra parcela da ciência criminal, entretantes sua parcela mais significativa, não se deu por satisfeita com o *punitur quia peccatum est*. Esta parcela postula que direito penal e punição são legítimos porque com isto se impede a realização de atos penais. As muitas teorias agradáveis de ouvir, estabelecidas como teorias penais relativas: prevenção geral e especial, respectivamente diferenciadas numa variante negativa e positiva, são rapidamente aprendidas por qualquer estudante do direito penal. O que muitas vezes não se vê é que mesmo aqueles que querem justificar o direito penal por meio das suas conseqüências, ou seja, pelos seus efeitos, interessam-se pouco pela sua efetividade, ou seja, pela realidade do direito penal. Se realmente são praticadas menos condutas penalmente

relevantes, ou seja, se os cidadãos efetivamente são protegidos pelo direito penal – sempre foi mais pressuposto do que verificado pela política criminal, pela comunidade, mas também pelas ciências criminais.

Desta forma, desenvolveu-se um direito penal que pode – uma vez que todos acreditam nos seus – aparentemente evidentes – bons objetivos – servir a muitos objetivos diversos, e o faz, sem que se discuta muito o assunto. Combinando com isto, surgiu uma ciência do direito penal que vê como sua principal tarefa desenvolver o dogmatismo do direito penal, ou seja, que entende que sua tarefa consiste principalmente em estabelecer regras sistematicamente consistentes de imputabilidade objetiva e subjetiva.

Mas a quais objetivos serve o direito penal, e quais são as há pouco mencionadas “faces do direito penal”? Um breve esboço das três – na minha opinião mais importantes – faces terá de ser suficiente:

Para muitos que – diferentemente da maior parte dos estudiosos do direito penal – se interessam pela realidade do direito penal no passado e no presente, o direito penal é antes de tudo um instrumento para assegurar a dominação e até de opressão.

Mas enquanto alguns deles, quando debatem sobre direito penal e o avaliam, têm diante dos olhos este direito penal, outros, que partilham da análise do direito penal em relação ao passado como instrumento de (pelo menos também) dominação, desenvolvem um contramodelo do direito penal – principalmente nos últimos tempos – justamente a partir desta análise, um modelo que tem em mira justamente os poderosos e fortes da política e da economia. Quando eles falam e emitem julgamentos sobre direito penal, freqüentemente têm este quadro, que ninguém sabe se já é realidade em determinados momentos e lugares ou se ainda representa uma utopia.

Quem critica estes dois grupos, dizendo estarem fixados demais nos conceitos de poder e impotência, vai, em contrapartida, defender o ponto de vista de que no direito penal se trata – e deve se tratar – principalmente dos direitos

e segurança dos cidadãos, sem que por isto se perca de vista a realidade de poder e impotência.

Os diferentes quadros aqui esboçados de direito penal são, estou convicto, uma razão importante de muitas controvérsias sobre o direito penal, mas são também o pano de fundo para muitos mal-entendidos no nosso discurso nacional e também internacional sobre direito penal: porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que “mais direito penal” promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.

Reunidos num mesmo grupo de forma igualmente pacífica – e igualmente grotesca – estão aqueles que criticam e transformam em escândalo um direito penal ainda repressor e aqueles que temem – justa ou injustamente – que o direito penal se volte contra eles, os poderosos: ambos clamarão por menos direito penal e por mais direitos civis.

A posição mais difícil é aquela dos que se, por um lado, não negam a relação de dominação do direito penal, por outro não (ou não mais) a consideram como elemento central, colocando em primeiro plano, ao invés disso, a defesa dos direitos civis e a segurança do cidadão. Porque para quem coloca em primeiro plano os direitos civis, com vistas à realidade do direito penal, para este as questões de legitimidade e até mesmo de efetividade se apresentam de forma muito diferente. Quem pensa em direitos civis certamente também pensará na defesa do cidadão *através* do direito penal, mas certamente não poderá reprimir suas dúvidas sobre a capacidade do direito penal, tendo em vista os magros resultados das pesquisas empíricas sobre prevenção especial e principalmente geral. Por isto, pensará principalmente na proteção do cidadão *perante* o direito penal, um direito penal que, como é facil-

mente esquecido, não representa risco nem um pouco menor à liberdade quando empregado para a proteção do cidadão e não como proteção ao Estado.

Se, portanto, eu coloco minha palestra sobre as tendências atualmente mais importantes em direito penal e política criminal sob o título “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”, e faço, como fiz no início, uma avaliação crítica destas tendências, é importante para mim deixar claro que não apresento (ou não apresento em primeira linha) esta avaliação diante do pano de fundo de um direito penal com função de assegurar a dominação e de reprimir o cidadão. Tampouco tenho sempre diante de mim uma imagem de um direito penal que se ocupa principalmente com ex-ditadores e grandes empresários. Minha tese de que, com base no direito penal do risco, um direito penal do inimigo ameaça se impor e meu alerta diante desta evolução referem-se principalmente a um direito penal que se ocupa e deve se ocupar da proteção de cidadãos e de direitos civis.

Parte III

Como se deve entender “direito penal do risco”? O conceito é pouco claro e é utilizado com diferentes significados. A discussão sofre com isto. Tinha esperanças de conseguir mais clareza no meu livro *Direito penal e risco*, mas fui obrigado a constatar que só o consegui em parte. Críticos como meu colega e amigo Lothar Kuhlen até mesmo me acusam de ter eu mesmo empregado o conceito “direito penal do risco” de forma inconsistente e sem uniformidade, tendo até contribuído para a confusão. Considero esta crítica injustificada e tentarei defender, de forma resumida, “meu” conceito de direito penal do risco:

Justificada é a crítica de que também conforme minha opinião é possível (e até certo ponto faz sentido) denominar idéias muito diferentes de direito penal como “direito penal do risco”.

Sem dúvida trata-se de “direito penal do risco” quando se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade

penal, como alguns colegas (na Alemanha principalmente Jürgen Wolter, Wolfgang Frisch e Dietrich Kratzsch) fizeram no início e em meados dos anos de 1980.

E também posso não citar um bom argumento contrário a denominar de “direito penal do risco” um direito penal que deve ter um papel decisivo (ou pelo menos não ficar como espectador passivo) na tarefa de tornar seguro o futuro desta nossa sociedade, que está, devido ao progresso tecnológico (daí “risco” e não “perigo”) à beira da autodestruição, e que precisa ser reformulado para cumprir esta finalidade.

Acho, entretanto, que com uma “dogmática do risco” e com o alerta para os riscos catastróficos são denominadas partes essenciais do “direito penal do risco”, porém não sua especificidade. Ponto central, que integra os dois aspectos parciais do “direito penal do risco”, ultrapassando-os, me parece ser o estabelecimento de uma conexão com a descoberta sociológica do risco, entre outros por Niklas Luhmann (1991), que falou de um invadir e permear da sociedade como um todo pelo pensamento do risco. Qualquer um que compreenda o sistema de justiça criminal como um sistema parcial de controle da sociedade não ficará surpreso ao saber que meu diagnóstico (e, assim querendo: minha definição) do direito penal do risco é a seguinte:

Paralelamente a e em conformidade com o desenvolvimento da sociedade como um todo, também a política criminal, a teoria penal e a dogmática do direito penal há muito são moldadas pela sociedade de risco assim compreendida. A dogmática do risco no sentido insinuado acima, entretanto, é, assim como a discussão sobre reações do direito penal a novas situações de ameaça, somente um aspecto parcial do conceito de um direito penal do risco.

Como é a realidade deste direito penal do risco? O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o con-

ceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos* (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis* – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.

Expandindo-se a descrição para abranger os elementos de política criminal por trás do direito penal do risco, este direito penal do risco em expansão caracteriza-se, também, pelo fato de que um comportamento não é penalmente tipificado *porque* é considerado socialmente inadequado, mas *a fim de que* seja visto como socialmente inadequado. Poucas pessoas contradiriam isto em relação a grandes partes do direito ambiental, mas pode ser observado também no direito econômico, e resulta numa revitalização da crença no “poder formador de costumes do direito penal” (Hellmuth Mayer, 1962) – só que em campos diferentes do que o campo do direito penal dos costumes conhecido e com razão criticado.

Os novos criminalizadores motivados eticamente raramente estão preocupados, quando se tenta descrever também criminologicamente o comportamento criminalizado por meio do direito penal, com o comportamento *ativamente* violento, mas sim com um comportamento *inofensivo* se observado superficialmente, até mesmo com bagatelas, cujos efeitos cumulativos ou de longo prazo, entretanto, podem superar aqueles da criminalidade violenta clássica.

Este comportamento também raramente contradiz a “ética do próximo” (Hans Jonas), que é moldada social-moralmente numa longa tradição e que é, em alto grau, relevante para o comportamento. Medindo-se, entretanto, o comportamento com base numa “moral distante” que faz sentido, mas que não está – ou ainda não está – ancorada cultural-socialmente e que por isto é muito menos moldadora do comportamento, torna-se também observável a violação moral do

comportamento de risco. Em caso de dúvida, refere-se mais a um comportamento em conformidade com o sistema do que se desviando dele, sendo que também aqui se mostra o ponto de partida de crítica da sociedade e da dominação dos novos criminalizadores (que me é politicamente simpático). Destinatários qualificados das novas normas do direito penal freqüentemente são apenas aqueles que já dispõem de posições de poder.

Salientar estas características do direito penal do risco deixa claro que ele deve – pelo menos na minha avaliação – servir a objetivos necessários e justos. Mas já dá indicações, também, de quais desafios o projeto do direito penal do risco tem a enfrentar, se se pressupuser que o que pretende, em boa tradição instrumental, é impedir o comportamento de risco através da criminalização: pois um programa de direito penal que tem a razão ao seu lado, mas não pode se basear em categorias morais já estabelecidas e normas sociais (inibição de matar, tabu da violência, ética do próximo), que além disso precisa se impor perante posições de poder estabelecidas e leva o conceito de comportamento anômalo *ad absurdum* de forma muito bem visível para todos, rapidamente atinge os limites do seu poder de definição, ou pelo menos do seu potencial de comando. Recomendável, portanto, é a funcionalização do direito penal não somente com fins de (tentar) minimizar o risco, mas também (e com muito mais chances de sucesso) com o objetivo de garantias subjetivas. Traduzido para conceitos do direito penal, isto significa que há muito se adicionou a segurança simbólica da sociedade de risco que se sente ameaçada – e isto de forma alguma ocorre por acaso – à prevenção de riscos (que antes de tudo promete legitimação) por meio do direcionamento do comportamento de risco.

Todo este ceticismo poderia ser visto como pessimismo ou lobbyismo disfarçado, como Bernd Schünemann às vezes acusa os colegas de Frankfurt de estar fazendo, se o legislador e a aplicação da lei tivessem correspondido aos desafios mencionados. Mas não é o que se constata. O direito penal, cujo perfil se alterou, e até mesmo se deformou sob o peso das tarefas que lhe foram atribuídas,

nada ou quase nada tem a apresentar como sucessos ou prognósticos plausíveis de sucesso. Pior: os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução – mencione-se aqui apenas os exemplos da ecologia e da economia – na verdade permanecem *sem solução* devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer *efeitos colaterais contraproducentes* pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez seja mais exato denominá-las sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal.

Quero interromper o assunto aqui e me voltar para o direito penal do inimigo, neste esboço de um direito penal que não pode ser outro que o “direito penal do risco”, mas que concretamente se sobrecarregou a tal ponto que somos obrigados a considerar que houve um desvio de rota.

Parte IV

Após uma palestra de Günther Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim, este conceito levantou muita poeira não só na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola. Em 1999, não era a primeira vez que Jakobs empregava o conceito. Em 1985, utilizou-o numa palestra em Frankfurt, que recebeu muito menos publicidade, no Seminário sobre Direito Penal. Adiante darei mais detalhes sobre isto. Mas primeiramente: o que se deve entender sob o conceito “direito penal do inimigo”, e que posição adotar?

“Direito penal do inimigo” é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isto se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do

cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.

Neste ponto, algumas pessoas se perguntarão se eu por acaso não troquei as páginas do meu manuscrito sobre o direito penal do inimigo por aquelas em que descrevi o real aspecto do direito penal do risco. Não é o caso! As descrições de Jakobs do direito penal do inimigo combinam exatamente com a minha análise de como o direito penal do risco se desenvolveu, e na minha opinião justamente *se desenvolveu erradamente*. E, da mesma forma como eu critico este direito penal do risco, Günther Jakobs o criticou, quando ele, em 1985, com visível intenção provocativa, e muito mais acidamente do que eu, o denominou de “direito penal do inimigo”.

Porém aquilo que em 1985 recebeu muito aplauso dos colegas, ficando no entanto – por ser (demasiadamente) crítico – sem grande repercussão, em 1999 foi recebido pelos colegas com descrente espanto, em contrapartida sendo muito aplaudido por grupos que certamente não são do agrado de Jakobs. O que tinha mudado?

Partindo da sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele diz: ela deve realmente ser direito penal do inimigo.

Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não-pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo.

É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividin-

do o direito penal hoje em vigor num direito parcial “do cidadão” e um “direito parcial do inimigo”.

Mas esta tentativa, e aqui começo com uma breve, já que clara, avaliação, está destinada ao fracasso. O direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito.

Mais importantes ainda são as objeções normativas. Deixo de lado o fato de que, de acordo com minha firme convicção, o conceito de “não-pessoa” não pode mais ser usado após 1945. Mas também a idéia em si de tratar determinados contraventores como inimigos é inaceitável do ponto de vista normativo. Também a convicção de Jakobs de que não é preciso tratar inimigos como pessoas, porque eles de qualquer forma não reagem a isto adequadamente (ou seja, como pessoas, possibilitando comunicação) é um pessimismo cultural não comprovado empiricamente.

O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito. Mas também na discussão na Alemanha ele pode ser responsabilizado por quebrar o tabu de destruir desnecessariamente os limites pelo menos em tese indiscutíveis entre direito penal e guerra. Vêm à mente paralelos com a discussão havida no ano passado – e que os juristas alemães consideravam quase impossível – sobre a possibilidade de eventualmente empregar até mesmo a tortura, em determinados casos excepcionais.

Parte V

Permitam-me ao finalizar voltar às minhas três “faces do direito penal”, fazendo a conexão delas com o conceito do “direito penal do inimigo”:

Direito penal como instrumento de dominação, o que indubitavelmente existia e ainda existe, é direito penal do inimigo na sua forma mais pura e rude. Não necessita para isto do atalho pelo direito penal do risco, que lhe prepara o caminho, e já existia antes de o conceito de risco nos submeter ao seu domínio e com isto também ao nosso direito penal.

Não se poderá fazer o mesmo julgamento de um direito penal que deve principalmente acorrentar os poderosos da economia e da política. Afinal é parte essencial do Estado Democrático de Direito o fato de que o direito penal também deve e até mesmo tem a obrigação de atingir os poderosos, quando estes incorrerem nalgum ato passível de punição. Mesmo assim tenho freqüentemente a impressão de que aqueles que por assim dizer querem “inverter” o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo.

O que é principal e verdadeiramente alarmante para mim é que justamente o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão e que por isto tem a consciência comparativamente tranqüila, este direito penal em essência legítimo e útil, e talvez até necessário, foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo este iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia, que traz consigo uma multiplicação real da insegurança. E parece igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que o conceito de Jakobs do direito penal do inimigo recebeu da ciência do direito penal alemã, na minha opinião só se refira ao conceito. Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas.

Enquanto durar esta evolução, enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos. Há – e isto precisa ser salientado mais uma vez – dúvidas razoáveis de que um direito penal do inimigo deste tipo solucione os problemas realmente existentes.

Será o caso de ser pessimista? Minha resposta é “não”! Por mais que uma análise da evolução atual nos deixe céticos e preocupados, acho que aquilo que vale para o tempo também vale para o grande projeto de esclarecimento da humanidade e do Estado de Direito como parte deste projeto. Da mesma forma que um inverno muito frio ou o verão não nos deveria fazer mudar, da mesma forma, portanto, que são importantes os dados meteorológicos de longo prazo, tão importante é não só não perder de vista a evolução dos últimos anos, quando se pensa no futuro do Estado de Direito e de um direito penal compatível com um Estado de Direito. E aqui a avaliação é diferente, pelo menos conforme a minha convicção:

Olhando-se os últimos dois séculos, constatamos uma história quase incrível de sucesso do Estado de Direito. Isto vale mesmo considerando-se muitos retrocessos (que justamente sendo alemão sempre se tem de ter presente), vale independentemente do fato das diferentes velocidades de desenvolvimento do Estado de Direito nas diversas partes do mundo e dos países deste mundo (o que talvez um alemão precise relembrar quando está numa conferência no Brasil), e vale principalmente para os pequenos troços atuais do Estado de Direito: uma administração dos EUA que defende cada vez mais abertamente a convicção de proteger direito e liberdade por meio de violações do direito e da liberdade. Uma economia mundialmente fraca que aumenta a pressão dos problemas. E finalmente vale ainda mais para um mundo da mídia que ainda não percebeu que a criminalidade não só vende bem, mas que informar sobre atos criminosos clama, até mesmo em interesse próprio, por uma responsabilidade especial.

Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro

Ela Wiecko V. de Castilho

Subprocuradora-Geral da República (DF).
Doutora em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de direito dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Brasília.

Sumário: 1. Introdução – 2. O processo legislativo e o rol dos crimes antecedentes: 2.1 O anteprojeto de lei; 2.2 O Projeto de Lei 2.688/1996; 2.3 Projeto de Lei 66/1997, do Senado Federal; 2.4 Lei 9.613, de 03.03.1998, e a situação atual; 2.5 As críticas – 3. Os argumentos explicitados para a não criminalização dos crimes contra a ordem tributária, como lavagem de dinheiro – 4. A verdadeira razão para a não criminalização dos crimes contra a ordem tributária, como lavagem de dinheiro – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo busca responder por que os crimes contra a ordem tributária não são aceitos como antecedentes na lavagem de dinheiro. Após apresentar e refutar os argumentos desenvolvidos para justificar a não criminalização, mostra que a verdadeira razão decorre da lógica do controle punitivo globalizado, consistindo numa imposição dos bancos multinacionais, pois 50% dos depósitos provêm de evasão fiscal. Mas a necessidade de controle do financiamento do terrorismo, acabará incluindo os crimes contra a ordem tributária no rol dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Crimes antecedentes – Crimes contra a ordem tributária – Cooperação jurídica internacional – Terrorismo.

1. Introdução

O tema pode ser abordado do ponto de vista do direito penal ou do direito processual penal, sob perspectivas diversas. Uma abordagem dogmática penal excelente encontra-se na recente obra de Antônio Sérgio de Moraes Pitombo (2003). Minha análise será na linha da dogmática aberta, de que fala Nilo Batista (1990), e pretende responder a uma pergunta que reiteradamente se coloca: por que a ocultação e a dissimulação do produto dos crimes contra a ordem tributária não são criminalizadas como "lavagem de dinheiro"? No curso do processo legislativo foram desenvolvidos vários argumentos para justificar a não criminalização. São argumentos de aparência que ocultam as verdadeiras razões.

2. O processo legislativo e o rol dos crimes antecedentes

2.1 *O anteprojeto de lei*

O anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça, sob a coordenação do então Min. Nelson Jobim, publicado em 05.07.1996, previa como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro: o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; aquele praticado por organização criminosa; o terrorismo e os crimes contra a Administração Pública. Nesse rol, os crimes contra a ordem tributária estão contemplados, indiretamente, quando praticados por organização criminosa e, diretamente, dependendo da conceituação dada aos crimes contra a Administração Pública. Entretanto, na concepção do Ministro da Justiça à época, eles formam uma categoria diferenciada. Esse ponto de vista foi expressamente enunciado na exposição de motivos ao projeto de lei, em 18.12.1996.

2.2 *O Projeto de Lei 2.688/1996*

As discussões sobre o anteprojeto resultaram em acréscimos pelo próprio Poder Executivo. O rol dos crimes antecedentes contemplava os crimes de tráfico ilícito de

substâncias entorpecentes ou drogas afins; de terrorismo; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante sequestro; contra o sistema financeiro nacional; e praticado por organização criminosa.

Os crimes contra a ordem tributária permaneceram excluídos, embora indiretamente alguns deles configurem crimes antecedentes na medida em que estão qualificados como crimes contra o sistema financeiro. É o caso da contabilidade paralela de instituições financeiras e a manutenção de conta bancária no exterior, sem declará-la a autoridade fiscal (arts.11 e 22, par. ún., 2.^a parte da Lei 7.492, de 16.06.1986). A exposição de motivos antes referida explica, de um lado, que a escolha dos crimes antecedentes visou a “implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como estratégia de uma política criminal transnacional”. De outro lado, os crimes contra a ordem tributária não devem integrar a categoria dos crimes antecedentes, porque não representam um aumento patrimonial para o agente.

Após a discussão na Câmara dos Deputados, por sugestão do Deputado Roberto Campos foi explicitado que os crimes contra a Administração Pública antecedentes incluem a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos.

2.3 Projeto de Lei 66/1997, do Senado Federal

No Senado a proposta do Senador Jefferson Peres de incluir no rol de crimes antecedentes os crimes tributários não obteve sucesso. Se fosse aceita, o projeto teria de retornar à Câmara, ocasionando a demora de tramitação, indesejada pelo governo.

2.4 Lei 9.613, de 03.03.1998, e a situação atual

A lei sancionada continha um rol de 7 itens, contemplando tipos penais ou espécies de crimes. Posteriormente, a Lei 10.467, de 11.06.2002, que criou

dois tipos penais acrescentados à Parte Especial do CP (art. 337, *b e c*), denominados corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional, também os inseriu na Lei 9.613, por proposta do Poder Executivo. Depois, a Lei 10.701, de 09.07.2003, incluiu o financiamento de terrorismo. O projeto pretendia ainda incluir o tráfico ilícito de órgãos e pessoas nos termos da proposta da Comissão Mista do Senado Federal.

2.5 *As críticas*

As críticas ao rol de antecedentes são muitas. Não é meu propósito examiná-las em toda a extensão. Registro apenas duas. A primeira para ressaltar as incoerências que se manifestaram diante dos casuísmos. Por exemplo, José Carlos Dias (1999, p. 279) mostra o despautério da situação em que a lavagem do produto do latrocínio não é criminalizada, mas a da extorsão mediante seqüestro o é. Portanto, mais vale a pena matar do que seqüestrar. A segunda crítica chama a atenção pelo seu autor, a Federação Brasileira de Bancos – Febraban. Em audiência na Câmara dos Deputados, ela criticou o rol de antecedentes, asseverando que, se se pretende punir a ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores produto de crime, isso deve ser válido para qualquer crime.

A crítica procede. O problema de abranger fatos de maior ou menor gravidade pode ser resolvido mediante a previsão de circunstâncias atenuantes, tipos privilegiados ou pela aplicação do princípio da insignificância.

3. Os argumentos explicitados para a não criminalização dos crimes contra a ordem tributária, como lavagem de dinheiro

Os crimes contra a ordem tributária não foram incluídos como antecedentes sob o argumento de que não produzem acréscimo ilícito ao patrimônio do agente (v. exposição de motivos).

Em audiência pública perante a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados (1997, p. 7), o agora Ministro do STF, Nelson Jobim, disse textualmente:

“Na sonegação fiscal,¹ o que se passa é que a pessoa não se desfaz do seu patrimônio para cumprir obrigação fiscal. Não há, na sonegação fiscal, um aumento do patrimônio do indivíduo. E se o indivíduo deixa de pagar o tributo, porque sonega, não lava o dinheiro. No momento em que compra um apartamento, faz um investimento. Transfere dinheiro para o exterior. Ele está transferindo um dinheiro seu, não de outrem e nem dinheiro oriundo de atividade criminosa”.

E mais adiante (p. 8): “se os senhores resolverem incluir que não pagar o tributo é um crime; e que usar o dinheiro com o qual deveria pagá-lo é outro crime, estariam, digamos, apenando duas vezes a mesma conduta”.

Pitombo (2003, p. 60) também sugere isso, ao afirmar: “a inclusão do crime tributário como delito prévio poderia caracterizar eventual *bis in idem*, quando a lavagem fosse cometida na modalidade de ocultação”.

Os tributaristas adotam o mesmo ponto de vista. Derzi (2000, p. 215), depois de afirmar que o crime de sonegação supõe a ocorrência de atos ou omissões fraudulentas destinados a diminuir ou eliminar a dívida tributária que viria reduzir o patrimônio do contribuinte, conclui que a situação é diversa daquela que se apresenta nas hipóteses dos crimes antecedentes enumerados no art. 1.º da Lei 9.613, nas quais há sempre um aumento ilícito de riqueza. Para a autora, o agente deixa de reduzir o patrimônio, mas não o aumenta. Coloca-se de acordo com as conclusões do II Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário, realizado em Belo Horizonte, em 1998, no sentido de que “as consequências, sanções e procedimentos previstos na Lei 9.613/1998, definidora dos crimes de

1. A expressão sonegação fiscal é usada comumente como sinônimo de crimes contra a ordem tributária, abrangendo os sentidos de ocultar, ocultar com fraude e deixar de pagar, entre outros. No entanto, deixar de pagar pode constituir apenas infração fiscal.

lavagem de dinheiro, que configuram atos de dissimulação, ocultação e legitimação de bens, direitos e valores obtidos por meio e através do crime, e se lhes impondo o perdimento de tais bens, direitos e valores, não se aplicam ao crime de sonegação fiscal" (idem, p. 216).

Esse posicionamento é passível das críticas a seguir expostas. Em primeiro lugar, se há dupla pena para quem sonega e oculta o valor sonegado, ela ocorre também nos outros casos. Assim é, por exemplo, quando alguém trafica e oculta o valor obtido ou quando pratica a extorsão e oculta o valor extorquido. Curiosa e contraditoriamente, Jobim (1997, p. 49) confirma: "se o fiscal, além disso, com o dinheiro, juntou-se a um determinado personagem para ocultar a origem da extorsão desse dinheiro, praticou um outro crime que é chamado concurso material, praticou também o crime de lavagem. São coisas autônomas!".

A impropriedade técnica do enunciado é irrelevante. Importa o princípio que preside a criminalização de lavagem. Quer-se estabelecer a regra de concurso material e afastar a impunibilidade do pós-fato.

Em segundo lugar, há crimes contra a ordem tributária que redundam em acréscimo de patrimônio. Dias (1999, p. 280) aponta algumas hipóteses em que isso ocorre: a) quando o empresário, por meio de artifício (comprando nota fria, por exemplo), realiza caixa dois; b) quando lança na contabilidade uma despesa fictícia; c) quando se apropria do imposto de renda retido na fonte ou de contribuição descontada de empregado tendo a obrigação legal de recolhê-los etc.

Em terceiro lugar, a cumulação de importâncias não pagas indiscutivelmente permite ganhos e aumento do patrimônio. É o princípio da poupança.

Em quarto lugar, o subfaturamento ou superfaturamento na importação e exportação de bens, consoante lembra o próprio Min. Jobim (1997, p. 12), é um mecanismo de ocultação de dinheiro, uma forma de conversão em ativos lícitos. Ora, essas condutas configuram crimes contra a ordem tributária.

Finalmente, o Ministro ainda defende a exclusão dos crimes contra a ordem tributária no rol de antecedentes da lavagem, dizendo que o dinheiro obtido tem origem *lícita* no trabalho, pois o que se oculta é a origem. Entretanto, não pagar o tributo é ilícito fiscal. Omitir rendimentos para não pagar, além de ilícito fiscal, caracteriza ilícito penal. Não há como concluir que o produto de uma ilicitude é ilícito. De outro ângulo, na lavagem o que se oculta é justamente a origem. Vê-se uma vez mais a contradição na argumentação.

O argumento de Pitombo também é refutável. A ocultação incide sobre objetos diferentes do ponto de vista jurídico: ocultação de rendimentos ou do produto de ocultação (por exemplo, do imóvel que foi adquirido).

A exclusão da sonegação do âmbito da criminalização é incoerente com a importância constitucional do sistema tributário, que prevê a cobrança de tributos como meio necessário para que o Estado possa realizar os direitos sociais assegurados na Constituição de 1988. Ademais, é incoerente, lembra Lins (2003), diante da previsão, como crimes antecedentes, daqueles contra a Administração Pública, entre os quais se encontra o descaminho, que é uma espécie de crime contra a ordem tributária. A perplexidade aumenta ao verificar que o art. 3.º da Lei 8.137/1990 prevê modalidades de concussão, corrupção e advocacia administrativa, que não são conceituados como crimes contra a Administração Pública, mas como crimes funcionais contra a ordem tributária. Estariam eles excluídos da incidência da Lei 9.613?

Dias (1999, p. 280) conclui que a exclusão dos crimes tributários e afins do elenco dos crimes previstos na Lei 9.613 foi “opção imotivada do legislador”.

De sua parte, Costa (2001, p. 136) interpreta que, “por ser a sonegação fiscal uma macrocriminalidade envolvendo em nosso País personalidades, houve uma certa pressão para a sua não-tipificação como crime antecedente”.

A meu ver, a razão vem de fora e faz parte da lógica do controle punitivo da globalização.

4. A verdadeira razão para a não criminalização dos crimes contra a ordem tributária, como lavagem de dinheiro

Segundo informação de Arlacchi (2002), a estrutura financeira da lavagem de dinheiro alterou-se. A grande massa de ativos que circula no mercado financeiro global constitui dinheiro dos grandes especuladores. Ao contrário do que se pensa, não tem origem no tráfico de drogas, de armas e de seres humanos – 50% provêm da evasão fiscal e pertencem a grandes sociedades multinacionais e a pessoas físicas muito ricas; 30 a 40% são produto da corrupção de autoridades políticas do primeiro escalão, e apenas 10 a 20% são de organizações criminosas, que atuam principalmente no tráfico de drogas, de armas e de seres humanos. O detalhe relevante é que, qualquer que seja a origem, a lavagem se faz nos mesmos bancos.

Já em 1992, Flick (p. 1276-77) chamava a atenção de que a ofensa à economia pública e privada não deriva apenas da utilização na atividade econômica legal dos proveitos das organizações criminosas, mas também da atividade criminosa de operadores econômicos “legais”. A grande evasão fiscal, a violação das normas de segurança de trabalho, previdenciárias e societárias permitem constituir bolsões de riqueza ilegal aptos a perturbar a concorrência e a adquirir posições de proeminência na economia. Reconhece que os limites entre o dinheiro “sujo” e o dinheiro “cinzento” não são sempre distinguíveis. O cruzamento entre capital lícito, ilícito e o proveniente da atividade criminal comum (tradicional) é estreito. A declaração da fraude fiscal e à legislação trabalhista pode ser o primeiro passo para descobrir as conexões com a criminalidade ou com suas articulações.

Outro dado relevante é de que o dinheiro “sujo” e o da evasão fiscal não param nos paraísos fiscais, só transitam por eles. O dinheiro pára nos grandes mercados financeiros, isto é, na Suíça, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Há países que são ao mesmo tempo paraísos e centros financeiros: Suíça, Hong Kong, Singapura.

Não é apenas no Brasil que existe pressão para excluir os crimes contra a ordem tributária do rol de antecedentes da lavagem de dinheiro. A pressão é internacional. A evasão fiscal não é necessariamente crime. Diversos países não a reconhecem como crime, pois não há um padrão para distinguir a situação lícita da ilícita. Sobre o assunto há controvérsia em curso entre os Estados Unidos e a Europa.

Na prática, mesmo que a Lei 9.613 contemplasse como antecedentes os crimes contra a ordem tributária, a persecução penal restaria prejudicada quando houvesse transferência de valores para o exterior, diante das dificuldades existentes à época para obter cooperação dos outros países.

Vejamos, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, de 23.05.1992. Dispõe no art. 9.º que o Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião, “o pedido se referir a um delito fiscal. Não obstante, prestar-se-á a assistência se o delito for cometido por uma declaração intencionalmente falsa, feita verbalmente ou por escrito, ou por uma omissão intencional de declaração, com o objetivo de ocultar receitas provenientes de qualquer outro delito previsto nesta convenção”.

O Protocolo Facultativo versa justamente sobre esta regra e estabelece que os Estados-partes não exercerão o direito de recusa baseando-se “unicamente no caráter fiscal do delito”. Outrossim, regula que não haverá recusa para embargo e seqüestro de bens, inspeções, buscas e confiscos, “se, de acordo com suas leis, o ato especificado no pedido corresponder a um delito fiscal da mesma natureza” (i. e., se também no Estado-parte o fato constituir crime fiscal).

O Modelo de Acordo de Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal utilizado pelo Brasil até recentemente também contém restrição à assistência, “se o pedido se referir a delito tributário. Todavia, a assistência será concedida se o crime for cometido por meio de uma declaração dolosamente incorreta, oral ou escrita, ou o meio de uma omissão dolosa quanto à declaração de renda derivada de qualquer outro crime coberto pelo presente acordo, com o objetivo de omiti-la”.

Entretanto, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Mercosul), que entrou em vigor em 27.04.2000, não contém qualquer restrição. Prevê que a assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido (art. 2.1).

Como se vê, as restrições estão aos poucos caindo.

Vale reportar a regra da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, assinada em Palermo, em 2000, que já foi ratificada pelo Brasil.² Visa ao combate das organizações criminosas transnacionais, lavagem de dinheiro, corrupção e tráfico de seres humanos. O art. 22 prescreve que os Estados-partes não poderão negar um pedido de assistência judicial recíproca unicamente porque se considera que o crime também envolve assuntos fiscais.

Já o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos, celebrado em Brasília, em 1997, aprovado pelo Congresso Nacional, em 2000, e que entrou em vigor em 21.02.2001, não estabelece qualquer restrição tendo em vista a natureza fiscal do crime para cuja persecução é solicitada a cooperação. “A assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados” (art. 1.º, 3). “As partes reconhecem a especial importância de combater graves atividades criminais, incluindo lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos. Sem limitar o alcance da assistência prevista neste artigo, as partes devem prestar assistência mútua sobre essas atividades” (art. 1.º, 4)

Os Acordos de Cooperação Judiciária e de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e a Colômbia (em vigor em 29.06.2001) e entre o Brasil e o Peru (em vigor em 24.08.2001) não trazem qualquer referência ao crime tributário como obstativo à cooperação.

2. Aprovado pelo Congresso Nacional, juntamente com os Protocolos de “Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea” e de “Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças”, por meio do Dec. Leg. 231, publicado em 30.05.2003.

Há de se referir ainda o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e França, que entrou em vigor em 1.º.02.2000, o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália, em vigor a partir de 1.º.08.1993, e o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Brasil e Portugal, vigente a partir de 1.º.12.1994.

Para o tema em foco, ou seja, inclusão do crime tributário como antecedente do crime de lavagem, o Brasil precisa celebrar acordos de cooperação com a Suíça, o Reino Unido, Hong Kong e Singapura. Nesse sentido, no mês de agosto, foram fechadas negociações na Suíça. O acordo prevê expressamente a cooperação em fraude fiscal. Em outubro serão entabuladas as negociações com o Reino Unido.

Essa intensa atividade para estabelecer regras de cooperação jurídica sem restrições atende menos aos interesses específicos do Brasil e mais aos interesses dos países ricos, especialmente Estados Unidos e Inglaterra, preocupados com a onda terrorista, iniciada com o atentado de 11.09.2001.

No tocante ao rastreamento do dinheiro proveniente do tráfico de drogas pelas organizações criminosas, há um consenso muito grande entre os países. Ressalto a mudança da legislação suíça que não mais protege o sigilo bancário, existindo evidências de que o dinheiro depositado tem origem no tráfico de drogas. Isso tem ocorrido no bojo das transformações operadas pela Convenção de Palermo, antes referida. Todos os países participantes se obrigam a remover os obstáculos de acesso às informações bancárias e ao seqüestro de bens.

Todavia, da análise da eficácia da aplicação das leis de lavagem instituídas por inúmeros países, percebem-se como pontos fracos a escassa colaboração do sistema bancário, o interesse dos mercados financeiros em manter os capitais, a composição do organismo intergovernamental de fiscalização, denominado Grupo de Ação Financeira sobre Combate a Lavagem de Dinheiro – FATFF, por servidores dos países mais ricos. Arlacchi relata que tentou criar, sem sucesso, uma

agência internacional para executar o mandato da ONU, ou seja, identificar onde está o dinheiro e fazê-lo retornar aos países de origem.

Nos últimos anos aumentou a rejeição contra o dinheiro proveniente de corrupção. A Suíça, por exemplo, aceitou cooperar com os países que estiveram submetidos a governos ditatoriais e corruptos.

5. Conclusão

1. A estrutura do mercado financeiro global mostra que o dinheiro movimentado pelo mercado das drogas não é o grande inimigo dos sistemas financeiros nacionais e internacional. A vulnerabilidade se encontra na especulação que movimentam ativos provenientes de evasão fiscal lícita e ilícita.

2. Não há interesse suficientemente forte em nível global para a cooperação jurídica contra a lavagem de dinheiro, porque facilitar a investigação dos ativos ilícitos revela também ativos considerados lícitos, embora eticamente reprováveis. Se houvesse interesse, inexistiriam os paraísos fiscais e os centros *off shore*, as restrições à cooperação em matéria tributária e à quebra do sigilo bancário.

3. A progressiva ampliação da cooperação jurídica internacional, no que diz respeito ao alcance e meios, sugere que os crimes tributários serão admitidos como antecedentes na conversão de ativos ilícitos em lícitos, até porque sua comprovação é mais fácil do que a dos crimes contra a Administração Pública, especialmente corrupção, que alcança níveis elevados na constituição do mercado financeiro de origem ilícita.

4. A exclusão dos crimes tributários como antecedentes na criminalização da lavagem de dinheiro atendeu a razões econômicas, de proteção dos detentores de capital nos países ricos. A sua provável inclusão em futuro próximo também obedecerá a razões externas, ou seja, à necessidade de controle do financiamento do terrorismo, para proteção dos países ricos.

Bibliografia

- ARLACCHI, Pino. Palestra na Procuradoria Regional da República, Brasília, 24.03.2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Finanças e Tributação. *Notas taquigráficas*. Audiência Pública 747, em 24.09.1997, 44 p.
- _____. Câmara dos Deputados. Comissão de Finanças e Tributação. *Notas taquigráficas*. Audiência Pública 884, em 22.10.1997, 74 p.
- _____. Exposição de Motivos 692, de 18.12.1996. *Diário do Senado Federal*, 25.11.1997, p. 25.671-3.
- CALLEGARI, André Luís. “Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro”. *RBCCrim*, São Paulo, vol. 31, ano 8, p. 183-199, jul.-set. 2000.
- COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. “Lavagem de dinheiro: Lei 9.613/1998”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 38, n. 150, p. 121-143, abr.-jun. 2001.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. “Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária”. *RBCCrim*, São Paulo, vol. 31, ano 8, p. 201-216, jul.-set. 2000.
- DIAS, José Carlos. “Lavagem de dinheiro no contexto dos crimes contra a ordem tributária”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 11, cad. 3, p. 279-281, jun. 1999.
- FLICK, Giovanni Maria. “Frode fiscale e riciclaggio: node centrali di politica criminale nella prospettiva comunitária”. *Rivista Italiana de Diritto Processuale Penale*, ano 4, p. 1.276-1.279, 1992.
- LINS, Ana Cristina Bandeira. *Lavagem de dinheiro: análise crítica da legislação brasileira e propostas para sua repressão eficaz*. Monografia apresentada no

Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2002.

PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2003.

Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*

Ingo Wolfgang Sarlet

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Doutor em direito (Munique, Alemanha). Professor de direito constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

“Es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como teorías complementarias. Por eso, los teoremas extremos tienen algo irreal y utópico en sí mismos.” – ARTHUR KAUFMANN.¹

* O presente texto representa a versão ampliada do roteiro da palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no Centro de Eventos do Hotel Maksoud Plaza, São Paulo, dia 03.10.2003, sobre o tema “Constituição, proporcionalidade e direito penal”. Na elaboração do trabalho escrito, contamos com a decisiva participação (especialmente na parte relativa ao direito penal) do eminente colega Jayme Weingartner Neto, ilustre promotor de justiça no RS, mestre em direito pela Universidade de Coimbra e doutorando em direito pela PUC-RS. Pelos seus aportes em termos de sugestões, indicações específicas de literatura e pela sua crítica, não poderíamos aqui deixar de lhe render a pública e justa homenagem.

1. Arthur Kaufmann. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 48-49.

Constituição e proporcionalidade

"Para a cátedra de direito penal: Em 1986, um deputado mexicano visitou o Presídio de Cerro Huego, em Chiapas. Ali encontrou um índio tzotzil que degolara seu pai e fora condenado a trinta anos de prisão. O deputado descobriu que, todo o santo meio-dia, o defunto pai trazia tortilhas e feijão para o filho encarcerado. Aquele detento tzotzil fora interrogado e julgado em língua castelhana, que ele entendia pouco ou nada, e abaixo de pancada havia confessado ser o autor de um crime chamado parricídio." – EDUARDO GALEANO.²

Sumário: 1. Notas introdutórias – 2. A crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais: breves notas sobre o contexto – 3. Alguns pressupostos teóricos para uma abordagem constitucionalmente adequada da temática: 3.1 A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos; 3.2 A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e insuficiência – 4. Deveres de proteção e proporcionalidade na esfera jurídico-penal: reflexões com base na análise de alguns casos concretos – 5. À guisa de encerramento: o possível equilíbrio entre proibição de excesso e de insuficiência e a necessária sobrevivência do garantismo.

Resumo: Partindo da premissa de que o direito penal encontra-se cada vez inserido e influenciado por uma polarização social e econômica aguda, geradora de extremismos também no concernente à política criminal, o presente artigo analisa como o princípio da proporcionalidade, na sua dupla função como proibição de excesso e proibição de insuficiência, pode atuar na concretização legítima dos assim designados deveres de proteção que vinculam os poderes estatais no âmbito da tutela dos direitos fundamentais e da dignidade de cada pessoa humana. De modo particular, mediante a apresentação de algumas premissas teóricas e discussão de alguns exemplos, pretende-se sustentar a tese de que também na esfera jurídico-penal uma aplicação genuinamente garantista da proporcionalidade impõe a busca de um equilíbrio (possível e necessário)

2. Eduardo Galeano. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 49.

entre os extremos do abolicionismo e de um direito penal cunhado pela intolância e pelo excesso.

Palavras-chave: Constituição; proporcionalidade; proibição de excesso e de insuficiência; deveres de proteção; garantismo.

1. Notas introdutórias

Num instigante estudo sobre Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo, em que desnuda as origens ideológicas da polêmica entre causalismo e finalismo, Francisco Muñoz Conde refere-se aos chamados “juristas terríveis” (*furchtbare Juristen*), assim designados pela sua colaboração com o nacional-socialismo, ao exercerem papéis destacados na política, na administração da justiça ou mesmo ensino jurídico. Muitos destes juristas (se é que a prática da injustiça é compatível com tal qualificativo) distinguiram-se por terem proferido sentenças especialmente duras no exercício da função jurisdicional, não raras vezes resultando em pena de morte ou internação em campos de concentração, por fatos de escassa gravidade ou importância, evidenciando até onde pode chegar a perversão dogmática ao utilizar-se de um discurso técnico pretensamente neutro, atrelando a um positivismo legalista e formalista.

Voltando ao exemplo de Mezger, convém recordar que este, aos cinquenta anos e no apogeu da fama como penalista, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal no âmbito da qual teve destacada participação, por exemplo, na reforma do StGB, de 28.06.1935, que introduziu a analogia como fonte de criação do direito penal, “segundo a idéia básica do direito penal e o são sentimento do povo alemão”. Em outubro de 1945 foi afastado de sua cátedra de Munique pelo governo aliado e, classificado como colaborador de segunda categoria, chegou a passar algumas semanas preso em Nuremberg. Em 1948 reconquistou a sua cátedra e, em 1956, recebeu doutorado *honoris causa*

pela Universidade de Coimbra, época em que proferiu algumas conferências na Espanha.³

Mais que as vicissitudes de uma época, vale lembrar que, das 60.000 penas de morte aplicadas durante o regime nazista, certamente cerca de 40.000 foram pronunciadas por tribunais militares, mas pelo menos outras 16.000 foram ditadas por tribunais civis (sem contar as milhares de internações em campos de concentração).⁴ O colaboracionismo, portanto, evidenciou-se (como ocorreu na maior parte dos regimes ditatoriais, inclusive no Brasil), também, em sentenças desproporcionais, terrivelmente injustas, levando um filósofo do porte de Gustav Radbruch a purgar as culpas de um positivismo que deixou os juristas alemães ainda mais indefesos diante das leis cruéis editadas sob a égide do regime nazista do que os próprios militares em face de ordens evidentemente criminosas por parte de seus superiores.⁵

Com esta breve referência histórica, objetivamos a contextualização do princípio da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do direito e, no que interessa ao nosso ponto, do direito penal, o que aqui vai tomado como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de prote-

3. Convém lembrar que Welzel não participaria de um livro homenagem por ocasião dos 70 anos de Mezger, organizado em 1954, conforme anota Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 16-36.

4. Cf.: Francisco Muñoz Conde. Op. cit., p. 39.

5. Cf.: Gustav Radbruch. "Cinco minutos de filosofia do direito" – Apêndice II. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e acresc. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979. Entre nós, vale conferir o estudo de Plauto Faraco de Azevedo, *Limites e justificação do poder do Estado*, Petrópolis: Vozes, 1979, especialmente p. 85-190, ao versar sobre o relativismo jurídico, a filosofia de Gustav Radbruch e a experiência "jurídica" na esfera do III Reich.

ção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Sem que se pretenda – nem aqui e nem nos desenvolvimentos subsequentes – promover uma análise exaustiva da casuística jurídico-penal, seja no plano legislativo, seja no concernente à atuação jurisdicional (que também deve obediência ao princípio da proporcionalidade), cuida-se de avaliar, à luz de alguns exemplos e após uma digressão mínima a respeito de alguns pressupostos teóricos, algumas possíveis incongruências na aplicação do princípio da proporcionalidade (na sua dupla manifestação como proibição de excesso e de insuficiência) tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões adotadas. Entre nós, bastaria aqui lembrar a polêmica a respeito da inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos (especialmente quando veda a progressão de regime e a liberdade provisória), a questão dos crimes de perigo abstrato, a controvérsia em torno da constitucionalidade da reincidência, a necessidade de representação nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ou mesmo as propostas de majoração das penas no caso de porte ilegal de arma de fogo, para que se perceba o quão fecundo é e seguirá sendo o debate.

Assim, mais do que efetuar o aprofundamento dogmático do conteúdo da proporcionalidade, a abordagem aposta na exploração da sua faceta menos debatida entre nós, designadamente nos principais desdobramentos dos deveres de proteção estatais na esfera jurídico-penal e naquilo que guardam conexão com a noção de proporcionalidade, tudo a partir da análise ilustrativa de algumas decisões, com o intuito de realçar o caráter pragmático da presente intervenção.

Desde logo é preciso destacar – como fio condutor desta análise – a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente a era dos extremos (que caracteri-

zou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm⁶), de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intolerável “tolerância zero”. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite*, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’”. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...).⁷ Em termos gerais, verifica-se que a concepção de Zagrebelsky no que diz com um direito *mite* (a tradução espanhola utilizou o termo *ductil*) está conectada à configuração de um sistema mais dinâmico, plural e complexo, não deixa de guardar relação com o pensamento de Norberto Bobbio, tal qual exposto no seu *Elogio della mitezza* (o tradutor português optou pelo substantivo *serenidade*).⁸ A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais) que se opõe frontalmente à arrogância, insolência e prepotência do homem político,⁹ guar-

6. Eric Hobsbawm. *A era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

7. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho ductil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 146-147. Para o autor, a relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

8. Cf.: Norberto Bobbio. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002.

9. Na definição lapidar de Bobbio, op. cit., p. 35, “sereno é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, destacando a serenidade na sua condição de potência, consistindo em “deixar o outro ser aquilo que é”. Mais adiante, Bobbio, após apresentar a serenidade como oposto da arrogância e, nesse sentido, como a “outra face da política”, que ajuda a definir os limites entre o político e o não político (p. 42), justifica sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a compaixão (conectada à misericórdia) e a simplicidade, vista como a capacidade de fugir intelectualmente das complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas (p. 43-46).

dando, portanto, estreita relação com a postura que pretendemos sustentar neste ensaio.

Renunciando – pelas limitações de uma trajetória acadêmica estranha ao universo penal – a uma ingênua tentativa de aprofundamento das complexas questões que subjazem ao debate aqui proposto, anima-nos, todavia, o singelo propósito de contribuir ao menos para a discussão em torno da construção de uma política criminal e de um garantismo (já que deste não há como abrir mão) verdadeiramente proporcional (e, portanto, sereno), tudo à luz de algumas categorias dogmáticas e exemplos extraídos do nosso cotidiano normativo e forense. Antes, contudo, de ingressarmos nesta análise, importa uma breve referência ao contexto no qual a problemática encontra sua inserção, além de uma definição mínima dos principais pressupostos jurídico-dogmáticos do estudo, designadamente a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a correlata teoria dos deveres de proteção no âmbito de um Estado Democrático (e garantista) de Direito, bem como a dupla perspectiva do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e de insuficiência.

2. A crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais: breves notas sobre o contexto

Mesmo que não se possa avançar para além de algumas observações de caráter genérico, não há como negligenciar que a temática aqui versada encontra-se inserida e relacionada com o atual contexto social, econômico e político-institucional. Da mesma forma, por mais que se procure evitar discursos de caráter maniqueísta (inevitavelmente sectários e carentes de cientificidade) e mesmo reconhecendo que também a globalização (nas suas diversas manifestações) possui aspectos positivos,¹⁰ limitar-nos-emos aqui a apontar alguns efeitos negativos da

10. Poderíamos referir aqui, em caráter meramente ilustrativo, a internacionalização do discurso e da cultura dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (desde que não resulte num processo de colonização cultural), com evidentes reflexos na seara penal, como dá conta a

globalização econômica sobre o Estado Democrático (e social) de Direito¹¹ e, de modo particular, sobre os direitos fundamentais. Lembre-se, todavia, que a globalização é apenas um dos elementos (embora de longe um dos mais significativos) que marcam o contexto no qual hoje se insere a problemática dos direitos fundamentais, ombreando em importância talvez apenas com os crescentes níveis de exclusão social (por sua vez também creditada – em boa parte – aos efeitos negativos da globalização), tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos direitos fundamentais.

Já por estas razões cumpre que se tome a sério a advertência de Gomes Canotilho, ao referir que “o direito constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”,¹² o que nos remete a uma série de questionamentos, inclusive sobre o papel a ser desempenhado hoje pelo Estado, pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelo direito de um modo geral. Dada a amplitude e relevância destas questões, não nos é possível mais do que apontar alguns dos efeitos da globalização sobre o Estado Democrático (necessariamente Social) de Direito, na tentativa de identificar e situar minimamente a cada vez mais aguda crise de efetividade, e daquilo que poderíamos designar como representando uma crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais.

criação do Tribunal Penal Internacional, a expansão no campo do reconhecimento das garantias penais e processuais, entre tantos outros.

11. Sobre o significado e evolução do Estado Democrático de Direito (necessariamente comprometido com a realização da justiça social, compreendida aqui, em termos genéricos, como a garantia de padrões mínimos de igualdade e liberdade materiais e, portanto de uma vida digna para todos), v., entre nós, especialmente Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes, *Ciência política e teoria geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, ainda que existam razões para discutir a categorização adotada, notadamente em face da diferença traçada entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, discussão que não nos cabe desenvolver nesta oportunidade.

12. Cf.: José Joaquim Gomes Canotilho. “Sobre o tom e o dom dos direitos fundamentais”. *Revista Consulex* 45/38, set. 2000.

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”¹³ – aumenta o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, indaga-se quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Nesse sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação (não parece demais lembrar a discussão em torno da privatização dos estabelecimentos penitenciários e da execução das penas em geral) têm tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, chegando-se no quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.¹⁴

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas,¹⁵ a própria noção de cidadania como direito a ter direi-

13. Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “Consenso de Washington”, v., especialmente, Boaventura Souza Santos, *Reinventar a democracia*: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo, Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 17-19.

14. Cf.: Luigi Ferrajoli. *El Estado Constitucional de Derecho hoy*: el modelo y su divergencia de la realidad, p. 16 et seq.

15. Cumpre registrar, nesse sentido, a advertência de José Eduardo Faria, “Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica”, in: José Eduardo Faria (Org.), *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127 et seq., em instigante ensaio sobre o tema.

tos¹⁶ encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”.¹⁷ Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda.¹⁸

Neste mesmo contexto, há de se deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão socioeconômica –, acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹⁹ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que, de há muito – especialmente sob a forma de Estado De-

16. Cf. a noção cunhada por Hannah Ahrendt, recolhida e divulgada, entre nós, por Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, especialmente p. 146 et seq.

17. Cf. Boaventura Souza Santos, op. cit., p. 23 et seq., entre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas”, onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos – do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

18. Com efeito, para Friedrich Müller, “Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: Secretaria Municipal da Cultura, edição especial, out. 2000, especialmente p. 45 et seq., desenvolve a ideia de que a exclusão social acelerada e aprofundada pela globalização econômica revela-se incompatível com um sistema democrático que efetivamente venha a merecer esta designação.

19. Cf. José Eduardo Faria, “Democracia e governabilidade...”, cit., p. 145-146.

mocrático (e Social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos,²⁰ nem sempre significa um aumento da liberdade e fortalecimento da democracia. Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social, acaba por levar, paralelamente ao enfraquecimento da soberania externa e interna dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), a um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional.²¹

Que os fenômenos ligeiramente enunciados têm contribuído, entre outros, para uma crise da sociedade, do Estado, do direito e da cidadania já constitui lugar comum. Que daí tenha resultado também uma ampla crise na esfera dos direitos fundamentais igualmente parece dispensar maiores comentários e tem sido largamente alardeado. Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, nem mesmo rastrear todas as causas e “sintomas” desta crise, verifica-se, contudo, que o aumento da opressão socioeconômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal” em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos. Entre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e

20. Nesse sentido, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 344 et seq., que, ao retratar a evolução do Estado liberal de matriz burguesa para o assim denominado Estado social, destaca que com este modelo de Estado “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança (...)”.

21. Cf. a lição, entre outros, de Jacob Gorender, “Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização”, in: Regina M. F. Gadelha (Org.), *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*, São Paulo: EDUC, 1997, p. 80 et seq., que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional, muito embora com contornos diversos e mais atenuados.

subemprego;²² b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;²³ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais (no sentido de mantidas ou, pelo menos, supervisionadas pelo Estado) capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.²⁴ O quanto tais fatores influenciam diretamente na esfera penal (seja na esfera da criminologia e do direito penal, seja na esfera das políticas penais em geral²⁵) dispensa, por ora, maiores comentários, bastando uma refe-

22. A este respeito, v. também José Eduardo Faria, “Democracia e governabilidade...”, cit., p. 143 et seq.

23. É em face da erosão crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Souza Santos fala na transição – para os integrantes das classes despossuídas – de um “estatuto da cidadania” para um estatuto de “lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão (op. cit., p. 19). A respeito deste fenômeno, v. ainda – entre outros – Plauto Faraco de Azevedo, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, São Paulo: RT, 1999, especialmente p. 96 et seq. (versando a respeito das consequências da globalização e do ideário neoliberal em geral), assim como, mais recentemente, Daniel Sarmiento, “Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”, *RDA* 223/154-155, 2001, destacando que, no âmbito do quadro de desemprego, diminui e, por vezes, desaparece o poder de barganha dos trabalhadores e de seus sindicatos, contribuindo para o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

24. Nesse sentido, v. também José Eduardo Faria, “Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão”, *O mundo da saúde* 22/74, 1998, alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e das instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço de formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo Poder Público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

25. No que diz com um ponto de vista criminológico da problemática, remetemo-nos aqui a Eugenio Zaffaroni, para quem a globalização econômica enterrou definitivamente o velho paradigma do simplismo etiológico, o que o autor exemplifica com um episódio banal e cotidiano, mas indicador da grande complexidade do problema, ao referir o caso de um adolescente que, em qualquer cidade latino-americana, ameaça outro, com arma de fogo, para roubar-lhe o tênis de grife. A seguir, o ilustre jurista elenca quatorze considerações relacionadas com o caso: “1. a res

rência não apenas ao incremento da criminalidade em geral, mas especialmente ao crescimento e expansão do crime organizado, que igualmente atua além das estritas fronteiras dos Estados e, de resto, serve-se das inovações tecnológicas para aumentar ainda mais o seu poder e dificultar o seu combate.

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional dos Estados, para citar o aspecto mais candente), é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), além de não poder ser atribuída – o que parece elementar, mas convém seja frisado – apenas ao fenômeno da globalização econômica ou mesmo ao crescimento da pobreza. Basta, para ilustrar tal assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz com o desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar também em risco direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete à problemática das funções do direito penal na assim designada “sociedade de risco” contemporânea.²⁶

furtiva foi fabricada na Ásia, com trabalho infantil; 2. o roubo não se motiva por necessidade de sobrevivência, mas pela busca de um símbolo de *status* propagandeado mundialmente; 3. os pais do assaltante foram despedidos, para reduzir custos, pela mesma empresa (ou subsidiária) que explora o trabalho infantil na Ásia; (...) 10. não é raro que o pai da vítima reclame pena de morte, menos garantias e mais ação policial e que vote em políticos que propugnem tais recursos; 11. estes políticos desviam o investimento social, já escasso, para o sistema penal e seu clientelismo (corrupção), reduzindo ainda mais as oportunidades dos netos do pai do assaltado; 12. a polícia mais arbitrária será mais corrupta e permitirá maior contrabando e mercado negro de armas (maior violência); 13. a maior corrupção do sistema penal determinará que as próprias agências executivas convertam-se em engrenagens das organizações criminosas; 14. isso aumentará as chances da vitimização por seqüestro do investidor de classe média (pai do assaltado), e a conseqüente perda de seu capital” (Cf.: Eugenio Raúl Zaffaroni. “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 18-20).

26. A respeito das questões genéricas que envolvem a noção e implicações da sociedade de risco, v. o clássico Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Na esfera jurídico-penal, destacamos o estudo de Jorge de

Para além disso, cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses em que se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual, como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado Democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.²⁷

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo Poder Público, no âmbito dos seus deveres de proteção, que ainda serão objeto de desenvolvimento logo mais adiante. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias da segurança nacio-

Figueiredo Dias, "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'", *RBCCrim* 33/43-51, ao qual nos remetemos para maior desenvolvimento e que voltará a ser objeto de referência mais adiante.

27. Discutindo a problemática do papel do Estado Democrático de Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público no contexto de um garantismo que possa dar conta também da efetiva proteção penal dos bens transindividuais, v. o recente contributo de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

nal e da segurança pública), a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.²⁸

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os “sem-terra” e os “com-terra”, os “sem-teto” e os “com-teto”, bem como os “com-saúde” e os “com-educação” e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como praticado em alguns pontos dos EUA,²⁹ tudo revelando que cada vez menos se tomam a sério os

28. Cf.: Alessandro Baratta. “Kriminalpolitik und Verfassung”. *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2/212-213, 2003.

29. Basta lembrar aqui a experiência (intolerante e, portanto, desproporcional) patrocinada a partir da gestão de Giuliani na Prefeitura de Nova Iorque, movida pelo intento de libertar o “cidadão de bem” das “garras do crime”, bem como a “teoria das janelas quebradas”, idealizada também nos EUA por James Q. Wilson e George Kelling, no início da década de 1980, que partem da idéia de que a relação entre desordem e criminalidade é mais forte que outras causas (pobreza, discriminação das minorias raciais etc.), além de tentarem demonstrar a relação de causalidade entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções. Para maiores detalhes, confira-se Daniel Sperb Rubin, “Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade”, *Revista do Ministério Público-RS* 49/175-200, Porto Alegre, jan.-mar. 2003, sem que se esteja a endossar todas as conclusões do autor.

direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.

Com efeito, quando ao abrir as páginas de um expressivo periódico depara-se com depoimentos de cidadãos apoiando e até mesmo elogiando a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão,³⁰ evidentemente não se poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que foi feita a todos – e que todos deveriam repetir diariamente – em conhecida canção do repertório nacional (Renato Russo): “Que país é este?!” , sintomaticamente um brado da “Legião Urbana”.

O quanto a constitucionalização dos direitos sociais e das promessas veiculadas pelas diversas normas de cunho programático inseridas na Constituição de 1988 (e bastaria lembrar o teor dos diversos e generosos objetivos fundamentais da República constantes do art. 3.º, a começar pela erradicação da pobreza e superação das desigualdades), no âmbito daquilo que Marcelo Neves, em impactante estudo, designou de “constitucionalização simbólica”,³¹ tem contribuído para um sentimento generalizado de frustração das expectativas criadas pelo discurso constituinte e em que medida tais frustrações acabaram por se converter em condutas agressivas aos direitos fundamentais não nos parece tenha condições de ser avaliado com razoável margem de acerto, muito embora não se possa descartar de plano tal efeito colateral. De certo modo – ainda que aqui não se possa

30. Cuida-se de apenas um dos inúmeros fatos veiculados pelos diversos meios de comunicação nos últimos anos, de tal sorte que a referência é feita em caráter meramente ilustrativo.

31. Cf. Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, onde o autor, entre outros aspectos, contrapõe a Constituição simbólica (considerada em parte na sua condição de instrumento de manipulação social por meio de proposital inserção de promessas não destinadas a uma implementação efetiva no texto constitucional) à Constituição normativa. Neste mesmo contexto, o autor invoca a figura simbólica da “legislação-álibi”, inclusive no âmbito penal, ao ressaltar – com inteira razão – que nesta seara “as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes” (op. cit., p. 38).

desenvolver o ponto e a despeito do nosso ceticismo em relação a tais posições – os riscos daquilo que chegou a ser chamado de uma hipertrofia dos direitos fundamentais, no sentido de uma espécie de panjusfundamentalismo,³² poderiam, de fato, contribuir de algum modo para uma simultânea maximização das esperanças e das frustrações, concorrendo para o agravamento da já referida crise de confiança e identidade dos direitos fundamentais, outorgando infelizmente uma atualidade surpreendente (ainda que diverso o contexto e em boa parte diferenciadas as razões) à alusão feita pelo conhecido filósofo existencialista alemão, Karl Jaspers, ainda na primeira metade do século XX, ao discorrer sobre a inconfiabilidade dos direitos humanos, destacando, entre as causas deste fenômeno, a falta de compreensão do que significam os direitos humanos por expressiva parcela da humanidade e da sua diminuta e muitas vezes até ausente eficácia e efetividade.³³

Que a polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranóia e até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurada no seio da sociedade – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas do Estado Democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes. O fascismo societal do qual fala Boaventura Santos não apenas ressuscita a antiga máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal), mas reintroduz (ainda

32. Cf.: José Casalta Nabais. “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”. *Abvno ad omnes* – 75 anos da Coimbra Editora. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. p. 965 et seq.

33. Cf. Karl Jaspers, *Wahrheit und Bewährung*, München-Zürich: R. Piper & Co. Verlag, 1983, p. 192-193, lembrando, contudo, que mesmo a mera formulação e reconhecimento dos direitos humanos (que – segundo Jaspers – alcançam eficácia jurídica apenas quando acolhidos na condição de direitos fundamentais nas Constituições, op. cit., p. 189) acabam fortalecendo o respeito do ser humano por seus semelhantes, além de clarificar as consequências jurídicas dos direitos juridicamente assegurados. Vale lembrar que o pensamento de Jaspers foi elaborado (ainda que já após a Segunda Guerra Mundial) quando ainda não estava devidamente implantado o sistema europeu e internacional de proteção dos direitos humanos e ainda se faziam sentir de modo agudo os reflexos das experiências totalitárias na própria Alemanha e o fracasso da Liga das Nações.

que de modo disfarçado) no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos a oposição amigo-inimigo cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político,³⁴ abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal “sombria” da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais eminentemente policialescas, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem.³⁵ Neste mesmo contexto, que aqui só cabe esboçar, importa mencionar as instigantes palavras de Juarez Tavares, por ocasião de palestra (ainda não publicada) proferida em recente encontro promovido pelo Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha (Daad), no sentido de que não se pode negligenciar o papel da mídia na “construção” de uma política criminal cada vez mais despótica e casuística, o que se torna perceptível a partir da influência dos meios de comunicação sobre a legislação penal,³⁶ assim como pela tendência – que entre nós poderia ser facilmente demonstrada a partir de alguns exemplos – do legislador atuar de modo casuístico e no mais das vezes movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas.³⁷ Ainda neste contexto,

34. Cf.: Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. 6. ed. (reimpressão da edição de 1963). Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

35. Cf. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Valência: Tirant lo Blanch, 1999, onde tal temática é desenvolvida em alguns dos expressivos ensaios que compõem a obra.

36. A palestra do autor foi proferida em 22.08.2003, no Hotel Meridien, Rio de Janeiro, encontrando-se em vias de publicação. Outrossim, convém relembrar aqui o exemplo da assim designada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) a partir das pressões feitas pela atriz, diretora e produtora de teatro, televisão e cinema Glória Perez por intermédio da grande mídia, após o lamentável assassinato de sua filha Daniela Perez, sem que se vá aqui (ainda) adentrar o mérito desta e de outras providências tomadas pelo legislador.

37. Neste mesmo contexto insere-se a discussão em torno dos riscos de um direito penal emergencial e de uma legislação movida mais pelo calor do momento do que por uma preocupa-

não é demais lembrar a doutrina de Jayme Weingartner que, recolhendo as lições de Zaffaroni no tocante ao papel dos meios de comunicação, destaca que uma “mídia espetáculo” acaba por produzir um “político-espetáculo” e a edição de uma legislação penal distorcida (já que movida pelo objetivo maior da publicidade) e, no mais das vezes, reprodutora da violência e exclusão.³⁸

Soma-se a isto o fato de que as políticas criminais adotadas, além de não servirem de instrumento para o combate aos efeitos nefastos do fascismo societal, acabam, de certo modo, retroalimentando e, nesse sentido, estimulando os níveis de polarização na sociedade. Com efeito, como bem o demonstrou Alessandro Baratta, deixa-se de assegurar os direitos à segurança dos grupos marginalizados e “perigosos” (em outras palavras, dos sem direitos efetivos), de tal sorte – e este aspecto convém seja destacado – que todo o segmento populacional que se encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua destes direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obriga-

ção com a efetiva proteção dos direitos fundamentais, de tal sorte que as palavras “lei e ordem” passam a assumir um papel de destaque nos discursos oficiais, tal como bem lembra Diego Camaño Viera, “Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia”, *Revista de Estudios Criminales* 6/78 et seq., 2002. Entre nós, v., entre outros, os diversos ensaios que integram a obra de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *O direito penal na era da globalização*, São Paulo: RT, 2002, assim como a análise de José Eduardo Faria, “Estado, direito e sociedade”, in: José Eduardo Faria e Rolf Kuntz, *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 114 et seq., analisando o impacto da globalização econômica sobre o direito penal, inclusive com a tendencial flexibilização de princípios fundamentais como o da territorialidade (seja pela criação de instâncias supranacionais de persecução e julgamento, seja pela impossibilidade de a ordem jurídica estatal combater a criminalidade internacional e organizada que não restringe sua prática delitiva às fronteiras do Estado atingido), da legalidade e tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente ambíguos e indeterminados etc.

38. Cf.: Jayme Weingartner Neto. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa*. Uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 108 et seq. (especialmente p. 113-114).

ções no âmbito da segurança social.³⁹ Da mesma forma – e talvez por esta mesma razão – o garantismo penal na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas que, em regra, são cometidos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado.

Diante do quadro esboçado, vislumbra-se, desde logo, que a discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar),⁴⁰ o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do direito penal. Por mais que não se possa – nem aqui e nem nos passos subseqüentes – aprofundar estas dimensões, elas estarão presentes ao longo de todo o nosso estudo, de tal sorte que voltaremos a nos pronunciar a respeito.

Por outro lado (convém destacar), que as considerações anteriores (necessariamente sumárias e ilustrativas) remetem a questionamentos e análises que transcendem as fronteiras do jurídico e, portanto, reclamam uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar resulta evidente, mas também é elementar o

39. Cf.: Alessandro Baratta. Op. cit., p. 213-214.

40. Nesse sentido, as ponderações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição...*, cit., p. 22-23.

quanto contribuem para uma adequada – embora conscientemente simplificada – contextualização do debate e da problemática versada neste ensaio.

Assim, feitas estas ponderações, cumpre avançar na identificação mínima dos pressupostos teóricos da presente análise.

3. Alguns pressupostos teóricos para uma abordagem constitucionalmente adequada da temática

3.1 *A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos*

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional européia continental⁴¹), importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.⁴² Sem incorrer na

41. Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto – a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Nesse sentido, v. o contributo de Daniel Sarmento, “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”, in: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org.), *Arquivos de direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, vol. 4, p. 73 et seq., o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo ou pelo menos exagerado ativismo judicial, especialmente por conta dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, assim como de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente argüida na Alemanha (basta referir aqui autores do porte de Habermas, Hesse e Böckenförde), de tal sorte que também aqui existem importantes convergências com o direito norte-americano (op. cit., p. 75 et seq.).

42. Esta a advertência de Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat* 29/51, 1990, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes

tentativa improdutiva e, além do mais, fatalmente destinada à incompletude de tomar posição a respeito da terminologia mais adequada, o estudo limita-se a traçar, em linhas gerais, as características básicas e as diferentes facetas inerentes à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, centrando a nossa atenção nos aspectos diretamente vinculados ao tema precípua deste trabalho.

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,⁴³ foi com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso L $\ddot{u}$ th, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso – “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dada continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores,⁴⁴ ficando con-

expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos etc. Em que pese a o uso habitual da terminologia “dimensão objetiva e subjetiva”, convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo “gerações”) dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão “perspectiva objetiva e subjetiva”.

43. Oportuna torna-se aqui a referência, ainda que exemplificativa, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de Martin Wolff e Carl Schmitt, sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada especialmente na obra de Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 37-128 e, no que diz com o conteúdo material e efeito integrador dos direitos fundamentais, p. 225-234. Para o autor, a função integrativa da Constituição apóia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais.

44. Como bem lembra Erhard Denninger, in: Rudolf Wassermann (Org.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativ Kommentar), 2. ed., Neuwied: Luchterhand, 1989, vol. I, p. 189, já no segundo volume da coletânea oficial de suas decisões (BVerfGE 2, 1/12), o Tribunal Federal Constitucional já havia feito referência, neste caso reportando-se à Constituição na sua totalidade, a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos

signado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.⁴⁵ Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais,⁴⁶ entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.⁴⁷ Que também a dignidade da pessoa humana –

estatais, baseada principalmente nos valores fundamentais da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

45. Cf. BVerfGE 7, 198/204 et seq., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por exemplo, BVerfGE 49, 89/141 et seq., e, mais recentemente, em BVerfGE 98, 365/395).

46. Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 6. ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, nesse sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

47. Em face de sua relevância para o desenvolvimento, fora da Alemanha, do entendimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, passamos a transcrever os trechos do acórdão prolatado em 1981 (STC 25/1981, FJ 5.º), tal como citado na coletânea de Francisco Rubio Llorente (Org.), *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (doutrina jurisprudencial), Barcelona: Ariel, p. 77: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (...). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales (...) se recoge en el art. 10.1 de la CE”. Cumprе aduzir, em homenagem à completude, que o art. 10.1 da Constituição espanhola de 1978 reza que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional – apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência.

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.⁴⁸ Assim, podemos partir da premissa de que, ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,⁴⁹ e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁵⁰ É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,⁵¹ mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade

48. Esta é oportuna advertência de José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 144. Na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação (Assim, cf. Horst Dreier, “Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte”, *Jura*, p. 509, 1994).

49. Cf., entre tantos, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 143.

50. Nesse sentido, por exemplo, Horst Dreier, op. cit., p. 509.

51. Cf. leciona José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 165. Saliente-se, todavia, que a expressão mais-valia não deve ser considerada no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, mas, sim, como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

da pessoa humana e dos direitos fundamentais e sobre as quais ainda iremos tecer algumas considerações.⁵²

Antes de procedermos à apresentação dos desdobramentos específicos mais relevantes da perspectiva objetiva, importa sublinhar quatro aspectos de suma relevância para a sua compreensão. Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras (considerando-se a Constituição como sistema aberto de regras e princípios), há de se ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre os princípios e a perspectiva objetiva, de tal sorte que, em termos gerais e na esteira de Alexy, se pode falar em regras e princípios que asseguram direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.⁵³ De outra banda, há de se distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos (de resto, objeto de um número considerável de críticas)⁵⁴ e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para

52. Citem-se aqui, pela sua importância, o desenvolvimento da categoria dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflichten*), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (*status activus processualis*) e a problemática da sua eficácia provada (*Drittwirkung*), apenas para permanecermos no terreno da consensualidade.

53. Nesse sentido, a precisa lição de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 545, recepcionando assim no direito lusitano o entendimento de Robert Alexy, "Grundrechte als subjektive...", cit., p. 55 et seq., quando, em estudo fundamental sobre a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, demonstrou que a distinção entre regras e princípios é neutra em relação à distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva, no sentido de que tanto normas que garantem direitos subjetivos quanto normas que vinculam apenas objetivamente o Estado podem ter caráter principiológico.

54. A respeito deste ponto, notadamente sobre a noção da Constituição como ordem objetiva de valores e uma resenha de algumas das principais críticas direcionadas a esta concepção por parte da doutrina, remetemo-nos ao estudo de Daniel Sarmento, "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...", cit., p. 72 et seq.

além da perspectiva subjetiva,⁵⁵ salientando-se a relevância de ambos os aspectos para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais. Além disso, se à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais deve ser atribuída uma significação jurídico-objetiva (no sentido de que de modo geral a dignidade e os direitos fundamentais integram e expressam também uma ordem objetiva de valores), também é certo que as consequências concretas a serem extraídas da dimensão objetiva não são necessariamente as mesmas em se considerando os diversos direitos fundamentais individualmente.⁵⁶ Por derradeiro, cumpre frisar que, no âmbito desta sumária apresentação da perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não nos estamos limitando a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita. Mesmo sem qualquer pretensão à completude e exaustão, é nossa intenção traçar um quadro o mais abrangente possível, no mínimo com uma breve referência aos pontos que parecem mais relevantes.⁵⁷

Ainda que para alguns (e não sem razão) a questão ora referida não integre a problemática propriamente dita da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais,⁵⁸ importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental

55. Cf. José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 145, que aponta para a existência de dois planos distintos e inconfundíveis no que tange à dimensão comunitária (objetiva) dos direitos fundamentais, quais sejam, uma dimensão valorativa ou funcional e o que denomina de dimensão jurídica estrutural.

56. Cf. a oportuna consideração de Hans D. Jarass, "Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen", in: Peter Badura e Horst Dreier (Org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, vol. II, p. 37-38.

57. Neste contexto cumpre referir o levantamento minucioso dos múltiplos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais efetuado por Paulo Bonavides, op. cit., p. 541-542, sem que possamos, no entanto, adentrar o exame isolado de cada uma destas facetas da perspectiva objetiva.

58. Este o entendimento, entre outros, de Horst Dreier, op. cit., p. 509.

de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.⁵⁹ Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.⁶⁰ Aqui estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, tal como já foi objeto de referência, incluída aqui a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Como uma das implicações diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.⁶¹ Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função

59. Cf.: Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Muller, 1995. p. 133.

60. Esta a observação pertinente de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 11. ed., Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 23.

61. Nesse sentido, entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 144-145.

axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.⁶² É nesse sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também e de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes⁶³ e desde que estejamos atentos ao fato de que com isto não se está a legitimar uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade,⁶⁴ aspecto que, por sua vez, guarda conexão com a discussão em torno da existência de um princípio da supremacia do interesse público que aqui não iremos desenvolver.⁶⁵ É neste contexto que alguns autores têm analisado o proble-

62. A ideia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (cf., entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência constitucional alemã do início da década de 50. Nesse sentido o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 4, 7 et seq.) já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta (*die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums* = vinculação comunitária do indivíduo).

63. Sobre o sentido e o alcance desta dimensão comunitária e valorativa da função objetiva dos direitos fundamentais no direito luso-brasileiro, há de se destacar a obra já citada de José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 145 et seq., da qual extraímos a noção referida.

64. Cf. a oportuna lembrança de Daniel Sarmento, "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais..." cit., p. 67.

65. A respeito da prevalência, ou não, do interesse público sobre o interesse privado, registra-se fecunda e ampla discussão na doutrina, inclusive pátria. Desde logo, destacamos que aderimos, em princípio, à posição bem fundamentada de Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52-56, que, em linhas gerais, sustenta a inexistência de uma supremacia apriorística do interesse público em face do privado, pois tal hierarquização demanda o exame das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que as ações estatais estarão sempre subordinadas ao princípio da dignidade da pessoa humana (no mesmo sentido, v. os desenvolvimentos mais recentes do autor, no seu *A interpretação sistemática do direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225, à luz da ideia de uma superação da dicotomia rígida entre público e privado). Sustentando posição diversa, não poderíamos deixar de referir, pela sua

ma dos deveres fundamentais, na medida em que este estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na sua aceção valorativa. Tendo em vista, contudo, que os deveres fundamentais não constituem o objeto precípuo deste estudo, deixaremos aqui de adentrar o exame desta matéria complexa e controversa, em que pese sua reconhecida relevância.⁶⁶

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que de modo incontroverso exercem a função de direitos subjetivos, como ocorre com os direitos de liberdade, entre outros) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.⁶⁷ Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos, o que nos remete – entre outros aspectos –

influência e justa autoridade, a tese em prol de uma supremacia do interesse público, esgrimida por Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87 et seq., assim como o debate travado entre Humberto Bergmann Ávila, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, e Fábio Medina Osório, “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?”, *RDA* 220/69-107, abr.-jun. 2000, entre outros.

66. Para quem quiser desenvolver a questão dos deveres fundamentais, remetemos à profunda análise – entre a literatura em língua portuguesa – de José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra: Almedina, 1998.

67. Nesse sentido, v. a lição de Konrad Hesse, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland”, *EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift)*, p. 433, 1978.

ao exame das normas assim denominadas de programáticas e à atual discussão em torno do constitucionalismo dirigente e da eficácia dos assim denominados direitos sociais.⁶⁸ Ainda que não se possa aqui desenvolver este aspecto, não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.

Sem prejuízo das demais funções já referidas, os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.⁶⁹ Ainda que aqui nos estejamos situando no terreno da obviedade e que não se trate, neste contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo peculiar a todos os direitos e princípios funda-

68. Sobre a temática do constitucionalismo dirigente, v. a recente e estimulante coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, que retrata um qualificado debate entre um grupo de autores nacionais e o jurista lusitano Gomes Canotilho. Bem sustentando, também entre nós, as virtudes do constitucionalismo dirigente, v. ainda os decisivos contributos de Gilberto Bercovici, "A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 142/41 et seq., abr.-jun. 1999, e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106 et seq.

69. Cf., entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 161.

mentais, sendo versada habitualmente no âmbito de uma eficácia negativa das normas constitucionais.⁷⁰

Se até agora nos estivemos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva na sua aceção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais, impõe-se que nos posicionemos também nesta seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais na sua condição de normas de direito subjetivo.⁷¹ Como bem lembra K. Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva⁷² e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas⁷³ – denominou de uma eficácia irradiante

70. Sobre a eficácia negativa, e, de modo geral, sobre os diversos efeitos concretos dos princípios constitucionais, v., entre outros, recentemente, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "O começo da história – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", *Revista Interesse Público* 19/74 et seq., 2003.

71. A este respeito, v. a lição de José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 161.

72. Cf.: Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, cit., p. 135.

73. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 30-31 (existe tradução em língua portuguesa sob o título *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2003), afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídica, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.⁷⁴ A técnica da interpretação conforme, como bem sinalou Daniel Sarmento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações desta última, já que a aplicação dos valores constitucionais mais elevados às situações concretas não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico,⁷⁵ reclamando uma verdadeira filtragem constitucional⁷⁶ que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva⁷⁷

74. V., entre outros, as atualizadas manifestações de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 23 et seq., bem como de Michael Sachs, "Vorbermerkungen zu Abschnitt I", in: Michael Sachs (Org.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C. H. Beck, 1996, p. 79. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 168-169, que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Nesse sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada, entre outras tantas obras de valor, no referencial curso do Prof. Paulo Bonavides, op. cit., p. 532 et seq., assim como, mais recentemente, no igualmente já clássico trabalho de Juarez Freitas, *A interpretação sistemática...*, cit., especialmente p. 189 et seq.

75. Cf.: Daniel Sarmento. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais..." cit., p. 80-81.

76. A respeito deste tema, v. a obra específica de Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

77. Nesta perspectiva, v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2. ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, vol. II (ao destacar que com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, a sua necessária reinterpretação), e, entre nós, de Luís Roberto Barroso, *Aplicação e interpretação da Constituição*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145 (falando-nos de uma interpretação evolutiva),

e emancipatória⁷⁸ da ordem jurídica à luz do espírito da Constituição.⁷⁹ Associado a este efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do direito (com todas as suas seqüelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera nas relações entre particulares, temática que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Importa frisar, no tocante ao nosso objeto de estudo, que em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade e das suas diversas manifestações, sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar.⁸⁰

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais

e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional...*, cit., em linhas gerais, bem lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

78. Clèmerson Merlin Clève, “Teoria constitucional e o direito alternativo”. *Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, São Paulo: RT, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa) os valores emancipatórios contidos na Constituição incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

79. De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e um filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver esta perspectiva.

80. É nesta perspectiva que se situa, por exemplo, a impactante afirmação de Winfried Hassemer, “Segurança pública no Estado de Direito”, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado.

e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados,⁸¹ função esta que muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator – dos direitos fundamentais.⁸² Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.⁸³ No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2.º, II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.⁸⁴ Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, será possível en-

81. A este respeito, v., entre outros, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, cit., p. 155, e Michael Sachs, op. cit., p. 79-80.

82. Cf.: Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 17 et seq.

83. Esta a lição, entre outros, de Peter Badura, *Staatsrecht*, München: C. H. Beck, 1986, p. 79; na literatura mais recente, v., por exemplo, Hans D. Jarass e Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. ed., München: C. H. Beck, 1995, p. 19.

84. Nesse sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 26-7; a respeito de exemplos expressamente positivados, Gerrit Manssen, *Staatsrecht I – Grundrechtsdogmatik*, München: Franz Vahlen, 1995, p. 17, que menciona os arts. 1.º, I (dignidade humana), e 6.º, IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

contrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.⁸⁵

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém relembrar que, na sua função como direitos de defesa, os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais – pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa) não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.⁸⁶

Para além disso, situa-se a discussão em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle

85. Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do art. 5.º, *caput*, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5.º, XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5.º, XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7.º, X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7.º, XXVII (proteção legal contra a automação), e art. 7.º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais.

86. Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. Ingo von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26.

judicial nesta seara. Nesse sentido, vale colacionar a lição de Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios: a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental; b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros.⁸⁷ Que os critérios elencados por Canaris não excluem outras posições e igualmente não são imunes a críticas não afasta a circunstância de que um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e reclama especial cuidado no seu controle.

Deixando de lado – neste contexto – a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela), certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos,⁸⁸ desde logo constata-se o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o Poder Público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos. Aliás, tomando-se o caso da Alemanha – foi justamente nesta seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do

87. Cf.: Claus-Wilhelm Canaris. *Grundrechte und...*, cit., p. 72 et seq.

88. Sobre o ponto, v., entre outros, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 et seq.

Tribunal Constitucional Federal.⁸⁹ Os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais na esfera jurídico-penal, notadamente no concernente à proteção penal de determinados bens fundamentais, constituem, em linhas gerais, uma das mais relevantes manifestações desta dimensão dos direitos fundamentais. Por mais que se queira discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais são dignos da tutela por intermédio do direito penal),⁹⁰ certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa. Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal. Por esse motivo, mesmo que aqui não tenhamos a pretensão – nem possibilidade – de aprofundar o tema naquilo que diz especialmente com as teorias sobre a justificação e os fins da pena e do direito penal (temática que, de resto, tem sido largamente tratada pela doutrina penal), não há como deixar de sublinhar mais alguns aspectos imprescindíveis

89. Nesse sentido, a paradigmática decisão encontrada em *BverfGE*, vol. 39, especialmente p. 49 et seq. (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28.05.1993 [*BVerfGE* 88/203 et seq.], que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – naquilo que interessa aos deveres de proteção – essencialmente da primeira). Nesta mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros tribunais constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença 53, de 1985), e, mais recentemente, do Tribunal Constitucional de Portugal (Ac 288, de 18.04.1998). Em todas estas decisões assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

90. A respeito desta problemática, v., entre outros, as críticas e eruditas ponderações de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, "*Constituição e crime*", *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris⁹³ e Josef Isensee,⁹⁴ o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência,⁹⁵ de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido.⁹⁶ A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes⁹⁷), ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim

93. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* 184/228 et seq., 1984, posteriormente ratificado e desenvolvido na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999, já referida.

94. Cf. Josef Isensee, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, vol. V, § 111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção.

95. No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização desta terminologia deva ser atribuído a Luís Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *RT* 798/23 et seq. (especialmente p. 27), abr. 2002, anotando, com precisão, que a utilização desta categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimo dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

96. Cf. *BverfGE* 88/203 (254).

97. Cf.: Gilmar Ferreira Mendes. "Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões". In: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 209.

José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”.⁹⁸

Deixando de lado considerações de ordem terminológica (mesmo que estas não tenham cunho meramente cosmético), o que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso – da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional⁹⁹), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, Administração e Judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que

98. Cf.: José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 267. A terminologia adotada pelo ilustre catedrático (a despeito da correta explanação de seu significado) de Coimbra não traduz com precisão a idéia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia ser diverso, além do que, é possível afirmar que defeito também ocorre na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

99. Cf.: Heinrich Scholler. “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”. *Revista Interesse Público* 2/95 et seq., abr.-jun. 1999. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte a partir da experiência com as “leis injustas” do período nacional-socialista.

a atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais,¹⁰⁰ bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.

Para efeito dos desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos alguns exemplos extraídos da jurisprudência pátria, há de se relembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e portanto também aqui apenas sumariamente referida – de que, na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s); b) a necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade (tal como prefere Gomes Canotilho); e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para

100. Cf., entre outros, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria...*, cit., p. 266-267, assim como Heinrich Scholler, “O princípio da proporcionalidade...”, cit., p. 97 et seq., que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota – que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a Administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

muitos tem sido também chamado de razoabilidade¹⁰¹ (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.¹⁰² Ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, nesse sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição,¹⁰³ aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isto convém seja frisado –, resta evidente o papel central da idéia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando

101. Importa registrar, neste ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir Suzana de Toledo Barros, op. cit., p. 57), e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães). A respeito deste ponto, remetemo-nos especialmente aos estudos de Wilson Antônio Steinmetz, op. cit., p. 173 et seq., e, mais recentemente, Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 27 et seq.

102. A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., entre tantos, Heinrich Scholler, “O princípio da proporcionalidade...”, cit., p. 97 et seq., e José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria...*, cit., p. 264-265. Entre nós, v., entre outros, também nesse sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico), as já clássicas contribuições de Paulo Bonavides, op. cit., p. 360 et seq.; Suzana de Toledo Barros, op. cit.; Willis Santiago Guerra Filho, “Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade”, in: Willis Santiago Guerra Filho (Coord.), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 et seq. (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema); Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações...”, cit., p. 246 et seq.; Wilson Antônio Steinmetz, op. cit., p. 137 et seq.; e, por último, Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos princípios...*, cit., p. 108 et seq.

103. Cf.: Heinrich Scholler. “O princípio da proporcionalidade...”, cit., p. 101-102.

do justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz com a proibição de insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção de proibição de insuficiência¹⁰⁴ (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da idéia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência.¹⁰⁵ De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta se encontra abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.¹⁰⁶

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de

104. Cf. Johannes Dietlein, “Das Untermassverbot”, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995, p. 132-133, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções), a proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que o alcançado pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

105. Nesse sentido, v. o próprio Johannes Dietlein, “Das Untermassverbot”, cit., p. 133 et seq., assim como Karl Eberhard Hain, “Das Untermassverbot in der Kontroverse”, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996, p. 75 et seq.

106. Cf. a forte e original crítica de Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)*, 1973, p. 982 et seq., aqui apresentada de modo resumido.

uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.¹⁰⁷

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação do Poder Público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas.¹⁰⁸ Nesse sentido, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e

107. Cf.: Claus-Wilhelm Canaris. *Grundrechte und...*, cit., p. 39 et seq.

108. Idem, ibidem, p. 43 et seq., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária, que por sua vez será passível de controle pelo Poder Judiciário quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorreremos sobre os deveres de proteção em geral (v., *supra*, 3.1).

imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes.¹⁰⁹

Também Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência, ao demonstrar que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional.¹¹⁰

Deixando aqui de lado outras dimensões relevantes da problemática, o que nos importa destacar é a existência de pelo menos um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao Poder Público. Em suma, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, de que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exa-

109. Cf. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28.02.2002, *DÖV (Die öffentliche Verwaltung)*, 2002, p. 521.

110. Cf.: Johannes Dietlein. “Das Untermassverbot”, cit., p. 136-137. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada plasticamente com base na problemática do aborto, já que, se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do Estado em relação à vida intrauterina de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo.

geros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio".¹¹¹ Que o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão. No próximo segmento tentaremos explorar um pouco mais esta dimensão à luz de alguns exemplos, tendo sempre em mente a idéia motriz de que proporcionalidade, Estado Democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência e, portanto, reclamam uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

4. Deveres de proteção e proporcionalidade na esfera jurídico-penal: reflexões com base na análise de alguns casos concretos

A partir do arsenal dogmático esboçado, caso manuseado com bom senso e criatividade e pautado por uma prática hermenêutica tópico-sistemática, na esteira do que propõe Juarez Freitas, é possível alcançar solução justa (no sentido da melhor resposta possível) para boa parte dos conflitos jurídico-penais levados ao Poder Judiciário. Neste segmento, empreenderemos a tentativa de avaliar criticamente – à luz das premissas de que ao Estado incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais e de que na sua atuação deverá observar as exigências tanto da proibição de excesso quanto de insuficiência – algumas das opções tomadas pelos órgãos jurisdicionais ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, sempre guiados pelo espírito já anunciado nas notas introdutórias, o de lançar apenas algumas breves reflexões e agregar alguns argumentos para o diálogo.

111. Cf. Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos...*, cit., p. 56-57, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade, importa que, desde logo, seja feito o registro de que a jurisprudência pátria tem feito, em regra, bom uso das perspectivas abertas. Dois exemplos servem para substanciar a assertiva.

No primeiro caso, cuida-se de decisão do nosso STJ, proferida por sua 3.^a Seção, em 24.10.2001, que deliberou pelo cancelamento da Súm. 174 do STJ e consignou: “O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súm. 174 do STJ) viola vários princípios basilares do direito penal, tais como o da legalidade (art. 5.º, XXXIX, da CF e art. 1.º do CP), do *ne bis in idem* e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1.º, II, criminalizou a utilização da arma de brinquedo para o fim de cometer crimes” (REsp 213.054-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, voto vencido). O Min. Gilson Dipp, ao distinguir o óbvio – quem porta uma arma de verdade sabe que poderá matar, quem porta uma arma de brinquedo sabe que não poderá fazê-lo –, observou que tratar igualmente situações objetiva e subjetivamente diversas poderia “malferir o princípio da proporcionalidade”.¹¹²

Outra interessante aplicação, que pessoalmente não hesitamos em aplaudir enfaticamente, mas que ainda está sendo objeto de acirrada disputada nos tribunais, considera que há violação aos princípios da isonomia e proporcionalidade na dosimetria da pena do furto qualificado, em cotejo com a pena prevista para o roubo qualificado. Nesse sentido, importa conferir o acórdão da 5.^a Câ. Crim. do TJRS: “Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos tempos, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo, como esta-

112. Isto não significa, na esteira de anterior voto do saudoso Min. Assis Toledo, que a arma de brinquedo não possa caracterizar a “grave ameaça” que transforma o furto em roubo (ainda que, tecnicamente, ocorresse um furto mediante fraude), mas afasta o grave equívoco de considerá-la para os efeitos do disposto no § 2.º do art. 157, cuja expressão verbal é “emprego de arma”.

belece o § 4.º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço a metade. Voto vencido” (ApCrim 70003435021, rel. Des. Sylvio Baptista Neto, 13.12.2001).¹¹³

Ainda no que diz com a desproporção no aumento da pena do furto qualificado, em confronto com a majorante do roubo, impõe-se o registro de que tal tese (como, de resto, outras propostas no contexto de uma leitura constitucionalmente adequada da normativa penal) foi lançada pelo ilustre Procurador de Justiça e doutrinador gaúcho Lenio Luiz Streck, que sustentou a tese com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e na interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sendo os dispositivos do Código Penal de 1940, tais normas não estariam recepcionadas (dispensado o incidente de inconstitucionalidade), de tal sorte que aplicável a interpretação conforme a Constituição. Assim, o texto legislativo permaneceria em sua literalidade, construindo o intérprete uma nova norma, já que evidente a desproporcionalidade em se considerando que a pena do furto é dobrada se praticado em concurso de pessoas, ao passo que no roubo aumenta apenas de um terço.

Exemplo que – a despeito da posição divergente e, por ora, ainda dominante no STF – segue polêmico é o da possibilidade de concessão de liberdade provisória e da progressão de regime em se tratando de acusação ou condenação pela prática de crime definido como hediondo, nos termos da Lei 8.072/1990. Em ambos os casos, comungamos do entendimento de já boa parte da doutrina e até mesmo de segmentos da jurisprudência, por também vislumbrarmos aqui uma violação flagrante dos requisitos da proporcionalidade.

113. A 8.ª Câm. Crim. do TJRS, entretanto, entende a “arguição de inconstitucionalidade sem concretude. A diferenciação na exasperação da pena, ocorrente entre o furto e o roubo em relação ao concurso de pessoas, deflui da própria sistemática penal, não se constatando, no caso, qualquer pecha de inconstitucionalidade no artigo de lei fustigado. É inviável a aplicação, por analogia, da majorante prevista para o roubo ao furto qualificado pelo concurso de agentes, pois se está diante de norma expressa, inexistente lacuna da lei” (ApCrim 70004326609, rel. Des. Roque Miguel Fank, 09.10.2002). No mesmo sentido: Embargos Infringentes 70002636892 (17.08.2001) e 70001362482, (15.09.2000), 3.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura.

Na primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime tido como hediondo) da presunção de inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto.¹¹⁴ Já no caso da progressão de regime, cuida-se de exigência constitucional inarredável (até mesmo como corolário da própria proporcionalidade) e que não poderia ser completamente ignorada pelo legislador.¹¹⁵ Nesse sentido, importa registrar que em homenagem à liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum em estabelecer uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos (o que poderia ocorrer, em caráter ilustrativo, até mesmo após o cumprimento de um terço ou até a metade da pena), mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, este sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Salta aos olhos que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte dos nossos tribunais.¹¹⁶ Cuidando-

114. A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de Odone Sanguiné, "Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inc. II do art. 2.º da Lei 8.072, de 25.07.1990", RT 667/252-258, maio 1991. Entre a produção monográfica nacional, remetemo-nos aqui ao excelente texto de Norberto Flach, *Prisão processual penal*: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica, Rio de Janeiro: Forense, 2000. Mais recentemente, embora de enfoque mais específico, v. Daniel Gerber, *Prisão em flagrante*: uma abordagem garantista, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

115. Conforme já reconhecido, de modo irreparável, pelo TJRS, colacionando-se aqui o acórdão prolatado no Ag 698.287.661 (Cruz Alta), pela 5.ª Câ. Crim., rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, na linha do que já tem decidido, em alguns casos, o nosso STJ.

116. Sobre este ponto, e, de modo geral, abordando várias questões polêmicas no âmbito da execução penal e do seu controle de constitucionalidade, v., entre tantos, a importante coletânea or-

se de temática conhecida e amplamente debatida na doutrina, deixaremos aqui de tecer outras considerações.

Outro exemplo que merece ser colacionado é o da polêmica decisão da 5.^a Câmb. Crim. do TJRS na ApCrim 699.291.050, julgada em 11.08.2000: “Furto. Circunstância agravante. Reincidência. Inconstitucionalidade por representar *bis in idem*. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria” (rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho). Mais uma vez, seguiram-se as críticas e argutas considerações de Lenio Streck, no sentido de que o duplo gravame da reincidência (como fundamento para o agravamento da pena do novo delito e fator obstaculizante de uma série de benefícios legais) é antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive pelo seu componente estigmatizante, pois divide os indivíduos em “aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo”.¹¹⁷

A tese, todavia, não tem encontrado guarida no STJ, que, em 17.06.2003, no REsp 401.274-RS, rel. Ministra Laurita Vaz, anotou: “(...) 3. Reconhecida a violação ao art. 61, I, do CP, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá ser sempre agravada. Precedentes. 4. No mesmo diapasão, o acórdão objurgado, ao aplicar ao furto mediante concurso, por analogia, a majorante do roubo em igual condição, violou o § 4.º do art. 155 do CP (...)”.

A relatora, mesmo respeitando as teses que criticam o sistema legal vigente, acabou por endossar a liberdade democrática de conformação legislativa,

ganizada por Salo de Carvalho, *Crítica à execução penal*. Doutrina, jurisprudência e projetos legislativos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

117. Na fundamentação da abolição da reincidência, seguiu-se as lições de Zaffaroni e de Ferrajoli. Para maiores detalhes, inclusive instigante comentário de Salo de Carvalho, na *Revista Jurídica*, ano 47, n. 268, p. 119-135, fev. 2000. Uma análise (no caso, endossando as conclusões do TJRS) desta e de outras decisões encontra-se na obra de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, especialmente p. 61 et seq., no concernente à reincidência.

de tal sorte que considera imprescindível que seja “efetivamente respeitado e aplicado (...) o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade (...) estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá sempre ser agravada”. Ainda segundo a ilustre condutora do acórdão, negar vigência ao dispositivo legal que consagra a agravante da reincidência representaria uma violação dos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena, pois estar-se-ia igualando réus com situações pessoais desiguais, no caso, um criminoso contumaz e que possui condenações transitadas em julgado a um criminoso primário (que nunca delinqüiu), privilegiando o primeiro. O acórdão reitera – convém seja frisado este aspecto – que inócorrente um *bis in idem*, da mesma forma que não se trata de considerar o reincidente mais perverso, não sendo o caso de debater se o Estado estimula, ou não, a reincidência.

Quanto à majorante do roubo, a relatora limitou-se a reproduzir as razões do Ministério Público, no sentido de que o legislador adotou tratamento diferenciado nos tipos dos arts. 155 e 157, no que toca ao concurso de pessoas. Neste ponto, desconsiderando aqui a obviedade da ponderação, que, por sua vez, não disfarça uma postura de certo modo submissa e acrítica em relação à “manifesta vontade do legislador”, a Corte deixou de avançar no tocante às razões do tratamento diferenciado, deixando, portanto, de efetuar a sua análise com base no teste de proporcionalidade, com o escopo de verificar se subsiste fundamento suficiente para a configuração daquela determinada opção legislativa.

Retornando à questão da constitucionalidade da reincidência, verifica-se que esta, no nosso entender, reclama maior digressão, seja no que diz com a sua fundamentação, seja no concernente aos resultados. Vale avançar algo mais na análise de alguns dos argumentos esgrimidos na decisão citada do TJRS. Assim, a despeito das fortes e abalizadas razões apresentadas em prol até mesmo da irracionalidade do instituto da reincidência e da sua incompatibilidade com as

teses garantistas,¹¹⁸ não há como reconhecer, por outro lado, que, se o garantismo parte necessariamente do postulado da secularização (inclusive da pena e dos critérios de sua aplicação¹¹⁹) e se de fato existem dados estatísticos a demonstrarem que a aplicação do instituto da reincidente como agravante da pena não resultou em índices de criminalidade mais favoráveis, a eleição pelo legislador de um critério objetivo (no caso, a existência de condenação anterior transitada em julgado) e o reconhecido caráter punitivo e preventivo da pena (que, também de acordo com uma leitura garantista e pelo menos num certo sentido, não poderia ter o intento de ressocializar a pessoa humana) acabam até mesmo assumindo uma condição em princípio talvez não tão incompatível com as próprias premissas do garantismo, desde que, é claro, devidamente reinterpretado.

De outra parte, a tese do *bis in idem*, no sentido de que ao aplicar a agravante da reincidência se está a penalizar duplamente um delito anterior, poderia não ser, pelo menos, a única forma de perceber o fenômeno, já que a agravante incide justamente pelo fato da prática de um novo delito e somente por esta razão. De qualquer modo, não parece necessariamente ilegítimo que um Estado Democrático de Direito, por assumir a condição de garante dos bens fundamentais (e bastaria aqui mencionar a dignidade, a vida e a igualdade) de toda e qualquer pessoa humana, possa exigir do cidadão que não viole os direitos fundamentais de seus semelhantes e que, nesta perspectiva, mantenha uma atitude socialmente adequada, respeitan-

118. Nesse sentido, não poderíamos deixar de remeter às ponderações instigantes de Salo de Carvalho, "Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e garantismo: considerações a partir do princípio da secularização", in: Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo*, cit., especialmente p. 61 et seq. Na mesma direção, sustentando enfaticamente a inconstitucionalidade da reincidência, situa-se a doutrina de André Copetti, *Direito penal e Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193 et seq. Mais recentemente, José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 242 et seq., elenca uma série de argumentos adicionais em prol da tese da ilegitimidade constitucional da agravante.

119. A respeito dos postulados do garantismo, do seu significado e das suas implicações, notadamente no concernente à pena e sua aplicação (e execução), v., entre nós, o referencial trabalho de Salo de Carvalho, *Pena e garantias*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

do-se, por óbvio, os elementos nucleares de sua própria personalidade.¹²⁰ Assim, uma coisa é exigir – apenas para citar um exemplo já discutido entre nós – o arrependimento do apenado como condição para a concessão do livramento condicional (o que é manifestamente inconstitucional por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana¹²¹), ao passo que outra é impor a quem comete um segundo crime uma sanção penal mais elevada do que receberia se tivesse violado apenas uma vez um bem fundamental de outro ser humano, ainda mais em se considerando condutos ofensivos a bens de alto valor como a vida e a dignidade. Não se poderá olvidar que proporcionalidade e isonomia são grandezas indissociáveis e que também entre ambas importa manter um adequado equilíbrio.

Se formos, ainda nesta quadra, atentar para a dimensão da proibição de insuficiência, que exige a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, talvez possamos também questionar que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, pelo menos sem uma correspondente alternativa (que até poderia ser a sua análise no âmbito da fixação da pena-base, ao avaliar-se a culpabilidade do agente, como já proposto também entre nós), poderia contribuir no mínimo para estimular uma reitera-

120. Nesta quadra, também o já referido argumento do cunho estigmatizante do instituto da reincidência talvez possa ser repensado, pois não há como negar que uma simples condenação criminal (para muitos até mesmo o simples fato de ser processado) já possui um caráter mais ou menos estigmatizante. É claro que o caráter estigmatizante, somado à discussão em torno da falência do sistema penal em termos de prevenção e ressocialização, acaba por reforçar a tese também da inconstitucionalidade da reincidência, mas também não afasta o argumento de que, independentemente de qualquer caráter ressocializador, existem casos em que a contenção da pessoa no sentido de evitar graves violações de bens jurídicos relevantes segue sendo um problema a ser resolvido.

121. Nesta linha situa-se o acórdão da 8.^a Câm. Crim. do TJRS, proferido no Ag 699128922, Porto Alegre, rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, considerando que a exigência de arrependimento não pode, por si só, obstar a progressão de regime, pois o Estado “não está legitimado a modificar a personalidade do agente e a prisão não é ‘lavagem cerebral’”. Sustentando a mesma tese, agora diretamente embasada na dignidade da pessoa humana, v. Natália Gimenes Pinzon, *Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana*, Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Salo de Carvalho, apresentada em junho de 2003, no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ainda não publicada.

ção na prática delitiva, ainda que esta linha argumentativa certamente esteja a reclamar maior desenvolvimento.

Para além do exposto, a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão *sempre* contida no art. 61, I, do CP, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo *sempre*, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratasse de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não *sempre*), abre-se igualmente a alternativa de não agregar *sempre* ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós¹²²), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante e das suas demais consequências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência.

Assim, o que se percebe é que a tese da declaração de inconstitucionalidade do próprio instituto da reincidência como tal é merecedora pelo menos de uma análise mais profunda e esbarra em fortes argumentos contrários, e que também

122. Nesta linha, embora não nos mesmos termos, situa-se a proposta de Luiz Vicente Cernicchiaro, "Reincidência", *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec)*, ano 1, n. 3, p. 3, 1999, sugerindo, em síntese, uma análise guiada pelo caso concreto, aplicando-se a agravante da reincidência apenas quando houver uma conexão direta e inequívoca com o fato e entre os delitos.

podem ser ancorados numa visão garantista do direito penal, o que reclama, contudo, uma leitura à luz do caso concreto e da proporcionalidade, de tal sorte que buscamos aqui apenas problematizar um tanto mais a questão. O mesmo, contudo, não nos parece possa ser sustentado em outro caso, em que a decisão judicial – a despeito da sua fundamentação constitucional – dificilmente resiste em face de um adequado manejo da proporcionalidade nas suas duas perspectivas.

Estamos a falar de caso ocorrido no interior do Rio Grande do Sul, onde autor de atentado violento ao pudor praticado contra duas crianças foi também condenado por outro atentado violento ao pudor e homicídio tentado (a criança violada teve a sua garganta cortada para não denunciar o crime, mas logrou sobreviver), já tendo sido condenado e cumprido pena por outro atentado violento ao pudor igualmente praticado contra criança. Em todos os processos (três), havia sido instaurado incidente de insanidade e os laudos foram uníssonos em afirmar a alta periculosidade do agente, a certeza da reincidência específica (pelo quadro do distúrbio apresentado), além de recomendarem a não redução da pena. A sentença – que havia condenado o autor em ambos os processos (atentado duplo ao pudor e atentado ao pudor e homicídio tentado) – aplicou o concurso material, reconheceu a agravante e deixou de reduzir a pena, com base nas circunstâncias apontadas no laudo, valendo-se da opção outorgada ao julgador pela lei, nos casos de semi-imputabilidade. Por ocasião do julgamento da apelação, a sentença foi confirmada quanto à autoria e materialidade em todos os fatos, mas – em “homenagem à Constituição” – houve reconhecimento da continuidade delitiva e redução da pena, interpretada como obrigatória.¹²³

Que, a despeito da legitimidade dos argumentos que questionam o sistema penal no que diz com o tratamento dos distúrbios de personalidade e, de

123. Cuida-se de apelação criminal julgada pelo TJRS (o processo tramitou na Comarca de Cachoeira do Sul) e que, por não ter sido publicada, vai aqui referida sem a identificação de qualquer um dos envolvidos, já que a utilização no presente texto teve o intuito apenas de apresentar um exemplo suficientemente ilustrativo para a discussão aqui empreendida.

modo especial, a questão dos manicômios judiciais (o que não ocorreu no caso concreto, já que se tratou de aplicação de pena e não de medida de segurança), a decisão do TJRS, neste caso, violou diretamente o princípio da proporcionalidade (já que também as sentenças judiciais e não apenas os atos do legislador devem obediência ao princípio) e que pelo menos a exigência constitucional da redução da pena carece de qualquer fundamento razoável, ainda mais em face das circunstâncias concretas, nos parece ser de difícil contestação e definitivamente não representa a melhor leitura de um garantismo afinado com o Estado Democrático de Direito.

5. À guisa de encerramento: o possível equilíbrio entre proibição de excesso e de insuficiência e a necessária sobrevivência do garantismo

À luz das premissas lançadas e dos poucos exemplos discutidos, bem como considerando o quadro no qual se insere a problemática, não há como deixar de tecer algumas considerações em torno das virtualidades do princípio da proporcionalidade, na via de duas mãos (excesso e insuficiência), também na esfera da hoje onipresente política criminal.

Com efeito, se tomarmos o tão citado exemplo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos, verifica-se que este, atualmente, padece, no que tange às taxas de encarceramento, de disfunção de proporcionalidade, ao menos em comparação com taxas internacionais. Depois de quase um século de taxas em torno de 100 presos por cem mil habitantes, por volta da década de 1980 “a população prisional disparou em direção ao céu”, praticamente quadruplicando desde então. A taxa 100 x 100.000 é considerada uma taxa média razoável (na Alemanha é de 85 x 100.000; na França é de 95 x 100.000; na Inglaterra, 100 x 100.000; na Espanha, 105 x 100.000; no Canadá, 115 x 100.000). Nos Estados Unidos, a taxa chegou aos espantosos 600 x 100.000, só comparáveis aos 690 x 100.000 da

Rússia assolada pela máfia. Os dados são de 1995, fornecidos por Eric Lotke, aliás, em palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.¹²⁴ Tais estatísticas, quando vinculadas à política de uma intervenção baseada na idéia de “tolerância zero”, indicam que esta solução é, por definição, desproporcional, ao menos se quiser significar repressão mais dura para delitos menos graves e enquanto embasada na idéia de que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade é mais forte do que outras causas (pobreza, minoria racial discriminada etc.), a exemplo das considerações de George Kelling e Catherine Coles, que, na sua obra síntese, *Fixing broken windows*, empreenderam a tentativa de demonstrar o nexos causal entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções.¹²⁵

Para além da discussão sobre a real eficácia (e os custos) da tolerância zero nas cidades em que foi implantada – complexa e ainda em aberto especialmente nos EUA –, preocupam a filosofia intolerante (desproporcional) e uma leitura, feita por políticos e alguns operadores jurídicos, de que o oposto da tolerância zero é o direito penal mínimo, que seria um “ovo de serpente” a engendrar criminalidade violenta – acusado, a nosso sentir por equívoco, de preconizar que apenas condutas que “configurem um ato de violência física ou uma ameaça grave devem ser criminalizadas”, quando seria preciso sinalizar ao “desordeiro” que sua conduta “é grave e não será tolerada pelo Estado”. A identificação simplificadora é indevida, mas adverte para uma ambiência cultural que não é, especialmente na população em geral, favorável à maximização dos espaços de liberdade da cidadania e nos remete às considerações tecidas na primeira parte deste estudo, no tocante à crise dos direitos fundamentais num contexto crescentemente marcado pela polarização e desconfiança.

124. Cf.: Eric Lotke. “A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA”. *RBCCrim* 24/39-41.

125. A respeito desta perspectiva, v. o já referido ensaio de Daniel Sperb Rubin, op. et loc. cit., destacando mais uma vez que não endossamos boa parte das posições sustentadas.

Bastariam estas breves notas para que se perceba que, de qualquer modo, é necessário focar a questão da segurança e da polícia no âmbito do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, Winfried Hassemer bem demonstra o caráter regressivo dos atuais movimentos de lei e ordem, mas especialmente analisa a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia, de tal sorte que o Estado, antes um Leviatã, passa a ser “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”.¹²⁶ Enquadrando a problemática na teoria dos direitos fundamentais, estes, consoante já frisado, expressam também uma ordem objetiva de valores e são objeto de deveres de proteção (e, portanto, de prestações “protetivas”) por parte do Estado. À medida, todavia, que crescem tais expectativas, um direito à segurança, ainda de acordo com a lição de Hassemer, traduz-se na atitude do cidadão comum, que trocaria “liberdade por segurança”, tarefa de que se encarregaria a polícia. Entretanto, a tolerância zero promete ainda mais: “ordem” e segurança. Simbolicamente, o delito, antes que lesão de bens, passa a ser visto como lesão ao direito, revelador de uma atitude inamistosa (*life style crimes*), ainda que nas suas manifestações mais leves – justamente onde a idéia tradicional de proporcionalidade conduz a um castigo leve ou alternativo, de menor custo social.¹²⁷ Na seqüência, Hassemer adverte contra a tendência de uma ampliação massiva do arbítrio para decidir tanto o “se” como o “como” da intervenção, oferecendo um modelo de reação desligado das leis ou de qualquer outro tipo de normas, para alcançar maior flexibilidade e eficácia. Tal concepção deve ser rechaçada, inclusive porque um dos fortes limites do Estado de Direito é a proporcionalidade entre o delito e a reação ao mesmo.¹²⁸

126. Cf.: Winfried Hassemer. *Persona, mundo y responsabilidad...*, cit., p. 254-257 e 270.

127. Idem, ibidem, p. 279.

128. Idem, p. 282.

Na práxis social, todavia, ressoa de modo cada vez mais intenso o coro dos intolerantes a indicar o quanto importa um questionamento sereno – entre outras indagações que aqui poderiam ser levantadas – a respeito de quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar, bem como de se um minimalismo extremado (e progressivamente autista) seria a única alternativa, ainda mais desconsiderando a necessidade social.

Nesta perspectiva, duas vozes, ponderadas, podem nos socorrer. Da banda espanhola, recolhemos as lições de Silva Sánchez, que rejeita a disjuntiva entre uma política criminal “ilustrada”/científica (comprometida com os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito) e uma política criminal real, liberada daqueles incômodos, acientífica, para iniciar uma cruzada contra o mal, sustentando que tal dicotomia não é a única abordagem cientificamente possível.¹²⁹ Nesta quadra, Silva Sánchez afasta-se tanto de uma opção funcionalista (que apenas homologa a lógica posta da evolução social hegemônica) quanto de uma opção crítica, que inadmite abordagem científica para a prática político-criminal e legislativa, demonstrando, ao revés, que idealismo e funcionalismo, que estariam na base dos extremos, são concepções filosóficas globais e, como tais, inflexíveis, já que o idealismo nega a relevância de alguns dos problemas reais (ou vividos como reais) que surgem nas sociedades complexas, ao passo que o funcionalismo refuta a possibilidade de soluções alternativas, de tal sorte que se trata de assumir as tendências da práxis legislativa e judicial, no quadro social em que se produzem, como um desafio político e também como um desafio científico.¹³⁰

129. Cf. Jesús-María Silva Sánchez. “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”. *RBCrim* 36/44-45.

130. Idem, *ibidem*, p. 48-49. De acordo com o autor, cuida-se de um desafio: “Político, porque nem tudo que acontece na referida práxis merece uma idêntica desqualificação global e é preciso assentar as bases de uma aproximação diferenciadora da mesma. Científico, porque a teorização das referidas tendências e a sua recondução, na medida em que procedam, ao sistema comum da teoria do delito, haveriam de ser a mostra da efetiva flexibilidade – e viabilidade – do propugnado sistema aberto” (p. 49).

Por sua vez, verifica-se que Figueiredo Dias também parte do *topos* do risco e de suas implicações para o direito penal, reafirmando que a preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinqüente e dos outros – é onde “radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”.¹³¹ Neste contexto, ao indagar, de forma direta e aguda, se o “risco” incorporado ao direito penal significaria o fim da proteção de bens jurídicos, reconhece que a resposta haveria de ser afirmativa se o bem jurídico tivesse que conservar o caráter extremamente antropocêntrico, que restringiria a tutela a interesses reais, tangíveis e atuais do indivíduo, ou se os bens jurídicos da comunidade só fossem aceitáveis como *mediadores* também dos interesses das pessoas. Mas responde definitivamente que *não*, convencido de que, ao lado dos bens jurídicos individuais, “e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito”.¹³²

A partir destas considerações, convém tomarmos a sério a advertência de Figueiredo Dias, no sentido de que, sobretudo nos últimos tempos, a dogmática progride apenas no tocante aos bens individuais, sendo, em verdade, legítima e eventualmente necessária a criminalização de bens coletivos, “com refração legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos”.¹³³ Aqui, apenas como pistas, insere-se uma série de problemas dogmáticos em aberto, que reclamam ainda

131. Cf.: Jorge de Figueiredo Dias. Op. cit., p. 43-51.

132. Idem, ibidem, p. 56-57.

133. Idem, ibidem, p. 59. Entre nós, recentemente, cumpre colacionar a lição de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição...*, cit., especialmente p. 39 et seq., argumentando que “o manejo do direito penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. *Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição (...)*” (p. 39), destacando, mais adiante, que “as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser igualmente direcionadas para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *daqueles que atentam contra os direitos fundamentais, bem assim os delitos que afrontam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado e a dignidade da pessoa, isso sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual*” (p. 42).

maior investimento em termos de investigação: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o enfrentamento do crime organizado, a legitimidade e constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, questões de autoria mediata, distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Sem descurar que o direito penal “deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos fatores mais importantes de superação da razão instrumental”.¹³⁴

Na mesma direção apontam os ensinamentos de Claus Roxin, que, rejeitando expressamente o minimalismo da Escola de Frankfurt, consigna que o “direito penal não pode retroceder, por princípio, diante da tarefa de lutar contra os riscos que são mais perigosos para a sociedade e para o indivíduo do que a criminalidade ‘clássica’, exemplificando com um delito de perigo abstrato como a direção de veículo sob efeito de bebida alcoólica, que entende necessário e justificado, “pois frente aos condutores ébrios só se pode reagir com êxito no momento em que ainda não aconteceu nada”. Assim, ainda segundo Roxin, eventuais anomalias ou exageros não devem tratar com a renúncia à intervenção penal nestes âmbitos, mas sim, “pelo contrário, mediante o ‘cultivo’ de sua dogmática”.¹³⁵

Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista¹³⁶) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias ne-

134. Cf., também: Jorge de Figueiredo Dias. Op. cit., p. 65.

135. Cf.: Claus Roxin. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 89-94.

136. Conforme bem lembra Salo de Carvalho, “Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo”, in: Salo de Carvalho (Org.), *Crítica à execução penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 17 et seq., criticando enfaticamente o modelo abolicionista. Também colacionando algumas críticas em relação ao abolicionismo, v., ainda e entre tantos, Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, especialmente p. 49 et seq.

gativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há de se lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais,¹³⁷ entre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana¹³⁸ de todos os integrantes da comunidade.

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional – de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.

137. Adotando a idéia de um Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, v. Juarez Freitas, *Estudos de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 et seq.

138. A respeito da dignidade da pessoa humana, remetemo-nos ao nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo

João Batista Costa Saraiva

Juiz em Santo Ângelo-RS. Professor no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo, na Escola Superior da Magistratura-RS e na Universidade Regional Integrada do Nordeste do Estado-RS.

Sumário: 1. O direito penal juvenil. Da indiferença à proteção integral – 2. Inimputabilidade, não impunidade – 3. As medidas sócio-educativas, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico: 3.1 Tríplice sistema de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – 4. Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem direito penal máximo, nem abolicionismo penal – 5. Ato infracional. Conduta típica, antijurídica e culpável. Medida sócio-educativa, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico: 5.1 Inimputabilidade, responsabilidade juvenil e capacidade e incapacidade para cumprir medida sócio-educativa (a questão do portador de sofrimento psíquico) – 6. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: o direito penal juvenil.

Resumo: O advento da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e sua ratificação pelo Brasil, e especialmente a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, que é a versão brasileira da convenção, resultam em uma mudança paradigmática no direito brasileiro no trato da questão da infância e da juventude. Ao desconstruir o paradigma da incapacidade, reconhecendo na criança e no adolescente a condição peculiar de pessoa em desenvolvi-

mento, o Estado brasileiro lhes reconheceu o status de sujeitos de direitos. Na questão do adolescente em conflito com a lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui-lhe responsabilidade própria à sua condição, não se confundindo inimputabilidade penal com impunidade. O Estatuto se estrutura sobre um sistema de responsabilidade, fundado em princípios garantistas, um sistema de direito penal juvenil, sob os fundamentos do direito penal mínimo, sem concessões ao direito penal máximo nem ao abolicionismo penal.

Palavras-chave: adolescente e ato infracional; direito penal juvenil; Estatuto da Criança e do Adolescente; ato infracional.

1. O direito penal juvenil. Da indiferença à proteção integral

A questão relativa ao estudo do direito da criança deve ser focada em face do conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, cuja dimensão subjetiva determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si.

A elaboração destes princípios fundamentais, incorporados no constitucionalismo moderno, remonta a uma caminhada de séculos.

O processo de construção de um sistema de direitos fundamentais e o traço constitucional destes, do ponto de vista histórico, remetem a um período inicial, em que foram concebidos inicialmente como instrumentos de proteção da cidadania diante da onipotência do Estado.

Nas palavras de Antonio Perez Luño, os direitos humanos, em tal contexto, se constituem em uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como o reconhecimento de que os direitos fundamentais são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico.¹

1. LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*: temas clave de la Constitución española. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. especialmente p. 19 a 51.

Assim, o tratamento do direito da criança supõe o conhecimento deste conjunto de valores, ao qual se vincula, na mesma linha de conquistas históricas do direito da mulher, do negro, das minorias etc.

Situando o estudo do direito da criança no conjunto dos direitos fundamentais, abordando a trajetória deste direito na normativa internacional, analisando a questão da responsabilidade penal dos menores de idade, seguidamente em voga no debate latino-americano em torno da responsabilidade juvenil, Emílio Garcia Mendez² enumera que, do ponto de vista do direito, é possível dividir a história do direito juvenil em três etapas evolutivas distintas:

- de caráter penal indiferenciado;
- de caráter tutelar;
- de caráter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o direito da infância e juventude na América Latina faz-se insuperável, que a primeira etapa, do caráter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de “liberdade por um menos pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade”, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço. As Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1830, estabeleciam o “fim da infância” aos sete anos, enquanto os Códigos Penais do Império, de 1830, e o primeiro Código Penal Republicano, de 1890, adotavam o sempre perverso critério biopsicológico, aquele entre sete e quatorze anos e este entre nove e quatorze anos.

O segundo momento, do caráter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a legislação da Argentina, todos os

2. MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal*: um debate latino-americano. Porto Alegre: Ajuris, ESMP-RS, Fesdep-RS, 2000.

países da América Latina adotaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. As novas idéias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores.³

Na crítica que faz, sentencia Emílio Garcia Mendez: "(...) uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, constitui um compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de seqüestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e de menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e, até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, onde ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitas regiões (...)".⁴

A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade:

"O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do

3. Sobre o tema, Emílio Garcia Mendez remete à leitura de Antony Platt, *Los salvadores del niño, o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1982.

4. Op. cit., p. 7-8.

conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso e progressivamente, numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança”.⁵

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990.

O pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa, desde os primeiros dias de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual foi um dos principais construtores, sentenciava que a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da CF, cuja regulamentação desembocou no Estatuto da Criança e do Adolescente, promoveu uma completa metamorfose no direito da criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos.⁶

Esta condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes no ordenamento jurídico nacional resulta de uma longa e penosa caminhada de lutas e conquistas, a justificar o emprego da expressão de John Stuart Mill: “Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de injustiças universalmente condenadas”.⁷

5. MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit., p. 8.

6. GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. *De menor a cidadão*: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

7. J. S. Mill. *Utilitarianism*. cap. V, p. 94. Apud BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 177.

Até crianças e adolescentes conquistarem o status de titulares de direitos e obrigações próprios da condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento que ostentam, o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos, houve necessidade do enfrentamento de uma série de pré-conceitos. Tais pré-conceitos, que até hoje se encontram introjetados no inconsciente coletivo, configuram-se em obstáculos a serem superados para a efetiva incorporação da doutrina da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes.

Este avanço, no plano da efetividade dos direitos humanos de crianças e adolescentes, expresso no Brasil no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, não resulta de uma dádiva do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. Resulta do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.

Maria Auxiliadora Minahim produziu no início dos anos 90 notável trabalho de pesquisa em face da situação do adolescente em conflito com a lei e a imputabilidade penal. No amplo trabalho efetuado, analisa este tema desde tempos remotos – para posicionar-se contrariamente à idéia de redução de idade penal para parâmetro inferior a 18 anos. Neste estudo, que examina a questão desde a antiguidade, realça, por exemplo, que, com foro de ciência e justiça, no período feudal, em países como Itália e Inglaterra, para a imposição de penas a crianças adotava-se o até hoje lembrado “critério do discernimento”. Para tanto utilizavam o método da “prova da maçã de Lubeca”. Consistia este em oferecer uma maçã e uma moeda à criança. Escolhida a moeda, estava provada a malícia e anulava qualquer proposta legal com tons de proteção. Por isso, temos inúmeras narrativas sobre a aplicação de pena de morte a crianças de dez e onze anos.⁸

8. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade penal do menor*. São Paulo: RT, 1992. p. 24.

2. Inimputabilidade, não impunidade

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com norma constitucional de natureza garantidora de direito individual, expressa no art. 228 da CF brasileira, afirma a inimputabilidade penal daqueles com idade inferior a 18 anos completos.

De tempos em tempos retoma com força, em alguns setores da sociedade brasileira, a idéia de redução da idade de imputabilidade penal para sujeitar os jovens a partir dos 16 anos ao chamado sistema penal adulto (na linha do absurdo, há quem defenda uma idade ainda menor).

Esta tese se faz inconstitucional diante do ordenamento jurídico brasileiro, pois o direito insculpido no art. 228 da CF se constitui em cláusula pétrea, eis que inegável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, IV, da CF brasileira como insuscetível de emenda.

Ademais, a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, no qual está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da convenção. O texto da convenção se faz lei interna de caráter constitucional à luz do § 2.º do art. 5.º da CF brasileira.

Nesta mesma linha de raciocínio, o eminente Magistrado paulista Dr. Luís Fernando Camargo de Barros Vital,⁹ versando sobre a insusceptibilidade de redução da idade de responsabilidade penal e a pressão nesse sentido realizada por alguns setores, notadamente da mídia, movidos pela emoção e casuísmo, pronuncia-se: “Neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que estabelece a idade penal resiste ao assédio do conservadorismo penal. A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um prin-

9. “A irresponsabilidade penal do adolescente”. *RBCCrim*, São Paulo: RT, ano 5, n. 18, p. 91, abr.-jun. 1997.

cípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea”.

Inimputabilidade, todavia, não implica impunidade, vez que estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento destes agentes. Não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social.¹⁰

3. As medidas sócio-educativas, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico

O Estatuto prevê e sanciona medidas sócio-educativas e medidas de proteção eficazes, aplicáveis ao adolescente autor de ato infracional, expressas em seu art. 112.

Reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao adolescente que se atribui a autoria de ato infracional, inclusive ao não sentenciado, em caráter cautelar – em parâmetros semelhantes aos que o Código de Processo Penal destina aos imputáveis na prisão preventiva – e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

Por expressa disposição legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente remete à legislação processual pertinente (art. 152) o caráter suplementar de aplicabilidade de suas normas, incidindo na espécie, além de sua principiologia própria, as regras garantidoras do Código de Processo Penal, limitadoras do poder sancionador do Estado.

10. Trato desta questão em pelo menos dois trabalhos anteriores: *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral*: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; e *Direito penal juvenil, adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Sobre este mesmo tema, v.: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. “O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente”. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina* 5/263, Florianópolis: AMC, nov. 1998, onde sustenta tese da existência de uma “direito penal juvenil” no sistema jurídico brasileiro.

3.1 *Tríplice sistema de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*

A Constituição Federal brasileira de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da doutrina da proteção integral, expressos especialmente em seus arts. 227 e 228.

A ideologia incorporada no texto constitucional norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação infraconstitucional que veio a regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, sendo, em última análise, a versão brasileira do texto da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento da qual desfrutam, rompendo definitivamente com a idéia até então vigente de que os juizados de menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bens nascidos a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente.

O princípio da prioridade absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no art. 227 da CF. Tal princípio está reafirmado no art. 4.º do ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado sistema primário de garantias, estabelecendo as diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

É fundamental explicitar, para compreensão desta nova ordem resultante do Estatuto da Criança e do Adolescente, que este se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si:

a) o sistema primário, que dá conta das políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4.º e 85/87);

b) o sistema secundário que trata das medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101).

c) o sistema terciário, que trata das medidas sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam a condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Este tríptico sistema de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas sócio-educativas) opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança e o adolescente escaparem ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas sócio-educativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de justiça (polícia/Ministério Público/defensoria/Judiciário/órgãos executores das medidas sócio-educativas).

O acionamento destes sistemas faz-se integrado, interessando ao sistema terciário de prevenção o adolescente na condição de vitimizador, sob o primado do princípio da reserva legal. Somente a prática de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção sujeita o adolescente a este sistema. Enquanto vitimizando, seja da exclusão social, seja da negligência familiar etc., faz-se sujeito de medida de proteção (do sistema secundário de prevenção, de nítido caráter preventivo à delinquência).

4. Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem direito penal máximo, nem abolicionismo penal

A violência urbana e a desconfortável sensação de insegurança que assola os centros urbanos, em especial as maiores cidades brasileiras, com seus reflexos

em todos os segmentos da Nação, inquietam e produzem um sem número de proposições visando ao enfrentamento desta questão. Neste contexto, a questão da chamada *delinquência juvenil* também se mostra um tema angustiante, até porque, como ensina Emílio Garcia Mendez, é suficiente que um problema seja definido como um mal para passar a tornar-se mal.

Há um clamor por segurança, e soluções simplistas são encorajadas, até mesmo porque se estabelece um raciocínio não menos simplista, enfocando um álibi estrutural, que seria a pobreza, apontada como causa da violência e, como esta (a pobreza) não pode ser resolvida (ao menos no imediato), também a violência não teria solução.

A discussão em torno da responsabilidade penal juvenil, da criminalidade juvenil e da delinquência na adolescência costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal, posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

O debate toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no País um sistema de responsabilidade penal juvenil.¹¹

No debate, posicionam-se em um extremo os partidários da doutrina do direito penal máximo, idéia fundante do movimento de lei e ordem, que imagina que, com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança.¹² No outro extremo, os seguidores da idéia

11. Sobre o tema, ainda em 1993 publiquei o texto "Inimputabilidade, não impunidade", no *Jornal Zero Hora*, de Porto Alegre, em 12.05.1993. Este texto foi reproduzido em diversas publicações, como *Informativo INESC*, Brasília, n. 58, p. 7, jun. 1995; *Relatório Azul*, CDH da Assembléia Legislativa-RS, p. 33, 1995.

12. A propósito de direito penal máximo, cumpre lembrar que a chamada Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, editada no mesmo mês e ano do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante na época de um "pacote anti-violência", concebida sob os primados do direito penal

do abolicionismo penal, para quem o direito penal com sua proposta retributiva faliu, a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade e a questão da segurança é essencialmente social e não penal. Resulta disso que alguns grupos insistem em ressuscitar o discurso do velho direito tutelar na interpretação que pretendem dar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, negando o caráter sancionatório do sistema sócio-educativo e com isso subtraindo as garantias constitucionais que são asseguradas aos adolescentes em conflito com a lei.

A razão nunca está nos extremos. Em meio a estes opostos há a doutrina do direito penal mínimo, que reconhece a necessidade da privação de liberdade para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a medida extrema (de privação de liberdade) para os casos que representem um risco social efetivo. Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que esta alternativa se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Pode se incluir entre os direitos fundamentais o *direito à punição*, à possibilidade de expiação, tanto que é comum, na linguagem prisional, a expressão dos detentos de estar ali “pagando”.

De certa forma, parece insuportável a idéia do estar devendo, daí por que o “pagar” é encarado com acatamento. A condição para tanto, todavia, é que esta retribuição seja justa (dentro do estrito devido processo legal) e proporcional.

Dito tudo isso, há de se afirmar que a discussão da questão infracional na adolescência está mal focada.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de direito penal juvenil. Estabelece um mecanismo de

máximo, não deu conta de reduzir a criminalidade a que se propunha, haja vista que nenhum dos delitos chamados hediondos sofreu redução de incidência desde o advento daquela norma.

sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do direito penal mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social.

Quando se faz tal afirmativa, não se está a inventar um direito penal juvenil. Tal está insito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e do conjunto desta normativa (Regras de Beijing etc.), e seu aclaramento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a lei.

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para o qual se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos.

Esta crise, a do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes.

Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que, do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal. Basileu Garcia ensinava que o elemento fundante do conceito de pena seria seu caráter de afluência.

Do ponto de vista das sanções, há medidas sócio-educativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada na legislação penal adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil.

O que pode ser mais aflitivo a um jovem de 16 anos do que a privação de liberdade, mesmo que em uma instituição que lhe assegure educação e uma série de atividades de caráter educacional e pedagógico, mas que dela não pode sair?

Mário Volpi, oficial de programas do Unicef para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade, tendo ouvido 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), constata: “A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambigüidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ele seja”.¹³

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela doutrina da proteção integral, de um conceito do que se tem chamado direito penal juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva e conteúdo pedagógico, resulta de um exacerbado pré-conceito de natureza hermenêutica, em face de uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições.¹⁴

No dizer de Lênio Streck, “o intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma etc.) se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inse-

13. VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos*. Cortez: São Paulo, 2001. p. 56.

14. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Op. cit.

rindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encerra. O círculo hermenêutico que se produz entre o texto e o leitor não é senão uma nova versão, uma versão extremada do círculo intelectual que a hermenêutica clássica havia observado que se dá entre a totalidade de uma obra literária e as partes que a compõem. Não se pode entender o sentido de um texto se não se houver entendido o sentido de cada uma de suas partes, porém tampouco se entende plenamente o sentido de cada uma de suas partes até se conseguir a compreensão da obra. O texto será, assim, um interlocutor, buscando nele um ensinamento que pode enriquecer o próprio acervo do intérprete”.¹⁵

A conduta dos que não admitem a idéia de um direito penal juvenil implica na conclusão de abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medidas sócio-educativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente).

A não admissão deste conceito resulta da desconsideração do conjunto de regras resultante da normativa internacional e, especialmente, a ordem constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, reproduz o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no “menor” a condição de sujeito, ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da doutrina da situação irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

15. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e (M) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 246.

A propósito, afirmando o direito penal juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentencia Emílio Garcia Mendez:

“A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos ‘anti-sociais’ definidos casuisticamente pelo juiz de menores), inspirada nos princípios do direito penal mínimo, constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 103), como também constitui – pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um direito penal juvenil é tão absurdo como impugnar a lei da gravidade. Se em uma definição realista o direito penal se caracteriza pela capacidade efetiva – legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o direito de ‘menores’”.¹⁶

5. Ato infracional. Conduta típica, antijurídica e culpável. Medida sócio-educativa, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico

A adoção da doutrina da proteção integral, promovendo o então “menor”, mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à

16. Op. cit., p. 16.

condição de sujeito do processo, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

O conceito que se pretenda emprestar ao sistema jurídico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no tratamento da questão do adolescente em conflito com a lei, como o disse alhures¹⁷ o *nomem juris* deste sistema, tem provocado algumas reações. Se desejarem chamar de sistema de “responsabilização especial”, se de “responsabilização estatutária”, se de “responsabilização infracional”, ao invés de “direito penal juvenil”, desimporta.

Há de existir a percepção de que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há de se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.

O Estado de Direito se organiza no binômio direito/dever, de modo que, às pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, assim definidas em lei, cumpre ao Estado definir-lhes direitos e deveres próprios de sua condição.

A sanção estatutária, nominada medida sócio-educativa, tem inegável conteúdo afliitivo. Esta carga retributiva se constitui em elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta sócio-educativa. Há a regra e há o ônus de sua violação.

Desta forma somente poderá ser sancionável o adolescente em determinadas situações. Só receberá medida sócio-educativa se autor de determinados atos. Quais? Quando autor de ato infracional. E o que é ato infracional? A conduta descrita na lei (penal) como crime e contravenção.

17. *Desconstruindo o mito da impunidade*: um ensaio de direito (penal) juvenil. Brasília: Edição do autor, 2002. p. 64.

Não existe mais o vago e impreciso conceito de “desvio de conduta”, tantas vezes invocado no anterior sistema, sob arrimo na doutrina da situação irregular para segregar “menores” inconvenientes.

Desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, vigi o princípio da legalidade ou da anterioridade penal – aliás, desde o advento da Constituição Federal, que não recepcionou o Código de Menores de 1979. Ou seja, somente haverá medida sócio-educativa se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica.

Ainda assim, para sofrer a ação estatal visando à sua sócio-educação, haverá de esta conduta ser reprovável, ser passível desta resposta sócio-educativa que o Estado sancionador pretende lhe impor, na medida em que o Ministério Público, na representação que oferece, deduz a pretensão sócio-educativa do Estado em face do adolescente ao qual atribui a prática de ato infracional.

A conduta, pois, além de típica, há de ser antijurídica, ou seja, que não tenha sido praticada sob o pálio de quaisquer das justificadoras legais, as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

Se agiu o jovem em legítima defesa, ele, como o penalmente imputável, terá de ser absolvido, mesmo tendo praticado um fato típico. Será absolvido com fundamento no art. 189, III, do ECA, ou seja, por não constituir o fato ato infracional.

Há de se ter mente o conceito de crime (ato típico, antijurídico e culpável). Não sendo antijurídico, não será a conduta típica crime, e, não sendo a conduta típica crime, também não será ato infracional.

Igualmente não haverá ato infracional, se sua conduta não for culpável, excluindo-se do conceito de culpabilidade o elemento biológico da imputabilidade penal, ou como, para alguns, o pressuposto da culpabilidade.¹⁸ Aliás,

18. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 202.

parafraseando Egas Diniz Moniz de Aragão, em sede de estudo da culpabilidade, ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios.¹⁹

Assim sendo, excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade hão de ser considerados. Assim, há de se ter em vista, quando o Estado pretenda sancionar o adolescente com alguma medida sócio-educativa, sua potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, circunstâncias que levam à reprovabilidade da conduta.

Se a ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, por ausência de elementos constitutivos do conceito de culpabilidade, não for reprovável, assim como ao adulto não caberá a imposição de pena, ao adolescente não se lhe poderá impor medida sócio-educativa.

Não haverá culpabilidade e, em consequência, não haverá sanção sócio-educativa, quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma descriminante – descriminantes putativas (art. 20, § 1.º, do CP); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, 2.ª parte, do CP) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, 1.ª parte, do CP).²⁰

Assim, se no agir do adolescente lhe for inexigível conduta diversa, como legou ao mundo jurídico a doutrina penal alemã, não poderá este ser sancionado com medida sócio-educativa, haja vista que um agente penalmente imputável nes-

19. MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. II, p. 329. A propósito do estudo da culpabilidade, cumpre colecionar o interessante ensaio de Luiz Augusto Freire Teotônio, *Culpabilidade: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais*, Campinas: Minelli, 2001. Sobre o tema específico no direito penal juvenil: CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Nulla poena sine culpa*. Un limite necesario al castigo penal de los adolescentes. Santiago do Chile: OEA, 2001.

20. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. vol. 1, p.196.

tas condições também não teria sua conduta reprovada e não seria penalizado, incidindo aqui a regra da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança que não admite que se dê ao adolescente em conflito com a lei tratamento legal mais desfavorável que se dá ao adulto – a norma tem de ser inversa, o tratamento mais favorável há de ser o do adolescente, ou, ao menos, em igualdade de tratamento.

O jovem, em certas situações, insusceptível de medida sócio-educativa, poderá necessitar de medida de proteção, como o acompanhamento e orientação temporários, entre as demais listadas no art. 101, em face de alguma situação pessoal ou social que reclame esta medida protetiva, nos termos do art. 98 do ECA (poderá estar evadido da escola ou necessitando de atendimento psicológico ou para combate à dependência química). A medida de proteção neste caso será aplicada sem caráter sancionatório, não decorrerá do que o agente praticou, mas sim de certa circunstância pessoal que a reclame, sem a cogência própria da medida sócio-educativa.

O adolescente jamais poderá ser destinatário de uma medida sócio-educativa quando o seu agir, seja ele penalmente imputável, se fizer insusceptível de reprovação estatal.

5.1 Inimputabilidade, responsabilidade juvenil e capacidade e incapacidade para cumprir medida sócio-educativa (a questão do portador de sofrimento psíquico)

Corolário do até aqui exposto é que, embora o adolescente se faça inimputável, insusceptível às penas aplicáveis aos adultos; faz-se responsável, submetendo-se às sanções que estabelece o sistema juvenil, chamadas na ordem jurídica brasileira de medidas sócio-educativas.

Poderá não se fazer sujeito da medida sócio-educativa este adolescente, quando padecer de sofrimento psíquico que o incapacite. Tal jovem, mesmo ao atingir a idade de imputabilidade penal, permanecerá inimputável nos termos do

art. 26 do CP. Neste caso sequer responsabilidade juvenil terá, por não possuir capacidade para cumprir medida sócio-educativa (art. 112, § 1.º, do ECA).

Faz-se deste modo insusceptível de aplicação de medida sócio-educativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do art. 101, V, do ECA, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida sócio-educativa.

Não é possível que se permaneça a tratar igualmente os desiguais, supondo que um adolescente portador de sofrimento psíquico, incapaz de discernir e neste caso sem responsabilidade juvenil, submeta-se a medida sócio-educativa. Não se faz admissível que permaneçamos a reproduzir o chamado modelo Salpêtrière, mencionado por Foucault.²¹ Sobre este tema já tive oportunidade de me pronunciar em estudo anterior.²²

6. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: o direito penal juvenil

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, se constitui em instrumento de responsabilidade do Estado, da sociedade, da família e também do próprio adolescente, respeitada sua condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.

A imputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da CF brasileira, aspecto já destacado neste estudo, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

21. FOUCAULT, Michel. *A história da loucura*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1981. p. 48-49.

22. SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil*. Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 125-131.

Afinal, pena e sanção são conceitos que se tocam, embora não se confundam. Aliás, as sanções administrativas, advertências, suspensão etc. são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas etc. são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante.²³

Do ponto de vista normativo, há necessidade que imediatamente seja regulamentado no Brasil o processo de execução das medidas sócio-educativas, em face do que se fez lacônico no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta lacuna legislativa tem resultado o avanço da discricionariedade e do arbítrio na execução das medidas sócio-educativas.

Há de se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo, que a existência da norma traz segurança e afirma o direito, a ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Emílio Garcia Mendez, citando Luigi Ferrajoli: “a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras sempre é a regra do mais forte”. A discricionariedade e o subjetivismo são sempre um mal, não existem discricionariedades e subjetivismos bons. A questão conceitual aqui exposta se faz fundamental.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista.

Faz-se impositivo o reconhecimento de tal situação, sob pena de uma suposta autonomia do direito da criança vir justificar o não reconhecimento de todas as garantias constitucionais e penais asseguradas ao adolescente quando se lhe atribui a prática de ato infracional. Não é admissível que se lhe negue, por exemplo, os benefícios introduzidos no sistema penal adulto em face das condições de processabilidade incluídas no chamado processo penal dos adultos pela Lei 9.099 e mais recentemente pela Lei dos Juizados Especiais Federais, todos diplomas legais posteriores ao Estatuto. Não é possível que em decorrência da

23. Sobre o tema: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Op. cit.

dita “autonomia” do direito da criança, justificadora de um discurso que visa a não admissão de um conceito de direito penal juvenil, sob o pífio argumento de que medida sócio-educativa não é pena – que deve ser compreendida como sancionamento do Estado diante de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção; seja o adolescente, na mesma situação de um imputável, tratado com desfavor, em flagrante violação da normativa internacional. Não é razoável que na remissão, composta perante o Ministério Público, em verdade uma transação, esteja o adolescente desassistido por defensor, pretendendo atribuir-se uma autonomia do direito da infância a ponto de se fazer autônomo diante do próprio texto constitucional que o fundamenta e legitima.

Não há dúvida de que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem um sistema de responsabilização do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional, afirmaram este direito penal, que será juvenil, porque especial, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, porém presidido por todo o conjunto garantista do direito penal, visando à consumação de seu fim sócio-educativo.

A suposta autonomia do direito da criança, sustentada por alguns, resulta por reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da doutrina da situação irregular, fazendo das medidas sócio-educativas instrumentos de política “de bem-estar de menores”, de triste experiência nestes Brasis.

Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual

Luciana Boiteux

Mestre em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Doutoranda em direito penal e criminologia pela Universidade de
São Paulo. Diretora do Grupo Brasileiro da Associação Internacional
de Direito Penal. Advogada criminal no Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Introdução – 2. Evolução legislativa dos crimes informáticos – 3. Por uma política criminal para delitos informáticos: 3.1 Aspectos criminológicos da delinquência informática; 3.2 Da necessidade de uma política criminal para crimes informáticos; 3.3 Medidas de prevenção no campo da informática – 4. Aspectos internacionais dos crimes informáticos e a Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos: 4.1 Características internacionais dos crimes informáticos; 4.2 A Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos; 4.3 Conceitos e objetivos preconizados pela Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos; 4.4 Dos crimes informáticos previstos; 4.5 Medidas processuais-penais recomendadas; 4.6 Cooperação Penal Internacional – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo discute medidas de prevenção e a real necessidade de criminalização de condutas, na busca de refletir sobre uma política criminal para delitos informáticos, traçando um panorama da Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos.

Palavras-chave: crimes de informática; política criminal; direito penal internacional.

1. Introdução

As transformações no campo da informática e das telecomunicações nas últimas décadas foram impressionantemente rápidas. Enquanto no início do século XX as notícias sobre a guerra na Europa somente chegaram no interior do Brasil mais de um mês depois, em setembro de 2001 o mundo todo pode acompanhar o ataque às torres do World Trade Center ao vivo e a cores, quase que simultaneamente.

De fato, especialmente nos últimos cinquenta anos, a evolução da sociedade foi muito acelerada e a globalização reestruturou profundamente as nossas formas de viver, sob a forma individual e coletiva, a vários níveis: economia, relações pessoais, cultura, tradição, política, e ciência e tecnologia.¹ A informática aproximou as pessoas e as nações, sendo que hoje a maioria da população já faz parte da aldeia global, embora muito ainda há de se fazer para democratizar esses avanços tecnológicos e assim conseguir reduzir o abismo entre ricos e pobres, que paradoxalmente aumentou ainda mais com a globalização.²

O conceito de ciberespaço (*cyberspace*), ou espaço virtual alcançado pela rede mundial de computadores, a Internet, que reduziu as distâncias e aproximou as pessoas, foi concebido como uma nova dimensão espacial que transcende fronteiras, e permite a todos aqueles conectados à rede imediato contato com qualquer lugar do mundo em segundos, independentemente de fronteiras ou meios de transporte.

Assim, as relações sociais e a economia mundial se adaptaram eficazmente a essa nova era, que possibilitou um intenso crescimento econômico nos países desenvolvidos, tendo sido facilitadas as relações comerciais entre os países. Novos tipos de empresas foram criados, tal como provedores de Internet, empresas

1. Sobre o tema do impacto da globalização, v.: GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Presença, 2000.

2. Para aprofundamento do tema dos impactos da globalização sobre as pessoas, veja a análise de: BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

de telecomunicações, empresas fabricantes de *hardware* e *software*, além das chamadas “pontocom”, que existem apenas virtualmente na Internet geradas na época de grande expansão de negócios *on line*, que com um pequeno investimento inicial se transformaram e se valorizaram da noite para o dia, muito embora esta bolha tenha estourado recentemente. Essa nova realidade virtual não poderia ter acontecido antes da criação do computador e de sua evolução tecnológica, especialmente de transmissão, processamento e armazenamento de dados e imagens em velocidades cada vez maiores.

Nos dias de hoje convivemos normalmente com o comércio virtual, pagamentos e autenticações bancárias pela Internet, banco eletrônico, transações bancárias internacionais *on line*, certidões oficiais pela rede, salas de bate-papo virtual, sexo virtual, jornais *on line*, além de jogos eletrônicos e cassinos virtuais, tendo havido uma radical mudança de comportamento, pois a vida cotidiana se transformou com o auxílio da informática. A própria linguagem dessa nova era da realidade virtual global também mudou, tendo a língua inglesa sido ainda mais simplificada, e criados termos específicos para facilitar a comunicação global.³ O uso da comunicação eletrônica, ou *e-mail*, é comum, assim como o acesso à Internet é fácil e rápido; há milhões de *websites* (sítios na rede), além das ferramentas de buscas que em menos de um minuto vasculham a rede e localizam arquivos específicos; o uso de computadores em empresas, bancos, escritórios e pelo governo mostra-se atualmente imprescindível. Ninguém mais se imagina podendo sobreviver sem um computador, tão grande que se tornou a dependência de nossa sociedade das tecnologias.

A base destas transformações radicais do modo de vida das pessoas, com a redução das distâncias, a otimização do tempo e o espetacular aumento da capacidade de comunicação, está na incrível evolução da tecnologia da

3. Como se pode observar no presente texto, no qual foi necessária a utilização de diversas palavras em inglês.

informática, com computadores cada vez mais potentes, e também pela criação da Internet, que simplificou e agilizou a troca de informações entre os computadores.

Diante disso, não se mostra surpreendente e nem um pouco inesperado que, a partir das transformações da sociedade e das relações pessoais, profissionais e financeiras, os comportamentos socialmente danosos também se adaptassem a essa nova era. O crime é um fato social, portanto perfeitamente natural que também se transformasse com as alterações da sociedade em que se insere.

Assim, diante da facilidade das comunicações e do incremento das tecnologias, nota-se hoje em dia que as conseqüências de determinado ato delituoso praticado com o uso de computadores na esfera local, ou via Internet, podem ser bem mais amplas e perigosas do que antes, já que não há restrição de fronteiras ou limitações geográficas no chamado ciberespaço. Exemplos comuns são a distribuição de vírus que afetam vários países ao mesmo tempo, sem que se consiga controlar ou mesmo detectar sua origem, e desfalques eletrônicos por meio do uso fraudulento dos sistemas de computadores de bancos, envolvendo quantias elevadas. Sobre este tema, Ricardo M. Mata y Martín aduz que “la aparición de los instrumentos informáticos con una serie de características específicas hacen de ellos un factor criminógeno de primer orden”.⁴

Portanto, diante disso, deve ser analisado a melhor forma de se lidar com esses novos tipos de delinquência, levando em consideração que quando qualquer fato social novo se aproxima do entorno do direito, novos desafios e necessidades são criados, havendo sempre um momento transitório de perplexidade, tal como esse que nos encontramos agora. Isso porque o direito é conservador e nunca acompanhou nem tem condições de seguir de perto as grandes transformações sociais, que sempre estão na frente do legislador. A aproximação entre a realidade e o direito sempre foi um desafio, em todos os ramos, civil, constitucio-

4. *Delincuencia informática y derecho penal*. Madrid: Edisofer SL, 2001. p. 11-12.

nal, mas especialmente no direito penal, que, por ser concebido como forma de controle social, sofre ainda mais pressões e cobranças.

Especificamente nessa área, nota-se a pressão exercida pela sociedade, representada pelos meios de comunicação, para ampliar ainda mais o controle social, que vem acompanhada de mensagem política pregando o aumento urgente de crimes e penas, sob a justificativa de que a situação está fora de controle por culpa “da ausência de legislação específica sobre o tema”, o que supostamente “impediria as autoridades de resolver o problema”. Se o fato que causa comoção social já está previsto em lei como crime, a solução proposta passa a ser a de “aumentar as penas, que são muito leves”. Trata-se de verdadeira falácia, que, muito embora sem base lógica ou eficaz, é incentivada pela mídia e pelos políticos de plantão.

Nosso objetivo com o presente estudo, portanto, é buscar uma maior reflexão sobre os delitos informáticos, de forma a estudá-los como sendo uma consequência previsível da evolução da tecnologia de computação, na busca de encontrar uma solução para reduzir seus impactos danosos sobre a sociedade.

O enfoque a ser dado será crítico quanto à necessidade de criação de novos tipos penais, por considerarmos acima de tudo que o direito penal deve ser aplicado somente como *ultima ratio*, razão pela qual teremos bastante cautela para evitarmos o lugar comum das propostas de criminalização descontrolada de condutas influenciadas pelo discurso do direito penal simbólico.

Portanto, a base de nossa argumentação estará na análise concreta do fenômeno da criminalidade com o uso de computadores, levando em conta a necessidade de se equilibrar a idéia de repressão penal às condutas mais graves com a garantia e o respeito aos direitos humanos, à liberdade de expressão e de circulação, especialmente no que se refere ao mais democrático e livre espaço de comunicação mundial – Internet.

São, portanto, objetivos do presente trabalho: a) o debate sobre questões de política criminal, por meio da reflexão sobre estratégias de prevenção deste tipo de conduta que expõe a vulnerabilidade de sistemas informáticos; b) a análise

se da legislação internacional sobre crimes de computador, diante da característica transnacional do fenômeno, de forma a contribuir para a discussão e o aprimoramento da legislação brasileira sobre crimes de informática.

Por outro lado, não constituem objeto do presente estudo os tipos penais específicos, ou o estudo dogmático ou jurisprudencial dos chamados delitos informáticos, mas nosso foco estará essencialmente em discutir em termos gerais uma política criminal deste tipo de delito, mais especificamente sugerindo medidas de prevenção, para depois traçar um panorama da legislação internacional existente sobre o tema, de modo a sustentar nossa tese de que os delitos informáticos devem ser tratados pelo legislador como inseridos em um contexto que transcende as fronteiras nacionais.

Para tanto, traçaremos inicialmente um breve histórico dos crimes informáticos, depois abordaremos questões de política criminal e medidas de prevenção, para finalmente discorrermos sobre questões ligadas à de criminalização de condutas na esfera internacional.

Os aspectos processuais-penais também serão analisados, por considerarmos que o mais importante no combate aos efeitos deletérios da utilização de computadores para a prática de crimes, além da prevenção, deve estar na efetiva possibilidade de elucidação dos delitos, por meio da utilização de métodos e instrumentos processuais especializados que permitam a investigação destas ações criminosas, assim como maior capacitação da perícia especializada.

Para ilustrar tal questão, traçaremos um panorama da Convenção Europeia sobre Crimes Cibernéticos⁵ (ECC – *European Convention on Cybercrime*), assinada em Budapeste, Hungria, em 23.11.2001, que é o mais atualizado e completo instrumento internacional já elaborado sobre o tema, para depois trazer-mos nossa conclusão.

5. Ressalte-se que a terminologia utilizada pela Convenção, *cybercrime*, traduzível por “crimes cibernéticos”, constitui o termo mais adequado e atual para representar este fenômeno, mas no presente trabalho optamos por usar a expressão “crimes informáticos”, muito embora mais antiga, de significado mais restrito, por ser esta a mais utilizada no Brasil.

Após essas considerações iniciais, traremos um breve histórico dos delitos de informática, a fim de situar a evolução da legislação penal sobre o tema.

2. Evolução legislativa dos crimes informáticos

Segundo a literatura especializada,⁶ foi em 1960 que surgiram os primeiros casos de abusos no uso de computador, com a manipulação de dados, sabotagem, espionagem e abuso ilegal de sistemas de computadores. Naquela época chegava-se mesmo a ter dúvidas se se tratavam de realidade ou ficção, visto que ainda era muito incipiente sua ocorrência.

Por meio dos primeiros estudos empíricos sobre o tema, com a utilização de métodos criminológicos que foram conduzidos na metade dos anos 70, verificou-se um número limitado de casos de crimes praticados com a utilização de computadores. A conclusão a que se chegou naquela oportunidade foi a de que a maioria dos crimes permanecia não detectada ou então não era divulgada. Naquela ocasião, foram investigados os primeiros casos espetaculares, noticiados pela imprensa com destaque.

A partir de 1980, houve uma mudança radical na visão pública e científica sobre o tema. Foram detectados, além das ocorrências já noticiadas, novos casos de pirataria de programas, manipulação de valores nos caixas eletrônicos, além de abusos nas telecomunicações – o que revelou para o público em geral a vulnerabilidade da “sociedade da informação”, e levou à discussão sobre a necessidade de se privilegiar a segurança e de se tentar controlar esses tipos de condutas consideradas lesivas ao meio social. Observar-se a partir daí o início da tipificação legal de algumas condutas ligadas à informática.

6. Sobre a evolução histórica dos delitos informáticos, remetemos o leitor ao vol. 64 da *Revue Internationale de Droit Penal*, n. 1/2, 1993, que publicou os relatórios nacionais elaborados para o colóquio preparatório realizado em Würzburg, Alemanha, em 05.08.1992, pela Associação Internacional de Direito Penal.

A criminalização do novo fenômeno do abuso no uso dos computadores chegou às legislações penais em meados da década de 80, nos Estados Unidos, com a edição do *Crime Control Act*, de 1984, seguido pelo *Computer Fraud and Abuse Act*, de 1986, que previam cinco categorias de ilícitos informáticos. A Alemanha foi o segundo país a editar leis penais nesta esfera, ao introduzir a legislação de 15.05.1986, que ficou conhecida como *Computer Kriminalität*, no que foi seguida pela França por meio da Lei Godfrain, de 05.01.1988, depois incorporada ao Código Penal francês, e pela Itália (Lei 547, de 23.12.1993), que adaptou seu Código Penal à nova criminalidade informática.⁷ Já a Espanha incluiu delitos informáticos na reforma do Código Penal de 1995.⁸

Na década passada, ou seja, a partir de 1990, os casos mais comuns constatados incluíam ilícita transferência de fundos, atuação de *hackers* na violação de sistemas e distribuição de vírus, o que levou as sociedades industrializadas a se organizarem, visando a tomar providências no âmbito internacional, tendo em vista os efeitos da globalização e a massificação do uso dos sistemas de computadores e da Internet como rede de comunicação.

Neste momento surgiram as primeiras comissões européias para o estudo da delinquência informática, devendo ser destacada a atuação da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que foi precursora na reunião de especialistas para estudar o tema. Nesse sentido, podemos citar o colóquio preparatório realizado na Alemanha em 1992, cujos anais foram publicados em 1993.⁹

7. MARTÍN, Ricardo M. Mata y. Op. cit., p. 12.

8. Para ter acesso a outras legislações estrangeiras sobre crimes informáticos, v.: <<http://www.mosstingrett.no/info/legal.html>>.

9. Posteriormente, essas recomendações serviram de base para a discussão na Mesa Redonda organizada no XVI Congresso Internacional de Direito Penal que ocorreu no Rio de Janeiro em 1994. Mais recentemente, os mesmos especialistas que fizeram parte da comissão que elaborou a Convenção Européia sobre *Cybercrime* se reuniram novamente no Colóquio Preparatório da AIDP realizado em Atenas, Grécia, em abril de 2003, cujas conclusões serão levadas ao XVIII Congresso Internacional da AIDP, a ser realizado em Beijing, China, em setembro de 2004.

No Brasil, o tema dos crimes informáticos foi inicialmente tratado pela doutrina como uma questão de direito penal econômico, pois inicialmente era considerada prioritária a proteção de programas de computadores, certamente por pressões das empresas multinacionais, tendo sido editada uma legislação que os colocou sob a égide das leis de direitos autorais (Lei 7.646, de 18.12.1987).¹⁰

Posteriormente, alargou-se o rol dos delitos praticados por meio do computador, com a edição da Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, tendo sido criminalizada a conduta de *utilizar ou divulgar programas de processamento de dados* para fins de sonegação fiscal, no art. 2.º, V. Algum tempo depois, em 1995, com a Lei 9.100, foram previstos tipos penais tais como o acesso indevido a sistema de *tratamento automático de dados utilizados pelo serviço eleitoral, com fim de alterar a apuração ou a contagem dos votos* (art. 67, VII), e a *alteração de programa de computador para provocar resultado diverso do esperado em sistema de votação eletrônica* (inc. VIII do mesmo artigo).

Mais recentemente, com a edição da Lei 9.983, de 14.07.2000, que alterou e incluiu alguns artigos no Código Penal Brasileiro, foram criados novos dispositivos destinados à proteção específica de dados e de sistema de informações, tais como crimes próprios de funcionários públicos que modifiquem ou alterem sistemas informáticos da Administração Pública (art. 313-B do CP), e punindo também a divulgação de informações sigilosas de bancos de dados oficiais (art. 153, § 1.º-A, do CP), além do art. 325, § 1.º, I, do mesmo diploma legal.

Finalmente, no momento atual, em que o espaço cibernético, ou virtual, é cotidianamente explorado por pessoas de todas as nacionalidades, observa-se não só o aumento da percepção de delitos já detectados anteriormente, como também maior incidência de condutas delituosas praticadas com o uso de computadores. Nesse sentido, podemos apontar a pornografia infantil, que foi facilitada

10. Especificamente sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, foram editadas em nosso País posteriormente as Leis 9.609/1998 e 9.610/1998.

pela revolução da tecnologia de imagens e pelo aumento de velocidade na transmissão de informações, o jogo ilegal por meio de Internet, que criou verdadeiros cassinos virtuais, além do chamado ciberterrorismo, sem ainda evidências concretas de sua ocorrência.

Sobre este ponto, especialmente depois dos atentados de 11.09.2001 nos Estados Unidos, com a edição do *Patriotic Act*, que praticamente terminou com a privacidade nas telecomunicações com o objetivo declarado de combater o terrorismo, e que acabou por impor maciço controle social sobre a população em geral, podemos afirmar que a concepção do chamado espaço cibernético como um dos maiores instrumentos da democracia e da liberdade de comunicação está se transformando, uma vez que até mesmo a Internet está cada vez mais controlada pelo aparato punitivo.

Dentro desta constatação, há quem sustente a necessidade de serem criminalizadas várias condutas que envolvem sistemas de computadores, estando em trâmite no Congresso Brasileiro diversos projetos de lei sobre o tema.¹¹ De fato, nota-se que a tendência atual em nosso País é a de se optar pelo aumento na criminalização de delitos informáticos, dentro da concepção do direito penal simbólico, deixando-se de lado a adoção de medidas de prevenção, ou a previsão legal de ilícitos administrativos ou extra-penais em geral.

Infelizmente, isso vem ocorrendo não só no Brasil, mas também em outros países do mundo, havendo uma tendência cada vez mais repressora do ponto de vista da política criminal adotada com a criminalização de novas condutas no campo da informática.

Com o presente estudo, iremos nos posicionar contrariamente a essa tendência, razão pela qual passaremos a analisar a necessidade da adoção, em primeiro lugar, de medidas preventivas extra-penais, deixando o direito penal como *ultima ratio* também nos crimes informáticos, como veremos a seguir.

11. Podem ser citados aqui os Projetos de Lei 137/1989; 152/1991; 597/1991; 22/1996; 1.713/1996; 3.258/1997; 3.943/1997; 6.210/2002; Projeto de Lei do Senado 76/2000.

3. Por uma política criminal para delitos informáticos

Essa nova realidade surgida com o incremento da informática implica na necessidade de analisar os novos fatos socialmente nocivos que decorrem do abuso do uso de computadores, para depois termos condições de avaliar as repercussões jurídico-penais que possam destes decorrer. Neste estudo, optaremos por analisar tal fenômeno inicialmente sob a ótica da Política Criminal e da Criminologia, dentro da perspectiva da Ciência Global do Direito Penal.¹²

3.1 *Aspectos criminológicos da delinquência informática*

Muito embora não tenhamos condições nesse momento de realizar uma abordagem criminológica profunda, mostra-se necessário tecer algumas considerações iniciais sobre os crimes informáticos enquanto fenômenos empíricos, de modo a conhecer melhor a situação fática, para depois compreendermos os métodos de prevenção.

Estudos criminológicos já realizados sobre esse fenômeno apontam essencialmente para uma heterogeneidade das condutas agrupadas sobre a mesma nomenclatura de delitos informáticos. Realmente, uma fraude eletrônica é uma conduta bastante diferente de um envio de *e-mail* contendo pornografia infantil, mas ambos são categorizados dentro do conceito de crimes informáticos.

Por outro lado, não há dúvidas de que estes tipos de condutas que envolvem o uso de computadores acarretam por si só um aumento de sua potencialidade lesiva ao bem jurídico protegido, pelo alcance e rapidez proporcionados pelo espaço cibernético, ao mesmo tempo em que a investigação é bastante difícil, diante do tipo de evidência a ser buscada, pois envolve o uso de avançada tecnologia.

Os chamados crimes informáticos, portanto, são condutas anti-sociais alçadas à condição de fatos típicos por decisão de política criminal, diante da

12. Nesse sentido, v.: MARTÍN, Ricardo M. Mata y. Op. cit., p. 24.

constatação da sua gravidade e necessidade de interferência do direito penal. Contudo, dentro da mesma categoria de delitos, encontram-se diversas condutas que em comum possuem apenas a circunstância de que são utilizados para sua prática sistemas de computador.

Na literatura sobre o tema tem sido destacado o elemento criminógeno do processamento eletrônico de dados, por várias circunstâncias, dentre elas a grande capacidade de armazenamento de dados, enorme velocidade de trabalho e rapidez nas operações, além da flexibilidade e possibilidades de aplicação diversas, inclusive com relação às falhas na segurança dos sistemas de operação mais vendidos no mercado. Acrescente-se a estas a dificuldade de rastreamento das operações ilícitas, além da elevada rentabilidade do ganho obtido pelo agente e a facilidade de se esconder o produto do crime, mesmo no caso de desvio de altos valores.

Ressalte-se, ainda, o fato de que a prática, qualquer lugar do mundo, de um delito via computador pode gerar efeitos em locais distantes e diferentes entre si, dificultando a localização do agente.

Ao mesmo tempo, sob a ótica da repressão penal, os altos custos da investigação podem, em alguns casos, torná-la desvantajosa para a vítima, assim como a preocupação de empresas e instituições financeiras com sua credibilidade no mercado que pode ser afetada como a divulgação de deficiência nos sistemas de informática, razão pela qual seus representantes legais optam por ressarcir a vítima, ou mesmo arcar com seu próprio prejuízo, ao invés de comunicar os crimes às autoridades para que sejam investigados.

Assim como as empresas mais atingidas pelo problema evitam oficializar os crimes de que foram vítimas, com receio de expor a vulnerabilidade de seus sistemas, as empresas fabricantes de sistemas informáticos também são vítimas das ações danosas, tal como se vê nas notícias de vírus dirigidos à Microsoft, maior fabricante mundial de programas de computador.

Ao analisar aspectos fenomenológicos dos delitos informáticos, nos informa Ricardo Martín que “importantes complicaciones para el descubrimiento

y la investigación de los hechos en y mediante el ordenador, de forma que puede en ocasiones no ser raro que muchos de los casos no lleguen nunca a detectarse”.¹³ Nesse sentido, muito embora não se tenha notícia de pesquisas sobre os delitos informáticos que não chegam ao conhecimento das autoridades no Brasil, dados coletados pelo FBI indicam que somente chegam ao conhecimento das autoridades americanas 1% (um por cento) dos casos, em relação aos quais somente em 3% (três por cento) são proferidas sentenças condenatórias, ou seja, de cada 22.000 autores destes delitos, somente um deles resultaria condenado pelos tribunais, conforme a análise do Prof. Ulrich Sieber.¹⁴

Portanto, diante dessa realidade, nos cabe analisar aspectos de política criminal, de forma a tentar encontrar a melhor forma de lidar com o problema.

3.2 *Da necessidade de uma política criminal para crimes informáticos*

No panorama visto acima, constatada a cada vez maior visibilidade do fenômeno, e considerando o fator criminógeno representado pelos sofisticados sistemas informáticos, que levam à maior danosidade social e o alcance global das condutas, pretendemos discutir uma política criminal para crimes de informática.

Há necessidade de se adotarem medidas de prevenção a este tipo de criminalidade, por meio da utilização de métodos não-penais com o objetivo de prevenir a prática de crimes, ao invés de optar-se pela mera previsão legal de tipos especiais, diante do reconhecimento de que o direito penal não serve à finalidade de impedir a prática de delitos.

13. Op. cit., p. 27.

14. Dados citados por: SIEBER, Ulrich. “Criminalidad informática: peligro y prevención”. In: MIR PUIG (Org.). *Delincuencia informática*. Barcelona: PPU, 1992. p. 94. Apud MARTÍN, Ricardo M. Mata y. Op. cit., p. 27.

A sociedade atual depende muito dos sistemas de informática, que já fazem parte do dia-a-dia das pessoas. Como já dito acima, as próprias características tecnológicas e a amplitude e rapidez na manipulação de dados e informações constituem um fator criminógeno de primeira ordem.

Assim, no combate a esses tipos de condutas socialmente nocivas praticadas mediante abuso da liberdade na operação de sistemas de computadores, essencial se mostra atuar antes da efetiva prática do delito, por meio de uma estratégia compreensiva e integrada de prevenção e controle, que não pode ser baseada exclusivamente em medidas repressivas, mas sim deve combinar medidas preventivas voluntárias para usuários de computadores, a aplicação de sanções administrativas e também medidas educativas, com o intuito de inibir e desestimular a prática de condutas socialmente reprováveis por parte dos potenciais infratores. Por certo que nos casos mais graves, caso seja atingido um bem jurídico constitucionalmente relevante, não se descarta a utilização do direito penal, porém como *ultima ratio*.

Quando se tem em mente uma abordagem de prevenção de crimes, conforme bem colocado pelo criminólogo Ken Pease, devemos partir de alguns pressupostos: i) os diversos comportamentos reunidos sob a nomenclatura de “crimes” são bastante diferentes entre si, razão pela qual não há como se pensar em técnicas universais de prevenção; ii) porque uma ação é considerada como crime, isso não significa dizer que a melhor forma de prevenir sua prática seja por meio da polícia e dos tribunais. Deve ser entendido o comportamento em análise para que se possa determinar quais as mudanças que devem ser realizadas para tentar prevenir sua ocorrência; iii) o objetivo do direito penal é moralmente problemático, pois uma sociedade em que mais se consegue prevenir práticas criminosas não é necessariamente o local mais agradável de se viver. Daí se depreende que os limites e restrições impostos às pessoas com o intuito de prevenir a prática de crimes devem ser ponderados com o dano causado pela própria prevenção ao crime.¹⁵

15. PEASE, Ken. “Crime prevention”. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Org.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1997. p. 963.

Nesse sentido, com relação aos crimes informáticos, devemos analisar se a sociedade se tornaria mais segura caso as pessoas conseguissem adotar técnicas de prevenção eficazes, tal como deixar de usar computador. Será que se voltássemos a usar papel ao invés de arquivo eletrônico, carta ao invés de e-mail, entrássemos na fila do banco ao invés de acessar a conta pela internet estaríamos mais seguros? Por certo que sim, pois estaríamos reduzindo nossa exposição ao fator criminógeno que constitui o uso de computadores certamente, mas certamente isso não levaria à melhoria da qualidade de vida.

O fato é que hoje não há mais como se pensar na sociedade em que vivemos sem o uso de computadores, não há como se negar que somos todos atualmente dependentes da tecnologia. Assim, para buscarmos a melhor forma de prevenção, pensada como sendo a interrupção de mecanismos que causem eventos criminosos, a questão será como fazê-lo, sem que nos prejudiquemos ainda mais, já que impensável seria o retorno a procedimentos arcaicos de manipulação de dados e informações.

A teoria criminológica aponta para três grandes perspectivas de prevenção: *estrutural*, que consistiria na prevenção por meio de mudanças sociais e econômicas, defendida normalmente na esfera da política social, por meio da redução das desigualdades sociais para se reduzir a prática de crimes; *psicológica*, por meio da mudança no comportamento dos potenciais ofensores por meio do controle ou reforma; e *circunstanciais*, ou seja, que o controle do crime pode ser alcançado por modestos ajustamentos das circunstâncias que envolvem a prática do delito, tal como os alinhamentos sociais e locais nos quais determinado crime ocorre.¹⁶

No estudo a que nos propomos não trataremos da perspectiva estrutural da prevenção, até porque nosso foco está em cima da delinquência informática, que está interligada às esferas mais economicamente desenvolvidas da sociedade. Nos dedicaremos, portanto, ao propósito de analisar a prevenção do crime do

16. PEASE, Ken. Crime prevention. Op. cit.

ponto de vista da chamada *prevenção primária* – no sentido de reduzir a oportunidade objetiva para a prática de delitos informáticos, ou seja, a terceira perspectiva descrita anteriormente.

No entanto, mostra-se relevante desde logo chamar a atenção para a inexistência de pesquisas de campo para detectar a incidência e os tipos de ações danosas por meio de computador mais praticadas em nosso País, pois somente a partir de pesquisas empíricas é que será possível detalhar estratégias e prever seus impactos no campo, razão pela qual abordaremos nesse momento medidas preventivas gerais, coletadas de experiências de outros países, mas que podem servir de base para a realidade brasileira. Deve ser ressaltada ainda a necessidade de levantamento de dados oficiais desse tipo de criminalidade, que ainda se mostra incipiente em nosso país.

Veremos então as grandes linhas de prevenção de crimes informáticos que entendemos essenciais serem adotadas dentro de uma estratégia de política criminal integrada.

3.3 *Medidas de prevenção no campo da informática*

Inicialmente, não há como se falar em delitos praticados por computador sem se falar em medidas de segurança tecnológicas, não no sentido de medida punitiva destinada a não imputáveis, tal como prevista em nosso Código Penal, mas sim como tradução da expressão *security measures*, encontrada na literatura especializada.

Assim, mostra-se essencial como medida de prevenção o aumento da segurança nos sistemas de computadores por meio da criação de leis que incentivem tais medidas – por exemplo, linhas de pesquisas em universidades, cooperação estatal com a iniciativa privada – que constitui um dos métodos mais eficazes de controle dos crime de informática.

Sobre este tema, mostra-se essencial unir os esforços que as indústrias e empresas de tecnologia já vêm tomando, com medidas governamentais de incen-

tivo, incluindo o desenvolvimento de melhores protocolos de segurança de computadores, o fechamento das chamadas “*trap doors*”, ou “*back-doors*”, que se caracterizam por uma falha do sistema que o deixa vulnerável à intromissão de *bugs* tanto para espionar como para alterá-lo e causar dano à sua estrutura, além do desenvolvimento de técnicas de criptografia mais complexas e seguras.

Há necessidade de se combinarem medidas técnicas de segurança voluntárias, a serem adotadas por usuários de computadores, juntamente com medidas compulsórias exigidas das empresas de tecnologia, para proteção dos usuários.

Na prática, a implementação de medidas preventivas como essas se mostra muito mais eficaz para se deter a ocorrência de crimes de informática do que leis penais incriminadoras. As próprias empresas vítimas de ataques sabem disso, tanto é que a maioria dos casos de invasões de sistemas, quebra de privacidade e transferências ilegais é resolvida internamente, sem que se dê maior publicidade, justamente por meio do aprendizado da técnica utilizada pelo agente e aprimoramento dos seus sistemas.

Sobre este ponto, merece ser chamada a atenção para o seguinte paradoxo: são justamente os eventos danosos aos computadores que acabam levando ao aumento da segurança e ao aperfeiçoamento dos sistemas informáticos.

Assim, a prática de delitos por meio do uso da informática em geral deve ser entendida como um produto direto da forma deficiente pela qual os sistemas informáticos vêm operando atualmente, o que leva diretamente à necessidade de se incentivar seu aperfeiçoamento, ao invés de se refletir exclusivamente acerca de medidas repressivas que somente irão atuar depois do dano já causado.

No caso de vírus, o mesmo autor da contaminação vende o antivírus, sendo certo que em vários casos se teve notícia de que a empresa vítima do golpe depois acabou contratando o *hacker* responsável para trabalhar para ela, visando ao aprimoramento de seu sistema.

Tais considerações mostram-se de extrema relevância especialmente em nosso País, no qual há que se incentivar a pesquisa nacional e o intercâmbio edu-

cacional com países desenvolvidos, pois dependemos da importação de tecnologias do exterior, e pouco investimos em pesquisa tecnológica, o que nos torna ainda mais vulneráveis à prática delituosas deste tipo.

Portanto, nossa sugestão seria justamente adotar-se como medidas de prevenção ao crime informático o incentivo à pesquisa em segurança informática e a exigência de padrões de segurança e controle pelas empresas, especialmente no caso de bancos e instituições financeiras.

Podemos ainda apontar para a necessidade de se aumentar a responsabilidade administrativa das empresas fabricantes de sistemas e dos provedores de Internet, de forma a, uma vez identificado o meio pelo qual foi possível a ação delituosa, que se exija de tais empresas, sob pena de multa e até de fechamento definitivo, a adoção de medidas que impeçam a repetição de tal ato, ainda que estas não tenham tido ligação subjetiva com o ilícito praticado. O controle administrativo, neste caso, seria muito mais eficaz do que a imposição de responsabilidade penal dos provedores de Internet que vem sendo proposta por alguns, diante da própria estrutura do processo penal que se mostra muito menos ágil em todos os aspectos, até porque requer maiores garantias na condução dos procedimentos e na aplicação da pena.

O incentivo à criação de associações de empresas e a auto-regulamentação por parte dos prestadores de serviços, por meio da criação de canais diretos de reclamações dos usuários com empresas privadas e autoridades são outras medidas a serem implementadas como prevenção. Especialmente no caso do *spam*, entendemos que sua prática não deve ser criminalizada, pois a melhor solução para o problema é a interferência estatal na coordenação de medidas preventivas entre as empresas prestadoras de serviço de *e-mail* e seus usuários, para se evitar a prática e punir imediatamente os abusos, por meio da detecção mais rápida da prática do envio massivo de mensagens indesejáveis pela rede mundial de computadores, o que vem causando enorme prejuízos. A adoção de filtros anti-*spam*, que vêm sendo aprimorados a cada dia, igualmente constituem medidas eficazes

na prevenção deste tipo de ação extremamente danosa aos usuários de *e-mail*. Ressalte-se, ainda, que tais medidas de segurança podem vir a ser extremamente lucrativas para as empresas dedicadas a essa atividade preventiva, conforme noticiou a revista *The Economist*.¹⁷

Do ponto de vista educacional, devem ser aumentados os esforços para se estabelecerem valores éticos na comunidade dos usuários de computadores e desenvolvimento de responsabilidade profissional. No caso de delitos informáticos, a educação preventiva tem uma importância enorme, sendo certo que o papel de incentivar a educação para desenvolver a consciência da segurança e moralidade social no uso dos computadores pode ser desenvolvido pelas universidades e cursos técnicos.

Além disso, sendo muito comum o envolvimento de profissionais de informática em delitos envolvendo computadores, por se tratar de atividade altamente especializada, que requer dedicação e experiência, uma proposta preventiva seria exigir-se o registro desses profissionais em entidades associativas, que poderiam exercer o poder disciplinar de fiscalização de seus membros e também reforçar o cumprimento de padrões éticos por meio da elaboração de um Código de Ética Profissional.¹⁸

Com tais recomendações, não temos a pretensão de esgotar a enumeração das medidas necessárias, mas sim de fomentar o debate sobre o tema dos delitos informáticos sob a ótica preventiva, e não repressiva.

No nosso entender, não basta apenas se discorrer sobre elementos típicos de crimes sem antes se analisar em profundidade o fenômeno real com que se está lidando. Por certo que tais medidas não são perfeitas ou infalíveis, bem como não se tem ainda estudos que provem sua eficácia, porém as chances destas evitarem

17. *The Economist*. "E-mail spam: filter it out". 19.10.2002, p. 61.

18. Conforme já referido nas Recomendações da AIDP que foram apresentadas no Congresso Internacional de 1984, vide nota n. 9 supra.

a incidência de crimes certamente são maiores do que as medidas repressivas, que somente serão aplicadas após a prática da ação e com o dano já causado.

Temos de reconhecer, no entanto, que mesmo nos países mais desenvolvidos que possuem as mais avançadas tecnologias de segurança, os especialistas vêm entendendo que o legislador deve criminalizar apenas as condutas mais graves devendo as medidas preventivas vir acompanhadas de mecanismos apropriados de aplicação da lei e de investigação, para que se consiga eficazmente combater e controlar esse tipo de criminalidade.

Outro elemento muito importante que vem sendo discutido na Europa e nos Estados Unidos é a necessidade de se adotar uma política criminal internacional harmônica, tendo em vista o caráter internacional dos chamados *cybercrimes*.

Em resumo, podemos concluir que a prevenção dos crimes que envolvem computadores mostra-se essencial para o bom funcionamento da sociedade da informação, que mais do que nunca exige um alto grau de eficiência e rapidez nas transações comerciais e depende socialmente do bom funcionamento de seus sistemas informáticos, sendo necessária a adoção de uma estratégia compreensiva e integrada para a prevenção e controle deste tipo de criminalidade, que não pode ser baseada exclusivamente em medidas legais, mas sim deve combinar medidas técnicas de segurança voluntárias, a serem adotadas por usuários de computadores, e a previsão legal de medidas mais leves ou mais repressivas dependendo da gravidade da lesão causada pela conduta, visando tanto à educação quanto a impedir as práticas lesivas de potenciais infratores.¹⁹

Por fim, mostra-se essencial destacar, na busca de soluções para se controlar esse tipo de crime a necessidade de maior colaboração e uniformização da legislação no âmbito mundial.

19. SIEBER, Ulrich. "Computer crimes and other crimes against information technology". *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, vol. 64, p. 67-77, 1993.

4. Aspectos internacionais dos crimes informáticos e a Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos

4.1 *Características internacionais dos crimes informáticos*

Nas mais recentes discussões e elaborações legislativas sobre delitos informáticos, concluiu-se que não há como se pensar em soluções nacionais, devendo ser discutido o assunto no âmbito internacional, por se tratar de fenômeno influenciado diretamente pela globalização, normalmente praticado com a ultrapassagem de fronteiras, com interdependência de ações praticadas em diversos locais. Sem dúvida, há necessidade urgente de se facilitar a cooperação internacional como meio eficaz de combate a esse tipo de criminalidade.

Uma das razões mais freqüentemente apontadas pelos estudiosos para a harmonização da legislação (penal e extra-penal) é justamente a ampla mobilidade e a livre circulação de dados através de sistemas informáticos, tal como ocorre quando um agente pratica um crime usando um computador de um país, enquanto os resultados ocorrem em diversos outros locais sujeitos a diferentes legislações. Além disso, a existência de redes mundiais de telecomunicações internacionais que cruzam o território de vários países e a característica básica da Internet, meio mais usado de comunicação entre computadores, que ultrapassa fronteiras nacionais, reforçam ainda mais essa conclusão.

Devemos chamar atenção para o fato de que no mundo todo são usados praticamente os mesmos programas de computadores importados dos Estados Unidos, razão pela qual as medidas de segurança a serem adotadas devem ser globais. Além disso, menciona-se igualmente a necessidade de leis internacionais que protejam os direitos de autores de programas de *software*.

Assim sendo, diante da complexidade da questão e da característica global dos delitos informáticos, a existência de leis nacionais diversas com o objetivo

de prevenir tais delitos poderia levar à criação de paraísos criminais (chamados de *data heavens* ou *computer crime heavens*).²⁰

Sem dúvidas, na atualidade, a mobilidade e a ausência de possibilidade de controle de informações faz com que soluções no campo do direito informático sejam indispensáveis, assim como, com relação às leis processuais, a harmonização dos poderes nacionais de coerção constitui importante fator de controle, prevenção e combate às infrações praticadas por meio de computadores.

Como conclusão decorrente dos fatores acima apontados, além de táticas de prevenção, a adoção de acordos e tratados de cooperação internacional, e a troca de informações entre os diversos países, constituem condição essencial para o bom andamento de investigações de crimes de computadores.

Desta forma, o funcionamento e a eficácia dos instrumentos internacionais de assistência mútua perpassam pela uniformização das legislações nacionais, assim como preconizado pelo Conselho da Europa na elaboração da Convenção sobre Crimes Cibernéticos, realizada em Budapeste em 2001, pois um Estado a que se requer assistência somente pode levar adiante medidas admitidas na sua própria legislação nacional, bem como diante do princípio da dupla criminalidade que constitui a base da cooperação internacional. Utilizando as palavras de um dos maiores especialistas em delitos informáticos, o Prof. Ulrich Sieber, da Universidade de Munich, *as soluções nacionais para as questões dos delitos de computadores devem ser banidas para os arquivos do passado*.²¹

Sob este ponto, no relatório explicativo da Convenção, foi explicitada a preocupação dos especialistas europeus que “a nova tecnologia desafia conceitos legais. Informações e comunicações circulam mais facilmente pelo mundo. Fronteiras não constituem mais limitações a esse movimento contínuo. Criminosos podem estar

20. Paraísos criminais seriam locais nos quais provedores se instalariam e seriam beneficiados por legislações mais brandas, que não punissem crimes informáticos, em alusão aos conhecidos paraísos fiscais de taxas e impostos que atraem as companhias internacionais interessadas em reduzir seus custos.

21. SIEBER, Ulrich. “Computer crimes...”, cit., p. 77.

em lugares completamente diversos dos locais onde seus atos produzem efeitos. Contudo, leis nacionais têm sua aplicação limitada a um território específico. Desta forma, soluções para os problemas citados devem ser adotadas pelo direito internacional, sendo necessária a adoção de adequados instrumentos legais internacionais”.

No mesmo sentido são as conclusões de estudo recente da ABA – American Bar Association, que preconizam a importância de uma comissão internacional para tratar do tema da *cyberlaw* em geral, incluindo os delitos informáticos, para o estudo de uma legislação capaz de transpor *de forma célere as fronteiras geográficas dos países*.²²

A partir desta constatação, passaremos a analisar em maiores detalhes a referida Convenção Européia, com o objetivo de situar o público brasileiro nas questões tratadas por tal instrumento internacional, que muito tem a contribuir para o aperfeiçoamento de nossa legislação, de modo a atualizá-la de acordo com os padrões atualmente fixados no âmbito internacional. Deve ser lembrado, igualmente, que não se trata de propor a reprodução de legislações estrangeiras para incorporá-las ao nosso sistema jurídico de forma acrítica, mas sim de se discutir os termos elaborados por especialistas no campo do direito penal informático em relação a um tipo de criminalidade com características internacionais.

4.2 A Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos

A Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos de 2001,²³ elaborada pelo Conselho da Europa (*Council of Europe*), órgão intergovernamental que

22. Cf.: GUEIROS JR., Nehemias. “*Cyberlaw*: novas regras terão que ser globais”. *Revista Justilex*, ano 2, n. 18, p. 26, jun. 2003.

23. A situação atual da Convenção é a seguinte: seu texto está aberto para assinatura aos Estados membros e não-membros que participaram da sua elaboração (Canadá, Japão, África do Sul e EUA). Até outubro de 2003, apesar de quase todos os países membros já terem assinado, apenas Albânia, Croácia e Estônia haviam ratificado o tratado. Portanto, seu texto ainda não está em vigor, o que ocorrerá quando houver cinco ratificações, incluindo pelo menos três Estados membros do Conselho da Europa.

engloba 45 Estados membros, incluindo os 15 membros da União Européia, mas que não se confunde com ela, é o instrumento internacional mais amplo e atual sobre o tema e foi produzido em conjunto pelos maiores especialistas de diversas nacionalidades.

Na realidade, trata-se do primeiro tratado internacional sobre crimes cometidos por meio de sistemas de computadores, lidando particularmente com a segurança de redes de computadores, violações de direitos autorais, fraude por meio de computadores e pornografia infantil. Contém ainda uma série de poderes e procedimentos que permitirão a adoção de medidas investigatórias dirigidas a sistemas informáticos, inclusive interceptação de dados.

O objetivo de tal Convenção, como expressamente declarado em seu preâmbulo, é o de buscar uniformizar a legislação européia, por meio de uma política criminal comum, para proteger a sociedade dos crimes cibernéticos, recomendando a legislação apropriada e buscando facilitar e agilizar a cooperação internacional por meio da adoção de tipos legais e procedimentos penais uniformes.

Apesar de não se tratar de uma Convenção internacional, mas sim européia, de acordo com seu art. 37, há a possibilidade de países não-membros e que não tenham participado de sua elaboração aderirem a seus termos. Para tanto, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, desde que com o consenso dos países signatários da Convenção, poderá convidar qualquer Estado a fazê-lo.

De fato, a elaboração da Convenção foi uma conquista, diante das inúmeras divergências surgidas entre os países-membros que participaram de sua elaboração, sendo que sua futura entrada em vigor facilitará muito a adoção de políticas criminais comuns e também a uniformização das legislações nacionais.

4.3 Conceitos e objetivos preconizados pela Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos

Na Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos, foi definido o termo espaço cibernético (*cyberspace*) como um tipo de espaço comum, utilizado pelos

usuários da rede mundial de computadores (Internet) ao se conectarem aos serviços de comunicação e informação, para propósitos legítimos, mas que também podem estar sujeitos a abusos.

Em termos dogmáticos, os crimes cibernéticos ou crimes informáticos são delitos cometidos contra a integridade, disponibilidade e confidencialidade dos sistemas informáticos e redes de telecomunicações, bem como consistem no uso de redes de serviço para cometer crimes tradicionais através da Internet. Essa característica de ultrapassar fronteiras, por exemplo, em crimes praticados pela Internet, está em conflito com a competência e atuação territorial das autoridades nacionais.

Diante destas características, os especialistas europeus chegaram à conclusão de que somente um instrumento internacional que fosse vinculante aos países signatários poderia ter a necessária eficiência na luta contra esse novo fenômeno, e que uma Convenção deveria ser elaborada não somente para criar novos tipos penais (direito penal substantivo), mas também deveria prever questões de processo penal, harmonizar procedimentos de direito penal internacional e estabelecer acordos referentes à tecnologia da informação.

São objetivos da referida Convenção: i) harmonizar as legislações penais substantivas, elementos do delito e outras provisões conexas sobre delitos de informática; ii) promover alterações nas legislações processuais nacionais de forma a conceder poderes de investigação e persecução criminal necessários para combater delitos praticados com o uso de sistemas de computador, ou nos demais tipos de delitos nos quais as provas devam ser obtidas mediante meios eletrônicos; iii) estabelecer um regime rápido e efetivo de cooperação internacional.

Em termos gerais, no que diz respeito à sua estrutura, a Convenção de Budapeste está dividida em quatro capítulos. O primeiro trata da terminologia, e define os termos mais básicos tais como *"sistema de computador"* (computer system), *"dados de computador"* (computer data), *"provedor de serviços"* (service provider) e *"fluxo de dados"* (traffic data), com o intuito de harmonizar as definições, conforme seu art. 1.º.

No capítulo seguinte, estão previstas medidas a serem tomadas no âmbito das legislações nacionais, tais como leis penais substantivas e regras de processo e investigação penal. Também se recomenda a criminalização de determinadas condutas mais graves, que envolvam computadores, estando definidos nove crimes divididos em quatro diferentes categorias cuja tipificação é recomendada.

4.4 *Dos crimes informáticos previstos*

Os crimes indicados na Convenção são todos dolosos, havendo referência expressa em seu texto ao princípio da ofensividade, pois tão somente se indica a opção de criminalização das ações mais graves envolvendo o abuso no uso de computadores.

Desta forma, estão descritos roteiros que servirão como base para as alterações das leis nacionais, sendo certo que não se exige dos Estados-parte que eles copiem a descrição dos delitos do texto convencional, mas, ao aderirem ao tratado, estes se comprometem a adotar definições equivalentes em seus sistemas jurídicos. Optou-se pela concepção de crimes informáticos em sentido estrito, baseando-se no consenso mínimo obtido entre as partes signatárias do texto normativo europeu.

O primeiro título dispõe sobre crimes contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas de computadores, estando previstos os seguintes crimes propriamente informáticos, ou seja, condutas em que o sistema informático é objeto material da ação: “acesso ilegal à integralidade ou a parte de sistema de computadores sem autorização” (*illegal access* – art. 2.º);²⁴ “intercepção ilegal” (*illegal interception* – art. 3.º);²⁵ “interferência ou dano em

24. Este crime pode ser cometido pela violação das medidas de segurança, com a intenção de obter dados de computadores ou outra intenção desonesta, estando tal sistema de computador conectado ou não a uma rede de computadores.

25. Trata-se de intercepção sem autorização, por meios técnicos, de transmissões privadas de dados, envolvendo um sistema de computadores, incluindo emissões eletromagnéticas de um sis-

dados de computador" (*data interference* – art. 4.º);²⁶ "interferência em sistemas" (*system interference* – art. 5.º).²⁷ A Convenção também recomenda em seu art. 6.º a tipificação de alguns atos preparatórios tal como o "uso indevido de dispositivos" (*misuse of devices*).²⁸

O Título 2 do Capítulo 2 prevê as duas ofensas relacionadas com computadores, ou seja, crimes já tipificados nas legislações penais comuns, mas que podem ser praticados tendo como meio sistemas informáticos. São eles: falsificação eletrônica ou praticada por meio de computadores (*computer-related forgery* – art. 7.º)²⁹ e fraude informática (*computer-related fraud* – art. 8.º).³⁰

A seguir, no Título 3, são tratadas as ofensas relacionadas à pornografia infantil, tema esse muito em voga na atualidade, diante do aumento de sua per-

tema de computadores capacitado para processar tais dados. Pode a ofensa ser cometida com intenção desonesta em sistemas conectados a outros sistemas de computação (rede).

26. Estão previstas no referido artigo as ações de danificar, apagar, deteriorar, alterar ou suprimir dados de computadores sem autorização, podendo ser exigido para a configuração do delito que a conduta tenha resultado em grave lesão.

27. A tipificação se refere à restrição ao bom funcionamento de um sistema de computadores, sem autorização, por meio de inserção, transmissão, dano, exclusão, deterioração ou supressão de dados.

28. As condutas previstas são: produzir, vender, comprar para uso, importar, distribuir ou tornar disponível: i) dispositivo, incluindo programa de computador, desenhado ou adaptado com especial propósito de cometer qualquer das ofensas previstas nos arts. 2.º a 5.º acima; ii) senha de computador, código de acesso ou informação similar que em todo ou em parte permita o acesso a sistema de computador. Em ambas deve haver intenção de cometer qualquer das ofensas estabelecidas nos arts. 2.º a 5.º. Pune-se também a posse de um dos itens referidos acima (i e ii) com intenção de cometer as ofensas previstas nos arts. 2.º a 5.º, podendo ser exigida pela lei que uma quantidade mínima de tais itens esteja na posse da pessoa para que possa ser atribuída responsabilidade criminal.

29. A descrição típica sugerida é a inclusão, alteração, exclusão ou supressão de dados de computador, que resultem na inautenticidade dos dados com a intenção de se fazer passar, ou sendo utilizado para fins legais como se autêntico fosse, mesmo se a informação não é diretamente legível e/ou inteligível. Pode-se exigir intenção de defraudação ou outra intenção semelhante, para a atribuição da responsabilidade criminal.

30. Neste art. 8.º, está prevista a ação de causar lesão a bens de uma pessoa por meio das seguintes práticas: i) inclusão, alteração, exclusão ou supressão de dados de computadores; ii) interferência no funcionamento de sistema de computador; em ambos os casos com intenção fraudulenta ou desonesta, e sem autorização, tendo como objetivo a obtenção de vantagem econômica para si ou para outrem.

cepção e pela facilidade de manipulação e circulação de imagens através da rede mundial de computadores.

Nas discussões que antecederam a elaboração dos termos da Convenção, houve muitas divergências com relação ao tema da pornografia infantil, pois existia um grupo proponente de medidas mais duras de inclusão como crime a mera posse de material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes, enquanto que outros consideravam inconstitucional esta proibição diante do direito fundamental à privacidade. Assim, a redação dos termos da Convenção acabou sendo feita de forma a tentar conciliar as duas vertentes, ou seja, constituiu como imposição a criminalização somente daqueles tópicos em que não havia divergências, enquanto que outros tipos, como a criminalização da mera posse, ficou como uma faculdade para os países membros, conforme se abstrai da redação do art. 9.º, que trata dos crimes relacionados à pornografia infantil (*offenses related to child pornography*).³¹

Assim, de acordo com o art. 9.º, os Estados-parte poderão se reservar ao direito de não criminalizar a mera posse de material pornográfico envolvendo crianças (§ 1.º, *a*) e também as hipóteses de imagens não reais, e/ou simulações, envolvendo adultos ou representações e imagens não reais, criadas artificialmente que representem menores em práticas sexuais (vide § 2.º, *b* e *c*).

Por fim, o Título 4 trata de crimes relacionados à violação de direitos de autor em geral, ou crimes contra a propriedade intelectual envolvendo progra-

31. Estão previstos os seguintes tipos relacionados à pornografia infantil, praticados mediante o uso de sistemas de computadores: a) produzir pornografia infantil com o propósito de distribuição; b) oferecer ou tornar disponível pornografia infantil; c) distribuir ou transmitir pornografia infantil; d) adquirir pornografia infantil para si ou para outrem; e) ter em seu poder pornografia infantil no sistema de computadores ou em qualquer meio de arquivo externo de computação (exemplos: disquete ou CD). O § 2.º deste mesmo artigo define como pornografia infantil material que demonstre visualmente: a) um menor engajado em conduta sexualmente explícita; b) pessoa aparentando ser menor de idade em conduta sexualmente explícita; c) imagens realistas representando menor engajado em conduta sexualmente explícita, sendo certo que o termo menor, para fins deste parágrafo, significa pessoas com menos de dezoito anos de idade, podendo os Estados-parte exigir um limite de idade de até dezesseis anos.

mas de *software*, sendo recomendadas a criminalização de condutas intencionais, com objetivos e em escala comercial praticadas por meio do uso de computadores para a pirataria de *software*. No entanto, está também prevista ressalva para alguns Estados que poderão optar por promover medidas não penais para lidar com a questão, ao invés de criminalizar tais condutas.

Há ainda outras questões controvertidas que não foram resolvidas pelos *experts* da Convenção, diante das inúmeras divergências entre os países signatários, tais como o jogo ilegal pela Internet e o terrorismo cibernético, ainda objetos de debate. Preferiu-se deixar tais condutas de fora da Convenção, para que cada Estado decida por conta própria decidir criminalizá-las ou não.

Por outro lado, optou-se intencionalmente por não criminalizar o *spam*, tendo em vista as conclusões de que medidas outras, não penais, seriam a melhor forma de cuidar do recebimento de mensagens indesejáveis.³²

Com relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica (*corporate liability*) diante da divergência entre os países, tal como ocorreu em outras convenções internacionais elaboradas recentemente, a Convenção Européia no seu art. 12, § 4.º apenas indica que sua responsabilização poderá ser criminal, civil ou administrativa.

Posteriormente, foi assinado um Protocolo Adicional à Convenção de Budapeste, em 28.01.2003, que recomenda a criminalização de atos de racismo e xenofobia cometidos por meios de computador, visando harmonizar suas legislações para combater o conteúdo da informação que circula pela rede tais como: disseminação de material racista e xenófobo (art. 3.º); ameaça motivada por racismo ou xenofobia (art. 4.º); insultos ou crimes contra a honra motivados por racismo ou xenofobismo (art. 5.º); denegação, minimização grosseira, aprovação ou justificação de genocídio ou crimes contra a humanidade (art. 6.º).

32. A Convenção aborda ainda questões da parte geral de direito penal em seus arts. 11 a 13, tal como concurso de agentes, participação e tentativa, que não oferecem maiores novidades, mantendo a linha tradicional das legislações nacionais.

4.5 *Medidas processuais-penais recomendadas*

Desde 1992, já havia uma preocupação da comunidade internacional com relação à necessidade de previsão de medidas adequadas à apuração desse tipo de criminalidade de alta especialização tecnológica, pois para tornar eficazes as investigações neste campo faz-se necessária a previsão legal de procedimentos específicos de busca e apreensão, coleta, congelamento e interceptação de dados de computadores, assim como a busca no ambiente em rede de sistemas.

Por outro lado, também já se preocupavam os juristas com a necessidade de utilização dessas novas técnicas de investigação de forma equilibrada, garantindo-se proteção adequada aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à privacidade, exigindo-se a ponderação entre o grau de lesividade ou gravidade do delito a ser investigado, com a restrição de direitos atingidos pela investigação. Desta forma, somente se deve admitir a violação do sigilo dos dados de computador para fins de apuração dos delitos mais graves.

Tais recomendações influenciaram fortemente a elaboração da Convenção Européia, tendo sido previstas no texto convencional medidas processuais a serem adotadas pelas legislações nacionais com o propósito de investigação criminal não só dos crimes informáticos propriamente ditos, como também de delitos comuns cometidos por meio de um sistema de computadores, ou aqueles cujas evidência a serem obtidas estejam na forma eletrônica. Trata-se de procedimentos específicos que visam atualizar a legislação processual para a era da informática, e fornecer aos operadores do direito meios rápidos e eficazes para reprimir as condutas ilícitas e descobrir seus autores.

Um dos maiores desafios na esfera do combate à criminalidade informática é justamente a dificuldade de identificação do agente criminoso e coleta de evidências, diante da volatilidade dos dados eletrônicos, que podem ser facilmente alterados, movidos ou apagados em segundos, sendo o segredo e a rapidez essenciais para a investigação.

A Convenção Européia em estudo, portanto, adaptou medidas processuais tradicionais para o meio ambiente da tecnologia, além de ter criado outras inéditas, especificamente destinadas a um tipo específico de dados de computadores a serem buscados, impondo, ao mesmo tempo, as salvaguardas do art. 15, relativas à proteção aos direitos humanos e liberdades individuais. Recomendou-se aos países a exigência de autorização judicial ou outra supervisão independente das medidas procedimentais previstas, além da fundamentação específica para limitar o objeto e a duração dos poderes de investigação concedidos, especialmente diante da possível violação de interesses legítimos de terceiros.

As medidas processuais recomendadas têm por objetivo permitir a obtenção e coleta de dados em investigações criminais específicas. Chegou-se a discutir a possibilidade de se impor obrigações gerais para serviços de provedores para a coleta e manutenção em seus arquivos, de fluxos de dados por um certo período a ser fixado, como medida preventiva visando futura investigação de crimes, que não foram incluídos no texto final por falta de consenso entre os especialistas.

Em termos gerais, estes procedimentos de investigação e obtenção de evidências referem-se a todos os tipos de dados, entre eles “fluxo de dados” (*“traffic data”*), que são aqueles que representam as conexões entre os computadores, contendo informações sobre o caminho percorrido; “dados com informações” (*“content data”*), ou seja, o próprio conteúdo da informação; e dados pessoais do assinante (*subscriber data*), tais como nome, endereço e número de acesso, que ficam armazenados no banco de dados dos provedores (§ 3.º do art. 18).

A possibilidade de aplicação de medidas para obter evidência eletrônica, portanto, dependerá da natureza e da forma dos dados e do procedimento.

São medidas processuais recomendadas pela Convenção Européia: i). *determinação ou ordem de preservação de dados armazenados em sistemas de com-*

putadores” (“*expedited preservation of stored computer data*”),³³ com duração de até noventa dias, que permite às autoridades pleitear posteriormente uma ordem de abertura ou revelação (*disclosure*) de tais dados, o que seria equivalente à nossa quebra de sigilo (art. 16); ii) *ordem de preservação e parcial abertura de fluxo de dados* (“*expedited preservation and partial disclosure of traffic data*”)³⁴; iii) *ordem de fornecimento de dados às autoridades* (“*production order*” – art. 18)³⁵; iv) *busca e apreensão para acessar sistemas e dados de computadores*, incluindo meios de armazenamento de dados eletrônicos (*CD-rom*, disquetes e similares – art. 19)³⁶; v) *obtenção, coleta ou gravação em tempo real de fluxo de dados* (“*real-time collection of traffic data*” – art. 20)³⁷; vi) *interceptação de dados* (de conteúdo)

33. Trata-se de um tipo de apreensão no qual o detentor de dados específicos, inclusive fluxo de dados, que estejam armazenados em seu sistema, está obrigado a preservá-los por um prazo maior de tempo, evitando-se, dessa forma, a possibilidade de modificação ou perda. Tal medida permitirá ao detentor dos dados continuar a utilizar normalmente seu sistema, desde que preservando determinadas informações de interesse da investigação, tendo como contrapartida a obrigação de manter confidencial tal fato, evitando-se que o investigado tome conhecimento.

34. Esta medida tem por objetivo preservar e revelar (*disclosure*) as informações referentes ao fluxo de dados no sistema, permitindo o acesso das autoridades às informações sob a forma eletrônica, do caminho percorrido pelo usuário, mesmo havendo um ou mais provedores envolvidos em tal transmissão, de forma a se chegar até seu destino final. As medidas previstas nos arts. 16 e 17 se aplicam aos dados armazenados que já tenham sido coletados pelos seus detentores, tais como provedores de acesso à rede.

35. Na medida prevista no artigo 18, a autoridade competente ordena que lhe sejam fornecidos dados específicos armazenados em computadores, incluindo os dados pessoais dos assinantes contidos nos arquivos dos provedores fornecidos por ocasião do contrato, além de outras informações sobre tipos de equipamentos utilizados e outras provisões técnicas que auxiliem as autoridades nas investigações. Neste caso, a autoridade não busca ou apreende, mas ordena que informações sejam fornecidas por terceiros que estejam na posse destas sob a forma de dados.

36. Neste tipo de medida investigativa, as autoridades poderão ter acesso, congelar ou bloquear um sistema de computadores ou qualquer meio de armazenamento de dados, assim como fazer cópias dos dados contidos nos computadores, ou mesmo tornar inacessível ou remover tais dados do sistema.

37. No caso do artigo 20, enquanto os dados são transmitidos pelo computador, a autoridade poderá ter acesso simultâneo à rota percorrida por tais informações, ou ainda compelir o provedor a fazê-lo, podendo ser gravadas tais informações obtidas. Esse procedimento visa apenas identificar a circulação das informações, mas não seu conteúdo, o que poderá ser objeto da medida prevista no art. 21.

(*"interception of content data"*) transmitidos por meio de comunicação eletrônica, em tempo real (art. 21).³⁸

Desta forma, os Estados-parte da Convenção, após a ratificação, estarão obrigados a adotar em seu sistema jurídico tais medidas acima previstas, ou outras que se façam necessárias de acordo com suas leis nacionais, estabelecendo os poderes e procedimentos necessários em uma investigação criminal de delitos que envolvam o uso de computadores ou sistemas.

Há ainda uma outra questão interessante a ser abordada. Está explícito nos termos na Convenção que as partes devem incorporar à sua legislação a possibilidade de que a informação obtida por meios digitais ou eletrônicos seja usada como evidência perante a Corte em procedimentos penais, independentemente da natureza do crime. Contudo, há duas exceções a essa regra, quais sejam as medidas previstas no arts. 20 e 21 (coleta de fluxo de dados e interceptação de dados), consideradas excepcionais, e assim aplicáveis apenas aos crimes mais graves, pelo alcance e intrusão causada pela medida, razão pela qual as partes podem prever limitações em suas leis nacionais.

Mostra-se importante chamar a atenção para o art. 15, que prevê garantias ou salvaguardas, com o objetivo de ponderar as necessidades da persecução penal com a proteção dos direitos humanos, bem como sua adaptação às leis nacionais, que irão prever as condições específicas de deferimento destas medidas, incluindo a necessidade de autorização judicial, a exigência de certas condições e limitações, bem como respeitando-se parâmetros comuns já previstos em convenções internacionais de direitos humanos. Por isso, está expressamente prevista a incorporação às leis nacionais do princípio da proporcionalidade, ou seja, que os poderes conferidos às autoridades investigadoras e as ordens por elas proferi-

38. Poderíamos também chamar tal medida de "grampo", ou interceptação de dados transmitidos entre computadores. A ordem da autoridade neste caso permite coletar e gravar os dados transmitidos, ou compelir o provedor a fazê-lo com seus meios técnicos, prestando assistência às autoridades.

das devem ser proporcionais à natureza do crime investigado, devendo estar previstos requerimentos razoáveis que limitem a busca e apreensão exclusivamente aos casos em que se mostre necessária.

Há uma clara preocupação por parte dos especialistas que elaboraram a Convenção com o impacto de tais medidas em interesses de terceiros, incluindo os provedores, sendo requerido aos Estados-parte que utilizem os meios apropriados para minimizar seus efeitos, incluindo o respeito às vítimas e o direito à privacidade, assim como a necessidade de se evitar a interrupção no fornecimento dos serviços aos consumidores.

A previsão de tais medidas técnicas nas legislações nacionais³⁹ poderá tornar mais ágeis e eficazes as investigações nos crimes envolvendo sistemas e computadores. No nosso entender, muito mais importante do que criminalizar novos tipos penais informáticos é se estabelecer meios procedimentais específicos de coleta de provas, sem os quais as autoridades não conseguirão chegar aos autores dos delitos.

Além da previsão legal de medidas processuais para se obter a evidência em crimes informáticos, mostra-se essencial que se tenha também uma polícia técnica desenvolvida, com pessoas capacitadas e treinadas no campo da

39. Com relação ao direito brasileiro, merecem ser trazidas algumas breves considerações. De acordo com a Constituição Federal, art. 5.º, 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”. A esse respeito foi editada a LC 9.296/1996, que regula as hipóteses de quebra de sigilo das comunicações. Quanto à possibilidade de interceptação do fluxo em sistemas de informática e telemática, a doutrina brasileira se divide, pois há quem considere inconstitucional a quebra de sigilo de dados, sob o argumento de que somente se admite a interceptação de comunicações telefônicas. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11; e GRINOVER, Ada Pellegrini. “Regime brasileiro das interceptações telefônicas”. *Revista de Direito Criminal* 17/115. Em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997. p. 176. Não nos parece lógico que haja alguma diferença de conteúdo ou significado entre as comunicações telefônicas e aquelas realizadas por meio de dados, que possa ter levado o legislador a considerar a tutela do sigilo de dados absoluta, razão pela qual nos filiamos ao entendimento que admite a quebra de sigilo de dados, desde que na forma e com as garantias previstas na lei.

informática e que dominem as novas tecnologias, além de bem equipadas com computadores de última geração, para que possam periciar e avaliar os dados coletados, tendo em vista o alto grau de especialização deste tipo de atividade.⁴⁰

Por fim, a Convenção recomenda ainda critérios de atribuição de jurisdição, visando a permitir que todos os países possam exercer sua jurisdição sobre os delitos informáticos, ampliando seu alcance, além de sugestões para resolução de conflitos de jurisdição, conforme se vê no art. 22, e seu § 4.º.

4.6 *Cooperação Penal Internacional*

A Convenção Européia em estudo contém importantes provisões referentes a assistência, extradição e cooperação mútua, mesmo para casos em que não haja base legal (tratado ou reciprocidade) entre as partes envolvidas, de forma a tornar cada vez mais ampla a cooperação entre os Estados-parte na persecução penal aos delitos envolvendo computadores.

Em seus termos, encontra-se expressamente permitida a comunicação via fax ou *e-mail*, de forma a agilizar a comunicação entre as partes, evitando-se os meios diplomáticos como tradicionalmente se fazia (art. 25, § 3.º).

Há também instruções expressas para que as partes designem uma autoridade central ou autoridades responsáveis para receber e enviar pedidos de assistência mútua, assim como executar tais requisições ou transmiti-las às autoridades competentes (art. 27, § 2.º).

40. No caso da realidade brasileira, devemos sempre ter em conta que há uma crônica falta de investimentos em perícia técnica, o que nos permite concluir que de nada adiantará a previsão legal de medidas cautelares como as que analisamos acima, se não houver peritos e equipamentos adequados à investigação de delitos com utilização de tecnologia mais avançada. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, na investigação de crimes informáticos as autoridades policiais acabam tendo de solicitar a colaboração universidades, inclusive de outros Estados, diante de sua incapacidade de realizar certas perícias especializadas. A sugestão que fazemos nesse sentido é o estreitamento da colaboração entre esses órgãos, bem como a separação dos órgãos técnicos de perícia da estrutura da Polícia Civil, para órgãos científicos independentes, como já ocorre em São Paulo, tendo em vista que as funções exercidas são muito diferentes.

A preocupação da Convenção em agilizar a cooperação internacional na investigação de delitos informáticos levou à previsão expressa de requerimento de cooperação por meio de medidas cautelares, visando preservar a evidência para futuras requisições, por um período não inferior à sessenta dias (arts. 29 e 30).

Constou dos termos do texto convencional, inclusive, a possibilidade de acesso direto transnacional a dados armazenados em computadores, sem a necessidade de ser requerida assistência mútua, desde que haja consentimento, ou quando sejam públicos (art. 32). Admite-se também que se possa acessar ou receber dados armazenados em computadores diretamente, desde que a autoridade do local onde esses dados se encontrem consinta e se tenha autorização judicial para abrir tais informações à outra parte por meios eletrônicos.

5. Conclusão

A aproximação do direito aos novos fatos sempre será um desafio, pois as transformações sociais sempre estarão à frente das leis. No caso do direito penal, especialmente, os avanços tecnológicos de nossa época estão levando a uma mudança de paradigma, constituindo os crimes informáticos um exemplo disso.

Há de se ter em mente que o desenvolvimento da tecnologia levou a mudanças radicais na sociedade, porém, ao mesmo tempo em que os computadores facilitaram muito a vida das pessoas, o outro lado da moeda é o abuso no uso da informática por meio da prática de atos danosos socialmente por meio das novas tecnologias facilitadoras. Isso porque, como vimos, a utilização de sistemas de computadores constitui um fator criminógeno de primeira ordem.

De fato, as particularidades inerentes às novas tecnologias se traduzem no âmbito da criminalidade que projetam. Ao mesmo tempo em que pessoas de diferentes países se comunicam por meio de computadores em tempo real, usam telefones celulares, *laptops* e passam *e-mails*, essa mesma tecnologia pode ser uti-

lizada para praticar crimes com amplas conseqüências danosas, além de muito mais difíceis de serem investigados.

Diante desta constatação, concluímos que se mostra muito mais adequada e eficaz a implementação de medidas preventivas de segurança e de aperfeiçoamento das tecnologias de proteção de sistemas, com a adoção de medidas não-penais, administrativas e voluntárias, para se lidar com o fenômeno dos delitos informáticos.

Por sua vez, o direito penal somente deverá atuar como *ultima ratio* também no campo na informática, sendo que a pena somente deve ser aplicada em situações extremas, respeitando-se o princípio da ofensividade e da subsidiariedade, razão pela qual somente as condutas mais graves devem ser levadas à esfera repressiva penal.

Diante disso, consideramos desnecessária a edição de nova legislação que preveja especificamente delitos informáticos, visto que mais de noventa por cento das condutas delituosas neste campo já estão previstas no Código Penal e em leis especiais, restando ainda a serem criminalizados tão-somente menos de dez por cento, no caso de delitos em que o sistema de computadores seja o único bem jurídico a ser protegido.⁴¹

Consideramos que o maior desafio atual com relação à criminalidade informática está, acima de tudo, nas graves deficiências de prevenção das novas formas de violações a bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. Não há como se pensar apenas em criminalizar, mostrando-se a prevenção ainda como a melhor estratégia, especialmente no Brasil, com seus contrastes e iniquidades sociais, onde o direito penal nunca foi nem será capaz de resolver os problemas decorrentes das ações delituosas danosas ao meio social, nem é capaz de evitá-las.

41. O presente artigo foi elaborado antes da edição da Lei 10.766/2003 que alterou o art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo expressamente sua prática por meio da rede mundial de computadores.

Assim, concluímos ser mais importante do que discutir a necessidade de alteração da legislação penal atual – até porque praticamente todas as condutas já estão criminalizadas, com raras exceções – a reflexão sobre quais medidas preventivas devem ser tomadas, a fim de minimizar o risco, diante da constatação do fator criminógeno do uso de computadores.

As dificuldades encontradas pelos operadores do direito no combate e prevenção aos crimes de informática não serão solucionadas simplesmente por meio da tipificação penal generalizada de novas condutas, ainda que consideradas como danosas ao meio social. Além da prevenção, há de se ter em conta que a apuração de delitos informáticos, de estrutura complexa, é especialmente problemática, diante das dificuldades na apuração e investigação deste tipo de delito, o que requer agilidade, conhecimento técnico, amplo uso de tecnologia e altos investimentos em perícia técnica.

Para isso, mostra-se fundamental a previsão legal de procedimentos específicos de colheita de evidências envolvendo computadores, além do incremento da cooperação internacional, pautada na harmonização de delitos diante dos reflexos internacionais deste tipo de criminalidade, que ultrapassa fronteiras através do fluxo livre de informações pela rede.

Porém, neste momento em que pensamos em novos paradigmas no horizonte do direito penal, mostra-se igualmente necessária a manutenção das conquistas do Garantismo, tomando-se como exemplo o modelo europeu consubstanciado na Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos, que ao lado de novas medidas processuais compromete-se com a proteção dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à intimidade e à vida privada, que devem ser ponderados com os interesses públicos da investigação no caso concreto.

Com relação aos elementos transnacionais ou internacionais dos crimes informáticos, deve-se ter em conta a importância da agilidade da cooperação internacional e a otimização dos procedimentos, o que pode ser feito por meio da

elaboração de acordos de cooperação mútua para se alcançar resultados, assim como a adoção de medidas comuns de prevenção.

O que precisa ser estudado é a implementação de medidas preventivas concomitantemente com medidas legais restritivas ou punitivas cabíveis nos casos mais graves.

Ao mesmo tempo, devemos chamar a atenção para o perigo da utilização do direito penal enquanto instrumento punitivo para incrementar o controle do Estado sobre a população, especialmente quando se trata do mais democrático e livre meio de comunicação que já foi criado – a Internet.

Outro ponto a ser refletido é qual o tipo de sociedade que queremos, diante do exemplo dos Estados Unidos após o *Patriotic Act*, editado sob a emergência dos atentados de 11.09.2001, que acabou com a privacidade das comunicações em território americano a pretexto de combater o terrorismo. Afinal, a utopia de Bentham da prisão onde os presos ficariam sob vigilância 24 horas é facilmente concretizada com as novas câmeras de vídeo, e o panóptico tal como idealizado por ele é a Prisão de Guantânamo hoje.

Desta forma, com relação à escolha das medidas processuais de investigação desse tipo delito, assim como referido na Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos, deve ser garantido o equilíbrio entre os interesses da repressão e o respeito aos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito de todos à liberdade de expressão, que inclui a liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, além do direito à intimidade e privacidade, e ao sigilo de dados, todos garantidos pela nossa Constituição.

A criminalização de condutas e a agilização dos procedimentos investigatórios não devem ser utilizadas como subterfúgio para limitar a liberdade de expressão e de comunicação que é a essência da rede de computadores Internet, uma das maiores conquistas da humanidade.

Com as novas tecnologias criou-se um verdadeiro paradoxo: liberdade mais ampla de comunicação e de expressão, de organização (vide passeatas e movimentos sociais que se utilizam das novas tecnologias), mas ao mesmo tempo essa tecnologia é cada vez mais utilizada para vigiar e controlar pessoas, assim como para praticar delitos.

Dentro desta reflexão, essencial o aprofundamento da reflexão sobre o tema dos crimes informáticos não só sob a ótica do direito penal, mas sim das ciências criminais em geral, e incluir um enfoque criminológico, de modo a se compreender a ampla realidade do fenômeno de modo amplo, auxiliado pela política criminal, no estudo de métodos de prevenção, e questionar a necessidade de criminalização de determinadas condutas. Esse estudo deve ser feito levando-se em conta a realidade brasileira inserida no contexto global da sociedade da informação, procurando-se minimizar os riscos de condutas danosas ao meio social, mas sem abrir mão de princípios, garantias e liberdades individuais, o que constitui nosso maior desafio hoje.

Bibliografia

BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BUSCH, Cristina. *Computer-based crimes against intellectual property*. 2003. Trabalho apresentado no AIDP Colloquium on Cybercrime, Atenas, Grécia, abril de 2003.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on cybercrime*. Disponível em: <www.conventions.coe.int/treaty/em>.

FAGGIOLI, Gabriele. *Computer crimes*. Napoli: Esselibri, 1998.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Presença, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes informáticos: primeiros delitos e aspectos criminológicos e político-criminais. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>.

_____. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997. p. 176.

GOMEZ, Pedro J. Montano. Delitos informáticos y los tipos que exigen la cosa ajena mueble. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça criminal moderna*. São Paulo: RT, 2000. p. 334-348.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GOUVEA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUEIROS JR., Nehemias. *Cyberlaw: novas regras terão que ser globais*. *Revista Justitex*, ano 2, n. 18, p. 26, jun. 2003.

ICOVER, David; SEGER, Karl; VONSTORCH, William. *Computer crime: a crime fighter's handbook*. Sebastopol, CA: O'Reilly & Associates, 1995.

KASPERSEN, Henrik W. K. *Gathering electronic evidence*. 2003. Trabalho apresentado ao AIDP Colloquium on Cybercrime, Atenas, Grécia, abril de 2003.

_____. *The evolution of cybercrime: where does it end?* Trabalho apresentado ao 13th World Congress on Criminology, Rio de Janeiro, agosto de 2003.

LERMA, Esther Morón. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

MARTÍN, Ricardo M. Mata y. *Delincuencia informática y derecho penal*. Madrid: Edisofer S.L., 2001.

NOVECK, Beth Simone. *Self-regulation, user protection and media competence*. Trabalho apresentado no European Forum on Harmful and Illegal Cyber-content. Strasbourg, Council of Europe, 28.11.2001.

- PARKER, Donn B. *Fighting computer crime*. New York: Wiley Computer, 1998.
- PEASE, Ken. Crime prevention. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Org.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1997. p. 963-995.
- PIRAGOFF, Donald K. Computer crimes and other crimes against information technology in Canada. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, vol. 64, p. 201-250, 1993.
- _____. *International cooperation in combating cyber-crime and cyber-terrorism*. Trabalho apresentado ao AIDP Colloquium on Cybercrime, Atenas, Grécia, abril de 2003.
- RAHAL, Flavia; GARCIA, Roberto Soares. Crimes e Internet: breves notas aos crimes praticados por meio da rede mundial e outras considerações. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, vol. 9, n. 110, p. 8-9, jan. 2002.
- ROQUE, Sergio Marcos. Crimes de informática e investigação policial. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça criminal moderna*. São Paulo: RT, 2000. p. 309-333.
- SIEBER, Ulrich. Computer crimes and other crimes against information technology. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, vol. 64, p. 67-77, 1993.
- VIANO, Emilio C.. Computer crimes and criminal law: international approaches and dilemmas. Trabalho apresentado ao AIDP Colloquium on Cybercrime, Atenas, Grécia, abril de 2003.
- SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: RT, 2003.
- THE ECONOMIST. "E-mail spam: filter it out". p. 61, 19.10.2002.

A dimensão (des)humana do direito penal

Paulo Queiroz

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal na Universidade Católica do Salvador. Procurador Regional da República.

Sumário: 1. Introdução – 2. Limites estruturais da intervenção penal – 3. Três casos paradigmáticos: 3.1 Caso 1; 3.2 Caso 2; 3.3 Caso 3; 3.4 Caso 4 – 4. Para além da “filosofia do castigo”: em busca de uma nova resposta penal – 5. O que se poderia, então, sugerir em tal caso? – 6. Conclusão.

Resumo: O presente texto critica, a partir de uma análise extra-sistemática, e com base na moderna concepção do princípio da proporcionalidade, a adequação da “solução legal” dos conflitos pelo direito penal atual, e propõe alternativas intra-sistemáticas, com vistas a um modelo de justiça penal garantista e restaurativa, exemplificando com casos concretos de crimes violentos.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade; justiça restaurativa; interpretação do direito; crimes violentos; solução de conflitos.

1. Introdução

O que a tradição nos legou com o nome de direito penal ou direito criminal é, como sabemos, uma criação humana destinada a reger e motivar a vontade humana, com o fim de ou a pretexto de lhe emprestar justa e necessária proteção (conforme o princípio da proporcionalidade, compreensivo da necessidade e

adequação desta intervenção¹); o homem é, portanto, ou deveria ser, o alfa e o ômega, e, pois, o começo e fim do ordenamento jurídico. Se assim é, a resposta penal em cada caso concreto deve ou deveria ser a menos inumana entre as soluções possíveis, mesmo porque, embora se pretenda atender também a fins de prevenção geral, fato é que semelhante intervenção se realiza, sempre, em casos particulares, individualmente, com fins de prevenção especial.

Mas não só. Malgrado as condutas humanas chamadas “criminosas” possam ser formalmente as mesmas (homicídio, roubo, estupro etc.), concretamente constituem, porém, situação contextualmente e humanamente irrepetível.

Com efeito, ainda quando a “infração penal” seja idêntica, as múltiplas variáveis que sempre a envolvem, tais como as motivações, os antecedentes, as circunstâncias e conseqüências do crime, o papel desempenhado por seus principais protagonistas, o autor, a vítima e suas reações etc. tornam-na uma experiência humana singularíssima e única, a justificar, apesar da “identidade do crime”, respostas muito distintas, porque, *v.g.*, nem todos os estupros, nem todos os homicídios, nem todos os roubos demandam, necessariamente, a aplicação de pena ou a indicação da mesma resposta jurídico-penal. Além disso, grande parte dos comportamentos criminalizados sequer possui “dignidade penal”, a justificar a sua descriminalização pura e simples. De certo modo, portanto, a função do juiz é fazer o impossível: ajustar a generalidade e abstração dos termos da lei à singularidade de casos que são sempre novos (Alicia Ruiz).

Releva notar, ainda, que o crime, que não tem consistência material ou ontológica (“o crime não existe”), faz parte da construção social da realidade, de modo que uma mesma conduta formalmente criminalizada pode, a depender das reações sociais que desperta, motivar os mais diversos comportamentos: desde a vingança e busca da intervenção penal, passando pela reparação civil, chegando à absoluta indiferença e mesmo a atos de compaixão e perdão. Daí dizer Vera Andrade que a lei

1. Paulo Queiroz. *Direito penal* – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

configura apenas um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam de ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter definitivo da criminalidade, pois entre a seleção abstrata e provisória da lei e a seleção definitiva operada pelos agentes de criminalização secundária (polícia, Ministério Público, Judiciário) medeia um complexo e dinâmico processo de refração.²

Pois bem, se as condutas humanas submetidas a julgamento são assim tão variáveis, como julgá-las humanamente, e não só sistematicamente, atendendo às singularidades de cada caso particular, se a lei é um “artifício”, uma “ficção”, geral, abstrata, dirigida a todos indistintamente e, mais, partindo de conceitos rígidos, como o conceito de “crime”, de “pena” etc.? Dito de outro modo: como evitar que, a pretexto de julgar homens, julguemos fantasmas ou estereótipos?

Na verdade, e paradoxalmente, a lei e o sistema, para ser igual, há de ser desigualmente aplicada *in concreto*, na medida em que, para ser verdadeiramente igual, tenha de atender à inevitável desigualdade dos casos, de sorte que, para tanto, é necessário flexibilizar, crescentemente, os modos de atuação do sistema penal como um todo – em especial, o direito e processo penal – confiando-se ao juiz e ao Ministério Público maior liberdade de decisão das “lides” penais, permitindo-lhes, dentro de um rol prefixado de possibilidades, optar por aquela menos injusta e menos inadequada para o caso concreto. Porque, se é missão da justiça criminal “solucionar conflitos”, nada mais razoável do que se lhes oportunizar maior liberdade no desempenho desta função. No caso brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente poderia ser uma fonte inspiradora importante (Lei 8.069/1990).

Daí ser preocupante a recepção de teorias que privilegiam a preservação do “sistema”, seja ele qual for, em prejuízo do “subsistema” (o homem), pelo seu caráter tecnocrata, acrítico e tendencialmente desumano. Assim, por exemplo, a

2. “A ilusão de segurança jurídica”. *Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 260.

formulação de Jakobs, que concebe a pena como simples afirmação contrafática da validade da norma, em nome da estabilização do sistema social.³

Porque o sistema não constitui um estado final de elaboração dogmática, mas um momento desta, não um fim em si mesmo, mas um meio, flexível, provisório, aberto ao problema, que não se justifica por si mesmo, nem por sua coerência ou rigor lógico, mas por seus resultados e funções,⁴ de sorte que determinante há de ser sempre a questão de fato.

2. Limites estruturais da intervenção penal

Com pretender tal redefinição da resposta penal e com vistas a implementar um modelo de justiça restaurativa,⁵ se quer responder, nos limites (estruturais) da intervenção jurídico-penal e intra-sistematicamente, à crítica, procedente, de que todo o sistema penal gira em torno da idéia de culpabilidade individual (pessoal), desprezando por completo o ambiente ou o sistema social em que se insere, uma vez que se culpam os indivíduos e se ignoram os sistemas, as estruturas sociais. Como assinala Christie, no sistema atual o fato decisivo é o delito, não os desejos da vítima, não as características individuais do culpado, não as circunstâncias particulares da sociedade local, razão pela qual, ao excluir todos esses fatores, o sistema acaba por inviabilizar múltiplas opções que deveriam ser tomadas em conta.⁶ Enfim, e como dizia Baratta, a pessoa é considerada pelo direito penal como uma variável independente, e não como uma variável dependente das situações.⁷

Quer-se responder, ademais, à objeção, muito próxima da anterior, no sentido de que a intervenção penal reifica (coisifica) o conflito e neutraliza a víti-

3. Com detalhe: Paulo Queiroz. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

4. García-Pablos. *Derecho penal*. Madrid, 1995. p. 413.

5. Sobre o tema, ver: <www.restorativejustice.org>.

6. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 60-61.

7. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, 1993.

ma. É que, de fato, a intervenção estereotipada do sistema penal tanto age sobre a vítima como sobre o delinqüente. Como observa Hulsman, no sistema penal todos acabam sendo tratados da mesma maneira; supõe-se que todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades, pois não se leva em conta as pessoas em sua singularidade e, operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que pretende proteger.⁸ Daí se dizer que a vítima é um perdedor duplamente: em primeiro lugar, perante o criminoso e, em segundo lugar, perante o Estado, que lhe rouba o conflito, um todo que lhe é levado a cabo por profissionais.⁹

Conclusivamente, se a intervenção penal implica, como regra, mera tecnificação dos conflitos, subtraindo-lhe toda a carga de dramaticidade e humanidade, além de importar em despolitização e descontextualização, é preciso buscar, na medida do possível, re-politizá-lo, re-contextualizá-lo e re-humanizá-lo segundo o sistema de valores e princípios (garantias) da Constituição Federal. Cumpre reaproximar, enfim, o direito do homem, pois mais que a “verdade processual”, importa a “verdade existencial”.

A seguir, far-se-á referência a quatro casos paradigmáticos da inadequação da resposta penal hoje cabível.

3. Três casos paradigmáticos

3.1 *Caso 1*

Clarice de tal, residente no Município de Ipirá, Bahia, deliberou, em razão dos maus-tratos sofridos e constantes ameaças de morte, matar seu companheiro, Luís José de tal. Para tanto, deu-lhe uma refeição, acondicionada em vasilha plástica, composta de farinha e carne, sendo que, ao prepará-la, adicionou-lhe uma colher de chá do veneno conhecido por “chumbinho”. Posterior-

8. *Penas perdidas*. Niterói: Luam, 1993. p. 83-84.

9. Christie. Op. cit., p. 126.

mente, Luís José encontrou os seus filhos X, 7 anos, e Y, 12 anos, aos quais entregou a marmita, a fim de que a levassem para casa, em razão de não haver serviço naquele dia. Ocorreu que os menores, antes de chegarem à residência, comeram a refeição e, em consequência, agonizaram até a morte. Presa numa delegacia local, onde tentou suicídio, Clarice foi denunciada pelo Ministério Público Estadual pelo crime do art. 121, § 2.º, III, c/c os arts. 61, II, f, e 73, todos do CP, vale dizer homicídio doloso qualificado (crime hediondo), punido com reclusão de 12 a 30 anos.

É que o Código Penal brasileiro, de 1940, consagrou, no particular, a teoria da equivalência,¹⁰ hoje minoritária, segundo a qual é irrelevante que o dolo se concretize em pessoa diversa da pretendida, uma vez que, sendo tipicamente equivalentes os resultados (matar o companheiro ou matar os filhos), o autor deve responder por crime único, crime consumado. Dito mais claramente: quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela (CP, art. 73), motivo pelo qual não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão a da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (art. 20, § 3.º).

De acordo com o Código Penal, portanto, que se utiliza claramente de uma ficção, Clarice responderá por crime de homicídio consumado contra Luís José (qualificado e hediondo, em razão do emprego de veneno) dolosamente, ainda que, de fato, tivesse matado seus próprios filhos culposamente.

10. Essa teoria considera que o dolo só deve abranger o resultado típico quanto aos elementos determinantes de sua espécie: A quis matar uma pessoa (B) e realmente matou uma pessoa (C), de sorte que o desvio do curso causal não tem influência no dolo, devido à equivalência típica dos objetos, havendo, assim, homicídio consumado. Já para a teoria da concreção (ou concretização), o dolo pressupõe sua concretização num determinado objeto, motivo pelo qual, se o agente atinge pessoa diversa da pretendida, não age com dolo quanto à pessoa realmente atingida. Logo, se pretendia matar B, vem a atingir C, responde, segundo esta teoria, por homicídio tentado contra B e homicídio culposo contra C, cf.: Roxin. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 492.

3.2 Caso 2

Marivaldo de tal, brasileiro, solteiro, servente de pedreiro, foi preso, processado e condenado a 11 anos e 3 meses de reclusão pela prática do crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214, c/c o art. 224, *a*, e 226, II, do CP, c/c a Lei 8.072/1990), visto ter abusado sexualmente do próprio filho, com quem tentou fazer sexo anal, X, de 7 anos de idade à época dos fatos, 1997. Marivaldo cumpre, desde então, pena na penitenciária Lemos Brito, em Salvador, Bahia.

3.3 Caso 3

Lourdes de tal, flagrada por sua vizinha quando fazia sexo oral com sua filha, Z, de dois anos, foi presa em “flagrante delito” por policiais; processada e submetida a julgamento, foi condenada por “crime hediondo” (atentado violento ao pudor) a cumprir pena de 7 anos e 6 meses de reclusão. Prestes a sair por meio de livramento condicional, foi novamente flagrada, no interior do próprio presídio, com droga ilícita, sendo autuada por tráfico, motivo pelo qual, reincidente, deverá ser (possivelmente) condenada a mais 3 ou 4 anos de reclusão.

3.4 Caso 4

“Eu estava imbuído da leitura do livrinho *Dos delitos e das penas*” – escreve Voltaire – “quando soube que acabavam de enforcar, numa província, uma jovem de dezoito anos, bela e bem-feita, que tinha talentos úteis e pertencia a uma família muito honesta. Ela era culpada de ter deixado que lhe fizessem um filho. A vergonha, que é no sexo uma paixão violenta, deu-lhe força suficiente para voltar à casa de seu pai e para esconder seu estado. Ela abandona o filho, que é encontrado morto no dia seguinte; a mãe é descoberta, condenada à força e executada”.¹¹

11. *Comentários políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 119-121.

Formula Voltaire a seguinte questão: “será que o fato de uma criança morrer torna absolutamente necessário matar a mãe”?

Responde, então, nos seguintes termos: “Ela não o matou; esperava que algum transeunte tivesse piedade daquela criatura inocente; podia mesmo ter a intenção de ir reencontrar o filho e fazer com que lhe dessem a assistência necessária. Esse sentimento é tão natural que se deve presumi-lo no coração de uma mãe. A lei é positiva contra a jovem da província de que estou falando; mas essa lei não será injusta, desumana e perniciosa? Injusta porque não distingue aquela que mata o filho e aquela que o abandona; desumana porque fez perecer cruelmente uma infeliz a quem não se pode reprovar senão a fraqueza e a precipitação em esconder a sua desdita; perniciosa porque arrebatava à sociedade uma cidadã que devia dar súditos ao Estado, numa província onde as pessoas se queixam de despovoamento. A caridade ainda não criou neste país estabelecimentos onde os filhos abandonados possam ser alimentados. Ali onde falta a caridade, a lei é sempre cruel. Seria bem melhor prevenir esses infortúnios, que são bastante comuns, em vez de simplesmente puni-los. A verdadeira jurisprudência consiste em impedir os delitos, e não em punir com a morte um sexo frágil, quando é evidente que o seu crime não se acompanhou de malícia e mortificou-lhe o coração. Assegurai, tanto quanto puderdes, uma ajuda a todo aquele que seja tentado a fazer o mal e tereis menos motivos para punir”.

Que fazer em tais casos?

4. Para além da “filosofia do castigo”: em busca de uma nova resposta penal

A missão do direito penal é a missão de todo o direito: possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, resolver, enfim, conflitos de interesses de modo pacífico, segundo normas e processo previamente conhecidos.

Não obstante seja esta a sua missão, de cujos demais ramos somente se distingue pelo maior rigor das sanções que adota para fazer em face dos comportamentos declarados criminosos, o direito penal, porque preso ainda, fortemente, à idéia de retribuição, responde aos conflitos de forma sensivelmente menos racional que os demais ramos. Não sem razão, tem-se afirmado que a justiça criminal “decide” conflitos, mas não os “resolve”.

Se, por exemplo, ao cônjuge traído ou insatisfeito com a vida conjugal, o direito civil lhe coloca à disposição a separação, o divórcio etc.; ao posseiro esbulhado, a reintegração na posse; ao locador, a retomada do imóvel, diante do inadimplemento contratual, o mesmo ocorrendo no direito administrativo, em que, *v.g.*, obras edificadas sem prévia licença são passíveis de embargo e demolição; veículos estacionados em lugar proibido são multados, guinchados etc., no âmbito penal, porém, esta razoabilidade, isto é, esta preocupação quanto à composição efetiva da lide – pensada no interesse dos protagonistas do drama criminal, vítima, sociedade, réu – que lhe são submetidos à apreciação, numa palavra, esta adequação da sanção à diversidade dos fatos concretamente postos, quase nunca se verifica, já que tudo tem uma resposta invariável: pena (notadamente a prisão) ou, em caráter excepcional, medida de segurança.

Pense-se nas hipóteses seguintes: aos pais que eventualmente maltratam os filhos, segregando-os num cárcere, não raro lhes compromete a própria subsistência; priva-os daqueles (e aqueles do convívio com os pais), estigmatizando-os indelevelmente; àquele que sofreu desfalque patrimonial, pouco preocupa a reparação do dano ou os interesses reais da vítima. O direito penal, enfim, longe de resolver conflitos, atuando de modo contraproducente, acaba por agravá-los e criar outros novos, pois disponibiliza uma resposta que não interessa a ninguém: vítima, sociedade e réu.

Ora, um direito penal orientado para prevenção de delitos (direito penal funcionalista, ou seja, politicamente orientado), e não para retribuir por retribuir, não pode prescindir da idéia de compor os conflitos sob sua disciplina, de modo

a superar as conseqüências do delito, sempre e quando possível fazê-lo. Em suma: é preciso sancionar utilmente.

A pergunta que se impõe é a seguinte: encarcerar alguém numa prisão, nestas condições, sem mais, será uma resposta razoável, socialmente adequada?

Certamente que não. No Caso 2, entre outras razões, pelas seguintes:

a) inicialmente, o sentenciado, desqualificado para o trabalho (servente de pedreiro), ao sair da prisão, além de se manter em tal condição, terá contra si, além disso, o estigma de haver passado pela experiência carcerária. Se, antes, obter emprego era difícil, agora mais ainda;

b) mantido na prisão, as suas perversões sexuais, muito provavelmente irão recrudesacer mais ainda;

c) os laços (residuais) entre a criança e o pai, após mais de quatro anos de desencontros, se dissiparão enormemente;

d) sem o sustento do pai, as privações da criança serão ainda maiores;

e) uma vez solto, as possibilidades de o sentenciado reincidir serão ainda maiores, ante a dessocialização decorrente da traumática e negativa experiência carcerária, em prejuízo, inclusive, dos fins de prevenção geral e especial;

f) é razoável supor que no futuro venha a constituir nova família e que atos semelhantes se repitam.

Conclusão: a intervenção penal constitui um simples castigo, nada além disso, isto é, uma só violência (a prisão) que se soma, inutilmente, a uma outra violência (a agressão sexual).

5. O que se poderia, então, sugerir em tal caso?

Em verdade, esta situação está a exigir uma resposta bem diversa, algo que seja realmente adequado (ou não inadequado) para o caso e que possa servir como “solução do conflito”. Semelhante resposta, evidentemente, não a pode oferecer o sistema penal, em face de sua excessiva rigidez, mesmo porque tal fato é rotula-

do legalmente como “crime hediondo” (Lei 8.072/1990); sujeito, pois, a uma série de restrições. Encontramo-la, porém, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), fortemente influenciado pelo princípio da proporcionalidade, compreensivo da necessidade e adequação da intervenção.

De fato, considerando que a criança sexualmente agredida foi abandonada pela mãe com tenra idade e que, apesar do abuso que sofreu, manifesta afeto pelo pai e este por ela, e que este é alcoólatra (afirma, inclusive, que somente praticou o fato porque estava embriagado), mais razoável seria o seguinte, conforme previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (em especial, arts. 101, 112, 129 e 130):

a) colocação do menor em família substituta, inicialmente em caráter provisório, permitindo, porém, ao pai, visitá-lo regularmente;

b) submeter ambos, pai e filho, a tratamento psicológico regular (o pai, inclusive, a tratamento psiquiátrico, se necessário);

c) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família e à criança;

d) inclusão (do pai) em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras;

e) orientação, apoio e acompanhamento temporários de ambos;

f) matrícula e frequência (do menor) em estabelecimento oficial de ensino fundamental; g) etc.

A solução adequada para o caso, portanto, nada tem a ver com pena ou com medida de segurança (esta última, inclusive, legalmente inadmissível no caso, visto que o sentenciado foi considerado penalmente responsável), pois constituem providências que devem ter em conta necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (ECA, art. 100).

Para além disso, o Estado deve criar as condições sociais para que as pessoas não sofram tais abusos ou, ao menos, tenham à disposição serviços públicos e agentes capazes de prestar a necessária proteção e auxílio psicológico, psiquiá-

trico, jurídico etc. Numa palavra: urge trabalhar com o máximo de direitos sociais/medidas assistenciais e de tratamento e como o mínimo de direito penal.

Resposta semelhante poder-se-ia pensar quanto ao Caso 3.

Note-se, desde já, que Lourdes é portadora de evidente déficit de socialização, conforme se conclui da leitura do seu exame criminológico, que a diagnosticou como: “personalidade primitiva, com nível mental baixo e conseqüente imaturidade intelectual e afetiva, que motivam os comportamentos regressivos que emite e que demonstram a dificuldade de adaptação ao meio social. Evidência baixo nível de tolerância às frustrações, às quais reage com atitudes oposicionistas e agressivas, manifestadas através de descargas emocionais intensas, que refletem a dificuldade de controle sobre os impulsos. Em conseqüência, o processo de Inter-relação social torna-se difícil, sobretudo quando adota atitudes de supervalorização de si mesmo como uma forma de compensar o sentimento de inferioridade que procura dissimular”.

E se Lourdes é uma pessoa com reconhecido déficit de socialização, pouco se lhe deveria exigir socialmente, afinal deve-se exigir mais de quem pode mais e se exigir menos de quem pode menos, proporcionalmente. No entanto, na prática se dá, e se deu, justamente, o contrário: exigimos e condenamos maximamente, quando mais do que castigo, Lourdes carecia de ajuda, de compreensão, do perdão e, claro, de tratamento, mas não precisaria, por certo, de crime nem de pena.

Não bastasse isso, o castigo imposto a Lourdes se revelou politicamente desastroso, pois, ao invés de “ressocializá-la” e prevenir novos “crimes”, a intervenção penal a dessocializou mais ainda, agudizando seu déficit de socialização, e, pior, a profissionalizou na criminalidade e a afastou, definitivamente, da sua filha, e sua filha dela, cortando-lhes os laços afetivos e maternos (residuais).

A propósito, tivesse essa história se passado numa família de classe média ou alta, outro seria o desfecho: certamente, a família submeteria Lourdes a tratamento psicológico/psiquiátrico, a sessões de análise ou semelhante, e, no máximo, lhe tiraria, provisória ou definitivamente, a guarda da criança. Assim, não

haveria polícia, nem crime, nem pena, nem prisão, tudo não passaria de um “problema de família” e resolvido em família. Definitivamente, o direito penal é coisa de pobres, de miseráveis.

Quanto aos Casos 1 e 4, ante a sua significação trágica, a resposta principal seria, não o castigo, qualquer que fosse, mas a concessão do perdão judicial; hipótese juridicamente impossível no caso brasileiro, que só o admite se o crime for culposos.

Naturalmente que as situações aqui utilizadas são um só exemplo das múltiplas possibilidades de redefinição dos modos de atuação do direito e processo penal, com vistas à implementação de um direito penal funcional, já que diversas outras medidas podem e devem ser adotadas. Assim, por exemplo, a ação penal nos crimes contra o patrimônio, à semelhança dos crimes contra a liberdade sexual, deveria ser, como regra, de iniciativa privada (furto, dano, estelionato etc.) e só excepcionalmente de ação pública condicionada (roubo simples, por exemplo) ou incondicionada (*e.g.*, roubo com violência grave ou morte).

A pena, o castigo, só deverá ter lugar quando for absolutamente insubstituível e sobre isso decidirá o juiz, que há de ser, de certo modo, o legislador no caso concreto, mesmo porque a interpretação do direito penal há de partir, necessariamente, das funções político-criminais assinaladas à pena. Com efeito, já há algum tempo expressões como “o juiz é a boca da lei” ou o “juiz é um escravo da lei” perderam todo o sentido, pois interpretar é, em verdade, argumentar, corretamente, num sistema aberto (Arthur Kaufmann) e, se múltiplas são as possibilidades de argumentar, múltiplas também hão de ser as possibilidades de interpretar corretamente. Daí dizer Lenio Streck, com toda razão, que rigorosamente não existem julgamentos de acordo com a lei ou em desacordo com ela, porque o texto normativo não contém imediatamente a norma (Müller), a qual é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito, de sorte que, quando o juiz profere um julgamento considerado contrário à lei, na realidade está proferindo um julgamento contra o que a doutrina e a jurisprudência estabe-

lecem como arbitrário. Conclui, então, Lenio, que “é necessário ter em conta que o direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, é também comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) *na e pela linguagem*. É o que a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significado a fatos e palavras”.¹² A interpretação, portanto, é um complexo ato de criação e não um simples ato de contemplação da vontade da lei ou do legislador, como se imaginou no passado.

Por conseguinte, o juiz que supõe tomar seus critérios de decisão unicamente da lei é vítima de um fatal engano, pois (inconscientemente) permanece dependente dele mesmo, quando, em realidade, só o juiz que tenha plena consciência de que sua pessoa se co-implica no processo interpretativo pode ser verdadeiramente independente.¹³ E se isso é válido para a interpretação em geral e para as situações “normais”, tal vale, com maior força de razões, para a interpretação no âmbito do direito penal, em que, à superprodução de leis penais sem o menor critério, editadas, não raro, para criar uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica (leis puramente simbólicas e grandemente demagógicas), se soma uma linguagem frequentemente confusa e imprecisa, tipos de conteúdo vago, já não bastasse o fato de a interpretação e a aplicação das normas competir a órgãos que atuam independentemente, sem nenhuma coordenação entre si e com grande margem de discricionariedade: Polícia, Órgãos da Execução Penal, Ministério Público, Judiciário etc. Aqui, mais do que em qualquer outro campo do direito, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas ocorrem de forma arbitrariamente seletiva e criadora de crimes e criminosos.

12. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 210-211.

13. Arthur Kaufmann. “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, 1992. p. 130.

6. Conclusão

Em todos os casos aqui citados, a intervenção penal revela-se claramente inadequada, porque constitutiva de simples castigo, que nada resolve; antes, agudiza um processo de exclusão e marginalização social, pois trabalha com falsas imagens da realidade e acaba por coisificar o conflito; desumanizando-o, enfim, em nome de um sistema que, embora abstratamente possa parecer coerente e justo; concretamente se autodeslegitima, por encerrar uma resposta maquinal a um problema demasiadamente humano, e para o qual merece, simplesmente porque não se destina a máquinas, mas a homens; e o homem, e não o sistema ou a lei, há de ser sempre a medida de todas as coisas (Protágoras)!

O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade*

Sergio Moccia

Professor de Direito Penal na Faculdade de
Jurisprudência da Universidade de Nápoles (Itália).

Sumário: 1. Considerações introdutórias – 2. A legalidade do direito penal substancial: 2.1 O problema da parte geral no Estatuto; 2.2 Um exemplar *vulnus* ao princípio da legalidade: a tipicidade dos crimes sobre os quais a Corte exercita a jurisdição – 3. O art. 25 do Estatuto: uma norma para vários institutos – 4. A legalidade processual e a autonomia do juiz.

Resumo: O texto trata do Estatuto do Tribunal Penal Internacional sob o ângulo do princípio da legalidade, especialmente nas vertentes da taxatividade e determinação. São destacadas as dificuldades próprias à sua observância no âmbito do direito penal internacional, dados os compromissos políticos envolvidos na elaboração de tratados internacionais. Em diversas oportunidades, o mandato de taxatividade-determinação não foi atendido na redação do Estatuto como, por exemplo, na delimitação das hipóteses de autoria e participação e na descrição dos crimes contra a humanidade e de guerra. O desatendimento ao princípio da legalidade conduz a uma ampliação insustentável da discricionariedade judicial e a uma maculação dos princípios básicos do processo penal, colocando o Estatuto em confronto com os cânones do Estado de Direito.

* Texto da palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, out. 2003. Tradução de Heloisa Estellita (Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Coordenadora-Chefe de Internet do IBCCRIM).

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; direito penal internacional; princípio da legalidade; princípio da taxatividade-determinação; princípio da legalidade e processo penal.

1. Considerações introdutórias

Discutir a legalidade no âmbito do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (adiante, TPI) implica não só o reconhecimento das dificuldades de uniformizar sistemas diversos, mas também no reconhecimento de problemas de sua versão em várias línguas de modo a tornar efetivamente homogênea a compreensão das disposições penais ali contidas.

Basta pensar, por exemplo, no princípio *nullum crimen sine lege*, disciplinado no art. 22 do Estatuto do TPI. Na realidade, um critério hermenêutico essencial, relativamente ao disposto no § 2¹ da supracitada norma, é fornecido pelo dado segundo o qual, entre os países aderentes, há alguns que não prevêm no seu direito interno a proibição de analogia ou a prevêm em medida um tanto diversa da dos Estados que se inspiram na estrita legalidade; em outros, não é sequer prevista a interpretação mais favorável ao acusado.

No § 1 do art. 12, está previsto o princípio da irretroatividade, mas não o da reserva de lei; além disso, a própria referência aos crimes “sobre os quais o Tribunal tem jurisdição” suscita perplexidades. Seria certamente mais correto referir-se ao *ato* que pode criar ou modificar os crimes previstos no Estatuto, ao

1. O art. 22 do Estatuto prescreve: “1. Uma pessoa não será penalmente responsável nos termos do presente Estatuto se a conduta em questão não constituía, no momento em que se verificou, um crime sobre o qual a Corte tem jurisdição.

2. A definição dos crimes é interpretada taxativamente e não pode ser estendida por analogia. Em caso de dúvida, deve ser interpretada a favor da pessoa que é objeto de uma investigação, de uma ação penal ou de uma condenação.

3. O presente artigo não impede que um comportamento seja qualificado como crime segundo o direito internacional, independentemente do quanto disposto no presente Estatuto”.

invés de aos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição, representando, esta última, uma locução claramente processual. O Tribunal, de fato, como veremos, tem uma grande discricionariedade na definição das condutas, sendo que uma referência marcadamente substancial talvez tivesse conseguido exprimir melhor a idéia de que as disposições penais do Estatuto representam (ou, ao menos, deveriam representar) as exigências da comunidade internacional, devendo, necessariamente, referir-se a atos desta natureza.

Um agravamento das dificuldades ligadas a uma correta acepção do princípio da legalidade deriva, ainda, da norma inserida no art. 21, que cataloga o direito aplicável. Menciona-se, naturalmente, em primeiro lugar, a aplicabilidade das normas do Estatuto, dos elementos dos crimes e das normas de processo e prova nele contidas (§ 1, letra *a*), mas também, em segundo lugar, faz-se referência à aplicabilidade, “quando apropriada”, dos “tratados aplicáveis” e dos princípios e normas de direito internacional, incluindo os princípios consolidados pelo direito internacional dos conflitos armados (§ 1, letra *b*). Na ausência destes referenciais, e, talvez, com o fim de buscar o consenso entre os Estados, deixou-se espaço para a aplicação do direito interno (§ 1, letra *c*), para a aplicação do direito dos precedentes (§ 2) e, enfim – admirável propósito –, para exaltar o papel dos direitos humanos (§ 3).

Segundo respeitável doutrina, diante dos poucos princípios de direito penal presentes no Estatuto foi acolhida a “referência aos princípios de direito nacional, cujo desenvolvimento representa um desafio para a comparação no âmbito penalístico”.²

2. Nesse sentido, Eser, “Verso una Corte penale internazionale: nascita e fondamenti dello Statuto di Roma”, *Ind. pen.*, 2002, p. 279 et seq., especialmente p. 299 (Trad. it. a cura di Fronza-Picotti) que sublinha, ainda, como a referência seja somente ao direito penal do autor, mas não também da vítima. “A este propósito, é evidente mais uma vez, que é necessário um melhoramento da posição da vítima, também em outros pontos do Estatuto, não tendo sido ainda desenvolvida em nível internacional.”

Na verdade, no âmbito penalístico internacional, é difícil encontrar um ponto de equilíbrio, e não só na comparação. Basta pensar que em Roma não se chegou a um acordo para definir os crimes de agressão, com todos os delegados presentes, foi necessário remeter o exercício da competência do Tribunal até a adoção de uma disposição, na dicção dos arts. 121 e 123, que defina o crime de agressão e estabeleça ulteriores condições para o exercício da jurisdição em tais casos (art. 5, § 2). “Se” e “quando” se possa esperar tal definição ou “se” e “quando” se conseguirá realizá-la, não se pode hoje prever.³

Do mesmo modo, foi sublinhado que o momento de crise da legalidade, em parte justificado pelas sempre maiores dificuldades oriundas da complexidade dos fenômenos criminosos, freqüentemente de difícil delimitação em disposições incriminadoras taxativas, ou por questões de política criminal ainda insolúveis que fazem o conteúdo das normas jurídicas carecer de uma *ratio* unívoca; freqüentemente, a vagueza da disposição é devida a uma opção lúcida do próprio legislador, que remete ao intérprete no caso concreto, ou seja, ao juiz, a individuação do exato significado da própria disposição.

Também por este motivo, poderá ser de difícil aplicabilidade a norma do art. 21, § 2, do Estatuto, ali onde prevê a possibilidade, para o Tribunal, se bem que em via subordinada, de “aplicar os princípios e normas de direito como interpretados nas suas decisões precedentes”. De um lado, tal norma poderia ser entendida no sentido do reconhecimento da jurisprudência como “fonte subsidiária” e poderia colocar em evidência o papel criativo ao qual é chamado o magistrado, o qual está incumbido não só de extrapolar o significado da disposição a aplicar, mas, em realidade, de criar a norma do caso concreto.⁴

Na verdade, do ponto de vista da legalidade penal, a única conquista do Estatuto do Tribunal – enquanto aprovado na via convencional e, portanto, sujei-

3. Sobre o assunto Eser, “Verso una Corte penale internazionale...”, cit., p. 290.

4. Sobre o assunto cf.: Caianiello-Fronza. “Il principio di legalità nello statuto della Corte penale internazionale”. *Ind. pen.*, 2002, p. 307 et seq., specialmente p. 318.

to aos procedimentos parlamentares de ratificação no direito interno e destinado a ser aplicado somente para o futuro – é aquela de não mais estar sujeito àquela censura ligada aos aspectos de irretroatividade, que representaram a principal fonte de reservas desde Nuremberg até os Tribunais *ad hoc*.⁵

Em outros termos, a existência de um problema de respeito ao princípio da legalidade com referência às obrigações internacionais é já um dado comprovado. Respeitável doutrina, porém, oportunamente coloca em destaque o dado segundo o qual os requisitos do princípio de legalidade criam um obstáculo à validade e à aplicação do direito penal internacional. À incerteza quanto ao direito aplicável, soma-se somente a incerteza relativa ao conteúdo do direito penal internacional. Neste último há, conseqüentemente, uma dificuldade de fundo relativamente à presunção ou suposição de que as prescrições de direito penal internacional sejam conhecidas, ou de que poderiam ser conhecidas por uma pessoa de comum bom senso e de conhecimento médio, em qualquer país do mundo. Se se supera este obstáculo de saída, deve ser enfrentado, a seguir, aquele relativo à taxatividade das prescrições normativas.⁶

5. Sobre o assunto cf.: Manacorda. *Il metodo comparato e la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*, cit., p. 779 et seq., especialmente p. 795 et seq. O autor evidencia, entre outras coisas, como as reservas sobre a legalidade nascem já da análise concreta da *praxis* jurisprudencial dos Estatutos do ICTY e do ICTR. Fala-se de uma técnica redacional inconsequente: "Dentro de certos limites são delimitadas as noções de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra, tomando-as essencialmente das convenções preexistentes e da jurisprudência dos Tribunais Penais Militares. Todavia dos concretos atos que irão integrar as *fattispecie* (exemplo, no crime de genocídio: homicídio, lesão grave à integridade física; medidas dirigidas a impedir o nascimento de membros do grupo; transferência forçada de menores de um grupo a outro etc.) é determinado somente o *nomen juris*, enquanto não resultam de fato determinados os elementos constitutivos da *fattispecie*. Trata-se de uma técnica de redação que ultrapassa até mesmo o esquema da norma penal em branco: não só carece o Estatuto da individuação do *actus reus*, como não estão sequer determinadas as sanções correlatas ao cometimento de tais crimes. E, de fato, limita-se a prever que somente poderão ser aplicadas penas detentivas, para cujas condições a Câmara de primeira instância atém-se aos limites gerais das penas detentivas aplicadas nos tribunais da ex-Iugoslávia" (art. 24 do Estatuto ICTY) e de Ruanda (art. 23 do Estatuto ICTR) (p. 796-797).

6. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*. Un quadro teorico. Milano, 1999. p. 63. Que a experiência do Estatuto do TPI seja mais atenta aos cânones propriamente penais, relativamente às experiências precedentes das Cortes *ad hoc* é sublinhado por: Manacorda. *Il metodo comparato e la giurisprudenza...*, cit., p. 799.

2. A legalidade do direito penal substancial

Ao enfrentar o problema da legalidade com referência ao direito penal substancial no Estatuto do Tribunal, duas normas contidas no Capítulo III ("Princípios gerais do direito penal") são fundamentais: arts. 22 a 33, e em particular os arts. 22 a 25. O princípio de legalidade das penas, em verdade, padece, como veremos, da escassez de referências: o art. 77 prevê, de fato, "somente" a reclusão por um período de tempo determinado não superior ao máximo de trinta anos (...) e a prisão perpétua. Nada mais.

Na verdade, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional parece representar um híbrido entre exigências de *Realpolitik* e afirmação dos princípios de justiça. De um lado, quer oferecer as garantias do direito penal substancial, expressões de uma concepção de tipo iluminista liberal; de outro, não pode fundar-se exclusivamente sobre elas, mas deve ter em conta as particularidades das instâncias políticas que caracterizam as relações entre os Estados.

Se isto é verdade, pode-se dizer, então, que o direito penal internacional representa algo diverso do direito penal, já que a problemática inerente à dinâmica das relações internacionais faz com que os institutos de direito penal cedam às exigências contingenciais. Disso resulta uma heterogeneidade das fontes que impede, em verdade, o respeito aos componentes da legalidade, como a reserva de lei, a determinação e a taxatividade dos tipos penais, a irretroatividade e a proibição de analogia.

De outro lado, toda vez em que uma dada categoria de crimes contém uma dimensão política ou ideológica mais evidente, menor é o número de normas penais que figuram nos instrumentos aplicáveis, e aquelas existentes são, no mais das vezes, implícitas ou vagas. É o caso da "agressão", por exemplo: quanto menor a dimensão política ou ideológica que caracteriza uma dada categoria de crimes, maior é o número de disposições penais que podem ser encontradas, e é provável que sejam formuladas de modo explícito e com especificidade. Este é, por exemplo, o

caso do tráfico internacional de entorpecentes.⁷ À luz destas considerações, é inegável que as *fattispecie* das quais se ocupa o Tribunal têm, muito freqüentemente, as características do primeiro grupo.

Na verdade, a determinação/taxatividade, no interior do princípio da legalidade, contribui ao alcance de uma dúplici ordem de escopos estreitamente ligados entre si: certeza das normas e limitação do arbítrio judicial, como já foi claramente indicado por Gaetano Filangieri.⁸ E isto implica, de um lado, o dever da formulação clara e precisa das *fattispecie*, realizadas no ato da produção da norma; de outro, o empenho em estabelecer condições para que sejam eliminadas excessivas oscilações interpretativas por parte do juiz, com a consequência de regular de maneira mais rígida sua atividade hermenêutica, até o ponto da proibição de analogia. Ao invés disso, na falta do cumprimento dos requisitos da determinação, a previsão de tal proibição se reduz a uma fórmula vazia. E parece ser este o caso do art. 22, § 2, do Estatuto.

A determinação/taxatividade representa, então, um aspecto de não pouca importância na relação entre autoridade e indivíduo; quando ela se atenua, o ordenamento testemunha um escasso respeito pela liberdade individual, já que não se dá ao indivíduo condições de orientar-se com plena consciência na escolha de uma conduta. De fato, a determinação/taxatividade responde a uma exigência de precisão e, portanto, de certeza na previsão do preceito – mas também da sanção penal – tendo em consideração os bens que estão em jogo nas relações de direito penal. Coloque-se, além disso, em justa evidência um dado fundamental, que, todavia, nem sempre foi devidamente evidenciado: qual seja, o de que o princípio de determinação/taxatividade deve informar todos os setores do sistema penal, sendo dotado de relevância também em termos processuais; muito embora ele assuma formas diferenciadas segundo se trate de descrever fatos, fi-

7. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., p. 89.

8. Filangieri. *Scienza della legislazione* (1784), III, XIX, X, cit., p. 176.

guras da parte geral ou sanções. Em todo caso, a sua funcionalidade relativamente à defesa da liberdade exige que seja atendido para além do setor das normas incriminadoras, às quais, freqüentemente, vem exclusivamente limitado; ele dá vida a um dado fundamental de referência, com base no qual todas as partes do sistema são avaliadas.⁹

Indubitavelmente, não se podem desconhecer as não simples dificuldades de ordem, *lato sensu*, políticas que caracterizam as relações entre Estados em uma matéria tão delicada como a tratada no Estatuto da Corte, e que se traduzem nas variedades e na complexidade das fontes de direito penal internacional. Emblemático, a propósito, é o exame dos 274 instrumentos internacionais e da linguagem neles empregada na definição das figuras de crime, assim como de outros elementos de relevo do ponto de vista da normativa penal, nos quais restam desatendidas exigências de precisão em uma medida notavelmente maior do que aquela que se verifica em muitos Códigos Penais Nacionais. Esta diferença pode ser devida à perspectiva de que, dado que o direito penal internacional deverá ser transposto para o ordenamento nacional, através das leis nacionais que lhe darão execução, as normas de direito penal internacional devem ser somente declarativas e podem tolerar um certo grau de indeterminação; o que poderia, por outro lado, entrar em confronto com o requisito de especificidade dos princípios de legalidade, reconhecidos na maior parte dos sistemas jurídicos. Mas o fato de que os Estados devam recepcionar as prescrições de direito penal internacional no próprio direito penal interno não justifica a ausência de rigor que se verifica nos textos de direito penal internacional.¹⁰

9. Permita-se a remissão ao nosso *La promessa 'non mantenuta'*. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli, 2001. passim. Sobre o tema, para uma perspectiva mais ampla: Beling. "Il significato del principio 'nulla poena sine lege poenali' nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale". *Giust. pen.*, 1931, p. 319 et seq.

10. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 56.

Em outras palavras, o ensinamento de Montesquieu da divisão de poderes, que dá fundamento ao princípio de legalidade-determinação, essencial ao Estado de Direito¹¹ e, portanto, à democracia, longe de poder ser sacrificado para satisfazer verdadeiras ou presumidas necessidades supranacionais, é essencial, especialmente se se considera sua acentuada funcionalidade com respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Pense-se que a pena é uma das intervenções que mais incide sobre a liberdade e personalidade individuais, portanto a legitimação para decidir acerca das condições de sua aplicação pode residir tão-somente em instituições que representam a vontade popular, como os Parlamentos e Assembléias internacionais, que devem dar cabo de tal função através das leis. Em particular, ao juiz está reservada somente a tarefa de aplicação da lei, e sob o perfil funcional este princípio tende a reduzir o espaço de manobra do juiz a favor do legislador.

Ao da separação dos poderes, um outro fundamento de Teoria do Estado se soma: a exigência da supremacia da lei, do vínculo à lei, formulada em via geral e abstrata, das atividades do Poder Executivo e Judiciário.¹² Trata-se, com efeito, de garantir âmbitos de liberdade seja, em geral, contra intromissões indevidas na vida individual por parte da autoridade estatal e supranacional, seja, em particular, contra aplicações jurisprudenciais arbitrárias.¹³ E isto, evidentemente, determina que se tome particular cuidado com a linguagem a ser adotada na redação das leis, em geral, e das normas penais, em particular.

Segundo o recorrente ensinamento iluminista,¹⁴ determinação e, portanto, certeza da *fattispecie* exigem que as normas sejam enunciadas utilizan-

11. Segundo Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 57, no caso em que o direito penal internacional seja aplicado através de um sistema de execução direta, deve ele satisfazer os mesmos níveis de especificidade dos princípios gerais do direito penal, reconhecidos nos maiores sistemas de justiça penal do mundo.

12. Schreiber. *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege*. Frankfurt am Main, 1976. p. 217.

13. Sobre o assunto cf.: Bricola. "Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2.º e 3.º, della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70". *Quest. crim.*, 1980, p. 182 et seq., especialmente p. 184-185.

14. Beccaria. *De' delitti e delle pene*, cit., § V, p. 13-14.

do a linguagem do cidadão comum e não segundo as peculiares locuções de uma teoria ou de uma particular área profissional; ou seja, devem ser enunciadas com palavras claras, facilmente compreensíveis por grande número de sujeitos que as devem obedecer¹⁵ e, igualmente, a fim de satisfazer as exigências de comunicação postas pelo processo penal.¹⁶ As normas, em síntese, não devem constituir um simples – mas substancial, em termos de poder – patrimônio dos técnicos.¹⁷

A determinação/taxatividade serve, ainda, para satisfazer, de qualquer forma, uma outra exigência essencial na seara penal: a igualdade. É evidente, de fato, que, relativamente a uma norma redigida com clareza e precisão, o procedimento interpretativo de adequação ao caso concreto será mais simples e unívoco e, conseqüentemente, muito mais baixo será o risco de desigualdade. Quando a verificação da tipicidade do fato mostra-se dificultosa em virtude da indeterminação da norma, é mais alto o risco de desigualdade no tratamento em virtude da falta de um parâmetro confiável de avaliação dos fatos concretos.¹⁸

Sem dúvida, à primeira vista, a norma inserida no § 1 do art. 25 do Estatuto do TPI pareceria exprimir garantia quando afirma que “a Corte terá jurisdição sobre as *pessoas físicas*¹⁹ em conformidade com este Estatuto”. Não se olvide, todavia, que em nível internacional não está acalmada a dialética entre os defensores do *ius cogens* e os do positivismo jurídico. Assim, enquanto o *jus cogens* ressen-

15. Cf., a propósito: Scarpelli. “Semantica giuridica”. *Nss. D.I.* Torino, 1969. XVI, p. 996; v. sobre o tema, ainda: Pagliaro. “Testo e interpretazione nel diritto penale”. *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 434 et seq., 2000, com ulterior e ampla bibliografia.

16. Hassemer. “Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht”. *Aa. Vv., Sozialwissenschaften im Strafrecht*, a cura di W. Hassemer. Darmstadt, 1984. p. 17 et seq.

17. Sobre o tema da doutrina da legislação, fundamental Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, passim; v. ainda *Aa. Vv., Lezioni di tecnica legislativa*, a cura di S. Bartole. Padova, 1988, passim.

18. Sobre o tema já Nuvolone, Il principio di legalità e il principio di difesa sociale, in *Sc. pos.* 1956, 241.

19. Grifo nosso.

te-se das diferenças de valores, filosofias, objetivos e estratégias daqueles que afirmam a existência da norma em uma dada situação e sua aplicabilidade a uma particular hipótese de relevo jurídico, o problema do positivismo normativo torna-se mais evidente no caso de uma lacuna do direito positivo diante de uma injustiça evidente e palpável, como sucede com respeito aos “crimes contra a humanidade”, no Estatuto do Tribunal militar internacional na Carta de Londres de 08.08.1945. Os fautores do direito natural sustentam que o *ius cogens* é baseado em um mais elevado valor jurídico a ser observado perseguindo os autores do crime, enquanto os defensores do positivismo jurídico argumentam que deveria prevalecer um princípio diverso, cujos valores e escopos têm, ao menos teoricamente, a mesma dignidade, ou seja, o princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege*. Uma abordagem eticamente neutra é impossível, daí a única solução prática ser a codificação do direito penal internacional.²⁰

A solução proposta é indubitavelmente estimulante, mas é ponto firme o de que o emprego do instrumento penal não pode prescindir de “notas” de codificação que respeitem os princípios acima delineados. Uma codificação deveria traduzir-se em *fattispecie* determinadas e representar, assim, um conceito teórico acolhido em resposta a grandes premissas ideais, relativas aos fundamentos do Estado de Direito que mantêm, ainda, intactos seu valor e atualidade; além disso, é bom insistir, já em nível nacional, raramente as previsões de crime e, mais em geral, as normas que redundam em ônus para a liberdade individual estão em conformidade com as exigências de determinação e taxatividade,²¹ como é confirmado por transgressões fre-

20. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 74.

21. Cf. sobre o tema: Bricola. “Teoria generale del reato”. *Nss. D. I.* Torino, 1973. XIX, p. 46. Não sem razão, a propósito da determinação das normas penais, fala-se como que de uma “utopia do estado de direito”, assim: Schmidhäuser. “Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie”. *Gedächtnisschrift fuer Wolfgang Martens*. Berlin-New York, 1987. p. 231; Cf. também: Schünemann. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin-New York, 1978. p. 6; Schroth. “Präzision im Strafrecht. Zur Deutung des Bestimmtheitsgebots”. *Aa. Vv., Rechtskultur als Sprachkultur*, a cura di G. Grewendorf. Frankfurt a.M., 1992. p. 93 et seq.

qüentes e recentes ao princípio da legalidade: já está em ação, de longa data, um evidente processo no qual o direito penal torna-se sempre menos claro.²²

Quando, pois, a “pós-modernidade” reclama formas de controle penal mais “flexíveis”, mais “dinâmicas”, até para os fins de uma “simplificação” processual,²³ o princípio de determinação – juntamente com outros princípios do Estado de Direito, como a responsabilidade, ofensividade, materialidade, fragmentariedade, subsidiariedade – vem a ser ulteriormente sacrificado. É possível, de fato, sustentar que o acentuado desatendimento a este princípio representa, pelas suas implicações, o exemplo mais evidente da perda de valor daquelas idéias-guia que estão na base do direito penal de derivação iluminista, como a tutela da liberdade e dignidade do homem.

Em substância, as exigências da “pós-modernidade”, como o fim do historicismo, determinaram a perda da idéia de fundamento,²⁴ que provocou a adoção de cânones “débeis” de compreensão e de interpretação da realidade, com o recurso, na experiência jurídica, a lógicas míopes, de imediatismo. Mas estas não se adaptam à “força”, à substância, dos direitos fundamentais, os quais estão normalmente em discussão no âmbito do controle penal. Nesta matéria, há necessidade de regras “fortes”, de “fundamentos” e, portanto, de sistema, de princípios.²⁵

22. Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen, 1973. p. 26; para uma convincente análise sobre a mais ampla crise da legalidade cf.: Fiandaca. “La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale”. *Aa. Vv., Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*. Padova, 2001. p. 43 et seq.

23. Cf. sobre o tema: Albrecht. “Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?”. *Aa. Vv., Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, a cura di L. Böllinger e R. Lautmann. Frankfurt a.M., 1993. p. 255 et seq.

24. Sobre este ponto v.: Vattimo. *La fine della modernità*. 3. ed. Milano, 1999. p. 9 et seq.; mais geral: Lyotard. *La condizione postmoderna*. Milano, 1990. passim; para uma perspectiva jusfilosófica: Arth. Kaufmann. “Die Rechtsphilosophie”. *Der Nach-Neuzeit*. Heidelberg, 1990. passim.

25. Para uma firme, argumentada, convocação ao significado essencial dos princípios de direito penal v.: Palazzo. *Introduzione ai principi del diritto penale*. Torino, 1999. p. 4 et seq. e passim.

Exatamente o contrário de uma legislação casual, ocasional, contraditória, orientada a verdadeiras ou presumidas emergências, precursora da perda de garantias e eficiência, que flagelou o direito interno, e que sempre caracterizou a penalidade internacional.

Enfim, ainda com relação aos arts. 23²⁶ e 77 do Estatuto, em termos de legalidade da pena e de concreta aplicação da sanção, valem as regras da determinação/taxatividade. É evidente, de fato, que a presença de margens de manobra excessivamente amplas não pode ser acolhida, enquanto o princípio de responsabilidade pessoal e a previsão de confiáveis parâmetros de cominação tutelam em via direta a liberdade e personalidade do indivíduo. Naturalmente, neste contexto também a determinação de firmes limites máximo e mínimo tem uma importância notável para o fim de uma correta e aceitável medida da pena. E, também neste caso, as regras estatutárias deixaram a desejar.

2.1 *O problema da parte geral no Estatuto*

Como é notório, a parte geral representa, talvez, a expressão mais significativa da elaboração dogmático-sistemática, entendida não no adulterado sentido de mero exercício tecnicístico, mas como rigorosa disciplina orientada à elaboração de parâmetros confiáveis de igualdade, de justiça, conexos às várias definições e distinções exercitáveis no interior do material normativo: a isso se soma, em última análise, a essencial função de graduar, segundo a proporção, a intensidade da intervenção penal.

E este é, talvez, o significado mais preñado, denso, de implicações, da parte geral e que resulta de uma estratificação das conquistas de uma tradição secular de civilidade. Vários institutos e regras, como preciosas súmulas de dificultosos procedimentos de abstração e generalização das conquistas normativas, respon-

26. Art. 23. *Nulla poena sine lege*: "Uma pessoa condenada pela Corte pode ser punida somente em conformidade com o presente Estatuto".

dem plenamente à satisfação de insuprimíveis – para um Estado de Direito – exigências de certeza e, portanto, de legalidade. A sua presença mostra-se indispensável para o fim do exercício de uma justiça penal internacional respeitosa dos princípios do Estado de Direito.

Uma respeitável doutrina sublinhou que o mais recente e promissor desenvolvimento de uma parte geral do direito penal internacional está constituído justamente pelo Estatuto da Corte Penal Internacional, que contém disposições específicas em tema de responsabilidade penal. A nós parece, porém, necessário destacar que a parte geral no Estatuto da Corte Penal Internacional, que foi instituído por um tratado, vincula somente os Estados-partes, e não é, até este momento, idônea, por si só, a ser considerada parte do direito penal internacional consuetudinário. Conseqüentemente, estas disposições da parte geral não poderão ser consideradas como uma parte geral de direito internacional, a menos que elas não sejam, de outra forma, confirmadas que uma dada norma da parte geral seja parte do direito internacional consuetudinário, ou derive dos princípios gerais do direito.

Atualmente, pode-se considerar que as normas da parte geral do direito penal internacional compreendem as seguintes matérias: responsabilidade penal individual e de grupo; *attempt* e *conspiracy*; responsabilidade dos superiores pela conduta de seus subordinados, desde que as tenham arquitetado ou ordenado ou tenham se omitido em prevenir ou punir os executores; a limitação da *defense* de obediência a ordens superiores aos casos nos quais o subordinado não tenha tido outra alternativa senão a de obediência (que é análoga à constrição ou coação em diversos sistemas jurídicos nacionais); a eliminação da imunidade para os superiores a ponto de excluí-la para os chefes de Estado; a especificação de que, relativamente ao genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, não é admitida a *defense* da ignorância da lei. Além destas normas de parte geral não existem, até agora, outras reconhecidas em nível internacional.²⁷

27. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 157-158.

Na verdade, a imprecisão – confirmada, como veremos, pelas previsões das singulares *fattispecie* contidas nos arts. 5 et seq. do Estatuto da Corte – decorre de um reconhecimento tão-somente do *nomen iuris* dos princípios e dos institutos, sem que para eles exista uma concreta e substancial agregação de significado. Como tivemos a oportunidade de sublinhar, não é para todos os países que a analogia é tida, assim, como “inimiga” da legalidade, da mesma forma que diverso é o significado e o alcance de alguns institutos de direito processual.

Por outro lado, a exiguidade das normas penais – das *fattispecie*, antes de mais nada, mas igualmente das disposições da parte geral – faz surgir a necessidade de recorrer a instrumentos de integração supletiva muito amplos que, como vimos, recebem hoje expresse reconhecimento e formalização no art. 21 do Estatuto do TPI, norma que revela um certo grau de “autoconsciência” do problema por parte do direito penal internacional.

Segundo alguns estudiosos, todavia, deve-se reconhecer, com maior realismo, que o dogma da completude do ordenamento jurídico não tem valor absoluto. O direito aplicável pelos tribunais é caracterizado pela existência de lacunas que devem ser entendidas como “deficiências do direito positivo (*ius scriptum* e direito consuetudinário) que adquirem significado enquanto carência de conteúdo da regulamentação jurídica, justamente onde esta seria requisitada para determinadas situações de fato, e que, enquanto tais, querem e podem ser eliminadas mediante uma decisão jurisprudencial integrativa”.²⁸ Admitida a subsistência “vazios” de disciplina a serem preenchidos (aspecto que é distinto da irredutível fragmentariedade do sistema, que diz respeito ao número de lacunas voluntárias predispostas pelo legislador), encontra-se no intérprete o verdadeiro *conditor* da norma, com a consequência de que a atividade integradora do juiz constitui manifestação de atividade criativa e não meramente

28. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*. 4 auf. Stuttgart, 1968. Trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*. Milano, 1970. p. 222.

interpretativa.²⁹ Se a legitimidade do sistema funda-se na presunção fictícia de sua completude, vice-versa, reconhecer a existência de um vazio tem por efeito fazer surgir novamente um contraste com a legalidade penal. Obviamente que a fricção com os princípios é tão mais intensa quanto menos em conformidade com o princípio de precisão encontra-se a norma cujo conteúdo se deve preencher.³⁰

Estes aspectos, a bem ver, confirmam a necessidade de determinação das normas, além das *fattispecie*, sobretudo em nível internacional. A vagueza e a ambigüidade das normas servem, de fato, ao escopo de transferir para o intérprete a grave responsabilidade da gestão político-criminal e fenomênica, ao invés de favorecer o correto cumprimento da sua função institucional de solução, segundo parâmetros formalizados e pré-constituídos, dos concretos conflitos socialmente relevantes. O argumento justificador tradicional é aquele da justiça para o caso concreto, mas esta também pode ser realizada com normas taxativas.³¹ Ao invés de abrir espaços excessivos de “criação” jurisprudencial,³² o legislador – ou, de qualquer modo, aquele que cria as normas –, diante de uma valoração de merecimento de pena, poderá sempre introduzir uma nova disposição; certo que, por algum tempo, que poderá, todavia, ser bastante breve – dependendo só do legislador mesmo –, poderá suceder que alguns comportamentos que se mostrem merecedores de sanção não sejam passíveis de pena, mas este é um preço que o

29. Bassiouni-Manikas. *The Law of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York, 1996. p. 269: “O Conselho de Segurança delegou o poder de criar a norma (*rule-making power*) ao Tribunal e tal delegação deverá substancialmente cobrir as involuntárias lacunas legislativas”.

30. Sobre o assunto cf. Manacorda, *Il metodo comparato e la giurisprudenza...*, cit., p. 802-803, o qual entende que a atividade interpretativa com relação ao Estatuto do TPI será caracterizada de menor problematidade pelo notável grau de perfeição técnica das disposições ali contidas, relativamente ao ICTY e ao ICTR.

31. Cf. sobre o ponto: Palazzo. *Il principio di determinatezza...*, cit., p. 305 et seq.; Bricola. *Legalità e crisi*. p. 187-188, 213-214.

32. A propósito, confirmam-se as convincentes considerações desenvolvidas por: Ferrajoli. “Crisi della legalità e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice”. *Aa. Vv., Legalità e giurisdizione*, cit., p. 27 et seq.

Estado de Direito deve estar pronto a pagar, para não trair a si mesmo, como, infelizmente, tantas vezes já sucedeu.

2.2 Um exemplar vulnus ao princípio da legalidade: a tipicidade dos crimes sobre os quais a Corte exercita a jurisdição

Um setor tradicionalmente objeto de particular atenção sob o ponto de vista das várias articulações do princípio da legalidade é aquele relativo às figuras de crime. O art. 5 do Estatuto determina quais são os crimes compreendidos dentro da jurisdição da Corte: “a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão”.

O § 2 do art. 5 determina, como já se disse, que a Corte exercitará jurisdição, relativamente ao crime de agressão, quando for aprovada, com base nos arts. 121 e 123, uma norma que defina tal crime e estabeleça as condições sob as quais será exercida a jurisdição. Tal disposição deverá ser coerente com a correspondente disciplina da Carta das Nações Unidas.

O art. 6 define o crime de genocídio e parece ser a disposição que desperta menos problemas interpretativos. Refere-se a “quaisquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal: a) matar membros do grupo; b) causar graves danos físicos ou mentais aos membros do grupo; c) submeter deliberadamente o grupo a condições de vida destinadas a causar a sua destruição física no todo ou em parte; d) impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no interior do grupo; e) transferir à força crianças do grupo a um outro grupo”.

Além das perplexidades ligadas à definição dos graves sofrimentos, sobretudo “mentais”, emerge o problema dos limites da punibilidade ligada ao significado daqueles modelos de incriminação que se exteriorizam nas expressões “destinadas a causar” e “destinadas a impedir”. Pensemos que a definição do limite mínimo possa ser extraída daquela disposta no art. 25, § 3, f, a qual se

refere – se bem que com relação à tentativa – a uma ação “que inicia a sua execução por meio de um passo substancial”, com todas as dificuldades de interpretação da hipótese.

O art. 7 determina o conteúdo dos crimes contra a humanidade. A uma lista de crimes, por assim dizer, clássicos, como, por exemplo, homicídio, extermínio, redução à condição de escravo etc., acrescenta-se, no § 1, letra *b*, aquele de “perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero como definido no parágrafo *e*, ou outros motivos que sejam universalmente reconhecidos como inadmissíveis pelo direito internacional, em relação a qualquer ato referido neste parágrafo ou a qualquer crime submetido à jurisdição da Corte”.

Vem a seguir definido, no § 2, letra *g*, o termo “perseguir” como “a privação intencional e grave de direitos fundamentais em contraste com o direito internacional por motivos de identidade do grupo ou da coletividade”. Certamente parece difícil imaginar perseguições de grupos e coletividades que não sejam executadas através da primeira classe de crimes, e isto faz, no mínimo, duvidar da determinação desta norma. Pelo contrário, é fácil entrever os riscos da “omnicomprensividade” de similares definições. Pense-se, sobretudo, no papel do Tribunal, que dificilmente poderá limitar-se à interpretação e até mesmo à integração, mas que deverá desenvolver uma verdadeira e própria função de *criação* do preceito normativo sob exame.

De outro lado, há ainda outros exemplos de imperfeição na definição do art. 7. Além de outras “precisões conceituais” das quais cuida o § 2, deve-se fazer referência ao § 1, letra *k*: *outros atos desumanos de análogo caráter destinados a provocar* intencionalmente grande sofrimento ou grandes danos à integridade física ou à saúde física ou moral. A indeterminação ínsita ao emprego da cláusula geral procurou-se remediar com a previsão de que os atos previstos no art. 7 são crimes contra a humanidade somente “se cometidos como parte de um ataque generali-

zado ou sistemático contra qualquer população civil, com o conhecimento (*knowledge*) de tal ataque”.³³

Também o art. 8, que define os crimes de guerra, não é isento de críticas inerentes à legalidade. Pense-se, a título de exemplo, no § 2, lei *b*: outras graves violações da lei e dos costumes aplicáveis a um conflito armado internacional, no quadro estabelecido pelo direito internacional (...); e letra *c*: outras graves violações das leis e dos costumes aplicáveis aos conflitos armados de caráter não internacional, no quadro do direito internacional (...). A remissão se refere a cerca de cinquenta diversas *fattispecie* de direito de guerra³⁴ em parte sobrepostas aos crimes contra a humanidade, como, por exemplo, “a violência carnal, a escravidão sexual, a prostituição forçada, sem que o estatuto indique como se deve proceder em caso de ‘concurso’ de várias *fattispecie* deste gênero”.³⁵ Provavelmente, no Estatuto não se colocou o problema do concurso de crimes e do concurso aparente de normas justamente em virtude da absoluta falta de legitimidade/determinação no que tange às sanções.

Também no caso dos crimes de guerra, a restrição relativa à cláusula geral opera-se fazendo referência à verificação do cometimento de tais crimes como

33. Submeteu-se à atenção da doutrina o problema de “se o ‘pequeno soldado’ que participa na comissão de uma destas ações deva ter consciência do plano comum, ou se deva ele ser somente sob o comando militar ou através de outros *policy maker*. Tal questão está atualmente ainda aberta, mas me parece suficiente que o autor singular tenha consciência da ligação de sua ação com uma política desumana, sem que deva conhecer exatamente a amplitude da estrutura do plano comum”. Sobre o tema: Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 289. Não se deve esquecer, porém, que podem existir condutas com a estrutura de atentado que poderiam ampliar ainda mais os critérios da responsabilidade deste tipo de agentes.

34. Sobre o tema cf. Delli Santi, “Il diritto internazionale nelle origini e nelle prospettive della Corte penale internazionale”, *Quaderni dell’Arma dei Carabinieri*, Suppl. al n. 2/2002, p. 84-85, que especifica que existem “*trinta e quatro crimes de guerra para os conflitos internacionais* (dos quais oito reconduzíveis às graves violações das Convenções de Genebra e vinte e seis às *leis e usos de guerra*), mas ainda *dezesseis crimes de guerra para os conflitos não internacionais* (quatro com referência ao art. 3 das Convenções e doze às *leis e usos*), para um total de *cinquenta fattispecie de crimes de guerra* atribuíveis à competência da Corte”.

35. Sobre o assunto: Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 289.

“parte de um plano, de uma política ou do cometimento em vasta escala de tais crimes” (art. 8, § 1).

É necessário questionar-se até que ponto tais delimitações são vinculantes. Como foi agudamente observado: “Assim seria se – como desejavam os EUA – a competência da Corte tivesse sido afirmada ‘somente’ com respeito à supracitada cláusula geral. Mas já que ao invés de *only* aparece somente *in particular*, a competência da Corte pode subsistir também em outros casos, diversos da expressa finalidade política ou do requisito da *large scale – comission*: como, por exemplo, na destruição total de um país indefeso, com uma ação isolada, sem que se possa provar que tenha sido um plano comum”.³⁶

Mas tem mais. Também na descrição casuística o requisito da determinação não encontra satisfação: pense-se no art. 8, § 2, letra a, iii: provocação intencional de grandes sofrimentos, ou de sério dano físico ou à saúde; v: constranger um prisioneiro de guerra ou outra pessoa protegida a servir (*to serve*) nas forças de uma potência inimiga; xii: declarar que não será dada trégua; c, ii: cometer ofensa grave à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante e degradante; preferimos parar por aqui.

Parece-se esquecer que, ainda quando a doutrina de inspiração jusracionalístico-iluminista pretendia punir como crimes os *mala in se*, textualmente exigia, para a definição dos fatos penalmente sancionados, a rigorosa descrição da *fattispecie* determinada.³⁷ no Estado de Direito a forma tem uma importância essencial e, portanto, em nenhum caso, em relação a qualquer fenômeno, ainda que portador de grave danosidade social, é possível deixar de atender à máxima segundo a qual “a lei não pode abandonar a letra porque a letra é para ela o espírito”.³⁸ Naturalmente

36. Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 290.

37. Marat. *Disegno di legislazione criminale* (1790). Trad. it. M. A. Aimò. Milano-Varese, 1971. p. 70 et seq., especialmente 80 et seq.

38. Lopez de Oñate. *La certezza del diritto*, cit., p. 159; Sobre o tema também: Arth. Kaufmann. *Analogie und Natur der Sache*. Karlsruhe, 1965. p. 3 et seq., especialmente p. 31 e 47; Hassemer. *Tatbestand und Typus*. Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1968. p. 162 et seq.

“espírito” e “letra” deverão corresponder plenamente àqueles requisitos de legalidade, formal e substancial, que o próprio Estado de Direito exige.

3. O art. 25 do Estatuto: uma norma para vários institutos

O art. 25 do Estatuto do TPI merece particular atenção porque, além de tratar de uma série de institutos da parte geral,³⁹ coloca-se em claro contraste com as exigências de legalidade, permitindo, de fato, a ampliação das *fattispecie* penais. Depois de ter especificado no § 1 que o Tribunal terá jurisdição somente sobre as pessoas físicas,⁴⁰ o § 3, letra *a*, introduz o instituto da co-participação e da autoria mediata, pelas quais uma pessoa será penalmente responsável se cometer o crime “individualmente, ou juntamente com outra pessoa ou por meio de outra pessoa, independentemente do fato de que a outra pessoa seja penalmente responsável”. O concurso é também moral: (§ 3, letra *b*) “ordena, solicita ou induz à comissão do crime que de fato é cometido ou tentado”. Além disso, sentiu-se necessidade de prever também as condutas de auxílio (§ 3, letra *c*): “com a intenção de facilitar o cometimento de tais crimes, ajuda, é cúmplice ou de qualquer forma favorece o seu cometimento ou tentativa de cometimento, compreendido o fornecimento de meios para o cometimento”.

De saída, este tipo de definição suscita algumas perplexidades. Mas graves problemas de determinação surgem relativamente ao disposto na letra *d*: “contribui de qualquer outro modo para o cometimento ou a tentativa de cometimento de tais crimes por (parte?) de um grupo de pessoas agindo com um escopo comum. Tal contribuição deverá ser intencional e:

39. Referimo-nos, particularmente, à co-participação criminosa e ao delito tentado.

40. Observa Eser, *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 300, que não estão previstas normas sobre o autor individual.

i) realizada com o escopo de favorecer a atividade criminal ou o objetivo criminal do grupo, quando tal atividade ou objetivo implique o cometimento de um crime sobre o qual a Corte tenha jurisdição; ou então,

ii) realizada com a consciência da intenção do grupo de cometer o crime”.

O artigo continua com a letra e, segundo a qual “com referência ao crime de genocídio, incita direta e publicamente outras pessoas a cometer genocídio”.

Como responder a estas ampliações da tipicidade? Na verdade, a clareza dos conceitos penais, através da precisa determinação da *fattispecie* e da sua aplicação taxativa, exprimem exigências de tipo político-jurídico de derivação liberal.⁴¹

Mas não é somente sob o aspecto da tutela da liberdade que se revela a função do princípio de determinação/taxatividade: ele exprime, em verdade, um papel de importância primária também relativamente à explicação das funções da pena: não parece ser, de fato, casual que o Estatuto não dedique sequer uma disposição à função da pena.

A interdependência entre determinação/taxatividade e função da pena não é de fato uma conquista recente; foi Anselm Feuerbach quem, entre o fim do século XVIII e início do século XIX, no quadro de uma valorização dos direitos do homem realizada pela tradição jusnaturalista-iluminista, uniu de maneira límpida a tutela da liberdade do indivíduo com a realização da função da pena – vista em termos de prevenção geral –, através da clara e rigorosa afirmação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isto é, da legalidade e da certeza do direito penal.⁴² Anselm Feuerbach fundou a própria enunciação do princípio *nullum crimen*, exatamente argumentando teleologicamente em termos de realização da finalidade de prevenção geral intimidadora.⁴³

41. Vassalli. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 285 e 322.

42. Sobre o tema, por todos, cf.: M. A. Cattaneo. *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*. Milano, 1970. p. 446 et seq.; Bohnert. *P.J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*. Heidelberg, 1982. passim.

43. Sobre este ponto, seja-nos consentido remeter ao nosso: *Il diritto penale tra essere e valore*. Funzione della pena e sistematica teleológica. Napoli, 1992. p. 47 et seq., especialmente 83 et seq. e 121 et seq.

Atualmente a teoria da coação psicológica, em muitos de seus aspectos, pode considerar-se superada, mas não na sua conexão com a legalidade; em verdade, o princípio de determinação/taxatividade exprime um valor absoluto de tipo teleológico-funcional: isto significa que uma norma indeterminada não consente a realização de qualquer função racional da penal que, como verificamos, está condicionada ao conhecimento daquilo que deve ser proibido.⁴⁴

De fato, uma vez confiada à pena uma função de orientação, do ponto de vista individual e geral, conseqüentemente, o ilícito, nos seus componentes de desvalor do resultado e desvalor da conduta, deverá resultar reconhecível enquanto tal. Surge, portanto, de toda evidência como, ainda que em uma perspectiva de teoria da pena entendida como integração social, é colocada em relevo a necessidade de uma tipificação segundo parâmetros de determinação e taxatividade.

Diante de normas imprecisas, obscuras, não seria, de fato, possível obter uma agregação de consensos, da mesma maneira não sendo alcançável o próprio efeito de intimidação, se a ameaça da sanção não está conectada à proibição de uma conduta facilmente compreensível. E as mesmas considerações valem, enfim, também no plano individual. É patente, de fato, como somente a clara compreensão do preceito possa fazer perceber a norma penal como regra de conduta violada, tornando, desta maneira, aceitável a intervenção punitiva. É apenas o caso de sublinhar que, para os fins da compreensão da norma, importa também a referência, de tipo substancial, a bens jurídicos concretos e merecedores de tutela, mas também a precisas modalidades de ofensa.

Ainda mais. Uma adequada realização de exigências de determinação/taxatividade da *fattispecie* somente pode ser resultado do respeito integral e com-

44. Sobre o tema cf. Manacorda, *Il metodo comparato e la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*, cit., p. 806-808, para um exemplo das dificuldades interpretativas e do perigo para os princípios diante da indeterminação das *fattispecie* e dos institutos. No exemplo trazido pela jurisprudência do ICTR, em tema de acordo para cometer genocídio, fala-se de punibilidade da conduta ainda quando nenhum ato preparatório tenha tido lugar. Sobre o tema cf. ainda: Pisani. "Il genocidio nello statuto della Corte penale internazionale". *Riv. int. dei dir. dell'uomo*, 1998, p. 663 et seq.

binado de todos os princípios que presidem a formulação de normas penais: particularmente, dos princípios de ofensividade, materialidade, subsidiariedade e fragmentariedade e personalidade da responsabilidade. De fato, é determinada somente uma disposição que compreenda a descrição da ofensa, em termos de dano ou de perigo concreto, de um bem jurídico, dotado de um substrato empírico verificável; esta deve, não obstante, descrever de forma direta, evitando extenuantes reenvios a outras fontes, uma conduta exteriormente compreensível e demonstrável em um processo idôneo a, segundo uma proporção de escala, agredir o bem jurídico. Ela deve, ainda, ser apta a permitir a seleção, de forma acurada, entre todos os antecedentes causais, daquelas singulares modalidades de condutas que sejam particularmente perigosas e, portanto, merecedoras e carentes de uma intervenção penal; e, enfim, deve indicar com precisão a *fattispecie* subjetiva e consentir aos cidadãos o fácil reconhecimento, evitando uma linguagem esotérica, do fato objeto da proibição: somente uma tal norma, expressão moderna de um *richtiges Recht*,⁴⁵ poderá dizer-se verdadeiramente conforme ao princípio de determinação/taxatividade. Neste caso, ter-se-á fornecido um âmbito regulador cujo preenchimento, no sentido de concretização, aplicação, poderá ainda valer como interpretação de uma norma determinada.

Característica essencial de qualquer conceito legal determinado é, portanto, aquela de apresentar ao intérprete um só limite, a consentir um juízo seguro, assertivo, acerca da pertinência de um fenômeno real à descrição incluída no próprio conceito e impor uma interpretação menos subjetivamente fundada.⁴⁶

Em qualquer caso, quando o foco da norma não consegue concentrar-se sobre um evento derivado, na sua individualidade, de um procedimento lógico de

45. Segundo a célebre definição de Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902), 2. ed., Halle, 1926, especialmente p. 51 et seq.

46. Sobre o tema, confirmam-se as estimulantes considerações desenvolvidas por: Hassemer. "Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht". *Aa. Vv., Rechtskultur als Sprachkultur*, cit., p. 71 et seq.; Fletc. her. *Rethinking Criminal Law*. New York, 2000. p. 395 et seq.; Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte, 2000. p. 43 et seq.

separação, pelo qual um concreto evento é tomado em consideração destacado do complexo dos fenômenos e das circunstâncias históricas nas quais se insere na realidade, mas remete-se a condições gerais ou expressões universalistas, então se tornam forçosamente inoperantes aquelas regras de clareza, precisão, determinação, orientadas à previsão de *fattispecie* bem definidas, para privilegiar expressões aptas a serem aplicadas ao maior número de situações possível, ainda que não previstas. E, assim, esvanece-se aquela regra elementar de justiça segundo a qual a sanção é o resultado de uma conduta individualmente errada, renunciando, de tal modo, àquela certeza das expectativas pessoais que o pós-moderno parece ter perdido, malgrado as suas tantas e radicais “certezas”.

4. A legalidade processual e a autonomia do juiz

Parece, enfim, oportuno formular uma última observação em sede de relação entre *fattispecie* indeterminadas e aspectos processuais. Para além de algumas dificuldades operativas às quais o funcionamento do Tribunal poderia ir de encontro e das quais falaremos adiante, diga-se que a legalidade/determinação incide sobre todos os momentos e sobre todos os protagonistas do processo. Em primeiro lugar, com referência à figura do Ministério Público, se o art. 53 do Estatuto refere-se, como parece, à obrigatoriedade da ação penal,⁴⁷ uma efetiva atuação de tal princípio poderá ter-se somente quando se realizem seus pressupostos substanciais, constituídos por uma legislação penal respeitosa da *extrema ratio* e do princípio da determinação/taxatividade das *fattispecie*. É claro que na presença de normas vagas, de conteúdo pouco determinado, de um lado faltaria o critério para a verificação do respeito à obrigação; de outro, diante de normas indeterminadas, a valoração da acusação pública relativamente à sua violação tornar-se-ia in-

47. Art. 53, § 1, primeira alínea: “O Ministério Público, avaliadas as informações à sua disposição, iniciará uma investigação, a menos que decida que não existem bases razoáveis para proceder segundo o presente Estatuto”.

controlável, com o resultado de graves prejuízos para a liberdade individual. Somente no âmbito de um direito penal mínimo, constituído por poucas e claras normas, que descrevam de modo fragmentário perigosas agressões a concretos bens jurídicos, resulta possível um exercício da ação penal conforme aos critérios de legalidade e igualdade.

Com referência ao defensor, o direito de defesa exige a exata cognoscibilidade da acusação e da possibilidade de defender-se provando:⁴⁸ mas isto é possível somente diante da contestação de fatos determinados, em um processo baseado no contraditório.⁴⁹

Um processo contraditório, baseado no princípio do contraditório, como parece que deva ser aquele diante do TPI, não pode realizar-se senão pressupondo *fattispecie* caracterizadas por determinação/taxatividade e materialidade, que não sejam construídas sobre elementos valorativos vagos ou sobre a mera transgressão de normas.⁵⁰ Particularmente, é de ser rejeitada a tendência do legislador penal de criar *fattispecie* mais ou menos privadas de conduta, seguindo em substância o esquema dos “crimes de suspeita”, com o fim de superar, com um “atalho” de direito penal substancial, problemas de prova. Deste modo, as garantias conexas à aquisição de provas, segundo os moldes acusatórios, enfraquecem-se em benefício de um verdadeiro e próprio domínio da valoração do juiz, cujas margens acabam ampliadas em intolerável medida.⁵¹

48. Cf. a propósito: Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., p. 26; no mesmo sentido cf.: Marinucci-Dolcini. *Corso di diritto penale*, cit., p. 60.

49. Molari. “Introduzione”. *Aa. Vv., Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., p. 297.

50. Bricola. “Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale”. *Ind. pen.*, 1989, p. 317-318; Cf. ainda: Ferrua. “Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale”. *Studi sul processo penale*. Torino, 1992. II, p. 13, 17-18.

51. Exemplar, a propósito, a pesquisa de Maiello, “Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo”, *Crit. dir.*, 1999, p. 206 et seq.; v. ainda do mesmo autor, “Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato”, *Crit. dir.*, 1998, p. 293 et seq.

Mas um embuste ao princípio do contraditório através da violação do princípio da taxatividade/determinação das normas penais pode ter lugar, ainda, mediante uma ampla articulação de qualificações jurídicas, com desníveis sancionadores freqüentemente relevantes relativamente a um substrato de fato essencialmente invariável. Pense-se, por exemplo, na fragmentação, de caráter casuísta, das *fattispecie* inseridas nos arts. 7 e 8 do Estatuto, ou, então, na supradelinhada figura da co-participação criminosa. O fenômeno da tipicidade plúrima, ou então da recondutibilidade do mesmo fato a mais de uma hipótese criminosa, representa uma grave elisão ao princípio da determinação/taxatividade, que é sempre buscada através de uma técnica exasperadamente casuísta e tida como mais grave pelo reenvio feito pelas cláusulas gerais de fechamento. O resultado de uma tal técnica legislativa, débil relativamente ao princípio da determinação/taxatividade, é, de fato, a criação de um excessivo espaço discricionário, a cargo do juiz, em sede de qualificação do fato e de determinação da sanção.

Mas a perspectiva processual evoca ulteriores considerações de teoria geral do direito e das instituições com relação à pouca conformidade às exigências do Estado de Direito que caracteriza o quadro completo do Estatuto.

De fato, diante do respeito à autonomia da função legislativa, é igualmente colocado em relevante débito o papel da autonomia e independência da função judiciária. E também neste caso, em nível internacional, longe de se estar isento do respeito a tais parâmetros, dever-se-ia tender a reforçá-los, exatamente para exaltar a sua diversidade diante dos outros poderes.

É de questionar se o direito e a diplomacia internacionais estão aptas a concretizar tais necessidades e, ainda mais, quantos Estados estariam dispostos a declinar da sua própria soberania a favor de um Poder Judiciário verdadeiramente independente.

Para além da problemática relativa ao *bis in idem* e às questões de recepção *ex art. 17*, que, de fato, concedem um papel de supremacia, com algumas limitações, à jurisdição penal nacional, queremos apenas assinalar o poder do Conse-

lho de Segurança da ONU de “requerer”, mais correto seria dizer “impor”, ao Tribunal que não inicie ou prossiga em ações e investigações por um período de doze meses, renováveis perpetuamente (art. 16).⁵²

Sempre nesta ótica, não devemos nos esquecer, pois, da disposição do art. 124 do Estatuto, onde, na primeira alínea do único parágrafo, prevê que “não obstante o art. 12, § 1, um Estado, ao tornar-se parte no presente estatuto, pode declarar que, por um período de sete anos após a entrada em vigor do presente estatuto para o Estado em questão, não aceita a jurisdição do Tribunal relativamente à categoria de crimes contemplados no art. 8 quando se alegar que um crime tenha sido cometido por seus cidadãos ou no seu território”.

A natureza de compromisso político destas disposições é evidente e, a nosso aviso, repropõem, uma vez mais, as dificuldades do uso do direito penal no âmbito internacional, ali onde, diferentemente do direito interno, não é tão forte a necessidade de ocultar a prevalência da “lei da força” sobre a “força da lei”. A este propósito, o papel do conselho de segurança da ONU, *ex art. 16*, é emblemático. Segundo alguns, com referência à possibilidade de bloqueamento da jurisdição conferida a este último, parece difícil que em casos de patente gravidade o Conselho de segurança possa impedir a ação da Corte sem incorrer na condenação por parte da opinião pública mundial.⁵³

A nós parece, francamente, que esta tese peca por um excessivo otimismo, senão ingenuidade; temos clamorosos e recentes exemplos de sensacionais manipulações da opinião pública – como, por exemplo, no caso Kelly –, razão

52. Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 296-297, põe em relevo que o poder do Conselho de Segurança da ONU pode ser seguramente útil se, “através de uma condução precipitada das investigações relativamente a um imprevisível ditador, possa ser colocada em perigo a paz mundial; em qualquer caso, desta maneira se abre uma possível porta à obstrução por parte do Conselho de Segurança, que poderia impedir as investigações relativamente a um cidadão em concreto”.

53. Sobre este ponto cf.: Pocar. “La Corte penale internazionale”. *Italia oggi*, 07 ago. 1998, documenti, p. 22.

pela qual não acreditamos que esta última represente um verdadeiro problema em grau de condicionar o Conselho de Segurança. Se se quer instaurar uma verdadeira jurisdição internacional e não um fantoche desta, é indispensável uma obrigatoriedade da ação penal, a independência e a “terceiridade” do juiz, a efetividade do direito de defesa, mas também a clareza, simplicidade, praticabilidade e aceitabilidade das regras de conduta, dos critérios de imputação, objetivos e subjetivos, e ainda das sanções.

Isto significa que, provavelmente para poder aspirar a uma real justiça penal internacional, será necessário escrever um novo Estatuto.

2. Processo Penal

A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95*

Alexandre Wunderlich

Advogado Criminal. Conselheiro e Diretor da Escola Superior de Advocacia (OAB-RS). Ex-Presidente do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec). Professor do PPG em Ciências Criminas e Coordenador do Curso de Direito Penal Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Sumário: 1. Introdução: por que escrever sobre o tema? – 2. Algumas premissas: considerações sobre conflito, vítima e processo – 3. A Lei 9.099/1995 e a revitalização da participação da vítima na resolução do conflito: *idolatria do novo* – 4. Da euforia à *praxis*: de novembro de 1995 a outubro de 2003 – 5. Por uma resistência garantista – Bibliografia.

Resumo: O presente texto trata do exame empírico e científico da Lei 9.099/1995 (com suas alterações originárias da Lei 10.259/2001) e sua aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. A investigação foi realizada durante os trabalhos da Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça (2002).

Palavras-chave: Lei 9.099/1995; vítima; justiça penal consensual; processo penal constitucional; teoria do garantismo penal.

* Este artigo é fruto de conferência sobre “A participação da vítima no processo penal”, por oportunidade do 9.º Congresso Internacional do IBCCRIM, São Paulo, out. 2003.

1. Introdução: por que escrever sobre o tema?

A redação de um texto exige motivação. Sobram razões para escrever sobre a justiça consensual e a participação da vítima no processo penal. Duas, especialmente, inspiram-me a redigir este ensaio.

Primeiro, redigir o presente texto é um dever. Devo estas impressões sobre a justiça consensual ao ex-Ministro da Justiça Miguel Reale Jr., a quem sou grato, especialmente pela formulação do convite para integrar a Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça. A comissão¹ presidida por René Ariel Dotti teve como meta a apresentação de um diagnóstico, de propostas legislativas e de ações governamentais no que se circunscreve aos Juizados Especiais Criminais [e à Lei 9.099/1995 com suas alterações originárias da Lei 10.259/2001]. A partir da digna saída do Min. Reale Jr. do Governo Fernando Henrique Cardoso, o trabalho da comissão foi interrompido, pois em apoio incondicional ao então titular da pasta, todos os membros renunciaram. Assim, escrevo primeiramente ao ex-Ministro Reale Jr. e, ainda, aos meus colegas de comissão, as minhas conclusões e sugestões a partir daquela frutífera atividade desenvolvida.

Segundo, escrevo para retomar o diálogo acadêmico sobre a justiça penal consensual que tive oportunidade de iniciar, principalmente com Salo de Carvalho, no PPG em Ciências Criminais da PUC-RS e, ainda, junto ao Instituto

1. "Portaria 384, de 10.04.2002: O Ministro de Estado da Justiça, no uso de suas atribuições, resolve: Art. 1.º Instituir Comissão Especial com a atribuição de realizar avaliações dos Juizados Especiais Criminais, bem como de apresentar, ao Ministro de Estado da Justiça, propostas de iniciativas legislativas e ações governamentais. Art. 2.º Designar para compor a Comissão os seguintes membros: a) René Ariel Dotti, que a presidirá; b) Alexandre Wunderlich; c) Augusto Eduardo de Souza Rossini; d) Fernando Luiz Ximenez Rocha; e) João Marcelo Leonardo; f) Luís Guilherme Martins Vieira; g) Márcio Bártoli; h) Maria Teresa Sadek; i) Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, e j) Theodomiro Dias Neto. Art. 3.º A Comissão, para cumprimento de seus objetivos, poderá convidar outros juristas e especialistas para colaborar com suas atividades. Art. 4.º A participação na Comissão não enseja qualquer tipo de remuneração e será considerada de relevante interesse público. Art. 5.º A Comissão deverá, no prazo de 180 dias, contados de sua instalação, apresentar relatório das atividades realizadas ao Ministro de Estado da Justiça (...)"

Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec), e que originou o livro *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.² Retornar àquele texto para revigorá-lo e, agora, levá-lo aos interlocutores do 9.º Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais faz parte do processo de crítica do direito e é outro dever que tenho. Seja pela necessidade de reiterar o posicionamento externado na obra, seja para dialogar com aqueles que defendem e/ou quiçá fundam o que denomino de movimento político de idolatria da Lei 9.099/1995.

2. Algumas premissas: considerações sobre conflito, vítima e processo

Penso ser importante iniciar relembando os significados das expressões conflito, vítima e processo.

Conforme Bobbio, Matteucci e Pasquino “existe um acordo sobre o de que o conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”. “Obviamente o conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre os indivíduos, grupos, organizações e coletividades.” Os autores, em comentário ao verbete “conflito”, salientam fundamentalmente outra possibilidade de interação entre indivíduos, a “cooperação”. Explicam que “qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem”.³

2. Salo de Carvalho; Alexandre Wunderlich (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. A obra é fruto de amplo debate com os Professores Colaboradores Aury Lopes Jr., Luiz Antônio Bogo Chies, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Geraldo Prado.

3. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. vol. I. p. 225.

Lógico que a expressão suscita uma infinidade de concepções sobre o que seja (realmente) um conflito e como ele se manifesta enquanto fenômeno social. Contudo, diante da dicotomia – *conflito* e *cooperativismo* –, pode-se perceber na sociedade atual que o momento é realmente indicativo de conflito, uma vez que no paradigma de cariz neoliberal, individualista e de consumo⁴ não há espaço para a cooperação. Exsurgem, cada vez com maior frequência, novas espécies de conflitos a partir destas disfunções sociais ocasionadas sobremaneira pela disputa que se instala rumo ao acesso e à distribuição de “recursos escassos”. A desarmonia e as desigualdades sociais desagregam as estruturas sociais, reinando o conflito. A situação conflituosa, então, por mais que isso traga mal-estar, sempre existirá, eis que inerente à condição humana. Nesse ponto, concordo com Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar ao perceberem que “não há sociedade na qual todos os conflitos tenham solução, nem se pode afirmar seja indispensável produzir uma solução por via institucional em todos os casos, especialmente se for previsível que a intervenção possa reproduzi-los ou agravar-lhes as conseqüências. É possível, por outro lado, haver conflitos que não tenham composição viável ou culturalmente aceitável e que, não obstante, requeiram resposta formal”.⁵

Importa, então, estabelecer o conceito de conflito social, o conflito entre indivíduos que compõem a sociedade. Como é cediço, no âmbito das ciências criminais alguns conflitos são selecionados, sendo tratados como *desvio de conduta*. Alguns conflitos, então, passam a figurar como infração penal – delitos/crimes e contravenções. Vê-se, então, que, como interlocutores da discus-

4. Alexandre Wunderlich. “Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos”. In: Salo de Carvalho; Alexandre Wunderlich (Org.). *Diálogos sobre a justiça...*, cit., p. 1-54. Ver especialmente o Título I – “Considerações sobre a sociedade contemporânea: tempo, velocidade e espaço”. O texto também está publicado in: David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho, *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 41-61.

5. Eugenio Raúl Zaffaroni; Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 87-88.

são sobre a função do direito penal, temos o desafio de, com atenção às ciências correlatas, tentar minimizar os conflitos interindividuais praticados pelos atores desviantes.

Nessa perspectiva, surge a necessária reivindicação da transdisciplinaridade para sua resolução. Esta reivindicação aparece num momento de consciência da crise dos paradigmas que produzem o conhecimento científico e da necessidade de sua superação, preenchendo a lacuna apresentada por meio da flexibilização e do intercâmbio entre os pesquisadores e os saberes por eles produzidos. Nasce uma transdisciplinaridade que é complementar à aproximação disciplinar: “faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferecendo-nos uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa”.⁶

O Estado depende de instrumentos de minimização, surgindo a necessidade da existência de uma concreta política criminal com potencial prático-teórico capaz de estabelecer critérios de racionalização para aqueles atores desviantes que não tiveram a oportunidade de receber o processo de socialização. Quando os instrumentos informais de soluções dos conflitos falham, surge o Estado punitivo – com seu poder-dever –, como último recurso de controle social.⁷

6. É importante salientar a necessidade da construção de uma visão transdisciplinar do direito penal. O direito não está divorciado das demais ciências e, na busca do saber científico, é fundamental esta compreensão. Especialmente no que tange ao estudo da participação da vítima no processo penal, com toda a fenomenologia que isto envolve, é imperioso discutir o tema a partir deste novo paradigma. Sobre a construção e projeção do saber penal, seus saberes *secantes* e *tangentes*, vale conferir Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 271-357. Vale citar ainda a *Carta de Transdisciplinaridade* (adotada no 1.º Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento de Arrábida, Portugal, novembro de 1994), publicada no *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* 6/3-4, Porto Alegre: ITEC, jul.-ago. 2000) como indicativo de que há uma real busca da transdisciplinaridade.

7. Conforme lição de Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 4-11: O controle social inicia “por via da família, da escola, da igreja, do sindi-

Nesse contexto, em que pese a relevância da crítica que delimita empírica e cientificamente o sistema penal estatal como um *sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo*,⁸ não se pode olvidar que a partir do momento em que o Estado avoca o direito de punir, é estabelecido um avanço no sentido do distanciamento da vítima do conflito em que ela estava inserida. A vítima, como titular primário do bem jurídico colocado em risco ou violado, está envolvida (diretamente) no conflito e, por isso, diante da hipérbole da paixão de seus sentimentos é, mais das vezes, irracional. Afastá-la do conflito foi prudente, além de ser o início para a erradicação da vingança privada e para a concretização da proporcionalidade da sanção pelo desvio praticado. Mesmo diante das mazelas do sistema penal, a retirada da vítima do conflito foi avanço civilizatório e vitória do Estado moderno.

Durante a trajetória histórica da humanidade percebe-se que o homem sempre associou-se aos outros homens. Buscou viver em grupo ao revés de isolar-

cato, atuantes na tarefa de socializar o indivíduo levando-o a adotar os valores socialmente reconhecidos e os respeite, independentemente da ação ameaçadora e repressiva do direito penal, que constitui uma espécie de controle social, mas de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle (...). “Quando os controles sociais informais de vinculação com a sociedade convencional são insuficientes ou deixam de existir, ou quando há déficit de autocontrole, e põe-se acima de qualquer relação custo-benefício a vontade do indivíduo de satisfação imediata dos desejos, surge a possibilidade da prática delituosa, que fere os mais altos e relevantes interesses da sociedade. Busca esta, então, impedir e depois reprimir a realização do crime por meio das instâncias formais de controle, ou seja, recorrendo à estatuição de normas cogentes, positivadoras e protetoras de valores sociais, que imponham sanções reductoras de direitos àqueles que as infringem. Adota-se a ameaça de restringir direitos, punir, com a intenção de assegurar a obediência às regras consagradas dos interesses relevantes para a vida social, legitimando-se o uso da força para garantir a preservação de valores essenciais revelados pela história e reconhecidos pela coletividade. Se não houvesse o direito penal a sociedade sentir-se-ia desprotegida, pois incapacitada de responder por meio da ameaça de sanções aos atos lesivos que desestabilizam a convivência social (...).” “O crime vem a ser um fato normal da vida social, e não uma doença, pois não há sociedade em que não exista, chegando Durkheim a asseverar que *é um fator da saúde pública, uma parte integrante de qualquer sociedade sã*.” No mesmo sentido, René Ariel Dotti salienta o recurso às *instâncias formais* (a lei, a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as instituições e os estabelecimentos penais) e às *instâncias materiais* (a família, a escola, a comunidade (associações, sindicatos) etc.) (*Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3).

8. Por todos, cf.: Nilo Batista. *Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 25-26.

se.⁹ Nesse intuito associativo é básico destacar que, em grande parte do tempo, houve a presença da religião e da magia como fatores norteadores da vida primitiva. Esta visão divina e ao mesmo tempo mística dificultou a resolução dos conflitos no plano da racionalidade, vez que o homem primitivo não se regia por uma lógica construída com a racionalidade moderna, mas muitas vezes, construída a partir de mitos, rituais, símbolos e/ou ficções. O homem primitivo era privado de racionalidade e de qualquer sistema ou estrutura jurídica, tendo como base social preceitos religiosos/divinos, morais, éticos. Diante da ausência da secularização, reinaram a irracionalidade e a barbárie, sendo a época propícia para o surgimento de *proibições*,¹⁰ especialmente, da *vindicta*.¹¹ Para Ferri a reação à agressão ou deno-

9. Os penalistas diagnosticaram este fenômeno quando escreveram sobre a história do direito penal. Vale citar, à guisa de exemplificação, Aníbal Bruno e José Frederico Marques. Aníbal Bruno justifica o fenômeno ao afirmar que os grupos humanos são decorrentes de uma "força do impulso de associação, que marca de maneira tão profunda o destino dos homens" (*Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 68). O dado também foi identificado por José Frederico Marques como sendo uma "inclinação natural do homem" (*Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. I, p. 1).

10. Sobre as denominadas "proibições" vale destacar o alerta de Sebastián Soler com base em Durkheim (*L'Année Sociologique*), ao afirmar que as "proibições" demonstram que as formas primitivas do direito penal são mais públicas do que privadas, contrariando os penalistas que sugerem as hipóteses da vingança privada: "El hecho más importante que se destaca del estudio de ese género de prohibiciones es que ellas, si bien tienen un carácter fundamentalmente religioso, también desempeñan una función civil. Los tabú civiles no son sino una extensión más reciente de los tabú mágicos o religiosos, que son el fundamento de la institución. Este tipo de prohibiciones tiene un fundamento mágico. La acción mágica asume una forma positiva, el hechizo, consistente en hacer una cosa para que se produzca un evento deseado, y una forma negativa, el tabú: si haces tal cosa, sucederá tal desgracia. Las construcciones que ven el origen de la penalidad en la venganza parecen apoyarse sobre todo en la idea de que el homicidio es crimen por excelencia; pero descuidan de que el elenco primitivo de prohibiciones se integra por una larga serie de acciones cuya sanción no tiene una explicación simple y natural, sino que está fuertemente impregnada de sentido sobrenatural y religioso" (*Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. I, p. 50-51).

11. Sobre o tema, Soler adverte: "En particular nos parece arriesgada la afirmación de que la venganza individual y privada represente el origen de la actividad represiva. De ella puede decirse que es una forma de pena, pero no parece que pueda elevarse hasta considerarla el origen mismo de la actividad repressiva" (Op. cit., p. 50-51). Aníbal Bruno, com base nas investigações de Ellsworth Faris e Malinowski, ressalta: "A vingança foi um fato geral entre as tribos, uma exercendo sobre outro ato vingativo contra ação agressiva a qualquer dos seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo, ou assim suposta de acordo com as idéias mágicas dominantes

minada “vingança defensiva” é instinto fundamental do homem primitivo. “A vingança privada como ressentimento emotivo e reação defensiva tende inevitavelmente para o excesso.” Ao tratar do tema, Ferri menciona os institutos do talião e da composição como os “primeiros progressos” da civilização. O talião, primeiramente e, posteriormente, a composição foram impostos pela própria coletividade como normas limitadoras, servindo como restrições à *vindicta*.¹²

Por isso, reafirmo que o conflito sempre existirá, vez que, como disse, é inerente à condição humana. O que importa, então, é saber se há real inovação nas suas formas de resolução. Nesse ponto, para compreensão do fenômeno é imprescindível a lição de Luigi Ferrajoli: “Históricamente, en efecto, el derecho

nos grupos arcaicos. Foi consequência da solidariedade entre os membros do mesmo clã, que é uma das forças de coesão e, portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra e não uma pena”. “Depois é que a vingança aparece como reação dentro do grupo. Mas aparece pelo desdobramento do grupo em grupos secundários. É o tempo também em que o aumento da complexidade da vida e das normas multiplica os desajustamentos e as violações que as normas condenam.” “A vingança é sinal de ausência de uma ação pública punitiva, é ainda a guerra entre grupos, embora dentro do agrupamento maior, e, assim, aparece como fora do círculo da autoridade do grupo, até o momento em que se torna reconhecida ou é mesmo tornada obrigatória pelo Poder Público. Porque há um momento em que a vingança deixa de ser um direito para tornar-se um dever e, então, verdadeiro rudimento de pena, atuando o vingador, por assim dizer, como agente do poder punitivo do grupo” (Op. cit., p. 70 *usque* 72).

12. “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela *vindicta* defensiva (olho por olho, dente por dente). E também a composição, pela qual o ofensor com o pagamento de gados, armas, utensílios ou dinheiro, se resgatava da vingança do ofendido – como que agora entre os povos civilizados não pode impedir o exercício da justiça penal, pertencente somente ao Estado e aos seus representantes –, foi, no início da civilização, um importante instituto de progresso moral e jurídico, tendente a atenuar e a regular os excessos e as consequências da vingança pessoal e familiar” (*Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931. p. 9). Ainda sobre a vingança praticada por grupos de vítimas e sobre os excessos praticados, destaco Sebastián Soler ao estabelecer que “la venganza es una obligación religiosa y sagrada”, “(...) el sistema talional, supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo social considerable. Por él la venganza se limita en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo, diente por diente, según la enunciación de la ley mosaica. En el Código de Hammurabi (1955-1912 a. J. C.) se encuentran también numerosas formas de retribución talional”. Soler también se manifiesta sobre a composição, no sentido de que “la existencia de un sistema de composiciones es sumamente extendida en todo el mundo, y especialmente entre los pueblos que llegan a tener una moneda – compensar las ofensas delictivas mediante un sistema de pagos” (Op. cit., p. 54-55).

penal nasce no como desenvolvimento, mas como negação da vingança; não em continuidade, mas em descontinuidade e conflito com ela. E se justifica não com o fim de garantizá-la, mas com o de impedi-la. É bem certo que nos orígenes do direito penal a pena substituiu a vingança privada. Mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem muito menos justificável axiológicamente com o fim de satisfazer melhor o desejo de vingança, que é de por si uma ‘culpável e feroz paixão’, mas, ao contrário, com o de pôr-lhe remédio e prevenir suas manifestações. Em este sentido bem se pode dizer que a história do direito penal e da pena corresponde à história de uma longa luta contra a vingança. O primeiro passo de esta história se produz quando a vingança se regula como direito-dever privado, incumbente à parte ofendida e seu grupo de parentesco segundo os princípios da vingança da sangue e da regra do talion. O segundo passo, bastante mais decisivo, tem lugar quando se produz uma dissociação entre juiz e parte ofendida, e a justiça privada – as represalias, os duelos, os linchamentos, as execuções sumárias, os ajustes de contas – não só se deixa sem tutela mas que se proíbe. O direito penal nasce precisamente em este momento: quando a relação bilateral parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral na qual se situa em uma posição de terceiro ou imparcial uma autoridade judicial. Por isso, cada vez que animam a um juiz sentimentos de vingança, de parte ou de defesa social, ou que o estado deixa sítio à justiça sumária dos particulares, o direito penal retrocede a um estado selvagem, anterior à formação da civilização”.¹³

O Estado avoca o *jus puniendi* e a partir da reconstrução do conflito social – como um fato-penal pretérito –, pelo devido processo penal de garantias busca, em caso de comprovação inequívoca da responsabilidade criminal subjetiva, racionalizar o conflito existente entre o desviante e a vítima. Num exercício de resolução de conflito o Estado monopoliza a justiça penal.

13. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 333-334.

Todavia, quer se queira ou não, os efeitos nefastos da vingança privada ainda estão bem presentes na justiça criminal brasileira, especialmente representados pela ideologia repressivista de determinados movimentos de política criminal – leia-se Tolerância Zero e/ou Lei e Ordem.¹⁴ Claro é que o horizonte de projeção do direito penal estatal deve restar limitado à racionalidade de seu poder punitivo. Do contrário, impera o arbítrio, a tirania e o abuso de poder. Daí a importância da afirmação de movimentos políticos de resistência teórica e prática que visem maximizar garantias e limitar o poder punitivo estatal, a fim de evitar e/ou minimizar violações aos direitos fundamentais.¹⁵

Disso resulta que o afastamento da vítima, a fim de evitar a influência de seus anseios de vingança privada, é salutar para a resolução dos conflitos em que ela está inserida. Para o Estado resta a reconstrução do fato-penal pretérito por meio do justo processo como categoria fundamental de resolução e, ainda, a busca da proporcionalidade entre violação ao bem jurídico tutelado e a reprimenda penal.

Daí a relevância do modelo garantista de democracia constitucional proposto por Luigi Ferrajoli. No modelo do *garantismo penal* – como sistema jurídico escorado em duas órbitas de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais) –, há uma notória relação de reciprocidade (*biunívoca*) entre as duas esferas de garantias, que valem não somente por si mesmas, isoladamente, mas também, conjuntamente, como garantia recíproca de sua

14. Sobre o conceito do Movimento de Lei e Ordem, ver René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*, cit., p. 21-22.

15. Nesse ponto, a função do Movimento Antiterror, presidido por Luís Guilherme Vieira (com apoio dos prestigiados institutos IBCCrim, Itec e ICC) é exemplar, sendo recomendável a leitura da Carta de Princípios do Movimento Antiterror: “O Movimento Antiterror pretende, com a sensibilidade e a consciência de cidadãos que há muitos anos se dedicam ao estudo dos problemas da violência e da criminalidade e também com o entusiasmo e o coração dos estudantes que sempre advogam a causa da dignidade do ser humano, proporcionar ao país e à nação um material de reflexão para a adoção de novos caminhos em favor da segurança popular e da eficiência na administração da justiça” (“Carta de princípios do Movimento Antiterror”. *Revista de Estudos Criminais* 10/7-19. pub. Itec/PUC-RS. Porto Alegre: Notadez, 2003).

efetividade. As garantias são imprescindíveis tanto no plano estrutural como no plano funcional. As garantias substanciais só serão efetivas quando forem objeto de uma instrumentalidade na qual sejam asseguradas ao máximo a legalidade penal e processual penal, a imparcialidade, a veracidade e o controle. Segundo Luigi Ferrajoli “la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en matéria penal”¹⁶

Como premissa fundamental para a resolução dos conflitos defendo, como regra, que os mesmos resem a cargo do Estado, sem desconhecer, contudo, que em algumas hipóteses excepcionais, poderá o conflito de menor significância (aquele que escapar do filtro descriminalizador), ser solucionado por outros meios conciliatórios que compõem a sociedade pluralista.

Quando o conflito chega à justiça retratado em infração com dignidade penal, é porque merece ser solucionado à luz de um modelo de garantias que se legitima como um sistema de poder mínimo, no plano político, capaz de minimizar violência e de maximizar liberdade. Faço coro com a opinião de Salo de Carvalho

16. *Derecho y razón...*, cit., p. 537. Com mais detalhes em Alexandre Wunderlich: “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro”. In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 21. Quero deixar claro que acredito na visão moderna e garantista do princípio da legalidade, colocando em destaque a relação infinita entre tal princípio e o processo penal constitucional. Nicolaz Gonzales-Cuellar Serrano explica o princípio da legalidade penal e sua garantia processual criticando o enfoque tradicional diante da sua insuficiência. Primeiro, o princípio deve ser entendido como dogma fundamental iluminista que se desdobra em quatro postulados garantistas de grande transcendência: (i) *garantia criminal* (princípio de legalidade criminal, *nullum crimen sine previa lege*); (ii) *garantia penal* (princípio de legalidade penal, *nulla poena sine previa lege*); (iii) *garantia jurisdiccional* (princípio da legalidade processual ou do devido processo penal, *nemo damnetur nisi per legale iudicio*) e (iv) *garantia jurisdiccional executória* (princípio de garantia processual na fase da execução da pena, *nulla poena sine executione*). Em segundo, o princípio da legalidade deve ser visto também como fonte de um princípio de “tipicidade processual”. Conforme anota o autor, a lei processual penal tem que tipificar tanto as condições de aplicação como o conteúdo das intromissões dos Poderes Públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos indivíduos. A legalidade, além de ser o nervo estrutural do direito penal substancial e do próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, por isso desdobra-se em outros postulados de natureza instrumental que, conjuntamente, formam a possibilidade de efetivação de garantias legais. Percebe-se, pois, a reciprocidade entre o plano substancial e o plano instrumental (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1998. p. 71).

e reivindico a adoção de uma teoria do *garantismo penal* para que se consiga estabelecer “critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”. “Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.”¹⁷

Para que esses critérios de racionalidade e civilidade sejam (realmente) implantados, básico seria firmar a tutela constitucional como palco do processo como meio de resolução de conflitos. Para tanto, há de se exigir: (i) a constitucionalização do processo penal, a partir do fenômeno da constitucionalização das garantias fundamentais, como preleciona Juan Montero Aroca;¹⁸ (ii) o reconhecimento da ausência de uma teoria geral do processo penal para que se possa romper com o mito de que o processo penal é um “braço” da teoria geral do processo civil; e (iii) a identificação das razões da carência da formação de um processo penal de garantias individuais e não de defesa social, a fim de que a visão instrumental do processo esteja conectada aos princípios reitores do processo penal (estabelecidos constitucionalmente).

Pleiteio, assim, um *processo penal justo* por intermédio de um devido processo, que busca, nas palavras de Adauto Suannes, “a eticização da conduta do Estado enquanto ocupado na prevenção e repressão de condutas desviantes. É buscarmos na dignidade do ser humano, independentemente dos valores religiosos e filosóficos que se reconheçam ou não se reconheçam, a razão de ser dessas regras básicas que a necessária atuação do Estado, por seus agentes, diante das condutas desviantes, deve obedecer. Segurança de todos sem prejuízo da

17. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17. Com mais detalhes e na linha de Luigi Ferrajoli, o autor estabelece o princípio da secularização como princípio maior do modelo garantista e como caracterizador do modelo republicano nos Estados Democráticos de Direito (inserção constitucional), além de delimitar o garantismo penal, o uso alternativo do direito e o papel (crítico) do operador jurídico.

18. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 115.

segurança de cada um”.¹⁹ É, em resumo, aceitar a *Constituição como lei suprema do processo penal*²⁰ e o devido processo legal como instrumento efetivo de garantias, “como conjunto de exigências éticas para garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo”.²¹

3. A Lei 9.099/1995 e a revitalização da participação da vítima na resolução do conflito: *idolatria do novo*

O Texto Constitucional de 1988 estabeleceu em seu art. 98, I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com recurso a expressões novas – juizados especiais e infrações penais de menor potencial ofensivo –, a Constituição Federal indicava o novo rumo do processo penal nacional. Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “era um aceno a uma nova perspectiva, com os limites fixados no texto e, por óbvio, para gerar uma estrutura compatível com os demais princípios regentes da matéria na própria Carta”. Naturalmente, “haver-se-ia, portanto, de se ter cautela e, por evidente, em face da novidade, proceder-se a um longo percurso de discussão e construção sólida daquilo que, desde logo, mostrou-se como uma grande esperança à modernização – e democratização – do processo penal brasileiro”.²²

19. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 82 e 129.

20. Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena e Valentín Cortes Domínguez falam em “fortalecimento das garantias do processo justo” (*Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999. p. 59).

21. Suannes. Op. cit., p. 83.

22. “Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional”. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347-358.

De fato a Lei 9.099/1995 revolucionou o sistema processual penal brasileiro, trazendo novos institutos como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na expressão de René Ariel Dotti, a lei trouxe “substitutivos processuais” que “abriram oportunidade para as *práticas de despenalização*”.²³ No que concerne especificamente à criação do procedimento sumaríssimo, a legislação inovou com a previsão de resposta à acusação antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime e com o deslocamento do ato processual de interrogatório para o final da instrução criminal.

Ocorre que a lei, os institutos e o procedimento não foram meramente recepcionados pela doutrina e consagrados na jurisprudência dos tribunais. Depois de alguns anos de aplicação da Lei 9.099/1995, contando com a dilatação do conceito de infração de menor potencialidade ofensiva que foi redesenhado pela alteração originária da Lei 10.259/2001, é possível diagnosticar com exatidão o fenômeno que houve: a divulgação insensata e acrítica da “novidade”, representada, particularmente, por um número infinito de publicações de última hora, despidas, muitas delas, de qualquer comprometimento científico.

Em manifesto lançado contra os Juizados Especiais Criminais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho agudiza a crítica à legislação ao afirmar que a Lei 9.099/1995, “para se dar cumprimento ao preceito do art. 98, I, da Constituição da República, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária” e que, isto, “consagra nomes”, “mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos”.²⁴ A contribuição de Jacinto Coutinho é imprescindível, sendo a leitura de seu manifesto absolutamente necessária para que se verifique a situação atual dos juizados e para que reste registrado que o amplo debate acadêmico pleiteado por ele quando da promul-

23. *Curso de direito penal...*, cit., p. 663-665.

24. *Idem*, *ibidem*.

gação da lei, simplesmente não aconteceu. Sendo o tempo de maturação para a implementação dos novos institutos penais determinado, à escassez, pela própria Lei 9.099/1995; a lei entrou em vigor no prazo de *sessenta dias* após a sua publicação.²⁵ Os conceitos foram simplesmente lançados prontos, foram ofertados objetivamente, ao contrário de serem construídos.

Hoje, penso que houve uma idolatria ao novo. O discurso jurídico oficial que empregou constantes metáforas foi o da “revolução”, do “notável avanço”, da “evolução”, do “modernismo”, como diagnosticou Geraldo Prado em importante “incursão no terreno da linguagem de saudação da Lei 9.099/1995” em sua tese doutoral sobre o instituto da transação penal. Geraldo Prado identifica um fenômeno que passou oculto (*ou foi ocultado?*) pelo olhar complacente de parte da doutrina e verifica que “não há inocência nas palavras verbais”, salientando que “no campo do discurso jurídico não há neutralidade, nem mesmo quando, aparentemente, existe uma certa convergência de opiniões”. “Os termos e expressões da nossa linguagem, mais do que refletir a realidade, buscam, na tradição do discurso jurídico brasileiro, conformar esta própria realidade, conferindo sentido supostamente unívoco ao que a prática jurídica revela ser ambíguo, polêmico e controvertido.”²⁶

25. Miguel Reale Júnior assevera que simultaneamente à tramitação do projeto de lei de autoria do Deputado Michel Temer na Câmara, que redundou na Lei 9.099/1995, corriam os trabalhos de Comissão constituída no Ministério da Justiça, sob a presidência do Min. Sálvio de Figueiredo, destinada à elaboração de projetos de modernização do Código de Processo Penal. Esta comissão, segundo Reale Júnior, “destinava-se à feitura de projetos pontuais, visando primordialmente, à celeridade da Justiça, mas com a preservação da segurança jurídica”. “E a tônica destes projetos, a exemplo do que ocorria com o projeto Frederico Marques, depois revisado por Rogério Lauria Tucci, consistia na garantia da ampla defesa e do contraditório. Exemplo deste aspecto estava no exame preliminar das condições da ação, no momento do recebimento da denúncia, a ser precedido pela contestação da acusação pela defesa técnica. (...) Portanto, ressaltam-se o direito de defesa e o devido processo legal, o processo justo.” “O respeito a estes princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo, foram absolutamente desatendidos na Lei 9.099/1995 no que tange à disciplina adotada com relação à transação. Esta lei, tão proclamada, tão festejada, é, a meu juízo, manifestamente inconstitucional, nesta parte” (“Pena sem processo”. In: Antônio S. de Moraes Pitombo (Org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 25-26).

26. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

Conjuntamente com Salo de Carvalho tive a oportunidade de instar o diálogo sobre a justiça penal consensual, sublinhando que com o passar dos anos os juristas têm esquecido (*ou fazem questão de não lembrar?*) o método da dialética acadêmica. A ausência de debate e a publicação de textos sem critério científico ou mesmo sem qualquer investigação empírica vêm construindo o paradigma da miséria acadêmica dos últimos anos. Idéias nascem e, sem que seja efetivado um processo de hermenêutica do diálogo entre os sujeitos que compõem a comunidade jurídico-pluralista, são implantadas como verdades oficiais. Invariavelmente reproduzidas em linguagem coloquial e despidas de cerimônia, estas verdades são servidas em manuais que reproduzem um conhecimento epidérmico, deflagrando assim a crise do ensino jurídico nacional.²⁷

A temática objeto deste articulado está devidamente contextualizada no processo histórico pelo qual atravessa o direito penal. A crise do Estado-nação, a perda da soberania estatal, a privatização da justiça penal, a imposição de modelos importados e a ausência de uma política criminal de fortalecimento e preservação das garantias individuais dão colorido ao cenário que vem se desdortinando em matéria processual penal. Por isso, estou com Geraldo Prado: “(...) o processo ideológico de reconfiguração do capitalismo contemporâneo não é levado em conta no instante de submeter a exame as novas ordens legais”. “O contexto no qual o texto legal está inserido é com freqüência ignorado pela doutrina, que chama a si a tarefa de expressar as interpretações válidas das normas jurídicas; além disso, não figura na pauta de exame doutrinal a forma como se articulam as diversas instâncias, grupos e classes sociais, portadores de interesses antagônicos, e também destinatários diferenciados de mecanismos de disciplina de controle social.”²⁸

27. Diálogos sobre a justiça dialogal, cit., p. vii.

28. Elementos para uma análise..., cit., p. 4.

4. Da euforia à *praxis*: de novembro de 1995 a outubro de 2003

Depois desses quase oito anos de experiência de justiça penal consensual com a Lei 9.099/1995, atrevo-me a realizar algumas ilações. Tenho, de militância na advocacia criminal e de atividade docente, a mesma idade da lei. Não é muito, menos de uma década de lida criminal, mas me permite realizar um diagnóstico, pois acompanhei o desenvolvimento dos Juizados Especiais Criminais, vez que praticamente amadureci com a legislação. Minha *praxis* diária iniciou com o acompanhamento da implementação pioneira dos Juizados Especiais no Estado do Rio Grande do Sul e culminou com minha participação na Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça em 2002. Por isso, escrevo sobre a minha *praxis* cotidiana, sobre o que vi e vejo acontecer no foro criminal.

O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei 9.099/1995, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz.

Mas não é só. Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro em agosto de 2002, como um dos membros da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, tive a oportunidade de escutar um relato sobre a realização de “audiências coletivas” – conciliações e transações penais formuladas indistintamente aos supostos autores dos fatos e, pior, com índice de aceitação geral. Na

mesma ocasião constatee empiricamente a insatisfação dos movimentos feministas e das ONGs de estudos de gênero com relação ao que denominam de impunidade do autor do fato nos conflitos com violência contra a mulher. O desabafo foi geral. Um jovem magistrado carioca fez uso da palavra para retratar o seu cotidiano dramático. Primeiro, referiu que não tinha aptidão para ser conciliador e, após, justificou que não tinha tempo para conciliar em face do excessivo número de conflitos que abarcavam em seu juizado. A insatisfação se deu às inteiras, das partes aos juízes.

Necessário, pois, conveniente, salientar que a Lei 9.099/1995 caiu em desgraça. Dos partícipes dos Juizados Especiais Criminais ao senso comum que reproduz o imaginário social o que se percebe é um sentimento de insatisfação à mercantilização do conflito. Os movimentos radicais ressaltam a “impunidade”. Os movimentos de resistência garantista exaltam a aplicação de pena sem acusação formal e sem o devido processo legal e, ainda, outras violações às garantias constitucionais. Em que pese parecer um contra-senso, não o é. O diagnóstico da justiça penal consensual não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise.

Minhas impressões caminham no sentido da afirmação de que a tentativa de introduzir uma justiça penal consensual no Brasil foi, infelizmente, um fracasso. E não poderia ser diferente, pois a própria justiça, a não consensual, também o é. Como disse, se o sistema penal em sua inteireza é mesmo um sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo, não haveria outro caminho à Lei 9.099/1995. O sistema é, pois, em si mesmo, um instrumento capaz de produzir seus reféns. Com os Juizados Especiais Criminais não foi diferente.

Do empírico ao científico, passo a desenvolver as dez razões para o diagnóstico.

§ 1.º *O excessivo número de conflitos e a burocratização judicial.* Com o advento da Lei uma série de tipos sem qualquer dignidade penal, e que poderiam ser descriminalizados, acabaram revigorados. Contravenções que estavam desaparecidas hoje engordam as prateleiras forenses. O número excessivo de con-

flitos e a ausência de estrutura cartorária – em alguns Estados ainda não houve a implantação dos Juizados –, impedem, por razões de tempo e de pauta, que o juiz promova um *real processo conciliatório* entre os partícipes do conflito. Nos Juizados Criminais têm imperado a ausência de diálogo! Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, em excelente investigação sobre a implantação dos Juizados Especiais em Porto Alegre, registrou: “Com a implantação dos Juizados Especiais, havia a expectativa de uma significativa redução do movimento processual nas Varas Criminais Comuns, que poderiam concentrar a atenção nos delitos mais graves. A análise do movimento processual verificado na Comarca de Porto Alegre nos dois anos anteriores e posteriores à implantação dos Juizados não confirma essa expectativa. Tomando por base os dados fornecidos pelos mapas de andamento processual da Corregedoria-Geral de Justiça do TJRS referentes à Comarca de Porto Alegre para o período considerado, o que se verifica é que, enquanto nos anos de 1994 e 1995 foram distribuídos para as Varas Criminais Comuns em torno de 6.000 processos por ano, em 1996 o número de processos distribuídos salta para 54.687, baixando para 37.608 processos no ano de 1997. Desagregando-se os processos distribuídos e julgados pelo tipo de Vara Criminal, constata-se que, enquanto nos anos de 1994 e 1995 a grande maioria dos processos (80 a 90%) eram distribuídos e julgados pelas Varas Comuns, ficando um pequeno percentual para as Varas do Júri e de Trânsito, a partir de 1996 os Juizados Especiais Criminais passam a responder por 80% do movimento processual criminal em Porto Alegre, chegando a 90% dos processos julgados no ano de 1997. Apesar da significativa redução percentual, o volume de processos distribuídos nas antigas Varas Criminais se mantém praticamente inalterado. Como essas Varas foram reduzidas a partir da criação dos Juizados de 18 para 14, há de fato um aumento do número de processos para as Varas Criminais Comuns. A conclusão é que, em vez de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais,

sendo resolvido através de processos informais de 'mediação' (ou 'intimidação') nas delegacias de polícia. Com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995, as ocorrências policiais deste tipo de crime, que se encontravam nas delegacias, aguardando a realização de inquérito policial, e que normalmente resultavam em arquivamento pela própria polícia civil, foram remetidas para os Juizados Especiais, o que resultou em um número de processos distribuídos no ano de 1996 superior em quase 30% ao ano de 1997. Os indicadores do movimento processual penal no período considerado permitem ainda que se faça o cálculo dos índices de demanda, produtividade e eficiência do sistema penal. O Índice de Demanda Judicial Média (IDJM) é obtido pela divisão do número total de processos distribuídos pelo número de Varas e Juizados Criminais existentes, e corresponde ao número médio de processos distribuídos por Vara".²⁹⁻³⁰

§ 2.º O processo de seletividade exercido pela vítima e o seu "poder denunciante": a facilidade do registro do termo circunstanciado e a obrigatoriedade

29. *Informalização da justiça e controle social*: estudo criminológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre 13/134-137. São Paulo: IBCCrim, 2000. Monografia Jurídica.

30. Mesmo realizando uma crítica à aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Luiz Flávio Gomes salienta avanços: "São poucas as estatísticas de que dispomos até aqui sobre o funcionamento dos Juizados Criminais. Sabe-se, entretanto, que diminuiu sensivelmente o número de denúncias, assim como o número de processos em andamento. Em 1994 havia 682.257 processos em andamento na Justiça Criminal comum do Estado de São Paulo; em 1999, apesar do aumento da criminalidade e da população, esse número era de 658.196. Em 1995 foram recebidas 168.445 denúncias e queixas no Estado de São Paulo; em 1999, 134.073. Não há dúvida de que a diminuição se deve à Lei dos Juizados. Muitos fatos delituosos que seriam objeto do tradicional processo tiveram solução consensual (arts. 74 e 76), isto é, não ingressaram no sistema clássico. É sensível, de outro lado, a diminuição do movimento forense, seja em primeiro grau, seja sobretudo no Tribunal de Alçada Criminal. Nota-se uma clara desburocratização. Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agora dos Juizados Criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de Administração de Justiça está gastando menos para a resolução desses conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a freqüente prescrição nas infrações menores. As primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis. De qualquer modo, o futuro (próspero) dos juizados, inclusive agora também no âmbito da Justiça Federal, passa por inadiáveis ajustes e correções. É preciso fazer um sério balanço crítico do sistema consensual e eliminar do seu seio algumas anomalias e imperfeições (...)" ("Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): aspectos criminais". In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal...*, cit., p. 233).

do encaminhamento aos Juizados. É fato notório que com o advento dos Juizados basta uma diligência na delegacia de polícia para que o autor do fato seja chamado ao Poder Judiciário. Isso, ao meu ver, ocasionou uma hipervalorização do termo circunstanciado e da palavra da vítima. A vítima é ciente de que com a sua narrativa colocará o autor do fato à frente do juiz. Muitas vezes este instrumento é utilizado de forma abusiva e com intuito vingativo. Em alguns casos o autor é obrigado a constituir defensor e comparecer ao judiciário, mas na verdade houve um registro de ocorrência que narra um fato inexistente ou que não retrata a verdade. Isto porque não há qualquer investigação sobre aquilo que foi narrado. Além disso, o autor da suposta infração acaba por aceitar qualquer benefício que lhe seja formulado em audiência a fim de evitar um eventual processo. Em sua investigação sobre os Juizados Criminais de Porto Alegre, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo constatou que “a partir da análise dos dados estatísticos, é que a seletividade do sistema, antes exercida pela polícia, agora é colocada nas mãos da vítima/denunciante. Basta que esta se dirija até a autoridade policial e comunique a ocorrência de um delito de menor potencial ofensivo, para que esta comunicação dê origem a um termo circunstanciado. A polícia deverá encaminhar obrigatoriamente todos os termos circunstanciados para os Juizados Especiais Criminais, sem a necessidade do inquérito policial, dando início ao processo. Considerando o poder de movimentar a justiça penal que é colocado nas mãos da vítima, e a possibilidade de obtenção da reparação do dano através da ação penal, há sem dúvida um maior protagonismo da vítima nos Juizados em comparação com o processo penal tradicional, em que o Estado é considerado o titular exclusivo do direito de punir”.³¹

§ 3.º “*Ser decisor*” e “*ser conciliador*”: o despreparo dos juízes na mediação do conflito. O juiz não é, não tem e via de regra não quer ter formação conciliatória. Exceto em casos eventuais, o magistrado que carrega em sua personalidade a aptidão para promover o consenso, busca uma formação transdisciplinar para reso-

31. Informalização da justiça e controle..., cit., p. 163.

lução dos conflitos representados nos termos circunstanciados que chegam aos Juizados Criminais. Em regra os juízes não recebem qualquer formação transdisciplinar (psicológica, sociológica etc.) capaz de trazer-lhes um manancial teórico ou capacitá-los para a mediação do conflito via processo de conciliação. Invariavelmente, a formação do magistrado brasileiro é meramente técnico-jurídica, formalista e limitada à subsunção da lei ao caso penal. O juiz não tem formação de mediador. O juiz é preparado para ser um decisor e não um conciliador.³²

§ 4.º *A ausência da vítima em audiência: criação do instituto da desistência tácita em ação penal pública.* Há indicativo de realização de audiências sem a participação da vítima, o que representa impossibilidade de consenso, privando-a e, também, o autor do fato da possibilidade conciliatória. Em alguns Estados houve a criação do instituto da *desistência tácita*. Sendo a vítima intimada a comparecer à audiência preliminar e não comparecendo, se presume a desistência tácita da representação nas infrações penais que a exigem e, em algumas oportunidades

32. Uma alternativa viável é a implantação do projeto de *Casas de Conciliação*, nas quais as partes envolvidas nos conflitos seriam atendidas por mediadores, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais a fim de realização da mediação. Após este primeiro atendimento, as partes seriam encaminhadas ao Judiciário para a audiência preliminar. Outras alternativas também podem contribuir para a existência de um real processo de conciliação/mediação. O Movimento Antiterror pleiteia em sua carta de princípios a construção de “*Centros Integrados de Cidadania (CICs)* a fim de reocupação, pelo Estado, nas periferias das grandes cidades, das áreas abandonadas pelo Poder Público e a implementação de políticas na área social, redutoras da violência e da criminalidade. Incumbe ao Estado prover equipamentos para tornar possível a reestruturação de espaços públicos, sobretudo escolas, à disposição das comunidades fora dos horários curriculares para estimular vários tipos de aprendizado e lazer. As ações preventivas devem ser conjugadas entre a comunidade e a polícia para se alcançar resultados positivos assim como ocorreu no Jardim Ângela, onde a criminalidade apresentou acentuada redução após a instalação de postos de policiamento e esporte. Outra experiência deve ser mencionada. Ela ocorre em ponto limítrofe do Município de São Paulo, no bairro de Itaim Paulista, com o funcionamento de um Centro de Integração da Cidadania (CIC), reunindo o Juizado Especial Cível, Ministério Público, delegado de polícia, destacamento da Polícia Militar, agência do Procon e auxiliares técnicos (assistentes sociais e psicólogos). Em face da presença desses agentes e de benéfica atuação, os conflitos passaram a ter mediação acessível. O Movimento Antiterror também sugere os *Plantões sociais em delegacias de polícia*. A criação dessa modalidade de plantão nas delegacias de polícia reunindo assistentes sociais, insere-se num conjunto de medidas de prevenção da criminalidade mais grave e revela a atuação moderadora do Estado em conflitos de rotina”.

até nas ações públicas incondicionadas, sendo o conflito suscitado por ela na delegacia de polícia arquivado no Juizado Criminal. Ou seja, em muitos casos, a vítima representa perante a autoridade policial mas por motivo de força maior não se faz presente na audiência preliminar conciliatória e, diante disso, presume-se o seu desinteresse no caso, arquivando-se o mesmo.

§ 5.º *Conciliação infrutífera nos casos de violência contra a mulher e ausência de assistência estatal no pós-conflito.* Não se pode desconhecer a gravidade dos conflitos que envolvem violência doméstica. A Lei 9.099/1995 trouxe, como condição específica da ação, a exigência de representação da vítima nos casos de lesões corporais leves e culposas. O que por um lado restringe a atuação do Estado na resolução do conflito e importa minimização penal, reproduz, em grande medida, um “sentimento de impunidade” retratado pelas ONGs feministas, visto que há casos em que a mulher não reúne condições que lhe permita uma representação contra o seu companheiro/cônjuge agressor. Soma-se mais outro adinículo. Nas infrações praticadas com violência contra a mulher, especialmente aquelas praticadas no lar, o processo conciliatório é, de regra, infrutífero, pois o Estado não promove qualquer acompanhamento das partes após a resolução/mediação preliminar do conflito. A conciliação legal/jurídica, formalizada em audiência, é desacompanhada de qualquer outra forma de assistência (social, econômica, psicológica etc.). Desamparada a mulher é duplamente vitimada, sendo que para o Estado o conflito está resolvido. Sobre este ponto, merece destaque a investigação de Carmen Hein de Campos: “A pesquisa realizada me permite dizer que o Juizado Especial Criminal não oferece a solução de que as mulheres necessitam”.³³

§ 6.º *O descumprimento dos termos legais da audiência preliminar: audiências a distância e/ou coletivas.* Nos casos em que a vítima e o autor do fato residem em comarcas diferentes, não há audiência de conciliação. Há casos de com-

33. “Justiça consensual e violência doméstica”. *Textos bem ditos*. Porto Alegre: Themis, 2002. n. 1, p. 43.

posição e transação penal realizadas por carta precatória, o que desfigura a audiência preliminar conciliatória. Existe, em alguns Estados, a realização de “audiências coletivas” – de uma forma absurda e humilhante para o cidadão, há reunião de vários termos circunstanciados e existe formalização de uma única proposta (genérica) de conciliação e/ou transação penal, o que desnatura por completo a audiência conciliatória determinada na lei, trazendo descrédito e desprestígio à justiça penal (consensual).

§ 7.º *Realização de audiências sem a presença do Ministério Público e as partes sem assistência jurídica.* Sabe-se da realização de centenas de audiências com vítimas e autores do fato desacompanhados de advogados privados ou defensores públicos. A ausência de advogados, a rapidez da audiência e a falta de um real processo conciliatório, não permitem aos atores – vítima e autor do fato –, compreender o que foi determinado. As partes envolvidas no conflito não entendem o que transcorreu na sala de audiência e muito menos o que foi determinado pelo juiz. A investigação de Rodrigo G. Azevedo nos primeiros anos de aplicação da lei, “permitiu verificar em que medida a legislação vem sendo cumprida, e quais os pontos em que a rotina burocrática da máquina judiciária, adaptada às suas carências estruturais, acaba por se impor sobre a dinâmica proposta pelo legislador. É o caso, por exemplo, da verificação realizada sobre a presença do representante do Ministério Público nas audiências. Embora a lei estabeleça a obrigatoriedade da presença do Promotor de Justiça (art. 72 da Lei 9.099/1995), que tem a competência exclusiva para oferecer a proposta de transação penal, com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76 da Lei 9.099/1995), o que se constatou foi que em 58% das audiências observadas o representante do Ministério Público não estava presente, o que implicou tanto em aumento da morosidade judicial, pela necessidade de nova audiência, como o oferecimento da proposta de transação pelo juiz (...). Também é frequente a realização de audiência e a imposição de uma sanção penal a acusados sem advogado. A Lei 9.099/1995 previu a necessidade de que tanto a vítima quanto o autor do fato compare-

çam a audiência preliminar acompanhados de advogado (art. 71), a fim de garantir às partes o esclarecimento sobre as alternativas colocadas pela legislação para a resolução do litígio. O que se constatou pela observação das audiências foi que em 78% dos casos a vítima comparece sem advogado. Quanto ao acusado, que na eventualidade bastante comum de comparecer sem advogado deveria receber o atendimento de um defensor público, constatou-se que em 50% das audiências estava sem esse acompanhamento. Mesmo assim, alguns juízes realizam a audiência, chegando até a homologação de proposta de transação aceita pelo autor do fato desacompanhado de advogado ou defensor público”.³⁴

§ 8.º Dificuldade para o arquivamento, imposição de aceitação da transação penal e ausência de critério razoável para o oferecimento da proposta. Constata-se diariamente que há resistência para o arquivamento do termo circunstanciado, pois o senso comum jurídico dos Juizados é representado por um princípio meramente contratualista sobre o processo. Aplica-se, na prática, um novo princípio, o *in dubio pro transação penal* – expressão de Luiz Antônio Bogo Chies.³⁵ Na dúvida, recolha “algo ao Estado”, contribua com o social. Há, invariavelmente, pressão/coação para a efetivação da transação penal. Há oferta de transação quando seria caso de arquivamento. Transacionar é regra (quase que) absoluta, sendo o arquivamento a exceção.³⁶ Muitas vezes a proposta de transa-

34. Informalização da justiça e controle..., cit., p. 168-169.

35. “Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais”. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, publ. Itec/PUC-RS, 2003. n. 11, p. 82-96..

36. Sobre o tema é fundamental destacar as exceções, especialmente o voto do Juiz rel. Alexandre Moraes da Rosa na Ação de HC 25, de Joinville: “*Habeas corpus*. Juizados especiais. Termo circunstanciado. Audiência preliminar. Comparecimento. Justa causa. Ausência de conduta típica sequer em tese. Trancamento do procedimento. Ordem concedida. Decorrência da ausência de maturação/discussão democrática (Habermas) sobre as disposições legais contidas na Lei 9.099/1995, acrescida da deficiência estrutural e teórica dos atores enlaçados no procedimento (Miranda Coutinho), os Juizados Especiais Criminais acabaram por canalizar as ocorrências sociais e penais (Kant de Lima), gerando, não raras vezes, constrangimento ilegal naqueles que são obrigados a comparecer nas delegacias de polícia com o fito de preenchimento dos dados dos termos circunstanciados e, ao depois, nas audiências preliminares perante os Fóruns de Justiça/Juizados Espe-

ção penal é formulada de forma idêntica para a resolução de todas as espécies de conflitos. Há casos da utilização de tabelas prefixadas para quantificar a transação penal, sendo a proposta realizada sem qualquer atenção à condição social e/ou econômica do autor do fato. Nesses termos, a proposta favorece os abastados e oprime os carentes. Nesse ponto o imaginário social foi criativo e consagrou: “o rico paga cesta básica”; “o pobre, quando não é preso, presta serviços à comunidade”. Como bem identificou Luiz Antônio Bogo Chies, “a eventual (ou constante) fragilidade dos chamados Termos Circunstanciados, como peças informativas e desencadeadoras sobretudo da fase preliminar da vigente dinâmica dos Juizados Especiais Criminais – fragilidade essa que decorre da omissão legal em seus conteúdos mínimos –, está a provocar uma gama de situações que afrontam as garantias legais das partes (sobretudo da parte indicada à responsabilização penal pelo termo) e descredibilizam a própria instância judiciária como locus (ao menos) de preservação da expectativa de verdade e equidade (quicá justiça). (...) Contudo, satisfeito o Termo Circunstanciado pelo somatório de registro de ocorrência, com suas sucintas narrativas, e pelos exames periciais (ou suas requisições nas modalidades permitidas), o evento chega ao Judiciário na percepção unilateral do ‘conflito’, que então se vulnerabiliza burocraticamente para se converter num ‘perfeito litígio’. A parte adversa (via de regra sob a imputação de ‘autor do fato’) é intimada através de formas e para atos que – no imaginário social leigo – já interpreta como processuais penais, internalizando a perspectiva de estigmatização do réu e, de forma compreensível, pré-assumindo a postura defensiva diante do litígio (que é assim ignoran-

ciais, mesmo que não se tenha verificado, sequer em tese, a ocorrência de conduta penal. Nem se diga que ‘a simples instauração de termo circunstanciado não é constrangimento ilegal’, posto que além da ida aos órgãos especializados, ainda se pode verificar que muitas decisões, mesmo afrontando a Constituição Federal e a presunção de inocência, ainda consideram os Inquéritos e TCS instaurados como maus antecedentes (...). Logo, a *justa causa* deve, no Estado Democrático de Direito, ser analisada antes da prática de atos judiciais. Essa disfuncionalidade do sistema acaba configurando, em muitos casos, verdadeiro constrangimento ilegal”.

do em sua dimensão de conflito). Essa dinâmica, que muito temos vivenciado em nossa militância profissional, gera incompreensões, descontentamentos e resistências (sobretudo nas partes imputadas como 'autoras do fato') que são obstaculizadores de intervenções e posturas de perspectiva mediadora, ou mesmo meramente conciliatória, prejudicando então a resolução dos conflitos e resultando numa (eventual) 'linha de produção' de acordos nos litígios fragmentados ou mesmo num 'frustrante' momento (seja na percepção e no interesse das partes, seja na percepção ou no interesse do Judiciário), vez que o caso prosseguirá na direção do estigma, por vezes do acrítico sentimento de vingança, mas sempre no 'afogamento' das pautas dos Juízes. A fragilidade dos termos circunstanciados e a inadequação legal das dinâmicas programadas têm, em nosso entendimento, ainda um outro grave efeito nefasto: o denominamos de 'institucionalização do in dúbio pró-transação'.³⁷ Fazendo eco ao presente diagnóstico sobre a transação penal, Luiz Flávio Gomes adverte sobre a existência de "realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos" e "a desconsideração das garantias inerentes à imputação objetiva e subjetiva", além do "absurdo de se formular a proposta de transação penal sem a mínima descrição do fato típico cometido (para se condenar alguém já não é preciso o processo tradicional, ocorre que agora estão 'dispensando' até a existência de um fato típico)".³⁸

§ 9.º *A transação penal com imposição de pena e o seu descumprimento: pena sem processo.*³⁹ O número excessivo de transações penais leva-me a crer que o instituto é aceito pelo autor do fato por uma série (infinita) de razões não jurídicas e não restritas a autoria e/ou até a real existência do fato. No momento do aceite não há qualquer exame sobre eventual possibilidade de ser o autor do fato

37. "Por uma utopia do possível...", p. 82-96.

38. Op. cit., p. 234.

39. Expressão utilizada como título de artigo publicado por Miguel Reale Júnior, *Pena sem processo*, cit., p. 25.

denunciado, processado ou condenado. O autor do conflito consente com a imposição de pena justamente para se livrar do eventual risco de responder a um processo criminal. Soma-se ao risco do processo o fato de o autor ter que se submeter ao chamamento de testemunhas para demonstrar sua inocência, de ser constrangido a participar de audiências na condição de réu, de que outras pessoas de sua família percebam que está sendo processado criminalmente, de ter que comunicar seu endereço em caso de alteração e, ainda, de ter que custear os honorários de advogado (já que a defensoria pública, em muitos Estados, ainda está longe do ideal). Assim, o autor do fato aceita uma pena restritiva de direitos que para ele, em que pese a ausência de demonstração de sua culpa no conflito ou sua inocência, é menos gravoso que o custo do processo. Registre-se que aqui se trata de uma pena restritiva de direitos sem processo, que é proposta sem o exame das condições pessoais do autor e que é aceita por ele por razões de conveniência, sem qualquer critério técnico-jurídico sobre o fato e, muitas vezes, sem o acompanhamento de advogado. Além disso, a impossibilidade do cumprimento da transação penal por parte do autor do fato poderá ensejar a conversão da pena privativa de direitos imposta em pena privativa de liberdade. Esta conversão absurda⁴⁰ foi decida como válida pelo STJ e, segundo Geraldo Prado, “a decisão posteriormente foi cassada pelo STF ao argumento de que não havia previsão de um devido processo legal para a citada conversão”. Toda-

40. Este diagnóstico também foi realizado por Luiz Flávio Gomes: “O mais preocupante na atualidade, não obstante, é a precária qualidade que se nota em muitos processos consensuais, em termos de respeito às garantias mínimas penais e processuais. Ainda que sejam incontáveis as vantagens do sistema consensual, já podem ser observadas umas claras tendências comprometedoras do sistema, destacando-se, entre tantas outras: a) a aplicação *contra legem* da pena privativa de liberdade (embora sem fundamento legal e totalmente contra a jurisprudência do C. STF, há juiz que arbitrariamente está aplicando a pena de prisão quando há o descumprimento da transação); b) a inexistência de uma solução racional quando acontece esse fenômeno: iniciar o processo é impossível por falta de lei; mandar prender é arbitrário porque o sistema consensual não admite a prisão; logo, com a máxima urgência necessitamos de uma reforma legal para corrigir essa anomalia autofágica do sistema (...)”. (Op. cit., p. 234).

via, Geraldo Prado registra que, na mesma decisão, o STF “antevê na transação penal um modelo de privatização do processo penal, que é apreciado favoravelmente”.⁴¹ Mesmo com a decisão do STF, infelizmente, ainda existem inúmeras conversões de pena restritiva de direitos em pena de prisão.

§ 10. *Transação penal: ausência de devido processo legal, violação ao princípio da presunção de inocência e privatização da justiça.* Em 1997 Miguel Reale Jr. sustentou a inconstitucionalidade do instituto da transação penal. Em artigo publicado com o sugestivo título *pena sem processo*, Reale Jr. atentou para a violação dos princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo. Este é, fundamentalmente, outro ponto relevante que merece destaque no exame empírico da aplicação da Lei 9.099/1995. “Transação redonda na reparação do dano, por um lado, e, por outro, na aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa. Mas, restringe-se, sem dúvida, na aplicação de uma pena, como o reconheceu a ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover, defensora ardorosa do texto legal (...). Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal.”⁴² A Lei 9.099/1995 contribuiu para o fortalecimento da privatização da justiça penal, sendo que na visão de Geraldo Prado, “a transação não dispõe, de fato, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal. A rigor a transação penal desenvolve-se no equivalente ao inquérito policial, no caso o termo circunstanciado”. Para Geraldo Prado, na transação penal não existe devido processo legal, concluindo que “a transação penal consiste exatamente em o imputado ‘abrir mão’ do devido processo legal”.⁴³

41. Elementos para uma análise..., cit., p. 222.

42. “Pena sem processo”, cit., p. 27.

43. Elementos para uma análise..., cit., p. 224.

5. Por uma resistência garantista

Nesse quadro, floresce o dilema contemporâneo no âmbito do sistema (que deveria ser) acusatório de processo penal constitucional: efetividade *versus* garantias. As alterações sofridas nas categorias *velocidade e tempo* na sociedade complexa também tiveram eco no campo do processo penal. Por isso, atualmente o Estado tem procurado novas formas de resolução de conflitos – leia-se justiça penal consensual. Contudo, ao mesmo tempo em que se pleiteia *eficácia no/do processo penal*,⁴⁴ se está a gerar profunda minimização de garantias individuais.

O apelo da mídia indica que o processo deve ser rápido e eficaz. Juan Montero Aroca salienta esta tendência ao afirmar que “acelerar un motor lleva a pasarlo de revoluciones con grave riesgo para los ocupantes del vehículo, acelerar el proceso lleva a que no cumpla su fin esencial de garantía”.⁴⁵ Passados alguns anos, é possível analisar o fracasso da Lei 9.099/1995, sendo conveniente lembrar o mesmo Juan Montero Aroca ao estabelecer que “no existe ni una relación jurídica material penal, ni un derecho subjeivo a la imposición de una pena por quienes ejercitan la acción penal, pues la aplicación del derecho penal pertenece exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera al Ministerio Público”. A lição caminha no sentido de zelar pelas garantias constitucionais a partir de que “no existe aplicación del derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos y no existe uno sin los otros”.⁴⁶

Sublinhe-se que este fenômeno não é peculiaridade brasileira. Em tese doutoral sobre o tema, Nicolás Rodríguez García examina a implantação do

44. Sobre o mito da eficácia, ver a crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”. In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal...*, cit., p. 139-147.

45. El derecho procesal en el siglo XX, cit., p. 124.

46. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

modelo de justiça penal consensual na Espanha e indica que “en definitiva, el fortalecimiento que en las últimas reformas se ha intentado hacer del consenso en el proceso penal como mecanismo redentor de la justicia penal no ha surtido los efectos esperados. Por este motivo se hace necesaria una reformulación de los presupuestos político-criminales que inspiran todo el sistema procesal penal español, haciendo las modificaciones orgánicas, sustantivas y procesales necesarias, entre las cuales, y como una más, cabe situar el favorecimiento de soluciones consensuadas, un consenso entendido como alternativa limitada y no como sustitutivo genérico del proceso penal, siempre bajo el estricto control judicial y con sujeción al imperio de la ley”.⁴⁷ No mesmo sentido, José Cafferata Nores assevera que “la noción de consenso se suele relacionar con la idoneidad que se puede reconocer a la expresión unilateral o el acuerdo de voluntades entre órganos públicos, entre éstos y particulares o particulares entre sí, para evitar la iniciación del proceso penal, para lograr su terminación en un plazo menor al previsto ordinariamente, para convenir la imposición y la extensión de la pena, o para procurar soluciones diversas a la aplicación de la sanción como modo de resolver el proceso”.⁴⁸

Diante disso, desta tentativa de abreviar procedimentos e impor penas sem processo como se isto fosse uma verdadeira justiça penal consensual, é recomendável o retorno aos clássicos. Sobre o dilema efetividade e garantias, Francesco Carnelutti continua sendo muito atual, ao mencionar que “cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, he ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que esta tendrá un desenvolvimiento rápido y seguro, plantea un problema análogo de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también, del proceso: quien va despacio, va bien y va

47. El consenso en el proceso penal español. Barcelona: Bosch, 1997. p. 247.

48. “Consenso y proceso penal”. In: Cafferata Nores et. al. *Justicia, proceso y sociedad*. Córdoba: Colección Jurídica y Social, 1995. p. 11.

lejos. Esta verdad transciente, incluso, de la palabra misma 'proceso', la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro".⁴⁹

Com Salo de Carvalho tive a oportunidade de formular uma crítica sobre as últimas reformas legislativas que introduziram mecanismos de composição civil e transação penal, e deram à vítima um lugar de destaque no processo penal.⁵⁰ A par disso, a dogmática do centro do País, principalmente a escola paulista de processo penal capitaneada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover vive (continua vivendo) momento festivo, pois anuncia aos quatro ventos as "grandes/novas conquistas". De um modo geral, esse discurso adquiriu uma sonoridade de discurso oficial. Penso, ao contrário, que não há o que ser comemorado. O discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia da vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias.⁵¹ O que desejo agora é reafirmar que não há oficialidade e muito menos senhores donos da razão. Recordando Roberto Lyra Filho,⁵² "a missão didática do professor autêntico limita-se a equacionar os problemas emergentes, oferecer informações atualizadas e discutir as propostas que lhe parecem cabíveis; mas não impõe o seu ponto de vista. Ao contrário, estimula o espírito crítico, ajudando a cada um descobrir seu próprio rumo". Então, transpassada a euforia festiva da implantação da Lei 9.099/1995 no Brasil, indago: afinal, qual foi o grande avanço no recurso à justiça penal consensual?

Discutir essa problemática e fazer um contraponto crítico e teórico é fundamental. A Lei 9.099/1995 deve ser revista em sua integralidade e, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O

49. *Cómo se hace un proceso*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1994. p. 14.

50. Especialmente a partir da publicação de *Diálogos sobre a justiça dialogal*.

51. *Diálogos sobre a justiça dialogal*, cit., p. vii.

52. Apud Álvaro Melo Filho. *Reflexões sobre o ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 24.

sistema é, de fato, o único possível: o *rígido sistema de garantias constitucionais*. Este sistema garantista, que ora é adotado, advém, como se disse, da relação biunívoca de garantias substanciais e instrumentais proposta por Luigi Ferrajoli a fim de estruturar um modelo “utilitarista reformado”, embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.⁵³ Esse modelo garantista que, segundo Salo de Carvalho, pode ser demonstrado na teoria penalógica de Tobias Barreto, “na qual a pena é apresentada como ato político, e o direito, enquanto limite da política, torna-se o parâmetro limitativo da sanção. Contrário aos conhecidos modelos de direito penal máximo que optam pelo primado da política (ou economia) sobre o direito, o modelo garantista, negando as teorias tradicionais da pena, estabelece critérios de minimização da resposta estatal ao desvio punível”.⁵⁴

Desde esta perspectiva, há de se criticar a legislação vigente – Lei 9.099/1995, fazendo coro com Gustavo Zagrebelsky quando afirma que “el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como ‘partes’ del derecho, y no como ‘todo el derecho’”.⁵⁵

Bibliografia

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social: estudo criminológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCrim, 2000. Monografia Jurídica, 13.

_____. “A informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 31, p. 311-324, jul.-set. 2000.

53. *Derecho y razón*, cit., p. 537.

54. “Manifesto garantista”. *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* 2/4-5. Porto Alegre: Itec, ano 1, jul.-set., 1999.

55. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 153.

- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 4. ed. Trad. Carmen Varriale. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. vol. I.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.
- CAFFERATA NORES, José. "Consenso y proceso penal". In: CAFFERATA NORES, José et al. *Justicia, proceso y sociedad*. Córdoba: Colección Jurídica y Social, 1995.
- CAMPOS, Carmen Hein de. "Justiça consensual e violência doméstica". *Textos bem ditos*. Porto Alegre: Themis, 2002. n. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. 2. ed. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1994.
- CARVALHO, Salo de. "Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista". In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. "Manifesto garantista". *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Itec, ano 1, 2, jul.-ago.-set. 1999. p. 4-5.
- _____; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. "É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, n. 5, p. 125-154, 2002.
- _____. "Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, pub. Itec/PUC-RS, n. 11, p. 82-96, 2003.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. "Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa 'efetivação' constitucional". *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DOTTI, René Ariel. "Conceitos e distorções da Lei 9.099/95: temas de direito e processo penal". In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantanero Bandrés et. Madrid: Trotta, 1997.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. São Paulo: Saraiva, 1931.
- GIMENO SENDRA, Vicente et al. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. "Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): aspectos criminais". In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1998.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. I.
- MELO FILHO, Álvaro. *Reflexões sobre o ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MONTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Sistema acusatório: a conformidade das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.
- _____. "Pena sem processo". In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. I.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- VIEIRA, Luís Guilherme. "Carta de princípios do Movimento Antiterror". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, pub. Itec/PUC-RS, n. 10, p. 7-19, 2003.
- WUNDERLICH, Alexandre. "Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos". In:

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, A. (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. (Org.). "Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão". *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

Publicidade no processo penal: a mídia e o processo

Flavia Rahal

Advogada em São Paulo. Professora e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Penal Econômico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Conselheira da Associação dos Advogados de São Paulo.

Resumo: A publicidade dos atos processuais que nasce para proteger o acusado é muitas vezes utilizada em seu prejuízo. A simbiótica relação entre Justiça e Imprensa é um dos grandes ingredientes desse desvirtuamento. Por outro lado, o sigilo tem sido usado, por vezes, como empecilho para o exercício do direito de defesa especialmente no inquérito policial e nas investigações presididas pelo Ministério Público. Relegada a segundo plano a proteção aos direitos individuais dos cidadãos, especialmente a sua intimidade.

Palavras-chave: publicidade; intimidade; mídia; sigilo; segredo.

Nasce a publicidade dos atos processuais e do julgamento como decorrência do Estado Democrático de Direito. Logo após a Revolução Francesa Mirabeau desabafou perante a Assembléia Nacional:

“Dê-me o juiz que quiser: parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo, se quiser, pouco me importa; contanto que ele nada possa fazer a não ser em face do público”.¹

1. Tradução livre do texto de Robert Wyness Millar, citando Sabato, “Udienza (materia civile)”, *Digesto italiano*, XXIII (2.º) 1028, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Trad. Catalina Grossman, Buenos Aires: Ediar, 1945, p. 185, nota 1.

Seu surgimento, por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, teve caráter eminentemente político. O grito de Mirabeau era um grito que se opunha a processos secretos já que em termos históricos o segredo serviu como instrumento para processos injustos, que mutilavam qualquer possibilidade de defesa dos cidadãos. Na Inquisição, por exemplo, o processo penal era baseado no mais absoluto segredo² e as execuções públicas espetáculos apreciados pela multidão.

A publicidade, portanto, nasceu para proteger o indivíduo e garantir direitos seus, humanizando o processo. Aparece ela alinhada à natureza política do processo, possibilitando a participação dos indivíduos nos atos da Justiça e com isso o exercício de seus direitos.

A importância de atos e julgamentos públicos mostra-se de atualidade indiscutível e vem violentada, por exemplo, nos dispositivos da “lei do crime organizado”, com suas provas secretas, diligências secretas e fundamentos secretos³ que levaram Luiz Carlos Betanho, em brilhante artigo que escreveu no *Boletim do IBCCrim*, a compará-la ao “Cone do Silêncio”, do agente secreto Marxewll Smart (o Agente 86), que nunca funcionou; nas oitivas de testemunhas cobertas por verdadeiros sambenitos em audiências perante as Comissões Parlamentares de Inquéritos; nos novos dispositivos legais que se pretendem implementar na Lei de Execuções Penais a pretexto de garantir a segurança pública.

O fenômeno não é apenas nacional. Basta lembrarmos os atos baixados pelo governo norte-americano depois do atentado terrorista de 11 de setembro ou ainda o tratamento a que são submetidos os presos da base de Guantanamo, em Cuba, para revivermos um pouco os processos da época da inquisição.

2. “Segredo no recebimento da denúncia, segredo no início das investigações, segredo na instrução e posteriormente, também nos debates”. In: Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 33.

3. Ver a título exemplificativo o art. 3.º da Lei 9.034/1995.

Exatamente porque o segredo é tão fortemente vinculado a injustiças que se construiu em torno da publicidade uma aura de beatitude, a partir de uma visão parcial que só permitia enxergar os aspectos positivos e externar-lhe simpatia: o segredo é o mal que oprime e faz sombra à Justiça⁴ e, em especial, ao processo penal. Em oposição a ele, a publicidade só pode gerar bons resultados: para o acusado, protegido em suas garantias; para a administração da Justiça, que deve ser uma obra de luz; para o magistrado, resguardado de insinuações maldosas; para a imprensa, protegendo-lhe a liberdade de expressão; e para o público, no exercício de seu direito sagrado à informação.

Foi nesse ambiente de simpatia irrestrita que, com a Carta de 1988, a publicidade processual atingiu *status* de garantia constitucional, estando prevista em dois dispositivos: arts. 5.º, LX, e 93, IX. A inovação foi dupla, pois, de um lado, erigiu ao ápice legislativo o instituto da publicidade processual e, de outro lado, estabeleceu sua limitação não só pelos interesses público e social, mas também pela defesa da intimidade. A legislação infraconstitucional anterior a 1988, com raríssimas exceções como é a Lei de Execução Penal, só admitia a mitigação da publicidade se houvesse interesse público ou social.

A inovação gerou uma unanimidade flácida da doutrina a seu favor, com a exaltação de seus benefícios de forma simplista, sem a saudável reflexão aprofundada da questão.

Ninguém nega que a Justiça deva ser uma obra de luz e não de trevas⁵ e apesar disso, já em 1950, quando a televisão mal inaugurava suas transmissões, ao tratar da publicidade dos atos processuais, Cernelutti indagou:

4. Ver a propósito da "simpatia" despertada pela publicidade: Eugenio Florian. *Elementos de derecho procesal penal*. 2. ed. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1931. p. 73.

5. A afirmação é de Bordeaux: "La Justice est une oeuvre de lumière et non de ténèbre", mencionada por Roger Perrot, "Le principe de la publicité dans la procédure civile", *Le principe de la publicité de la justice*, Paris: Libris. Techniques, 1969, p. 23.

“Eu me pergunto, diante dos últimos excessos, se este aspecto do processo penal não deva ser repensado”.⁶

Em um primeiro momento a indagação de Carnelutti chega a surpreender. Se a publicidade é o primeiro antídoto contra injustiças no julgamento, se sua aplicação aos atos processuais é absolutamente elementar em qualquer Estado Democrático de Direito; se a Justiça, como obra de luz, deve se mostrar transparente e acessível; se não se pode cogitar de um processo secreto, por que, enfim, sentia Carnelutti a necessidade de refletir sobre uma idéia tão bem solidificada no processo penal?

Acontecimentos atuais, indicadores da simbiose existente entre justiça e mídia revelam, com as exceções de sempre, que a reflexão do processualista é mais do que pertinente. O acusado, bem como outros personagens do processo não são vistos como sujeitos de direitos passíveis de serem violados pela publicidade irrestrita. Confunde-se a publicidade para as partes – que é essencial e nunca pode ser restringida – com a publicidade geral, para todos, que muitas vezes pode ser prejudicial à realização de justiça.

As loas indiscriminadas feitas à publicidade absoluta ignoram a carga com que as investigações preliminares e as ações penais têm abastecido a mídia, bem como seus excessos. Argumenta-se com a vantagem para a sociedade na transparência da justiça, para invadir a intimidade de pessoas e expor-lhe a vida privada.

Vários fatores podem explicar, assim, a pertinência da reflexão de Carnelutti. O mais óbvio deles é a atuação da imprensa e conluio existente entre esta e a justiça, ou melhor, entre esta e a acusação. Como disse Evandro Lins e Silva “todo repórter é Ministério Público”.⁷ A inocência nunca é notícia. A notícia nasce com a informação policial sobre a culpa e, a partir daí, o órgão de imprensa que,

6. Tradução livre do texto de Francesco Carnelutti, “La pubblicità del processo penale”, *Rivista di Diritto Processuale* 10/1, Padova: Cedam, 1955.

7. *A defesa tem a palavra*. O caso Doca Street e algumas lembranças. Rio de Janeiro: Aide. p. 66.

para não ter que se desmentir, passa a defender a realidade dessa informação. Por isso, dizia o grande advogado, a imprensa é sempre acusação.

É indiscutível que quando um inquérito policial, uma ação penal ganha as páginas dos jornais há um prejulgamento detestável, uma antecipação do julgamento pela Imprensa, uma violação inconcebível da regra constitucional da presunção de inocência. Reputações são destruídas. Famílias atacadas. Carreiras paralisadas. Em casos que passam a ser publicados, notórios como a Escola Base e o Bar Bodega, e não tão notórios assim, como tantos que se veiculam em programas vespertinos de televisão, é absolutamente evidente que a exposição na mídia se contrapõe à realização da justiça.

Execrar nos dias que correm, como escreveu em artigo na *Folha de S. Paulo* o historiador carioca, Jean Marcel Carvalho França “é muito mais construir na mídia (o novo espaço público) uma certa imagem do Judas do que entregá-lo de algemas nos pulsos aos apupos, empurrões e olhares da multidão”.⁸ Famosos e incógnitos vêem seus destinos traçados não nos autos do processo, mas nas páginas dos jornais. Os olhos do público em determinados casos voltam-se não para a Justiça, mas para a Imprensa. Há uma troca de funções: a imprensa passa a julgar e a Justiça exerce o papel de sua informante!

A liberdade de imprensa é valor constitucional que deve ser respeitado e ao qual não se pode impor qualquer tipo de censura prévia, por determinação constitucional. Como qualquer liberdade, no entanto, ela não é absoluta e por vezes se opõe a outros valores de igual importância. Na simbiótica relação de que estamos falando ela acaba por se contrapor, no mais das vezes, à presunção de inocência e à intimidade e o que se vê, com frequência, é o perecimento dos dois últimos.

O processo penal por si só tem o peso da infâmia para aquele que o sofre e, ainda, para a própria vítima. Por outro lado, o Estado na persecução dos fins punitivos exerce a atividade investigatória que leva quase que automaticamente a

8. Jean Marcel Carvalho França, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, dez. 2000, p. 1-3.

uma violação da vida privada do indivíduo. A superexposição do processo pela mídia é fermento para essas duas circunstâncias: acrescenta ainda mais infâmia ao fato e torna a invasão da vida privada ainda mais profunda. Só por isso leva a necessidade de profundas reflexões.

E reflexões que vão além da indiscutível atração que a mídia tem pelo processo, em especial pelo processo penal. Não basta colocarmos nossos olhos nos excessos de determinados jornalistas e na atuação da chamada imprensa marrom. É preciso ir muito além disso. A nós, operadores do direito, cabe questionar o papel que temos nessa simbiótica relação. É a atração que a mídia exerce em advogados, promotores, delegados, magistrados que deve ser analisada.

O que aqui se quer questionar, portanto, não é apenas o papel da mídia mas a forma como os operadores do direito, resguardados por uma legislação falha e encantados pela notoriedade que os meios de comunicação podem dar, *abastecem* os meios de comunicação de forma despreocupada com toda a sorte de informações. Este é o segundo fator que justifica o questionamento de Cernelutti.

Mencionemos o mais paradigmático dos casos, o da Escola Base. Houve excesso e erro da mídia na cobertura do caso? Inegável que sim e por isso alguns meios de comunicação foram civilmente responsabilizados. Mas o equívoco foi gerado e induzido pelos responsáveis pela investigação que, deslumbrados com a atenção que ao caso fora dispensada, atropelaram a lei e tornaram públicas informações distorcidas. No caso do Bar Bodega também. Havia a necessidade de se encontrarem os culpados e tão logo possível cidadãos inocentes foram expostos, fotografados, filmados e prejudgados. Mais uma vez isso foi feito por agentes públicos.

Veja-se o caso do maníaco do parque. A confissão do acusado ganhou a capa de uma revista semanal, tudo indica que obtida, presenciada e vazada por meio de sua própria defesa, sem que ninguém possa acreditar que a motivação tenha sido em favor da defesa do acusado (...).

Há poucos meses um Senador da República foi fotografado algemado de forma tão desnecessária que o então presidente do STF, Min. Marco Aurélio, tachou o episódio de “presepada”. Se a imprensa o fotografou temos que lembrar que quem o algemou e o expôs foram Policiais Federais.

Algumas ações do Ministério Público são estranhamente acompanhadas por redes de televisão que flagram o momento exato de uma busca e apreensão ou da prisão de alguém. Notícias de jornais, por mais infundadas, constituem elemento suficiente à abertura de investigações igualmente infundadas. Nunca se sabe se a notícia gerou a investigação ou se a investigação gerou a notícia (...). Percebe-se apenas uma conveniência do fato para ambas e uma realimentação de uma pela outra. Como salienta Sérgio Buarque de Gusmão em obra que escreveu sobre o tema, “fulgurando a campanha nas páginas, as notícias passam a ter vida própria – embalam os fatos e se tornam os fatos”.⁹

Juízes não são exceção. Sentenças são publicadas muitas vezes antes nos jornais do que no próprio cartório. Por vezes, o jornalista é mais bem recebido pelo julgador e seus funcionários e melhor informado dos fatos do processo do que advogados constituídos para atuar no feito.

Temos nós, operadores do direito, que fazer nossa *mea culpa* diante de acontecimentos tão negativos. Até mesmo porque tais fatos só tornam desacreditado ainda mais o Poder Judiciário. A justiça que prende por pressão da opinião pública e não com base em dados concretos e dispositivos legais é a mesma que vai soltar dias depois ou inocentar posteriormente. Com isso, perde o inocente que foi preso, a vítima que se sente desamparada, a justiça que trabalha na direção errada e a sociedade que permanece insatisfeita. Perdemos todos nós.

Richard Sherwin, professor de direito da Universidade de Nova Iorque, em livro denominado *When law goes pop*¹⁰ salienta que a lei deve servir como um

9. *Jornalismo de investigação: o caso Quércia*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1993. p. 13.

10. *When law goes pop*. The vanishing line between law and popular culture. Chicago: University of Chicago Press, 2000. p. 171.

freio quando as pessoas se deixam contagiar por suas paixões ou se intoxicar por suas próprias idéias de justiça. A imprensa, em contraposição, funciona melhor quando há pressão e movimento. Quando determinados casos se tornam populares, assunto de botequim, corriqueiros nas páginas dos jornais, correm o risco de entrar na lógica da imprensa e a lei deixa de funcionar como deveria; não serve para frear os anseios populares. Com isso, a chance de decepção é enorme, o que cria uma sensação de ceticismo e desencantamento na busca pela verdade e na realização de justiça.

Pressão pública e pressão da imprensa não podem ser o combustível principal dos processos penais. Márcio Thomaz Bastos, em artigo que escreveu sobre o tema, enfatiza afirmação de um jurista italiano segundo o qual “o juiz deve evitar ceder às solicitações da opinião pública, ainda que ele seja lançado na difícil obrigação de dar preferência a uma verdade às vezes incômoda, embaraçosa e impopular às facilidades de uma decisão demagógica”.¹¹

O conluio entre mídia e justiça é fenômeno mundial. Nos EUA a doutrina refere-se ao *trial by news media*; na França menciona-se a existência de duas novas figuras: o jornalista-juiz e o juiz-jornalista; na Itália, o Prof. Sergio Moccia refere-se ao fenômeno como *processo mass-mediale: la nuova gogna*.¹²

O jornalista Luis Nassif, ao escrever sobre o tema, aponta como perigosos elementos dessa relação a pressa e a imprudência. De ambos os lados. Segundo ele, “dá-se publicidade a cada processo como se fosse a sentença definitiva, antes mesmo que a outra parte seja ouvida. No âmbito da Receita Federal, por exemplo, era comum (hoje em dia menos) a divulgação de nomes de empresas que recorrem de autuações, como se fossem sonegadas – independentemente de terem ou não argumentos legais para questionarem a autuação. No

11. “Júri e mídia”. In: Rogério Lauria Tucci (Coord.). *Tribunal do Júri, estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999. p. 115.

12. *La perenna emergenza*. Tendenze autoritarie nel sistema penale. 2.ed. Napoli, 1997. p. 159.

Ministério Público Federal e Estadual essa prática tem sido corrente (...). De repente, com o espaço aberto por um repórter, um assessor de terceiro escalão ganha a dimensão de um juiz, dando sentença definitiva de vida ou de morte sobre a reputação do investigado”.¹³

A constatação cresce de importância quando se está a falar de processo penal, já que o que está em jogo é a liberdade do cidadão.

Ora, se é certo que o processo penal serve, como salienta Jorge de Figueiredo Dias, ao “restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a consequente reafirmação da validade da norma violada”¹⁴ é certo também que ele é o anteparo do cidadão contra os arbítrios do Estado, instrumento de tutela dos sagrados direitos individuais, como afirmava o inesquecível Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

Essa verdade incontestável, justificadora do fato de o Estado colocar-se entre os cidadãos na solução de seus conflitos, não pode ser esquecida nunca. A garantia da publicidade que nasce por razões políticas deve ser vista sob essa ótica. E nunca utilizada em prejuízo dos fins a que se destina.

Vivemos sob a égide de uma Constituição democrática e avançada, mas temos o processo penal regulado por Código atrasado, promulgado no Estado Novo. E no que toca especificamente à regra da publicidade nossa legislação é falha, lacunosa e antiquada. E, chega-se assim, ao terceiro ponto que justifica a reflexão de Carnelutti.

Esta lacunosa legislação nos remete a um outro problema. Estamos passando um momento de grandes paradoxos: de um lado argumenta-se com a garantia da publicidade do processo para escancarar processos e revelá-los à mídia e ao povo ainda que a defesa da intimidade das pessoas envolvidas, em especial

13. “Justiça e as execuções”. *Folha de S. Paulo*, p. 2-3, 4 jul. 1998.

14. *Direito processual penal*. Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Apostila. [s.n.], 1988-1989, p. 21.

do acusado, exijam a reflexão e cautela pretendida por Carnelutti. De outro lado, argumenta-se com o sigilo para violentar o exercício da advocacia e da ampla defesa.

Estabelece-se, como recentemente fez o STJ,¹⁵ que o art. 20 do CPP impõe o sigilo ao inquérito policial para com isso proibir o acesso aos autos a advogado constituído. Pretende-se com isso proteger a investigação. O advogado é erigido à categoria daquele que atrapalha a polícia.

Argumenta-se com a inexistência de contraditório na fase pré-processual e com a supremacia dos interesses do Estado sobre o interesse individual. Violenta-se a uma só vez a garantia da ampla defesa – porque há direito à defesa na fase inquisitiva do inquérito policial¹⁶ – e o livre exercício profissional do

15. No julgamento do STJ, RMS 12.516-PR, rela. Ministra Eliana Calmon, j. 20.08.2002.

16. Ver como fim último do inquérito policial a proteção do Estado é ignorar o avanço de nossa atual Constituição. Na investigação penal prévia divisam-se não só os interesses do Estado, mas também do acusado, da vítima e da sociedade. É, também, o interesse do indivíduo que está em jogo, como indivíduo e membro da coletividade, possuidor de direitos individuais. O inquérito policial não tem por finalidade provar o crime e indicar seu autor. Ele deve apurar o fato e sua autoria, que pode ser inexistente ou impossível de ser atribuída. O delegado de polícia, portanto, não é parte, não exerce o papel de acusação, não se contrapõe aos interesses daquele que investiga (deve colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias – art. 6.º, III, do CPP)! Assim, o suspeito, o indiciado não pode ser visto como aquele que atrapalha as investigações, mas deve ser visto como indivíduo, titular de direitos subjetivos. Não se pode negar que no inquérito policial pesa uma imputação contra o indiciado, tanto assim que o acusado preso em flagrante será interrogado “sobre a imputação que lhe é feita” (art. 304 do CPP). Há direito de defesa no inquérito policial. Nele se praticam atos instrutórios de caráter definitivo, de natureza inegavelmente processual, tais como as buscas e apreensões, seqüestros e as perícias. Além disso, prisões podem ser decretadas, violações à intimidade realizadas (tais como as quebras de sigilo e interceptações telefônicas). A finalidade do inquérito é, pois, judiciária, não se podendo diante de tudo o que foi dito acreditar que o suspeito ou acusado possa lhe ser estranho. Nos termos do que determina a Constituição da República a intervenção do indiciado no inquérito não pode ser vista como liberalidade; mas como direito seu (basta para tanto atentarmos para os incs. LV, LXII e LXIII do art. 5.º da Constituição da República). E o direito de defesa mostra-se compatível com o sigilo estatuído pelo art. 20 do CPP. Tendo o investigado, suspeito ou indiciado direito ao exercício de sua defesa; tendo ele, ainda, direito subjetivo ao defensor técnico e podendo ele examinar quaisquer autos de inquérito policial (art. 7.º, XIV, do Estatuto da Advocacia), é evidente que há defesa no inquérito policial. E o direito de defesa inclui o direito à informação em toda a persecução penal. Ora, negar este fato é ignorar que inúmeras são as condenações que se baseiam em dados coletados no inquérito. Não é oponível o sigilo do inquérito a quem nele guarde interesse, como é o caso do ofendido que pode nele requerer diligências (art. 14 do CPP).

advogado, que é indispensável à administração da justiça por desejo constitucional. É absurdo em um Estado Democrático de Direito que se pretenda restringir direitos fundamentais com argumentos falaciosos.¹⁷ O inquérito policial é, nos termos do art. 20 do CPP, sigiloso, em princípio e desde que não toque o suspeito, indiciado e seu advogado, nem tampouco o ofendido, seu representante legal ou advogado.

De igual gravidade as investigações levadas a efeito por representantes do Ministério Público, em protocolados que não têm forma própria, nem seguem regramentos processuais claros e aos quais se impõe um sigilo não previsto em lei. Os tais protocolados, muitas vezes, acabam por substituir inquéritos policiais, servindo de base para ações penais, decretações de prisões preventivas, quebras de sigilos bancários, entre outras medidas restritivas de direitos individuais. Isso tudo sem que o investigado tenha podido ter acesso aos autos, nem tampouco seu advogado, a despeito do que determina nossa Constituição (art. 5.º, LV).¹⁸

Ou seja: a publicidade que só pode ser restringida quando o interesse público, o interesse social e a defesa da intimidade o exigirem – nos termos dos arts. 5.º, LX, e 93, IX, da CF – e que foi instituída para beneficiar o acusado, possibi-

17. Como salientam Canotilho e Vital Moreira: “Uma das regras essenciais da interpretação das normas infraconstitucionais é a interpretação conforme a Constituição (cf. supra, Cap. 1,2,2). No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer, interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio *in dubio pro libertate*; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger a interpretação que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação”. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 143. Apud Min. Paulo Medina, em voto vencido proferido no julgamento do STJ, RMS 12.516-PR, rela. Ministra Eliana Calmon, j. 20.08.2002.

18. É sempre bom lembrar que “a inquirição prévia – cuja forma procedimental varia consoante os diversos sistemas processuais – volta-se, assim, a duplo objetivo. Diminuir, minimizar antes de tudo, o risco de acusações formais infundadas, temerárias e até caluniosas. Depois, evitar o custo, sem benefício, que tais inculpações desúteis trazem para a Justiça Penal”, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em palestra acerca do “Inquérito policial: exercício do direito de defesa”, apresentada em 08.10.1999, em painel relativo ao “Inquérito policial: novas tendências e práticas”, do V Seminário Internacional do IBCCrim.

litando a realização de um julgamento justo, é muitas vezes utilizada em seu prejuízo. Argumenta-se com ela para privar o investigado, indiciado e por vezes acusado daquilo que lhe é mais caro: seu direito de defesa!

O sigilo do inquérito policial ou das investigações preliminares deve servir para garantir a seriedade do que se apura e, mais ainda, como proteção da intimidade das pessoas nele envolvidas. Dessa forma, pode ele ser imposto não para impedir o livre exercício da imprensa ou o trabalho dos jornalistas, mas para assegurar o bom andamento das investigações. Não pode ser a finalidade do inquérito policial aquela de achincalhar pessoas. Se a Imprensa exagera e erra – e como erra em casos policiais – erro de igual seriedade está em quem lhe propicia as informações, especialmente se tinha o dever de resguardar o sigilo de que antes se falou.

O sigilo no inquérito policial é, pois, a regra. Mas não pode ser confundido com a privação do direito de defesa ou de conhecimento do mesmo por quem nele tenha fundado interesse.

Se no inquérito a regra é o sigilo, na ação penal ele é exceção. Se no inquérito discute-se a possibilidade de sua imposição às partes, na ação penal condenatória essa discussão praticamente inexistente porque não se cogita de ação penal na qual inexistia direito de defesa depois da Constituição de 1988.

A publicidade que pode ser restringida é aquela imposta a terceiros. E, como já vimos, o questionamento que se faz na esteira da reflexão de Cernelutti diz com os excessos causados pela publicidade, já que esta não pode ir a ponto de violar a intimidade¹⁹ das pessoas. E violar a intimidade importa em afetar a dignidade da pessoa humana, um dos valores fundamentais de nossa ordem constitucional (art. 1.º, III, da Constituição da República).

Nosso Código de Processo Penal é lacunoso em relação ao segredo de justiça que não vem nele previsto. Limita-se o art. 792, § 1.º, do CPP a estabelecer

19. Intimidade deve ser entendida aqui em seu sentido amplo, ou seja, nela compreendidos também os direitos à vida privada, imagem e honra, nos termos do disposto no art. 5.º, X, da Constituição da República.

a possibilidade de o ato ser realizado a portas fechadas ou com número limitado de pessoas. É por analogia ao art. 155 do CPC e com base nesse dispositivo único do Código de Processo Penal que o segredo de justiça é imposto às ações penais.

Além disso, nada mais vem previsto em lei: a possibilidade de seu indeferimento, as causas específicas de seu cabimento, a possibilidade de recurso contra a decisão que o impõe. Tampouco se tem com clareza as conseqüências decorrentes da quebra desse sigilo, muito embora seja óbvio que uma vez que ele tenha sido imposto a obrigatoriedade de sua manutenção é transferida para aqueles que tenham tido acesso aos autos. Aliás, quantas vezes se viu a apuração de uma quebra a esse sigilo? E a responsabilização de alguém por tal quebra?

Legislações comparadas como a italiana e a portuguesa tratam com muito mais cautela da questão.²⁰ O segredo é levado mais a sério e a importância de sua manutenção nas excepcionais ações nas quais seja imposto também.

Ao refletirmos com tranqüilidade, percebemos que nas ações penais, desde que assegurado o direito de acesso aos autos para as partes, o segredo pode beneficiar. Porque a parte tem direito a resguardar sua intimidade e a requerer que o sigilo seja imposto aos autos. E, muito embora não haja previsão legal para tanto, a base para tal pedido está na Constituição da República (art. 5.º, LX).

E ainda que tal direito possa mitigar outros direitos, tais como a liberdade de imprensa e à informação, é certo que em muitos casos, desde que fundamentada a necessidade de sigilo processual, deverá haver a prevalência do primeiro sobre os demais quando isso implicar em possibilidade de salvaguardar a própria realização de justiça. Mesmo porque até o trânsito em julgado da sentença condenatória prevalece o princípio da não-consideração prévia de culpabilidade.

20. Na Itália, por exemplo, a transmissão de determinados atos do processo poderá ser feita se as partes assim concordarem, a não ser quando o interesse social for particularmente relevante. Perguntas sobre a vida privada das pessoas envolvidas no feito só serão feitas dentro de determinadas regras. Em Portugal, a publicidade das ações penais poderá ser restringida quando implique dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao andamento normal do feito.

É certo que se deverá analisar a situação no caso concreto. Mas o que não se pode admitir é que sob o pretexto de que a publicidade é boa para todos se prosiga nessa desenfreada e descabida superexposição de pessoas e fatos do processo, transformando julgamentos numa espécie de *reality show* da tragédia (...).

Os júris populares são mais facilmente transformáveis nesses *reality shows* até mesmo porque cuidam de problemas que exercem atração ainda maior sobre os meios de comunicação. E se a pressão da mídia tende a produzir efeitos sobre os juízes togados, muito maiores são esses efeitos sobre o júri popular. Os jurados, massacrados muitas vezes por campanhas de mídia orquestradas e fanáticas, dificilmente conseguem agir de outra forma senão seguindo a corrente.

Dizer que a imprensa precisa repensar o seu papel nessa relação incestuosa e que ela, além de prestar relevantes serviços, é causadora de enormes injustiças, de violações lastimáveis à vida privada das pessoas é “chover no molhado”. Precisamos olhar os outros lados da questão.

É por isso que a publicidade deve ser analisada e vista com muito maior cautela. Não basta a afirmação de ser ela boa para que não se faça a reflexão sugerida por Cernelutti. A sua correta e adequada utilização é a principal ferramenta para que mídia e Justiça possam conviver de forma harmoniosa. O cálculo do pró e do contra pode e deve ser feito livremente. Só assim, preservada estará a liberdade de imprensa, o direito à informação e o respeito aos direitos subjetivos dos atores do processo. E só assim poderá haver importante e salutar colaboração de uma com a outra.

É preciso dar um basta à histeria coletiva pelo sacrifício de um culpado. O público parece necessitar – como na época das execuções na Inquisição – de alternativas catárticas para extravasar sua permanente insatisfação com a justiça. Não será com a má-utilização do processo penal que esta insatisfação cessará.

A vítima no Processo Penal: interferências da Lei 9.099/1995

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Mestre e doutora em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Procuradora Regional da República.

Resumo: O texto analisa a importância da vítima no sistema jurídico delineado pela Lei 9.099/95, concluindo que as soluções para os crimes de menor potencial ofensivo aproximam-se da descriminalização.

Palavras-chave: Lei 9.099/95; vítima; processo penal; transação; composição civil; descriminalização.

No atual contexto do direito processual penal brasileiro, os sujeitos que dele participam, ativa ou subsidiariamente, não encontram espaços ou tempos definidos e limitados.

A Constituição da República, em 1988, trouxe novos parâmetros e limites à intervenção do Estado na vida do indivíduo, especificando direitos e garantias individuais de caráter processual penal (art. 5.º). O Código de Processo Penal é de 1941, e, não obstante tenham sido projetadas, para o estatuto, muitas reformas, as alterações, no decorrer dos anos, foram específicas. Lei que cria a prisão temporária (Lei 7.960/1989), lei que regulamenta interceptação telefônica (Lei 9.296/1996), lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), lei para prevenção e repressão das organizações criminosas (Lei 9.034/1995), lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999), lei que cria os juizados especiais criminais e, com eles, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do

processo (Lei 9.099/1995), lei que cria os juizados na Justiça Federal e oferece nova definição de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 10.259/2001) deram novos contornos, elásticos, ao processo penal brasileiro.

Embora os diversos textos legislativos tenham deixado intacta a natureza pública do regramento básico da persecução penal no Brasil, ditada pela Constituição, o fato é que, hoje, a unidade sistemática do ordenamento já não existe. A inevitável consequência dessa desarmonia é a da diluição dos papéis representados pelos sujeitos processuais. Juiz, membro do Ministério Público e autoridade policial têm atribuições difusas na primeira fase da persecução penal, sendo comum que um deles realize atividades que estariam mais adequadas se praticadas por outro. O Ministério Público pratica atos de investigação, autorizado por leis específicas (LC 75/1993), e o próprio juiz assume posturas parciais quando interfere demasiadamente na realização de diligências antes do oferecimento da denúncia (Lei 9.034/1995). Não existe, hoje, instrumento específico para a investigação criminal.¹ Neste contexto difuso, em que posições políticas não são enfrentadas na elaboração legislativa, a vítima, ou o ofendido, também perde definição. Por vezes, é absolutamente valorizada no discurso jurídico e ideológico. Por outras, é ignorada.

Vítima e testemunha confundem-se, não há definições precisas sobre quem é uma ou outra. No que se refere à criminalidade organizada, a coletividade, ofendida, reivindica a ação do Estado, que, convocado à urgente repressão, ignora as individualidades do sujeito ativo e do sujeito passivo do crime. Ampla defesa e contraditório, garantias que privilegiam o sujeito, tornaram-se lugar-comum na argumentação jurídico-processual.

1. Vf. artigos publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19/171-178 ("Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988"), e 26/213-220 ("Sobre a posição da Polícia Judiciária na estrutura do direito processual brasileiro da atualidade"), ambos de nossa autoria, sobre a primeira fase da persecução penal.

Nem mesmo a Lei 9.099/1995, criada para privilegiar a vítima, alcança essa finalidade. Na verdade, ao invés de estimular consenso, valorizando a vítima, esta lei descriminaliza condutas, passando para a argumentação, desenvolvida na esfera administrativa da jurisdição, o papel de representar a repressão.

A assertiva a ser demonstrada neste estudo é a de que a vítima, no processo penal brasileiro, tem importância diminuta, especificamente no que se refere à propositura da ação penal. Isso não significa que o discurso jurídico despreze a necessidade de recomposição da paz social. Significa, simplesmente, que a estatalidade (oficialidade) da persecução penal, tradicional no Brasil, não cede lugar ao agir particular, nem mesmo quando a lei aplicada é a Lei 9.099/1995, cujo fundamento está, justamente, na revalorização do ofendido.

A Lei 9.099/1995 criou situação jurídica nova ao afirmar que a composição civil impede a ação penal de iniciativa privada e a ação penal condicionada à representação. A lei possibilita, também, aplicação imediata e consentida de penas restritivas de direito e multa, bem como suspensão condicional do processo.

Ainda no ano de 1995, um mês após a promulgação da lei, escrevia Luiz Flávio Gomes na nota que antecedeu seu *Suspensão condicional do processo penal*:

“Um novo modelo de Justiça Criminal será testado: a preocupação agora já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. E a vítima, finalmente, começa a ser redescoberta, porque o novo sistema preocupou-se também com a reparação dos danos. A muitos propósitos deve servir a suspensão condicional do processo: despenalização, desburocratização, agilização da Justiça, reparação da vítima, reintegração social do acusado etc. Por isso, aguarda-se com grande expectativa o bom funcionamento do sistema. Que o ‘dever-ser-normativo’ encontre ressonância na realidade empírica!”.²

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, em *Juizados especiais criminais*, afirmam:

2. Luiz Flávio Gomes. *Suspensão condicional do processo: Lei 9.099/1995*, de 26.09.1995. São Paulo: RT, 1995. Nota do autor.

“A Lei 9.099, de 26.09.1995, como se percebe, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo-se uma determinação constitucional (CF, art. 98, I), foi posto em prática (se bem que ainda de modo precário, em razão da não criação formal de juizados) um novo modelo de Justiça criminal. É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque se quebrou a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada”.³

As inovações que a Lei 9.099/1995 produziu no sistema jurídico brasileiro extrapolam os limites do direito penal e do direito processual penal. A Lei 9.099/1995 descriminalizou condutas, oferecendo às infrações de menor potencial ofensivo respostas alternativas, de natureza administrativa e não estritamente penais.⁴ A Constituição, ao estabelecer a criação de juizados especiais para infrações penais de menor potencial ofensivo, assumiu que o direito penal intervém na organização comunitária apenas quando absolutamente imprescindível.

A Lei 9.099/1995 conduziu à esfera administrativa, não jurisdicional, a atitude estatal para as infrações de ofensividade reduzida. Embora o discurso justificador da lei argumente com a necessidade de valorização da vítima no contexto penal, o que se dá é, justamente, o contrário.

O art. 60 da Lei 9.099/1995 dispõe que o Juizado Especial será provido por juízes togados ou togados e leigos, com competência para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Para a lei, são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes cominados com pena máxima não superior a um ano. Posteriormente, a Lei 10.259/2001, ao dispor sobre os Juizados Especiais na Justiça Federal, conside-

3. Ada Pellegrini Grinover et al. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 38.

4. O raciocínio está em *Ação penal condenatória*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107 et seq., de nossa autoria.

rou como de menor potencial ofensivo infrações penais cominadas com pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

A Lei 9.099/1995 (art. 69) prevê que, em fase preliminar, conhecida a ocorrência pela autoridade (perceba-se que o texto da lei não se refere a crimes ou a infrações penais, utilizando o termo “ocorrência” para denominar o fato), não mais se instaurará inquérito para infrações de menor potencial ofensivo, devendo ser lavrado termo circunstanciado para envio ao Juizado Especial. Elimina-se a prisão em flagrante com o compromisso de comparecimento do autor do fato ao Juizado. Após, acontece a audiência preliminar, na qual poderá estar, também, responsável civil (art. 71). Na audiência, o juiz esclarecerá possibilidade de composição do dano e “aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (art. 72).

A composição civil produz eficácia de título executivo no juízo cível. Estando a infração penal entre aquelas para as quais a lei preveja, para a persecução, de ação de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, o acordo (composição civil) significará renúncia aos direitos de queixa ou representação.

Esta composição civil não é transação penal. Suprime do ofendido direito de iniciar ação penal ou de oferecer representação. A Lei 9.099/1995 eliminou a persecução penal por meio do acordo em matéria civil.

O direito processual penal tem se desenvolvido, na História, para aprimorar a oficialidade, o monopólio da persecução pelo Estado.⁵ Os crimes perseguidos por ação do ofendido sempre tiveram importância reduzida na comunidade.

5. Gradualmente, na História, a repressão penal foi abandonando a iniciativa do ofendido para a persecução. A iniciativa de particulares para impulsionarem a jurisdição penal pode acarretar uso do Estado para proteção de interesses diversos dos da coletividade. O Ministério Público, com atribuição de promover, privativamente, a ação penal de iniciativa pública (Constituição, art. 129, I), existe para garantir e preservar igualdade e impessoalidade na repressão penal. As iniciativas privadas estão previstas para os casos em que, embora havendo interesse público, é importante valorizar o interesse privado atingido. O interesse punitivo, porém, permanece público. O ofendido, nas ações penais de iniciativa privada, age como substituto processual do Estado.

A composição civil extintiva da punibilidade penal não torna relevante o papel da vítima no processo penal. A Lei 9.099/1995, pelo contrário, descriminaliza infrações que ofendem o particular e que, por isso, tendem a se afastar da esfera de repressão penal.⁶ O Estado perde interesse punitivo depois da composição civil. A lei suprime do ofendido direito de queixa e de representação⁷ e impede a persecução penal, descriminalizando no momento específico, diante do caso concreto.⁸ O conflito é solucionado no desvio da jurisdição, já que o Juizado Especial não é penal ou civil, especificamente, estando formado, inclusive, por conciliador leigo (art. 73, par. ún.). A mediação e a diversão são formas de descriminalização adotadas pela Lei 9.099/1995.

Os crimes perseguidos por ação penal de iniciativa privada condicionada à representação (transação é possível) estão, aos poucos, sendo transferidos à esfera civil de regulamentação. O juiz, no Juizado Criminal Especial ou em audiência preliminar no juízo comum, possibilita e apressa a reparação civil. O fato acontecido é penal e civil ao mesmo tempo. É penal porque tipificado em lei como crime, estando abstratamente na norma. E é civil porque enseja reparação. A Lei

6. É importante explicar os termos diversão e mediação. O primeiro é utilizado por José de Faria Costa, em "Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?", Coimbra, Separata do vol. LXI (1985) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1986, p. 5, para designar "a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, em face daquele procedimento". Quanto ao segundo, afirma o autor português: "Por outro lado, frise-se que a mediação não diverge, no essencial, da diversão. Mas tem evidentemente uma especificidade. Esta se concretiza naquilo que podemos chamar de intervenção do mediador. Tal personagem, uma terceira pessoa que entra no conflito, portadora de um novo rosto, desempenhando um novo papel, vem surgir e estabelecer novas pontes de comunicação. O mediador quando resolve ou é chamado a entrar na relação locutiva (confitual) tem a obrigação de desencadear fenômenos que devem ser de aproximação e de reconciliação. É esse o seu papel social. Por outras palavras e utilizando uma linguagem de enfoque utilitarista: deve maximizar o útil da situação mais favorável e minimizar a desvantagem da situação mais desfavorável" (op. cit., p. 6).

7. O ofendido perde o direito de queixa ou de representação no momento em que consente em ter seu dano recomposto. Não há, propriamente, renúncia.

8. Na medida em que a persecução penal não pode ser iniciada, porque esse início é vedado pela lei, não há crime.

9.099/1995 estimula a reparação. Com a composição, a conduta sai da esfera penal, em concreto. A homologação do acordo civil – único ato jurisdicional praticado – tem eficácia de título executivo civil. Por outro lado, ao processo penal é reservada a persecução exclusiva dos crimes propriamente ditos.

A vítima, com as inovações introduzidas no direito brasileiro pela Lei 9.099/1995, não obtém espaço no processo penal. O direito penal é que, voltando a uma situação repetida inúmeras vezes na História, deixa de abarcar condutas que lesam, preponderantemente, particulares.

O fato de o responsável civil dever ser convocado para comparecer à audiência preliminar (art. 72), situação nunca antes permitida em procedimento criminal, reforça a argumentação aqui desenvolvida, a de que as infrações penais de menor potencial ofensivo são descriminalizadas em concreto, no momento da audiência preliminar, com a composição civil ou com a aplicação imediata e consentida de pena (transação). O responsável civil, parte exclusivamente civil e que nenhuma interferência teria no processo penal ordinário, é admitido pela Lei 9.099/1995 como partícipe importante na conciliação.

O art. 76 da Lei 9.099/1995 estabelece, na fase preliminar e depois de regulamentar a composição civil, a propositura de imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, exclusivamente pelo Ministério Público e na hipótese de não ser devido o arquivamento. A lei não menciona o ofendido neste momento. Permitir-se ao ofendido a propositura de sanção penal – sobre a qual ele não tem direito algum – quando esvaídas as tentativas de recomposição do dano seria, além de inútil redundância, incentivo à vingança privada.⁹

9. Ada Pellegrini Grinover et al., em *Juizados especiais criminais*, cit., p. 128-129, discordam. Para os autores, a vítima pode propor aplicação imediata de pena: “A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo atuado, será mais benéfica também para este”. Julio Fabbrini Mirabete, em *Juizados especiais criminais*: comentários, jurisprudência, legislação, cit,

A Lei 9.099/1995 possibilita à administração da Justiça brasileira a des-criminalização em concreto, na medida em que não é possível forçar cumprimento de pena consentida, porém não cumprida. Em primeiro lugar, a pena aplicada sem anterior processo é inconstitucional. A Constituição, especialmente no art. 5.º, XXXIX, estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A decisão que homologa transação não serve como título executivo penal. Não é condenatória e muito menos absolutória.¹⁰ A restrição de direitos não pode ser convertida em privação da liberdade. A multa também não.¹¹

p. 84, afirma: “Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus persequendi in judio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal”. Damásio E. de Jesus, em *Lei dos juizados especiais anotada*, cit., p. 78, afirma, por sua vez, que a transação penal não se aplica quando a iniciativa da ação é do ofendido.

10. Explicam Ada Pellegrini Grinover et al., em *Juizados especiais criminais*, cit., p. 145: “A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei”. Ainda: “É exatamente o fenômeno que ocorre no campo processual civil: a sentença homologatória da transação – que ninguém classifica de condenatória ou declaratória negativa – constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC)”. Observe-se que esse título judicial não é passível de execução forçada. Não poderá ser objeto de execução civil, até porque a Lei 9.099/1995, no art. 76, III, § 6.º, expressamente afirma que a imposição de sanção não terá efeitos civis. Nem mesmo a conversão da multa em restritiva de direitos pode acontecer. Em primeiro lugar, a conversão não encontraria guarida no consentimento. Em segundo lugar, não há parâmetros legais para a conversão.

11. Os autores de *Juizados especiais criminais*, cit., p. 32, concordam que a multa não paga pode ser exigida como dívida de valor. Por outro lado, não há como ser convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade: “De nossa parte, entendemos inaplicável ao sistema dos Juizados Especiais a previsão da conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade. Isso porque, ainda que em tese a conversão seja possível, falta no caso previsão legal para sua realização. No sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa da liberdade aplicado na sentença. Mas no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão. Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e a quantidade de pena privativa de liberdade” (p. 32, 33).

A decisão que aplica multa ou restrição de direitos não tem como ser executada no juízo penal, pois não é condenatória, e a Constituição proíbe execução de pena não aplicada após ação e processo, ambos indispensáveis ao devido processo legal (art. 5.º, LIII, LIV e LV). A decisão não será executada no juízo civil porque a Lei 9.099/1995 proíbe, expressamente, a coerção (art. 76, III, 6.º). Os arts. 84, 85 e 86 da Lei 9.099/1995 regulamentam a execução de sentença condenatória resultante de ação penal e processo, prolatada em procedimento sumaríssimo previsto para quando o acordo não tiver acontecido.

A prestação cumprida, ou não cumprida, mas resultante de acordo previsto na Lei 9.099/1995, denomina-se pena. Porém, o termo não está utilizado no seu exato sentido jurídico (consequência pelo ilícito praticado). A Lei 9.099/1995 denominou pena a prestação e eliminou, com isso, discussões sobre descriminalização de condutas de “menor potencial ofensivo”.

A argumentação até aqui desenvolvida, demonstrando que a Lei 9.099/1995 desloca resolução dos conflitos decorrentes de infrações consideradas de potencial ofensivo para esfera civil-administrativa da realização de justiça estatal, afastando a vítima do sistema penal, é reforçada com recente introdução, no texto legal, de medida cautelar típica do direito de família. A Lei 10.455/2002 deu nova redação ao par. ún. do art. 69 da Lei 9.099/1995: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”. A nova medida cautelar não tem natureza processual penal, já que não se destina a garantir resultado da persecução penal ou prova produzida. A medida é estranha ao processo penal, tem natureza civil. O fato de ter sido inserida na Lei 9.099/1995 evidencia o afastamento da vítima do início e do impulso da persecução penal. Ou seja: quando se tratar de violência doméstica, a resposta estatal ainda será emitida segundo parâmetros da Lei 9.099/1995.

3. Crime e Sociedade

Seguridad insegura: el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico

Gabriel-Ignacio Anitua

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona.
Advogado. Licenciado em Sociologia pela Universidade
de Buenos Aires, Argentina. Mestre em Sistema Penal
e Problemas Sociais pela Universidade de Barcelona e Diploma de
Estudos Avançados em Direito Penal na Universidade do País Vasco.
Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal na
Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina;
Professor Visitante de Direito Penal na Universidade Autônoma
Metropolitana do México e Professor de Graduação em
Criminologia e Política Criminal da Universidade de Barcelona.

Resumen: Este artículo es originalmente una conferencia dictada en el 9.º Seminario IBCCRIM. Parte de describir los problemas actuales de la “globalización”, que son los verdaderos creadores de una mayor (y nueva) inseguridad. Luego se menciona la falsa respuesta frente a la inseguridad que efectúan unos Estados con poco poder social y económico. El poder que retienen y aumentan los Estados es el penal y policial. Por ello se critican las políticas criminales “del riesgo” y las “del enemigo”, pues ambas reproducen un discurso bélico (y de una efectiva guerra) al interior de los Estados que aumenta la, o genera mayor, inseguridad. Finalmente, se intenta recuperar el discurso jurídico crítico para, sin abandonar el problema de

la seguridad, articular un límite a dichas políticas estatales y poner un punto de partida para encontrar nuevas y verdaderas soluciones a los problemas sociales.

Palabras-clave: Globalización; seguridad; guerra; derechos.

Agradezco al IBCCrim la invitación para participar en este 9.º Seminario, en el que, ciertamente, he aprendido mucho. Es por ello que intentaré incorporar mis palabras a las discusiones que ya han comenzado. Dialogaré con los otros conferencistas, en especial con aquellos que han intentado compatibilizar los conceptos de “libertad individual” y de “seguridad pública” (aunque anticipando que si no redefinimos ambos términos esa compatibilidad es imposible).

También me interesa que ustedes recuerden lo que dijo ayer el Prof. Dr. Cornelius Pritwitz. En efecto, aprovecharé que me ha precedido en la palabra para recostarme sobre sus ideas y plantear algunas diferencias. Esencialmente estoy de acuerdo con lo que ha dicho, y además creo que yo no podría haberlo dicho mejor. Este acuerdo tiene una desventaja, pues me quita originalidad en lo que iba a decir, y una gran ventaja, pues puedo utilizar algunas de sus ideas.

Para diferenciarme parcialmente de estas, diré que no estoy de acuerdo en su distinción entre “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del riesgo”. Nuestro profesor pretendía ser optimista con respecto a éste último, mientras advertía contra los peligros del primero. Creo que también el derecho penal, y la criminología, del riesgo conducen a un discurso de guerra permanente. Me referiré a ello más adelante.

Por el contrario, sí plantearé una distinción dentro de lo que el Prof. Pritwitz llamó “tercer rostro” del derecho penal (el de los “derechos y seguridad de los ciudadanos”), al que denominó al final de su conferencia, y con acierto, como el “gran proyecto” al que debemos recurrir los juristas democráticos. Creo que dentro de ese mismo “rostro” se nos muestran dos caras (como con el dios latino Jano): dos modelos que desde siempre han estado en tensión. Por un lado, el derecho como “organizador” del poder, el que se identifica con el Estado. Y

por el otro, el derecho como límite a ese poder, como reclamo del ciudadano, como resistencia a la expansión constitutiva del poder. Creo que es este último modelo el que puede identificarse con el discurso jurídico fundante de la Ilustración, y que es a él al que debemos recurrir para redefinir la discusión sobre la seguridad de los seres humanos.

Haré caso en mi conferencia, finalmente, a la insistencia en tener en cuenta la "realidad" y la verdadera "efectividad" de las políticas penales y de la creciente "inseguridad". Ello precisa del recurso a la sociología, que es el campo del cual provienen las ideas más socorridas en la insistencia de los juristas penalistas actuales sobre la cuestión securitaria. De cualquier manera, creo que deberíamos tener cuidado al adoptar esta problemática como la principal de las ciencias jurídicas en la actualidad.

Algún autor de la llamada "criminología crítica" ha insistido en la necesidad de retomar una discusión dónde la utopía era la "sociedad buena" y no la "sociedad segura" (Lippens 1997:659). Más allá de mi acuerdo con el fondo de esa petición, entiendo que no es posible, estratégicamente, abandonar el espacio público creado por la discusión sobre políticas de seguridad. Sin embargo, para ello, es necesario cambiar el enfoque de esa discusión. Otorgarle por lo tanto, nuevas definiciones a sus conceptos básicos y a las preguntas que se planteen (lo que cambiará también las posibles respuestas). El objetivo de esta ponencia es el de redefinir el concepto de "seguridad", retomando el discurso jurídico de la Ilustración, y desde puntos de partidas que no sean ni excluyentes ni paternalistas.

Por otro lado, la organización de la sociedad "buena" no puede ser una forma reaccionaria y excluyente sino una integradora, flexible, cambiante y redefinida constantemente por todos. Dónde los valores libertad, tolerancia y democracia jueguen un papel principal en esta definición y así lo público sea el espacio de discusión y expresión del conflicto social y del orden (que no son contradictorios) de forma no violenta.

Intentaré articular esta exposición junto con las disertaciones de los expositores que me han precedido, pero no por ello tendrá un cierto orden expositivo. En primer lugar, me referiré a los problemas actuales de la "globalización", como creadores de una mayor (y nueva) inseguridad. En segundo lugar, mencionaré a las nuevas políticas criminales del riesgo y del enemigo como creadoras de un discurso bélico (y de una efectiva guerra) al interior de los Estados que aumenta, o genera mayor inseguridad. En tercer lugar intentaré recuperar el discurso jurídico crítico para, sin abandonar el problema de la seguridad, articular un límite a dichas políticas y un punto de partida para encontrar nuevas y verdaderas soluciones.

2) Hablar de la "globalización" significa hacer alusión a una moderna sociedad mundializada, lo que para importantes sociólogos significa un horizonte mundial caracterizado por la multiplicidad y por la ausencia de integralidad (Beck 2000). Esta ausencia de integralidad será, junto a los cambios en materia económica, lo que cree un aumento en la sensación de seguridad.

Para tener una idea de las formas en que se plantean los reclamos por la seguridad (y como se articulan posibles respuestas) es importante tener en cuenta el feliz neologismo de "globalización" (Robertson 1997). Según las ideas de este autor, ello refleja el acercamiento de las realidades locales, con pérdida del poder soberano de los Estados y aumento de poder de las organizaciones transnacionales. Ello hará que las demandas de seguridad se planteen en el plano local, ya que al global no le interesan. Lo estatal no puede dar respuesta, más que desde un punto de vista simbólico, a los problemas reales.

En efecto, actualmente la esfera política se ve subordinada a la esfera económica globalizada. Es ésta última la que tiene el poder real. Los actuales Estados están desposeídos, desapoderados. El poder económico global, además, pasa de la producción de bienes a la producción de servicios (comunicaciones, ocio). El fin de la historia pretende ser el fin de la política. Es así que en la última revista *Forbes* se daba una lista de las cincuenta personas más influyentes, y

entre ellas no aparecía ningún político (ni siquiera el presidente de los Estados Unidos de América).

El modelo fabril que ha desaparecido (se ha dicho que el veinte por ciento de la población puede producir los bienes necesarios para todos los demás) era dependiente, pero también era garantizador de los derechos sociales que fueron producto de las luchas por su reconocimiento durante el siglo XX (Bergalli 2000:389).

Ese modelo fabril requería de la intervención del Estado para solucionar el conflicto entre capital y trabajo (que es lo que hacía el “Estado benefactor”). Ahora ese papel no es necesario, por lo que el Estado soberano pierde poder real y legitimidad. El trasvase de estas funciones de la esfera política a la esfera económica, producto de la re-hegemonización del principio del mercado por sobre el del Estado y el de la comunidad (De Sousa Santos 1991), configuran un mundo desregulado y a merced de los mandatos del mercado.

El proceso de internacionalización del poder económico, consecuentemente, se produce con la pérdida de poder de los antiguos Estados nacionales en el plano de su capacidad política de responder a las demandas sociales, y también en el plano de su soberanía como capacidad estatal de organización jurídica (Bergalli 2001:123) y como posibilidad de ser el lugar privilegiado de desarrollo de la violencia y de la pacificación. Sin embargo, mientras estos Estados pierden legitimidad aumenta la utilización del recurso a la violencia, en forma —entre otras— del poder punitivo, para intentar dar respuesta a unas demandas que no pueden ser calmadas con otra herramienta.

Esto será particularmente lacerante si consideramos que la concentración del poder económico provoca la “expulsión” por empobrecimiento de los otros que nos e benefician de esa concentración. Esa separación es justificada ideológicamente por el discurso de la derecha liberal-conservadora señalando que los “incluidos” no tienen obligaciones con los “excluidos” o débiles. El más claro ejemplo de esa justificación lo proporciona Margaret Thatcher en una entrevista brin-

dada en 1988, al afirmar que la sociedad no existe, que existen sólo individuos y familias —en un gesto gratuito que demuestra lo que tiene de conservador este pensamiento pos-moderno— (referida en Bauman 2002:39). Esta ruptura de lazos, y de la idea de comunidad, sin duda es causa de un aumento de la desconfianza y con ella del miedo y de la inseguridad (Bauman 2003). Podemos ver un ejemplo de este círculo vicioso del miedo en dos ejemplos tomados de este hotel grandioso en que se realiza el seminario. Por un lado, en las habitaciones nos dicen —en un folleto sobre cuestiones de seguridad— que somos sumamente frágiles y que no podemos confiar ni en las personas que nos ayudan al ordenar el cuarto. En segundo lugar, el hotel se vanagloria —en anuncios en el ascensor— de ser el más independiente del mundo: tenemos todos los servicios en éste mundo irreal, no necesitamos tener lazos con la comunidad que está afuera, y nos acecha.

Así también los incluidos van aumentando su miedo, y reclamando asimismo una mayor inseguridad. No deberíamos descartar, finalmente, también la inseguridad vital que provoca la incerteza globalizadora, pues nada garantiza que siempre pertenezcan al sector de los incluidos: en cualquier momento pueden resbalar, y ya saben que no hay lazos que detengan esa caída.

En definitiva, el espacio público local se va a ir definiendo como dividido y profundamente temeroso. Un espacio parcelizado en sectores cerrados ricos, y en guetos pobres que están inseguros y generan inseguridad. Pero un espacio que reclamará para sí la seguridad, y de ese modo pervertirá su significado.

Es posible interpretar el concepto de seguridad en las formas más diversas pues admite varios significados, pero en todos ellos el proceso globalizador deja su huella afectándola severamente. En la era de la globalización vivimos cada vez más en el interior de la sociedad del riesgo, y se puede pronosticar un panorama de inseguridad permanente de los individuos que habiten esta sociedad (Beck 1998 y 2000).

Es el modelo “globalizador” el que genera necesariamente inseguridad vital. Los individuos que habitan los lugares periféricos de este escenario global intentan “curar” esta inseguridad, entre otras formas, migrando —fenómeno también

favorecido por la homogeneidad cultural y de valores y la globalización del mercado de trabajo, aunque principalmente por la necesidad de subsistencia. En los países centrales, sin embargo, no se advierte que los individuos tengan la posibilidad de hallar un rincón seguro —y menos para aquellos migrantes, que serán uno de los grupos en quienes recaerá la función de “chivo expiatorio” de las inseguridades ajenas. Las diversas demandas de seguridad planteadas por quienes habitan en el centro del poder económico mundial, serán encausadas por el poder político hacia la seguridad frente al “otro”. La clase política calma inquietudes y busca consenso social debatiendo y consensuando entre ellos, con la divulgación de los medios masivos de comunicación, políticas de seguridad de tipo penales (Baratta 1998). De esta manera el tema de la seguridad ciudadana queda inserto en la agenda de discusión pública con estas consideraciones represivas y que sólo el hecho de que así lo asuma el Estado se transforma en una respuesta y no en un punto de partida.

3) Entraré ya a analizar el segundo punto propuesto: la utilización del miedo dentro de un discurso bélico estatal.

Esta utilización tiene un componente novedoso. Por un lado, aparece un nuevo discurso político criminal, que conjuga el discurso del riesgo y del enemigo, y pretende lograr un control actuarial de la locura bélica amparada en el miedo irracional. Por el otro, esta utilización del miedo y la inseguridad tiende a aumentar el mismo miedo y la inseguridad.

En este sentido de la utilización del miedo, lo nuevo se suma a lo “viejo” de las disciplinas ligadas a la política criminal. Sin embargo, señalaré algunas diferencias que constituyen una novedad.

El miedo aparece en las teorías sobre la sociedad y la cuestión criminal y punitiva desde el mismo origen del Estado moderno. Tenemos que el origen real de la idea de soberanía, al menos su aceptación por los nacientes Estados, se da en el siglo XVI en el Tratado de Westfalia firmado tras la cruenta guerra de los 30 años. Esa guerra, basada en motivos religiosos, produjo la muerte de la mitad de la población alemana. El miedo a la posibilidad de reproducir esos efectos fue la

causa de la aceptación de no intervenir sobre cuestiones religiosas, culturales y políticas de cada uno de los Estados soberanos.

Pero también puede rastrearse ese miedo en el origen teórico de la noción de Estado soberano, y de la legitimidad del poder punitivo. Podemos recordar aquí a Hobbes, para quien el miedo a los otros hombres y a su naturaleza salvaje hace que acepten entregar todas sus libertades y derechos al Estado. También el médico inglés justifica el nacimiento del Estado como un remedio para la inseguridad. Esa inseguridad sería la de la guerra de todos contra todos (Hobbes 1979:224). Y el miedo no empujaba, en definitiva, hacia la guerra sino hacia la paz. Apuntaremos esta diferencia para más adelante.

Porque lo cierto es que ese miedo hacia los otros hombres iba a ser aprovechado por el pensamiento conservador y autoritario como un miedo hacia los hombres cuando se organizan en forma distinta al Estado. El miedo a la "masa", a los grupos de pobres y trabajadores, sería una constante del pensamiento conservador (y las teorías criminológicas y penales abrevaron en él) desde la Revolución francesa. Baste recordar aquí a teóricos que van desde Le Bon hasta Ortega y Gasset, aterrorizados por una ampliación de la democracia. De entre todos ellos se destaca un criminólogo positivista: Scipio Sighele, quien señala claramente a ese objeto de terror como criminoso (ver en Mattelart 1995:298 y ss.).

En efecto, la criminología desde su origen utiliza el discurso del miedo. Es por ese miedo que se justifica investigar el comportamiento de los otros, para controlarlo. Esa es la base del llamado paradigma etiológico. Se pretenden buscar las causas del comportamiento criminal. Ello se hace no sólo con la convicción de que algunas causas producen efectos, sino también con la de que esos efectos se pueden evitar.

He aquí otra de las transformaciones del derecho penal y la criminología actuales. Poco a poco se ha ido abandonando la idea de que se puede transformar. Esta idea cruzaba toda la ideología del progreso y la pena utilitaria, también el marco positivista, pero sobre todo a la penalidad que propugnará el Estado bene-

factor. Esta penalidad, históricamente, se corresponde con el mayor gasto de las teorías de la prevención especial (sobre el nexo estructural que vincula al Estado social con la difusión de prácticas de tipo no institucional y la ideología de la re-socialización, Pavarini, 1994:70).

Esto cambia en los últimos años por varios motivos de crisis. Uno de ellos es la crisis de la propia penalidad (recordemos el *Nothing Works* con que termina el informe de Martinson -1974- sobre la pena de prisión y sus reformas), que conducirá a un escepticismo criminológico con más conclusiones prácticas para la derecha que para la izquierda. Otro motivo es la denominada “crisis fiscal del Estado”, que a partir de los años de 1970 lleva a la derecha a una reconversión del keynesianismo en neoliberalismo (y ello justifica el recorte de gastos sociales). Finalmente, una crisis en el sentido de la política.

En materia de política penal todo ello se traduciría en un lenguaje que pretende ser apolítico. Y por ello creo que el llamado derecho penal –o criminología– del riesgo tiene una importante responsabilidad en la configuración de las políticas criminales actuales.

Comienza a gestarse en el último cuarto de siglo una criminología y una justicia penal “actuarial”. Su nombre remite a las disciplinas matemáticas, pero proviene de la técnica de los seguros (y de su manejo y cálculo del riesgo). No es casual, por ello, que la cuestión de la “seguridad” se haya convertido en su *leit motiv* preferido. Esta concepción de tipo “managerial”, administradora o de gestión (del riesgo) en el sistema punitivo –llamada “nueva penología” y “justicia actuarial” (Feeley y Simon 1995 y 1994)– sólo se preocupa por mantener el orden, simbólicamente, en la sociedad que está “dentro” del mercado, e intenta mantener a raya, incapacitando o neutralizando, a los que están “fuera”. Los presupuestos de la misma política criminal del riesgo pretenden ser pre-políticos, pero esconden un poderoso contenido autoritario.

Así sucede, por ejemplo, con el reclamo a la “eficiencia” del derecho penal del riesgo. Ahora se apela a la “eficiencia” como horizonte discursivo que permita

y reproduzca la gestión en la administración de dolor institucional. Esta apelación oculta el cariz autoritario de la política criminal ya que representa un pensar profundamente pre-político que no puede ser fácilmente asociado con etiquetas políticas convencionales (Feeley y Simon 1994:190).

Se asume que el "problema" del delito, y de la seguridad, no admite solución y no es eliminable; por lo tanto lo que debe hacerse es un cálculo y una redistribución de los riesgos. En definitiva, se trata de "salvar a los asegurados", aumentando el riesgo de los que no lo están. Por ello este análisis no es, ni se pretende, neutral. El problema del orden admite así una respuesta desde el *statu quo* y escapa a consideraciones de "justicia". Estos "cálculos" de los peligros (se recurre para ello también al "análisis económico del derecho") y redistribución de los mismos resulta en la realización de una política criminal contra los débiles. Pueden tener un papel importante para entender esta nueva dirección "del riesgo" los estudios sobre "análisis de los sistemas" (lo hace expresamente sobre la política criminal actuarial Mathews, 2002). La política criminal del riesgo pretende realizar un control "autorreferenciado": un fin en sí mismo. Como señalé, ya no se busca transformar individuos. Simplemente se trata de mantener separados a aquellos que son considerados productores de riesgos y aquellos otros que consumen ese riesgo y "pagan" toda la tecnología aseguradora. La penalidad ya no busca legitimación; es una herramienta, un arma, que permite mantener separados.

Es, sobre todo, un arma. Y aquí quiero destacar la íntima relación de dicha política criminal del riesgo (que se define apolítica) con la política criminal del enemigo. Esta última aparece como una cruzada moral contra la criminalidad, recargada por la política criminal del riesgo con el componente de la "eficacia" para llevar adelante la "cruzada". La "guerra al delito", con el componente eficientista de la criminología actuarial, tendrá mayores líneas de continuidad con estrategias usuales del sistema punitivo en tiempos anteriores. Pero retoma los componentes más totalitarios de los tiempos anteriores.

Si bien es posible pensar que estos intentos constituyen una novedad, en tanto el resultado de la gestión del riesgo permite multiplicar las intervenciones en relación al “peligrosismo” positivista (por ejemplo: las intervenciones no se limitan a las que se practican sobre el individuo sino que prefieren actuar sobre grupos considerados de riesgo; así que, además de en sus integrantes también recaen en factores, ambientes y situaciones) y porque se implican ahora diversos actores (estatales, particulares y de la comunidad local), pareciera que en las aplicaciones prácticas los efectivos métodos de actuación policial, judicial y penitenciaria de los “riesgosistas” en nada difieren de los que habitualmente utilizaban los “peligrosistas” positivistas.

Por ello resurgen hipótesis criminológicas ya presentes en el discurso punitivo de los Estados soberanos, que también planteaban un enfrentamiento bélico— y destinado a morir o matar— contra el mal. Zaffaroni ha insistido últimamente en recordarnos el origen que nuestros sistemas penales reconocen en la inquisición y en el señalamiento de herejes, judíos, homosexuales y mujeres como el otro diabólico que hay que eliminar para preservar a la sociedad (2000:258 y ss.). Esa construcción negadora del otro sería retomada por el positivismo neutralizante de Garófalo, que reemplazaría la visión del otro como el diablo, por la del otro como peligroso enfermo irrecuperable. De cualquier forma, el otro era un sujeto que debía ser eliminado. Lo que me lleva a recordar las consecuencias de la política criminal del nazismo en tanto construía sujetos “enemigos de la comunidad” (en la que colaboraron preclaros penalistas, como denuncia Muñoz Conde, 2003).

Ciertamente, el recuerdo no es casual. Fueron los ideólogos del nazismo los que dieron el mayor sustento para pensar al otro como enemigo (Schmitt 1998). La lógica amigo-enemigo no es ajena a las modernas teorizaciones de un “derecho penal para enemigos” que fue criticado ayer por el Prof. Prittwitz.

Como señala Zaffaroni (2000:16) la propia civilización industrial ya padecía una incuestionable cultura bélica y violenta, especialmente visible en la operatividad de los sistemas penales.

Pero ahora debería ser motivo de alarma que desde la sociología, incluso aquella aparentemente no irracional, se pretende recuperar el instrumento punitivo clásico, pero con mayor dureza, para reconstruir la sensación de solidaridad perdida ante la percepción de la situación de crisis social profunda —real o percibida como tal— (Dahrendorf 1998). Se pretende que el castigo pueda hacer algo por esa sensación perdida de “comunidad”, de la misma forma en que puede reforzarla en casos de normalidad, según las teorías funcionalistas clásicas. Esta respuesta se limita a ubicar el origen de los temores fuera de la “comunidad”, entendida como formada por quienes mantienen rasgos identitarios comunes. Ya se habían señalado los efectos de la globalización, que además de crear inseguridad vital por destrucción de las condiciones de vida la aumenta al romper los lazos solidarios con los demás (Bauman 2003). Eso hace que ya no exista “comunidad” que recomponer válidamente. Pero, como señala Jock Young, “al mismo tiempo que la comunidad se colapsa, la identidad es inventada” (2003:256). Una forma de “inventar” una identidad reconocible, es “construir” otra identidad aborrecible.

El recurso a las pulsiones y afectos sociales que tienden a culpar al externo y catalogarlo como “enemigo” ha exterminar si hay algún conflicto son utilizadas por la clase política que lo transforma en “criminal”. Se logra así que los individuos, en esta encrucijada del miedo a la “inseguridad”, exijan un derecho penal “para enemigos” que actúe con medios eficientes en su “lucha” contra la delincuencia.

Para señalar a los “enemigos” del derecho penal, de la misma comunidad, se realiza una búsqueda de chivos expiatorios o “enemigos convenientes” (Christie 1993). Esto tampoco constituye una novedad: los nuevos enemigos serán los más “visibles”, pero también los más débiles. Como siempre, los pobres. Y en especial aquellos que tienen menos recursos, como los inmigrantes (dónde se re-introducen, en esta época que podríamos denominar de “Renazimiento” por volver sobre pol’, criterios racistas).

La aplicación práctica de la política criminal del enemigo y del riesgo, se aplicará en las políticas securitarias. Pero para ello será necesaria una previa perversión

sión del significado de seguridad. Como expresaré más adelante, el derecho penal de la resistencia al poder ha elaborado ya un concepto humanista de seguridad.

Y cuando se pretende vulnerar un concepto democrático y humanista de seguridad, reemplazándolo por aquel otro ligado a la noción de orden y a la defensa de los intereses dominantes, se le suele agregar un adjetivo. Creo que es justamente el adjetivo calificativo de "ciudadana" el que pervierte el concepto del derecho y de los seres humanos que podría tener la idea de seguridad. En efecto, la idea de seguridad se encuentra afectada por todos los adjetivos calificativos que se le han puesto históricamente. Pocas veces se habla de "seguridad", a secas, cuando se justifican políticas represivas. Por el contrario, se habla de seguridad ciudadana, o seguridad urbana, o seguridad pública, o seguridad nacional.

Así, en el cono sur y en toda la América latina se utilizaba en los años setenta el concepto de "seguridad nacional" para justificar a las dictaduras que torturaban, mataban y vulneraban todos los derechos de las personas. Igualmente sucede cuando se habla de "seguridad pública", que es un concepto que tiene más tradición en el ámbito europeo y que ha justificado los poderes de la policía en regímenes supuestamente más liberales o socialdemócratas. En estos casos también se quiere decir algo parecido al otro adjetivo evidentemente más peligroso ("nacional"). Últimamente también se habla de "seguridad urbana", identificando a la ciudad como el ámbito a proteger por las administraciones locales. La misma referencia a un territorio como organismo colectivo denota la voz "seguridad ciudadana".

Me podrían señalar que las modernas Constituciones no hacen estas referencias territoriales o colectivas sino que buscan proteger derechos individuales (como la española de 1978 que reemplazó la voz "orden público" por la de "seguridad ciudadana"). Sin embargo creo que se sigue sosteniendo la idea de mantenimiento del orden, tras el cambio de etiquetas. Señalaré que tampoco resulta útil el concepto de "ciudadano" cuando se presenta como de contenido reductor y claramente separador de los "no ciudadanos" o "ciudadanos de segunda categoría". Estos últimos ven-

drían a ser hoy los individuos no nacionales en Europa. Y tal es así que el desafortunado concepto de "no personas" que es utilizado por Gunther Jakobs, se aplica perfectamente a las posibilidades con respecto al derecho estatal de los inmigrantes (como lo denuncia Alessandro Dal Lago 1999). Un ejemplo de la utilización perversa del significado de "seguridad" lo observamos en el art. 96 de la Convención de Schengen, del año 1990. Allí se menciona como causa de no admisión de extranjeros (extranjeros pobres, inmigrantes, enemigos convenientes), la supuesta amenaza al orden y seguridad públicas o a la seguridad nacional.

De cualquiera de las formas, creo que en todos esos casos la idea de seguridad tiene connotaciones colectivas y ya no personales. Y son colectivas en el peor sentido que pueden ser colectivas. En el sentido no de pensar en un conjunto de individuos reales, con necesidades concretas y sentimientos de solidaridad, sino en la vieja tradición burguesa y reaccionaria del organicismo, tan caro a la política criminal positivista. La sociedad sería un órgano que puede ser identificado con el pueblo ("pública"), con la nación ("nacional") o con la ciudad ("ciudadana" o "urbana"), pero que básicamente consiste en pensar en la defensa de un orden (de dónde surge, con claridad, el concepto "orden público"). Pero sobre todo, pensar ese orden, esas relaciones políticas y económicas afirmadas en un espacio determinado, en un espacio real o imaginario construido por la nación, por el pueblo, o por la ciudad.

Baratta (1998) señala que "se habla de (...) seguridad ciudadana, siempre y solamente en relación a los lugares públicos y de visibilidad pública, o en relación con un pequeño número de delitos que entran en la así llamada criminalidad tradicional (sobre todo agresiones con violencia física a la persona y al patrimonio), que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes, en la alarma social y en el miedo a la criminalidad".

Los peligros e inseguridades rodean a todos los individuos en las sociedades del *post-welfare* y aquí es donde interviene la dimensión política, que se refleja en el reparto del riesgo que es, como el económico, desigual. La seguridad de los sectores aventajados va a significar trasladar el riesgo a otras personas. La fun-

ción de las agencias estatales será la de proteger el territorio, evitando que los individuos de las áreas marginalizadas invadan las áreas protegidas.

Como afirma Baratta (2000:4) es éste el modelo de política de seguridad imperante en Europa y Estados Unidos, que pretende garantizar la seguridad de los "ciudadanos respetables" a costa de los excluidos (inmigrantes, desempleados, sin hogar, toxicodependientes, jóvenes marginados etc.). Las políticas de represión llamadas de seguridad estarán principalmente dirigidas a aumentar la seguridad, o aparentarlo, reprimiendo a los "enemigos" de los "otros" individuos —los que no las sufren.

Esto es realizado tanto por la guerra "interior" (que utiliza la seguridad policial) como la "exterior" (que retoma la guerra con ejércitos). En este sentido se aplica la vieja "doctrina de seguridad nacional" como una guerra permanente contra enemigos pequeños e invisibles. De la misma forma que la guerra al terrorismo justifica que el Estado sea terrorista, la guerra al delito permite que el Estado sea criminal. No se respetan las leyes de la guerra (Guantánamo) y no se respeta el derecho penal.

Los efectos del discurso bélico aplicado al poder punitivo, según Zaffaroni (2000:17), llevan a 1) incentivar el antagonismo entre lo débiles, 2) impedir el acuerdo entre ellos, 3) aumentar la incomunicación entre los distintos sectores sociales, 4) potenciar los miedos, desconfianzas y prejuicios, 5) devaluar los discursos de respeto a la dignidad y la vida —ver Bauman 2002:19 y la derrota de Dukakis frente a Bush y posterior manejo del tema por políticos yanquis—, 6) dificulta la alternativa de solucionar realmente los conflictos, 7) desacreditar los discursos limitadores de violencia, 8) convertir en cómplices de los delincuentes a los críticos del abuso de poder, 9) habilitar igual o mayor violencia para acabar con la violencia.

Querría finalizar esta segunda parte de la exposición señalando una paradoja que es, a su vez, una novedad del nuevo discurso de orden y su relación entre paz y guerra. Había señalado ya la existencia del miedo en el origen del Estado moderno, y de la idea de soberanía. En efecto, se pretendía asustar con la guerra

para imponer una paz. Una paz imperfecta pero preferible a la guerra, como sostenía Hobbes. Pero ahora se advierte una inversión a la teoría hobbesiana. El miedo aparece como argumento de la necesidad del orden. Pero el *statu quo* ya no es sinónimo de paz. Ahora es sinónimo de guerra permanente. La paz ya no es la solución a la guerra, sino que ésta es la solución a la incertidumbre. Sin horizonte de paz, se trata de realizar políticas –también políticas criminales– que se limiten a calcular y repartir riesgos.

4) Tras lo dicho, queda claro que cualquier discurso jurídico será mejor que las políticas punitivas y securitarias actuales. El propio Hobbes, sería un autoritario pero no era tonto. Pero yo no quiero remitirme a cualquier discurso jurídico para encontrar el significado de seguridad que se oponga a la práctica de la guerra. Por el contrario, el discurso jurídico que creo útil no es el constructor del Estado, el organizador del poder, sino por el contrario el que se articuló resistiéndose contra el mismo. En la Ilustración se gestó un derecho que se resistía a los abusos del Estado absolutista; en la actual resistencia a la guerra (en la “guerra a la guerra”) podemos encontrar nuevas claves para avizorar el futuro con esperanza.

Quiero indicar que la recuperación del discurso jurídico, incluso el de la Ilustración, no puede implicar un conservacionismo inmovilista. El futuro debería ser mejor que el pasado, siempre que luchemos por él. Deberíamos tener cuidado con el discurso jurídico (“aquellas aguas trajeron estos lodos” se dice en España). Propongo recuperar lo que había de resistencia en éste, pero no aferrarnos al derecho como algo inmodificable. No hay, de mi parte, una añoranza de la Ilustración, ni tampoco una añoranza de la penalidad del Estado benefactor. La ideología de la defensa social articulaba toda la política criminal heredera tanto del mismo discurso jurídico ilustrado cuanto de la criminología positivista. Y también la defensa social propugnaba defender a organismo social de los delitos y de quienes los perpetraran (Baratta 1986). Los delitos eran un disturbio, una desviación, tanto desde un punto de vista jurídico cuanto social para esta práctica que se pretendía jurídica y humanizadora.

Es por ello que se deben diferenciar dos caras del rostro del derecho que era mencionado por Prittwitz. Aquella cara del derecho que puede hacernos ilusionar con una verdadera política de seguridad no es aquella en la que se presenta como organizador, sino la otra en la que aparece como reclamo. Como producto de las resistencias y, antes, de las necesidades. Estas asumieron distintas expresiones jurídicas en los últimos doscientos años (derecho liberal, derecho social, derecho a la diferencia). Pero de todas ellas (y también de la actual resistencia a la guerra: del derecho a la paz justa) el concepto "seguridad" se puede ver como un derecho básico de las personas. Un derecho humano que integra el catálogo de aquellos que deberían extenderse a todas las otras personas. Este conjunto, en realidad, no debería ser un catálogo sino que un programa sin límites, inacabado. Siempre aparecerán nuevas demandas por necesidades que deberán ser calmadas, reconstruyéndose de esa manera un sentido de integralidad reforzador de lazos de solidaridad horizontales.

Esa es la idea que está detrás del concepto jurídico de seguridad. Por lo menos detrás del concepto que en el siglo XVIII —y de ahí en adelante, las distintas constituciones que emergen luego de la Revolución francesa y las Revoluciones americanas— se pretende implicar con la idea jurídica de seguridad. Una idea dónde existe la relación de la seguridad con los seres humanos, y con todos los seres humanos.

Cuando pensaban en la idea de seguridad esos diseñadores de constituciones querían reflejar (en realidad, no es que querían sino que eran obligados a hacerlo por las luchas históricas de aquel entonces y que han continuado hasta ahora) aquel deseo de los individuos de estar seguros. Y cuando yo me refiero a los individuos, hago alusión a todos los sujetos portadores de derechos básicos. Todas las personas, todos los individuos, todos los humanos son, por ser tales, portadores de los derechos humanos básicos. Por ser seres humanos, y por ello portadores de unos derechos humanos básicos, es que todos deberíamos satisfacer el deseo de estar seguros.

Y la seguridad, por tanto, tiene íntima relación con todos los otros derechos humanos, pues estar seguros es estarlo en relación al uso y al disfrute de esos derechos básicos, de esos derechos humanos básicos. Ese es, básicamente, el concepto de seguridad (opuesto al manipulado en la actualidad) que pretendía defender al hablar de seguridad desde un punto de vista jurídico. Otra seguridad, que claramente no se opone al derecho a la libertad individual sino que la complementa, permitiendo barrer aquellos obstáculos políticos o sociales para su efectivo cumplimiento. Pero es esta una seguridad que no me estoy inventando sino que está ya en el pensamiento jurídico. En ese pensamiento, y así la plantean en la Ilustración, todos los derechos —y como tal también plantean el de la seguridad— surgen oponiéndose al poder del Estado. Era el poder del Estado (el absolutista en esa época, y luego cualquier otro) el que vulneraba esta seguridad de las personas. Era el poder del Estado el que intervenía en una causa sin tener autorización, el que detenía a las personas arbitrariamente. Todos los derechos y garantías procesales penales surgen en torno a esa idea de límite al poder de los Estados absolutistas del siglo XVIII. No es casual que Feuerbach, “el padre del derecho penal”, escribiera a fines del siglo XVIII un libro que se titulaba “Anti-Hobbes”. La seguridad del individuo residía en ponerle límites al Estado, en que éste no pudiera hacer determinadas cosas para limitar la libertad individual (de allí la importancia del principio de legalidad).

Y son estos principios del derecho (como la legalidad) los primeros en ser vulnerados por la noción pervertida de seguridad con posterioridad, porque en algunos casos continúa siendo el Estado liberal en regímenes de emergencia (frente a “emergencias” como la droga, el terrorismo etc.) o directamente en dictaduras nazi-fascistas que lesionan todos los derechos y garantías, y de esa forma también el deseo de estar seguros, tranquilos, no molestados, de algunos individuos. Es contra este tipo de regímenes contra los que se oponía el concepto de seguridad ilustrado, y puede oponerse también el concepto que quiero rescatar. Es un concepto que sirve para decirle al Estado y sus funcionarios: “esto

no lo pueden hacer", "el Estado esto no lo puede hacer", "no se puede meter con el derecho a mi integridad física, a mi vida, a mi libertad", "con todos estos derechos no se puede meter y esto es mi seguridad, mi seguridad de que usted, Estado, no puede actuar contra mi arbitrariamente", "todos debemos estar seguros de cuál puede ser la actividad estatal".

Esta idea de la seguridad como límite sigue siendo, como sabéis por la actualidad de las vulneraciones a las garantías más básicas, fundamental e importante, a pesar de sus doscientos años de antigüedad. Pero también con posterioridad, en el siglo XX, y también como producto de distintas luchas (en primer lugar de la clase obrera, y luego de distintos colectivos, de mujeres y de las minorías etc.), se plantea otro concepto jurídico de seguridad que ya no sería un no hacer, un mandato de no meterse para el Estado (en realidad la idea de límite sirve frente al Estado y frente a particulares), que siempre es un concepto negativo de la seguridad. Aparece, entonces, además del concepto negativo de límite de la seguridad, y junto a él, un concepto securitario de prestación. Este concepto de seguridad, que tiene que ver también con los derechos humanos, es de prestación como contrario a no hacer. Ahora este derecho fundamental le dice al Estado ya no sólo que no debe meterse con mi libertad, sino que además debe dar básicamente prestaciones para poder gozar de ella. Además de respetarme la vida y la libertad, debe proporcionarme vivienda, salud, educación, puesto que todo ello es necesario, es básico, para que yo me sienta seguro.

Entonces, como consecuencia, el concepto jurídico de seguridad debe dejar de prestar atención al territorio o al gobierno, y percibir las nuevas y viejas necesidades de la comunidad de seres humanos para obligar a su satisfacción. Esto hace, efectivamente, el Informe sobre Desarrollo Humano de 1994 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, al insistir en términos de seguridad económica, alimentaria, sanitaria, ambiental, personal, comunal y política (integrantes todos del concepto jurídico de seguridad humana).

Por el hecho de ser un ser humano, y de tener el derecho a la seguridad, surge una obligación a prestar esos otros derechos para que yo esté seguro, para que cada una de las personas esté segura. De esa forma, el concepto de seguridad se amplía a todos estos derechos básicos que están así previstos en los pactos internacionales de derechos humanos (sociales, económicos y culturales) que posibilitaron la existencia del Estado benefactor. Actualmente el Estado ya no tiene poder, pero si es que existe otra instancia superadora, si es necesario que exista, si se justifica su existencia, es porque debe garantizar esa seguridad, la seguridad entendida como un concepto amplio que no tiene nada que ver con el orden público, con la seguridad del propio Estado o gobierno, con el mantenimiento de las desigualdades, con la idea de la policía o el ejército como cuerpos represivos, ni tampoco con el maniqueísmo, con construir esos enemigos fáciles para justificar los juegos de guerra de una parte de la sociedad contra los "molestos", contra los débiles. Por el contrario, las políticas locales (y también las globales pues es necesario destacar las profundas interconexiones de los problemas mundiales) deben atender especialmente las situaciones de vulnerabilidad para paliarlas, y así conseguir o perseguir la seguridad.

Es por ello que, en un nuevo movimiento resistente, el concepto jurídico de seguridad debe ser necesariamente solidario. Debe ser un modelo que se oriente a la emancipación y al bienestar general, y no a los privilegios de pocos (Baratta 2000:16). Allí sí podríamos encarar una legítima y verdadera política de seguridad, de seguridad de los derechos fundamentales de todos los seres humanos sin exclusiones.

Quisiera terminar con la cita de un gran intelectual recientemente fallecido (y que es recordado también en este seminario por las exposiciones previas de algunos de sus discípulos (Emilio, Vera, Mauricio) y las que vendrán también de parte de quienes lo quisieron. Alessandro Baratta (1998:4) realiza una descripción que permite acercarnos a una idea menos excluyente de la seguridad: "Desde el punto de vista jurídico, pero también desde el punto de vista

psicológico, "seguros" pueden y deberían ser, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales (los que no se limitan a los ciudadanos) y éstos son todos y solamente las personas físicas que se encuentran en el territorio de un Estado, de una ciudad, de un barrio, de otro lugar público, de una casa u otro edificio o espacio privado. Seguros, en relación al disfrute y de aquellos derechos, frente a cualquier agresión o incumplimiento realizado por parte de otras personas físicas que actúan en el ámbito de competencias, poderes de derechos o de hechos que esas personas tengan, como funcionarios o privados, en uno de los distintos ámbitos territoriales".

Bibliografía

BARATTA, A. "El concepto actual de seguridad en Europa". *Paper* presentado en el Congreso Internacional. *Criterios para el análisis de la seguridad: estado actual de la investigación*. Escuela de Policía de Catalunya, 14 de junio de 2000. Barcelona, 2000.

_____. "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos". *El Cotidiano*. México D.F., 1998.

_____. "La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales". *Nueva doctrina penal*, 1999/B. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

BAUMAN, Z. *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____. *Comunidad*. En busca de seguridad en un mundo hostil. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003.

BECK, U. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica.

_____. *Un nuevo mundo feliz*. La precariedad del trabajo en la era de la globalización. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.

- BERGALLI, R. "¿De cuál derecho y de qué control social se habla?". En: BERGALLI, R. (Ed.). *Contradicciones entre derecho y control social*. Barcelona: M. J. Bosch, 1998.
- _____. "Impunidad y terceros países o el comienzo de la posmodernidad jurídica (a propósito de los casos argentino y chileno)". En: Eser, Albin y Arnold, Jorg (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Freiburg, 2000.
- _____. "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo". En: *Sistema*, Madrid, enero de 2001. n. 160.
- CASTEL, R. "De la peligrosidad al riesgo". *Materiales de sociología crítica*. 1986. Madrid: La Piqueta.
- CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.
- DAHRENDORF, R. *Ley y orden*, Madrid: Civitas, 1998.
- DAL LAGO, A. *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milano: Feltrinelli, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Ilsa, 1991.
- FEELEY, M.; SIMON, J. "La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones". *Delito y sociedad*. Buenos Aires: La Colmena, 1995. n. 6-7.
- _____. "Actuarial Justice: the emerging new criminal law". En: Nelken, David. *The futures of Criminology*. G.B. London: Sage, 1994.
- GIRARD, R. *El chivo expiatorio*. Barcelona: Anagrama, 1986.
- HOBBS, T. *Leviatán*. Madrid: Ed. Nacional, 1979.
- HULSMAN, L.; BERNAT DE CELIS, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984.
- LIPPENS, R. "Las criminologías críticas y la reconstrucción de la utopía". *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: del Puerto, 1997, n. 1997/B.

- MARTEAU, J. F. "¿Penas definitivamente perdidas?". *¿Más derecho?*. Buenos Aires: Di Plácido.
- MARTINSON, R. L. "What works? Questions and answers about prison reform". *The Public Interest*, New Jersey, 1974, n. 35.
- MATTHEWS, R. "Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas". *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 2002, n. 2001/B.
- MATTELART, A. *La invención de la comunicación*. Madrid: Siglo XXI, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- PAVARINI, M. *I nuovi confine della penaltà. Introduzione alla sociologia della pena*. Bologna: Martina, 1994.
- ROBERTSON, R. *Globalization: social theory and global culture*. London: Sage, 1997.
- SCHMITT, C. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 1998.
- YOUNG, J. *La sociedad excluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal ("nuevas" racionalidades punitivas y posible escenarios penales)

Iñaki Rivera Beiras

Professor Titular de Direito Penitenciário
da Universidade de Barcelona (Espanha).

Sumario: 1. Teoría del Estado, política criminal y cambios de paradigmas – 2. Crisis (fiscal) del Estado y paulatina construcción del *business* penitenciario, en los Estados Unidos de Norteamérica: 2.1 La caída del mito de la rehabilitación; 2.2 La construcción del *business* penitenciario; 2.3 La consolidación de la "Criminología de la in-tolerancia" – 3. Crisis del *welfare* y exportación de la industria penal al continente europeo – 4. Las "nuevas" racionalidades punitivas (globalización y *post-fordismo*) – 5. Restricción de garantías y militarización del sistema penal: 5.1 Reino Unido; 5.2 Francia; 5.3 Italia; 5.4 España; 5.5 Estados Unidos – Bibliografía.

Resumen: este ensayo pretende contribuir a una reflexión en torno a los cambios que se están experimentando en las dos últimas décadas en los sistemas penales europeos y norteamericanos. La caída del mito de la rehabilitación penitenciaria, y su sustitución por racionalidades meramente incapacitadoras y rodeadas de discursos populistas, no pueden ser comprendidos de un modo intra-sistémico. El paso de unas sociedades "fordistas" a otras "post-fordistas" y el inicio de la llamada "globalización" económica, con las transformaciones que ello ha provocado en los

mercados de trabajo de los países del 'centro', constituyen el contexto en el que deben ser comprendidos los cambios en los tipos de *sentencing* penitenciarios y en las racionalidades excluyentes que hoy sostienen a los sistemas penales. Sólo así se podrá comprender la aparición de líneas político criminales como las denominadas "tolerancia cero", "actuarialismo", "cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal" e, incluso, la difusión de la privatización carcelaria.

Palabras-clave: sistema penal; racionalidades punitivas; post-fordismo; globalización.

En el período que va desde fin del siglo XIX a los inicios del XX, Vincent van Gogh pintaba —y el mundo conocía— su famoso cuadro "La Ronda de Prisioneros".

La imagen es muy conocida: una rueda presos completa espacialmente todo el perímetro del patio de una cárcel. Retrato circular compuesto por personas que parecen efectivamente estar en movimiento, pintadas por una mano mágica.

Un siglo más tarde, podemos pensar en otra imagen circular, bastante menos artística.

El nuevo milenio presenta una cifra escalofriante: de acuerdo a los más rigurosos y oficiales datos (de la ONU) en la actualidad hay, aproximadamente, 8.700.000 presos en el mundo entero. Este contingente humano hoy puede conformar otra "ronda", otra imagen circular: semejante número puede dar, por dos veces, la vuelta al planeta Tierra.¹ Sombria y dura imagen para un artista sensible...

¿Qué ha pasado?, ¿qué está pasando?

1. Teoría del Estado, política criminal y cambios de paradigmas

Recuerda Ferrajoli (2001), a propósito de abordar el problema de los fundamentos del derecho a castigar que fue en el terreno del derecho penal donde, en los siglos XVII y XVIII la filosofía del jusnaturalismo racionalista, libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la

1. Aproximadamente, estas palabras reflejan una reflexión de Massimo Pavarini desarrollada recientemente en un Encuentro internacional (en la ciudad de Pisa, Italia, abril 2002).

libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos. Posteriormente, diversos factores contribuyeron a intentar desmoronar aquel edificio de la Modernidad. El autor italiano menciona, entre los más relevantes, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de fin del siglo XIX; una burda epistemología positivista basada exclusivamente en la aproximación acrítica al sólo “derecho que es”; una suerte de paradógica “naturalización” del derecho penal como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimación; y por ello la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica ó la confusión de su justicia con su mera existencia.

En el terreno político criminal, el siglo XIX, en su segunda mitad, presentó un panorama novedoso en distintos escenarios. Desde la *Scuola Positiva* italiana,² a la *Escuela de Marburgo* alemana³ o desde el *Correccionalismo* español⁴ a la *New Penology* de los EE.UU.⁵ (tras las experiencias del reformatorio de Elmira), una nueva racionalidad punitiva se iba imponiendo, como traducción penal del paradigma etiológico de la criminalidad. Los Congresos Penitenciarios –tanto los primeros europeos y norteamericanos, cuanto, posteriormente, los de carácter internacional– constituyeron el escenario más emblemático de representación del nuevo saber “científico, criminológico y penológico”. En efecto, las cuestiones allí debatidas no sólo revelaron la nueva fe en la corrección de las patologías individuales a través del sistema penal, sino que aquellos debates (y aquellas creencias) fundaron el nuevo saber científico. Sus debates sobre arquitectura peniten-

2. Cf. Garófalo (1912) en *La criminología*.

3. Cf. Franz von Liszt (1995) en *La idea del fin en el derecho penal*: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882).

4. Cf. Cuello Calón (1958) en *La moderna penología* (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas: su ejecución).

5. Cf. Rothman (1980), en *Conscience and convenience*. The asylum and its alternatives in progressive America.

ciaria, régimen y primeras formas de tratamiento de la criminalidad, o los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía, y prostitución (como “nuevas” causas del comportamiento desviado), el tratamiento de los enfermos mentales y la organización de los manicomios, los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios, o las discusiones sobre la justificación de penas y de medidas de seguridad (tanto en el ámbito adulto cuanto en el minoril que se estaba por entonces edificando), llevaron incluso a la defensa político-criminal de las condenas (más o menos) in-determinadas, en unos ámbitos geográficos más que en otros.⁶ El modelo correccionalista vivía su momento de esplendor que se extendería hasta el surgimiento —en Europa— de los totalitarismos nazi y fascista,⁷ los cuales edificarían los sistemas penales de signo más autoritario del siglo XX (Jiménez de Asúa 1965).⁸

Los desastres bélicos de la II Guerra Mundial, el Holocausto judío y la tarea de reconstrucción europea iniciada a partir de 1945 marcarían —al menos para la Europa continental— el inicio de una nueva forma-Estado con un modelo constitucional heredero de la *Resistenza* de quienes habían sufrido en sus entrañas los efectos del derecho penal autoritario mencionado. En efecto, las Constituciones italiana y alemana, inauguraban el movimiento del llamado “constitucionalismo social” que acogería una tradición propia del *welfare* en una reinterpretación adaptada a la cultura jurídica continental europea, todo lo cual tuvo decisivas implicancias en las formas de legitimar la intervención jurídico penal. Esto requiere una explicación.

6. En los EE.UU. la adopción de diversos modelos de in-determinación de la pena —desde finales del siglo XIX hasta hace pocos años— revela, con mucha más fuerza que en el mundo jurídico continental europeo, la profunda fe en el modelo rehabilitador.

7. E, inmediatamente seguidos por los modelos autoritarios de la Francia ocupada y las dictaduras imperantes por décadas en Portugal y en España.

8. Como ha señalado Jiménez de Asúa, mientras aquel Movimiento Reformista continuaba con su *evolución* en los EE.UU. bajo un signo político liberal, Europa, en las primeras décadas del siglo XX, conoció una *involución* política y, por ende político-criminal. El autoritarismo, comenzaba a despuntar (op. cit.).

Para hablar de los orígenes de la cultura del *welfare*, habría que remontarse a la importancia que desde la segunda mitad del siglo XIX fue adquiriendo la llamada "cuestión social" (nacimiento del "movimiento" obrero, primeras luchas colectivas, nacimiento del sindicalismo etc.). En la Inglaterra del año 1900 empieza a aparecer una primera e importante legislación social/fabril. También en la Alemania de fin del XIX –Bismarck– se crean los primeros programas de seguros obligatorios contra la enfermedad e invalidez. En este rápido bosquejo, puede señalarse que a esa tendencia por atender la "cuestión social", le seguirían las legislaciones de Dinamarca y Suiza de los primeros años del siglo XX. Nacía así una primera forma de *welfare* que, para desarrollar ese "asistencialismo", debía acudir a un recurso principal: la recaudación fiscal de impuestos. En tal sentido, puede afirmarse que asistencia social moderna y recaudación impositiva, nacen en una relación contemporánea. Empieza a concebirse la idea de que el Estado debía asumir la responsabilidad de mantener unos mínimos vitales para el conjunto de la población mediante una concentración de "recursos" y una dispersión de los "riesgos". La "seguridad social" en sentido amplio, trata de cubrir el conjunto de la población del país redistribuyendo parte de los excedentes mediante una fiscalidad directa y progresiva.

Ahora bien, las primeras teorizaciones sobre el sostén financiero del modelo *welfare*, vendrían de la mano del concepto de "Estado Fiscal", gracias a dos autores decisivos. En efecto, como ha revelado Gough (1979), Goldscheid en 1917 y Schumpeter en 1918 destacarán la importancia de los estudios de sociología fiscal al reconocer que la historia fiscal de un pueblo es parte esencial de su historia general (la idea del "Presupuesto como esqueleto del Estado"). Schumpeter afirmará que el espíritu de un pueblo, su nivel cultural, su estructura social, los hechos que pueden determinar su política, todo esto y más, está escrito con claridad en su historia fiscal y sin retórica de ningún tipo.⁹ Como consecuencia de estos

9. Cf. Gozzi (1990: 1.106).

enfoques surgió la expresión “Estado fiscal” (nexo indudable entre Estado e impuestos). Con estas contribuciones, las primeras formas del *welfare* presentarían ciertas características: el Estado empieza a ser más intervencionista en la regulación del mercado de mercado; las huelgas, los Sindicatos y la primera legislación social empiezan a ser entendidos como parte de la “cuestión social” que el Estado debe regular y “proteger”; la regulación del trabajo, horarios, descanso, vacaciones, derechos sociales incipientes etc., marcaron así una primera forma de “asistencialismo”.

Sus manifestaciones en la cultura política y económica de los EE.UU. e Inglaterra de fines del XIX y primeras décadas del XX se orientaron en esa dirección. En cambio, el asistencialismo europeo continental (nacido con Bismarck en Alemania a fin del XIX) sufrió, como ya se mencionó, una abrupta ruptura con el surgimiento de los totalitarismos europeos (URSS, Alemania, Italia, España, Portugal, la Francia de Petain...) que desembocarían en el Holocausto y en la II Guerra Mundial, además de la proliferación dictatorial. Como es sabido, al término de la II Guerra Mundial, Europa quedó devastada. Debía comenzar entonces, la tarea de la reconstrucción europea, la cual se basó en dos grandes presupuestos: la cooperación internacional (que debía servir para reconstruir el continente y mejorar la calidad de vida de los habitantes) y el inicio de un derecho internacional de los derechos humanos (como tarea inseparable de la reconstrucción, que evitase para siempre la repetición de los desmanes).¹⁰

10. Como afirma Morenilla Rodríguez, la internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho histórico reciente que suele situarse generalmente en las postrimerías de la II Guerra Mundial, como efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra. Resultó entonces manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de derecho y el respeto a los derechos del individuo, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, así como que la protección de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno —como desde el siglo XIX se venía creyendo—, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y, a la postre, a la paz mundial (1988). En este contexto, las potencias Aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 —cuando se vislumbraba el final de la II Guerra Mundial— y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas (que se firmó el 26 de junio de 1945) estableciéndose

La recuperación "modernizada" del Estado del Bienestar sería retomada y se entendería por éste como "el conjunto de servicios sociales provistos por el Estado, en dinero o en especie, así como la regulación de actividades privadas de individuos o empresas" (Gough 1979:22).

En el terreno político criminal, y en relación al constitucionalismo social de post-guerra (que consagra la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho), Ferrajoli defiende la tesis de que en la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar un auténtico cambio de paradigma en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impone una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Tal cambio de paradigma, en la estructura del derecho positivo se ha producido, en Europa, sobre todo después de la II Guerra Mundial, gracias a las *garantías de rigidez de las Constituciones* introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales (op. cit.: 22-23).¹¹ Y no es casual que todo ello haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo. Como indica el autor italiano, en el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual —la Carta de la ONU de 1945, la DUDH de 1948, la Constitución italiana de 1948 y alemana de 1949— se tomó conciencia de que el consenso de las masas en el cual también se habían fundado las dictaduras fascistas no bastaba para garantizar la calidad de un sistema político y, en consecuencia, se volvió a descubrir el significado y el valor de la Constitución como

la Organización de las Naciones Unidas para asegurar la paz internacional. En desarrollo de esta finalidad, el 10 de diciembre de 1948, fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que, tal y como dijo el presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas ese mismo día, "millones de hombres, mujeres y niños de todo el mundo, a muchos kilómetros de París y de New York, puedan recurrir a este documento en busca de ayuda, guía e inspiración" (Amnistía Internacional 1988).

11. Si bien, las garantías de rigidez habían sido conocidas en diversos ejemplos, antes, no fue hasta después de la II Guerra Mundial, cuando la idea de un sólido techo constitucional —siempre por encima de la legalidad ordinaria— penetró en la cultura jurídica y en el sentido común.

límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario. En consecuencia, se construía de ese modo una estructura del ordenamiento jurídico mucho más compleja y con una doble artificialidad: 1) no sólo por el carácter positivo de las normas producidas (que es el rasgo específico del Positivismo Jurídico); 2) sino también por su sujeción al derecho (que es precisamente el rasgo típico del Estado Constitucional de Derecho). Y, en este último, la producción jurídica misma se halla disciplinada por normas de derecho positivo no sólo en lo que hace a su procedimiento de formación, sino también a sus contenidos.

A este sistema de legalidad, Ferrajoli le denomina como modelo o sistema garantista (op. cit.: 25): “gracias a él, el derecho contemporáneo no sólo programa sus formas de producción (a través de procedimientos sobre formación de las leyes) sino que, además, programa sus contenidos sustanciales” (ibidem), vinculándolos normativamente a los principios, valores y derechos inscritos en sus Constituciones mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber de elaborar.¹² Ferrajoli considera que aún no somos plenamente conscientes del alcance revolucionario del aludido cambio de paradigma que es, “sin duda, la mayor conquista jurídica del siglo: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del derecho, el papel de la Ciencia jurídica, el de la Jurisdicción, la naturaleza de la Política y la propia calidad de la Democracia.¹³ Como

12. Ferrajoli recuerda así las clásicas preguntas relativas a la legitimación del derecho penal: “¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar”? Tales interrogantes que se vinculan con el problema de la legitimación de ese “terrible derecho” (en alusión al *ius puniendi*), se resuelven ahora por los principios garantistas de las Constituciones: lesividad y materialidad de los delitos; garantías del juicio; carga acusatoria de la prueba; derechos de la defensa. Todos los cuales han dejado de ser principios teóricos para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador (auténtica política criminal del garantismo penal).

13. La primera revolución, en el campo de la construcción de la Modernidad, fue la idea de la construcción de la *mera* legalidad. Consecuencia de ello, fue la omnipotencia del legislador. Así, en oposición a las viejas consideraciones jusnaturalistas, se logró la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir, con su producción según las formas previstas en el ordenamiento con la consiguiente garantía de la certeza del derecho y de la sujeción a la ley del poder judicial. La ciencia jurídica se hacía dogmática, o vinculada a los dogmas de la ley. La segunda revolución, tras el fin de la II Guerra Mundial, tuvo lugar con las instituciones rígidas que

consecuencia de ello, en el Estado constitucional de Derecho, el legislador ya no es omnipotente: las leyes no sólo serán válidas por su procedimiento de creación, sino por ser coherentes con los principios constitucionales. Y también dejaría de ser omnipotente la Política: también ella y la legislación ("que es su producto"), quedarán subordinadas al derecho. El cambio es total: "ya no será el Derecho el que pueda ser concebido como instrumento de la política, sino que la política ha de ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho" (op. cit.: 27).

En un marco semejante, el sistema penal –garantista– y las penas, seguirán siendo justificados en aras al cumplimiento de viejas (y nuevas) utilidades. En efecto, frente a la aspiración resocializadora y rehabilitadora de viejo cuño, Ferrajoli le adjudicará a la pena la función de ser útil para evitar que el infractor penal reciba un castigo informal (espontáneo, salvaje) y, en todo caso, superior al daño que le ocasione la pena legal. En esa función de minimización de daños –que revela, en el ámbito punitivo, la aspiración garantista de velar por los derechos fundamentales– reside la nueva fuente de legitimación. Junto a ello, la necesidad de superar las opciones custodiales y de limitar temporalmente a las existentes, completa el cuadro señalado. Mas, todo ello, como es bien sabido, requeriría de apoyos, inversiones y gasto del Estado Social. Como se verá a continuación, ese cimiento sería justamente el que empezaría a flaquear.

2. Crisis (fiscal) del Estado y paulatina construcción del *business* penitenciario, en los Estados Unidos de Norteamérica

James O'Connor señalaba en los EE.UU. –en los inicios de la década de los años setenta– que "cada clase y grupo económico y social, quiere que el Go-

completaban el paradigma del Estado de Derecho o sea, la sujeción a la ley de todos los Poderes Públicos, incluso de la mayoría, que se subordina, también él, al derecho, más precisamente a la Constitución. Y no sólo en cuanto a las formas sino en relación a los contenidos.

bierno gaste mayores sumas de dinero en un número creciente de cosas. Pero ninguno quiere pagar nuevos impuestos o mayores índices sobre los viejos impuestos. En realidad, casi todo el mundo quiere impuestos más bajos y muchos grupos han llevado a cabo, con éxito, campañas en pro de una reducción de los mismos. Las demandas de la sociedad sobre los presupuestos locales y estatales parecen ilimitadas, pero la voluntad y la capacidad de los ciudadanos de pagar los gastos que éstas conllevan resultan estrechamente limitadas. Y a nivel federal, los gastos se han incrementado con más rapidez que la producción total" (1981: 20). Lo cual corroboraba el diagnóstico del entonces Director del Sistema de la Reserva Federal, cuando anunciaba que los EE.UU. se encontraban en una encrucijada respecto a sus planes fiscales. "Muchos de nuestros conciudadanos están alarmados por la creciente proporción en que los impuestos federales, estatales y locales reducen sus ingresos. La tendencia a gastar más de lo que se está dispuesto a financiar a través de los impuestos está llegando a arraigar y a convertirse en profundamente amenazadora. Por el momento no se vislumbra un fin próximo del déficit federal. Numerosos programas federales conllevan un enorme aumento del gasto y actualmente hay propuestas para ser discutidas en el Congreso cuyo efecto sería incrementar enormemente el gasto en los próximos años."

O'Connor definió bien la situación: "hemos denominado 'crisis fiscal del Estado' a esta tendencia del gasto gubernativo a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gasto tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el Estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto estatal" (op. cit.: 26). Eso sí, se reconoció que diversos factores, en forma individual o combinada, pueden contrarrestar la crisis. Por ejemplo: se pueden desatender las necesidades de las personas que dependen de los servicios públicos;¹⁴ puede ocurrir que las grandes compañías

14. Como ocurrió en Nueva York con la reducción de la asistencia social durante la recesión de 1970-1971.

que desean préstamos y subvenciones gubernamentales no los obtengan;¹⁵ puede llegar el Gobierno a congelar los salarios y los sueldos en un intento por paliar la crisis fiscal; o, también, se puede obligar a los ciudadanos a pagar impuestos más elevados". Como se ve, el *welfare State* empieza a quebrarse y, la quiebra, es de carácter económico-presupuestaria. ¿Qué consecuencias acarrearía ello para el sistema penal, norteamericano?

2.1 *La caída del mito de la rehabilitación*

La "crisis fiscal" del Estado descripta, provocó la necesidad de que se replantease el "complejo penal" que se había desarrollado bajo el amparo del modelo *welfare*. En efecto, el ideal rehabilitador, sólo podía funcionar si poseía el soporte de numerosas agencias de justicia (oficinas de clasificación, comisiones de "parole", psicólogos, psiquiatras, educadores, criminólogos, trabajadores sociales en las *community sanctions*...) todo lo cual, además, se debía sumar a los abultados costos del sistema penitenciario. Como se vio, la expansión económica tocaba a su fin, venían tiempos de recortes presupuestarios y la economía norteamericana ya no podía seguir destinando tantísimos recursos para el manejo de ciertos problemas sociales. Debían empezar a reducirse las agencias y los operadores del amplísimo sistema penal de corte rehabilitador.

Por otra parte, en un marco semejante, el descrédito de la sentencia indeterminada –de tradición centenaria en los EE.UU.– había ya alcanzado sus niveles más altos. El Informe *Doing Justice* de 1976, se señaló al respecto que donde la sentencia es indeterminada, los males se componen por la agonía de la incerteza. Los internos están encerrados por años, con el suspenso insoportable de lo más importante de sus vidas –el tiempo de su liberación. En forma no sorprendente, muchos prisioneros contemplan la sentencia indeterminada, quizás, como el peor

15. Como sucedió en el Congreso con la propuesta de subvencionar el desarrollo del avión supersónico civil.

rasgo de la existencia en prisión. Comenzaba la desconfianza en las predicciones médicas, psiquiátricas o psicológicas o la terapéutica en general. Y, como indica Zysman (2001), las críticas comenzaron a provenir desde dos frentes diversos: uno de carácter *conservador* y otro de signo *liberal-radical*. El primero ligó el aumento del índice delictivo de la última década con el fracaso preventivo de la reforma individual, su benevolencia injustificada y la elevada discrecionalidad judicial para lograrlo, señalando que se ha olvidado a las víctimas y se ha puesto demasiado el acento en los infractores.¹⁶ El segundo frente de críticas, desveló el deplorable efecto que las cárceles provocan en los internos, subrayó su carácter selectivo-racista, criticó la ideología del tratamiento como encubridora de manipulación, discriminación, violencia, vulneración de derechos fundamentales y que ante todo ha servido como puro instrumento de control de las autoridades penitenciarias para mantener a una población reclusa dócil, disciplinada y laboriosa. En suma: se señaló que el horizonte rehabilitador no ha cumplido con las funciones declaradas de rehabilitar, sino con las materiales de servir de instrumento de gobierno disciplinario de la institución carcelaria.¹⁷

16. Ejemplos de ello son el discurso en 1975 del futuro Presidente Ronald Reagan prometiendo acabar con esa situación y, un año más tarde, del Presidente Gerald Ford en la misma dirección. Para prevenir disfunciones tan serias, se debía poner coto a la "discreción judicial" y, en consecuencia, se debía volver a la noción de pena determinada. Así se recuperaría la noción preventivo general de la pena (la *deterrence* o disuación) y se lograría que los infractores potenciales entendieran que "crime not pays" (cf. Zysman, op. cit.).

17. En efecto, desde estas posiciones se comienza a plantear una gran desconfianza en los poderes punitivos del Estado. Se va a poner especialmente de relieve la situación de vulnerabilidad de los presos. Un ejemplo de ello es el trabajo, en 1968, de Karl Menninger, *The crime of punishment* donde sospecha que todos los delitos cometidos por los delincuentes encarcelados no igualan en daño total, a todos los delitos cometidos contra ellos (cf. Von Hirsch 1986). Comenzaba la mirada sobre la suspensión de la construcción de nuevas cárceles (moratorias edilicias) y algunas voces radicales comparan la prisión con la esclavitud y empiezan a proponer su abolición. Aquella idea del "crimen de castigar" pasa a redefinirse como el "crimen del tratamiento" y comienza a pronerse la idea de que más vale la pena "hacer justicia" (*doing justice*) que "hacer el bien" (*doing good*).

Es preciso señalar, para entender en su plenitud esta época de profundos cambios, que a todo ello le acompañó en los años 60 y 70 los movimientos por los derechos civiles. Todavía existía la segregación racial, el racismo institucional y la consideración legal de los negros como ciudadanos de segunda categoría. Emergían líderes como Martin Luther King y otros quienes tomaron la

En el orden penitenciario, todo ello contribuyó a poner en cuestión los fundamentos mismos de una intervención rehabilitadora como encubridora de una realidad muy distinta, al tiempo que se cuestionó duramente la supuesta "cientificidad" de los diagnósticos y pronósticos sobre futuros comportamientos.¹⁸ Los sangrientos sucesos de Áttica de 9 de septiembre de 1971, en los que morirían más personas durante la toma policial de la cárcel que en toda la historia carcelaria norteamericana, junto a su difusión televisiva, contribuyeron también a la demolición del edificio de la rehabilitación.

2.2 *La construcción del business penitenciario*

La desaparición de la sentencia indeterminada y del mito de la rehabilitación en los EE.UU. en la década de 1970, dio paso a diversos modelos de *sentencing* que, salvo algunos intentos del *justice model*,¹⁹ iban a estar dominados por racionalidades de corte económico/tecnocrático. Las nociones de *costes-beneficios*, *cálculo*, *análisis estadístico*, unidas al intento por *anclar las escalas penales* de manera fija y determinada, explican el surgimiento de un tipo de *sentencing*

bandera de la igualdad de los derechos con importantísimas campañas de desobediencia civil, *boicots* económicos y muy diversas luchas jurídicas en pos de aquella igualdad. Y muchos de ellos sufrieron personalmente persecuciones, procesos, encarcelamientos, despidos laborales, en fin, todo el aparato represivo del Estado al que desafiaron abiertamente para lograr la equiparación de sus derechos. Tal vez, sin pretenderlo explícitamente, acabaron por iluminar las disparidades del sistema de justicia, cuestionaron la legitimidad misma del Estado para castigar y revelaron los efectos del racismo, sexismo y desigualdad sociales. En fin, crearon una fuerte contra-cultura frente a un sistema establecido que contribuyó a hacerlo tambalear o a que se resquebrajara (cf. Zyman, op. cit.).

18. Autores como Donald Clemmer (1958) y Erving Goffman (1970) hacía ya tiempo que habían comenzado a desvelar crudamente los efectos de la privación de libertad y, en especial, de las terapias a las que eran sometidos los internados. Acuñaron así —sobre todo el primero— el concepto de *prisionización* que desmontó definitivamente la supuesta pretensión de cientificidad del tratamiento penitenciario.

19. El cual, pese a sus ideas sobre "merecimiento punitivo", "determinación penal" y "crítica a la discrecionalidad judicial", abogó por una importante reducción temporal de los periodos de encarcelamiento (cf. von Hirsch 1986).

norteamericano que acabará, mayoritariamente, empleando dos instrumentos de la nueva cultura penal: las *mandatory penalties*²⁰ (de las que, luego, se conocería la versión de las leyes de los *three strikes and you're out*²¹) y las *guidelines sentences*.²²

Como hace años indicara Christie, lo más sorprendente es que el nuevo *sentencing* requirió que la legislatura federal norteamericana (y las estatales) crearan las primeras *Sentencing Comission* para la elaboración de los “manuales para decidir sobre el dolor” (1993:137),²³ los cuales prohibieron expresamente que los Tribunales considerasen las cualidades personales de los infractores. En efecto, a partir de estas nuevas orientaciones político-criminales ya no pueden ser considerados: la edad, la educación o formación profesional, las condiciones psíquicas o emocionales, el estado físico (incluyendo toxicomanías, abuso de alcohol etc.), los antecedentes laborales, los lazos o responsabilidades familiares... Para lograr esta “justicia purificada (...) las legislaciones hacen que sea ilegal que se tomen en cuenta los factores que precisamente se hallan presentes en el entorno de la mayoría de la población carcelaria: pobreza y privaciones, participación nula en la buena vida, en fin: todos esos atributos claves de la ‘clase peligrosa’ que no produce nada”

20. Tipo de legislación—obligatoria—para los Jueces de sentencia por la cual se establece que un condenado habrá de pasar “un mínimo” de algunos años privado de libertad. También han sido conocidas con la denominación de *mandatory minimums*.

21. Con estas leyes se pretende encarcelar de por vida a quienes hayan incurrido en cierta reincidencia delictiva. La contabilización de los tres *strikes* (en algunos Estados puede ser incluso suficiente con un segundo *strike*) es diversa, pudiendo incluir delitos graves y violentos, como en algún caso infracciones no violentas como robos en viviendas deshabilitadas. En todo caso, su ideal punitivo es claro a través de sus dos modelos: condena a perpetuidad sin posibilidad alguna de obtener *parole*; o encarcelamientos de 25, 30 ó 40 años, tras los cuales se puede salir (si se está con vida) con *parole*.

22. Se trata de “guías penales” de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto. A través de unas operaciones que de manera vertical y horizontal se verifican sobre una tabla que indica en sus casillas los meses a prisión a imponer, el Juez va “subiendo” o “bajando”—de manera obligatoria—por las casillas hasta que encuadre el caso según dos variables: el historial delictivo del infractor y la gravedad del delito. El resultado le indicará la pena a imponer.

23. En 1984, el Congreso aprobó la Ley de Reforma del Sistema de Determinación de la Pena.

(Christie, op. cit.: 140). Sobre estas nuevas racionalidades es que, entonces ahora, puede tratarse la cuestión del surgimiento del llamado *business* penitenciario.

En efecto, esa es la denominación de la traducción italiana de la famosa obra de Nils Christie *Crime control as industry. Towards gulags, western style?* publicada originalmente en 1993. Como narra este autor, “en comparación con la mayoría de las industrias, la industria del control del delito se encuentra en una situación más que privilegiada. No hay escasez de materia prima: la oferta de delito parece ser infinita. También son infinitas la demanda de servicio y la voluntad de pagar por lo que se considera seguridad (...). Se estima que esta industria cumple con tareas de limpieza, al extraer del sistema social elementos no deseados” (op. cit.: 21). Tomando como referencia la obra de Zygmunt Bauman, *Modernidad y holocausto* (1989), el autor noruego va explicando cómo fue naciendo el negocio de la gestión punitiva de la pobreza en los EE.UU. En efecto, el paulatino convencimiento de que valía la pena “invertir dinero para tener esclavos” demostró que ello sólo sería rentable si, de verdad, se apostaba por la construcción de un “gran encierro” que posibilitara la aparición de un nuevo “sector” empresarial. De este modo, EE.UU. recuperó dos de sus grandes tradiciones: la *privatización* y la *esclavitud* de viejo cuño, ahora remozadas para ser adaptadas a la nueva empresa (cf. op. cit.: 124 y ss.).

Por supuesto, es preciso recordar aún que Christie escribía estas reflexiones hace diez años cuando la población encarcelada en los EE.UU. era, aproximadamente, la mitad de la actual. La superación—actual—de la cifra de dos millones de personas privadas de libertad, debe ser la demostración de que “la industria ha prosperado”. Veamos los resultados de esta prosperidad.

Wacquant (2000), es tal vez uno de los autores que en los últimos años ha descrito con notable claridad las transformaciones del sistema penal norteamericano. Como él señala, la política de expansión del sector penal no es patrimonio exclusivo de los republicanos: “durante los últimos cinco años, mientras Bill Clinton proclamaba su orgullo por haber puesto fin a la era del *Big government*, la comi-

sión de reforma del Estado Federal se esforzaba por podar programas y empleos públicos, se construían 213 cárceles nuevas cárceles, cifra que excluye los establecimientos privados que proliferaron con la apertura del lucrativo mercado del encarcelamiento privado. Al mismo tiempo la cantidad de empleados, sólo en las prisiones federales y estatales, pasaba de 264.000 a 347.000, entre ellos 221.000 vigilantes. En total, el 'mundo penitenciario' contaba con más de 600.000 empleados en 1993, lo que hace de él el *tercer empleador del país*, apenas por debajo de General Motors, primera empresa mundial por el volumen de sus negocios y la cadena de supermercados internacionales Wal-Mart. De hecho, y de acuerdo con la Oficina de Censos, la formación y contratación de vigilantes es, entre todas las actividades gubernamentales, la que creció con mayor rapidez durante el decenio pasado" (op. cit.: 86-87).²⁴

Tal vez todo ello explique por qué, desde que *Corrections Corporation of America*, *Correctional Services Corporation*, *Securicor* y *Wackenhut* comenzaron a cotizar en Bolsa, la industria carcelaria es uno de los niños mimados de Wall Street. En uno de los últimos "grandes salones de la prisión" (exposición anualmente convocada por la *American Correctional Association*), fueron exhibidos los siguientes "productos" en Orlando: esposas con protección para las muñecas y armas de asalto, cerrojos y rejas irrompibles, muebles para celdas con literas ignífugas, retretes de una sola pieza, elementos cosméticos y alimentarios, sillas de inmovilización, uniformes de extracción (para sacar de las celdas a los presos más resistentes), cinturones electrificados de descarga mortal, programas de desintoxica-

24. Claro que, en un período de escasez fiscal debida a la fuerte baja de los impuestos pagados por las empresas y clases altas, el aumento de los presupuestos y el personal de las cárceles sólo fue posible gracias al recorte de aplicaciones destinadas a la ayuda social, la salud y la educación. "Así, en tanto que los créditos penitenciarios del país aumentaban un 95% en dólares constantes entre 1979 y 1989, el presupuesto de los hospitales se estancaba, el de los colegios secundarios disminuía un 2% y el de la asistencia social un 41%. Para sus pobres, Estado Unidos eligió construir centros de detención y penales en vez de dispensarios, guarderías y escuelas. Un ejemplo: a lo largo de una década (1988-1998), el Estado de Nueva York incrementó sus gastos carcelarios en un 76% y recortó los fondos de la enseñanza universitaria en un 29%" (op. cit., 87-88).

ción para toxicómanos, sistemas de vigilancia electrónica y de telefonía de última generación, tecnologías de detección o identificación, programas informáticos para el tratamiento de datos administrativos, sistemas de purificación de aire anti-tuberculosis, celdas desmontables (que se puede instalar en un día en un área de estacionamiento para absorber una masiva llegada de detenidos), cárceles llave en mano y hasta un camión quirófano para operaciones de urgencia en el patio del penal (cf. Wacquant, op. cit.: 91).²⁵

No parecen existir muchas dudas en torno a que, en efecto, la industria ha prosperado. Ahora bien, para entender esta prosperidad hay que volver al plano de las nuevas racionalidades que permitieron estos despliegues punitivos y que, en el epígrafe anterior, habían sido apuntadas.

2.3 La consolidación de la "Criminología de la in-tolerancia"

Como venimos viendo, hace tiempo ya que EE.UU. consagró el "Estado Penal" y liquidó toda forma de asistencialismo. Christie llamaba seriamente la atención sobre ello en 1993;²⁶ Young lo denunciaba en 1996²⁷ y Wacquant lo ha descrito años más tarde²⁸ con una escalofriante precisión, tal y como acaba de señalarse. En efecto, hace algo más de dos décadas, EE.UU. presentó el diseño de

25. Por supuesto, este crecimiento empresarial, no se refiere sólo al "sector penitenciario". En el "sector seguridad", por ejemplo, una empresa de Tampa (Florida) acaba de estrenar (de instalar) un sofisticado sistema de video-vigilancia en toda la ciudad para el combate contra la delincuencia. Como ha podido explicar uno de los técnicos de la empresa fabricante (*Visionics Corporation*, de New Jersey), se trata de un sistema de cámaras de reconocimiento de rasgos faciales que envían continuamente imágenes a las comisarías, donde sus computadoras las contrastan con las que tienen almacenadas en el banco de datos de delinquentes (sistema *Face It*). De poco parecen estar sirviendo las protestas de organizaciones defensoras de los derechos civiles, en especial de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), las cuales se quejan de la vulneración del derecho a la intimidad y privacidad y de la paulatina "implantación de un Estado policial" (cf. *El País*, 17.07.2001).

26. Cuando publicó su obra titulada *Crime control as industry. Towards gulag western style*.

27. En su trabajo titulado *The criminology of intolerance: zero-tolerance policing and the American prison experiment*.

28. Cf. *Las cárceles de la miseria*, op. cit.

lo que daría en llamarse la “política de la tolerancia cero”. En 1982, la confluencia de determinados acontecimientos, propició el inicio de un tipo de orientación policial que empleó la conocida estrategia de las *broken windows*, por la cual se estableció que hasta las más mínimas infracciones o incluso meras sospechas, deben ser drásticamente perseguidas –y detenidas– para evitar que “el delito vaya a más” (cf. Wilson y Kelling 2001).

Cuando en 1993, asumió como Alcalde de New York, Rudolph Giuliani, enarboló la bandera de la *Zero Tolerance* entendida como la in-tolerancia frente a la ebriedad, *graffitis*, pequeños hurtos, prostitución, vandalismo, mendicidad etc. Comenzaba la “guerra contra la pobreza” que pretendía proteger a las clases más acomodadas y temerosas de la in-seguridad ciudadana reinante (y previamente explotada mediáticamente). El crecimiento del sistema penal, que había comenzado en la década anterior, experimentó un notable ascenso. Además de lo ya mencionado en torno a la cárcel, algo similar ocurrió con los Cuerpos de Policías (ordinarias, especiales y de élite), a través de una organización “ganancial” en las Comisarías, o con el aumento de las estructuras judiciales (y del Ministerio Fiscal).

El recorte del Estado social, la paulatina liquidación de la cultura del *welfare*, la consagración de políticas criminales altamente represivas, la paulatina construcción de la *criminología de la intolerancia* (Young, op. cit.), la preparación de todo ello en las *think tanks* norteamericanas (para su posterior exportación a Europa a través de Gran Bretaña, como se verá después), constituyen algunos ejemplos de la penalidad fabricada y exportada por y desde aquellos ámbitos. La gestión de la “nueva pobreza” ya no es, pues, asistencial. El *management* ahora adquiere rasgos policiales, penales y carcelarios; el sistema penal, cada vez más alejado de sus bases fundacionales, debe gestionar dosis cada vez más altas de conflictividad social. Como indican Burton Rose, Pens y Wright (y ya había señalado Christie cinco años antes), la industria carcelaria norteamericana ha edifica-

do uno de los mayores *gulags* del presente que, por la vía de reproducir la miseria que dice gestionar, asegura su propia supervivencia.²⁹

3. Crisis del *welfare* y exportación de la industria penal al continente europeo

La descripta "industria del control del delito" ¿pertenece, exclusivamente, al ámbito cultural-punitivo norteamericano, o se ha extendido por otras áreas geográficas? Para responder a este interrogante puede continuarse con la citada obra de Wacquant. Como indica el profesor de Berkeley, desde New York, la doctrina de la 'tolerancia cero' –"instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta"– se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante (op. cit.: 26). En efecto, la experiencia de Giuliani creó émulos a ambos lados del Atlántico.³⁰ Por lo que respecta a Europa, Wacquant va señalando la difusión de las políticas securitarias norteamericanas gracias al rol desempeñado por los *think tanks* de los EE.UU. e Inglaterra, primero, y su posterior asentamiento continental. Concebidas como auténticas "usinas de elaboración de pensamiento" o "fábricas de ideas", los *think tanks* neo-conservadores más nombrados en este ámbito político-penal son el *Manhattan Institute* y la *Heritage Foundation*, lugares que se convertirán en habituales para recibir a los "forjadores

29. Afirmaciones que pueden hallarse tanto en su obra colectiva *The celling of America. An inside look at the U.S. prison Industry* (de 1998), como en los Boletines *Prison. Legal News* que varios de ellos editan desde el interior de algunas cárceles norteamericanas.

30. "En agosto de 1998, el Presidente de México lanza una 'Cruzada Nacional contra el crimen' por medio de una batería de medidas presentadas como las más ambiciosas de la historia del país a través de los programas de 'tolerancia cero' neoyorkinos. En septiembre del mismo año le toca al Ministro de Seguridad y Justicia de Buenos Aires, León Arslanian, señalar que esa provincia argentina también aplicará la doctrina elaborada por Giuliani, reconvirtiendo galpones en penitenciarías. En enero de 1999, tras la visita de dos altos responsables de la policía de New York, el nuevo Gobernador del Estado de Brasilia, Joaquim Roriz, anuncia la aplicación de la tolerancia cero gracias a la contratación inmediata de ochocientos policías civiles y militares adicionales en respuesta a una ola de delitos de sangre como las que experimenta periódicamente la capital brasileña" (op. cit., 27-28).

de la nueva razón penal", tales como el citado Rudolph Giuliani o el ex jefe de seguridad del Metro de New York, William Bratton, ascendido luego a Jefe de la Policía Municipal. Por el lado británico, el *Adam Smith Institute*, el *Centre for Policy Studies* y el *Institute of Economic Affairs*, son los principales *think tanks* que empiezan a difundir las concepciones neoliberales en materia económica y social y, posteriormente, las tesis punitivas elaboradas en Estado Unidos e introducidas en el gobierno de John Mayor y ampliamente retomadas después por Tony Blair. Inglaterra se convierte, así, en avanzadilla europea de la nueva racionalidad penal norteamericana. Pronto, la penetración continental daría sus frutos, al menos en tres de los principales Estados europeos (Francia, Alemania e Italia): Jospin en Francia con la "tolerancia cero a la francesa"; la Unión Cristiano Demócrata alemana (CDU) con el inicio de la campaña de *null toleranz* en Frankfurt; Nápoles como bandera de punta en Italia al enarbolar su *tolleranza zero* a la pequeña y mediana delincuencia. Los cimientos de aquel *constitucionalismo social*, descripto por Ferrajoli, empiezan a resquebrajarse.

Mas, en el ámbito europeo, el desembarco de las estrategias penales norteamericanas, se encontraría con otra línea político criminal particularmente preocupante. En efecto, desde la década de los años setenta, Europa había comenzado a experimentar su particular crisis del Estado social que, en el terreno penal, se corporizó en la articulación de la llamada "cultura de la emergencia y de la excepcionalidad penal". Esta mención requiere cierta explicación.

Como ya se mencionó antes (en el primer epígrafe), es sabido que tras la segunda Guerra Mundial, Europa inauguró el movimiento del llamado *constitucionalismo social*. Emblemáticas en tal sentido fueron las Constituciones alemana e italiana. Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional indicado. La resocialización —la prevención especial positiva— se erigía en finalidad suprema de las "nuevas" penas privativas de libertad. Mas, contemporáneamente a ello, el fenómeno de la violencia política y el terrorismo también irrum-

pían en Europa y, para atajarlo, los Estados recurrieron a unas legislaciones, y a unas prácticas, antiterroristas que fueron después conocidas con el nombre de la “cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal”. No hay espacio aquí para desarrollar en plenitud semejante política criminal.³¹ Tan sólo señalar al respecto, para cuanto aquí interesa, que está suficientemente acreditado que la misma terminó por subvertir los fundamentos mismos de un derecho penal anclado y fundado en otras bases liberales. Desde el punto de vista carcelario, la mencionada política inauguró la época de los regímenes y de las cárceles de máxima seguridad, las prácticas del aislamiento penitenciario, la dispersión de colectivos de reclusos, los más modernos sistemas de control y vigilancia telemática etc. En fin, se subvirtieron así, también, las bases de aquella reforma penitenciaria que bajo el signo del constitucionalismo social incardinó las penas en clave preventivo especial positiva: ahora se pasó abiertamente a la llamada prevención especial negativa; la neutralización, inocuización —por no emplear peores denominaciones— pasaron a dar contenido a la nueva penalidad de los últimos años del milenio. Esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escándalos por el carácter (cada vez más) “corporal” que ha ido asumiendo a medida que la difusión del Sida se propagó en el interior de las cárceles europeas.³² Los infectados son millares, los muertos se acu-

31. Al respecto, pueden consultarse los trabajos de Bergalli (1988), Olarieta (1996), Rivera Beiras (1998), Serrano Piedecabras (1988), Silveira Gorski (1998).

32. Se alude con ello a la reciente revelación algunos datos sobre la situación penitenciaria de España, Italia o Francia. En el primer caso, el pasado año se conocía que en la última década —entre 1990 y 1999— habían muerto en las cárceles de Cataluña (única Comunidad Autónoma que en España tiene transferidas las competencias de ejecución de la legislación penitenciaria), más de mil presos, es decir, uno cada tres días y medio (cf. *El País*, 25.06.2000). En el segundo ejemplo, Italia estudiaba a mediados del año 2000 la posibilidad de producir una amplia excarcelación ante el copalzo de sus cárceles que presentan un déficit de miles de plazas (cf. *II Manifiesto*, 28.06.2000). En el tercer caso, Francia tuvo que crear una Comisión Parlamentaria permanente “Sobre la Situación de las Prisiones Francesas”, compuesta por treinta Diputados quienes visitaron 187 cárceles. Ello debió hacerse después de las revelaciones del médico de la cárcel de La Santé, absolutamente espeluznantes sobre la situación sanitaria en su interior (cf. *Le Monde*, 26.06.2000).

mulan y engrosan las estadísticas; las operaciones reformistas de los años setenta se revelan en todo su fracaso y la cárcel reaparece con toda la crudeza que aquellas operaciones habrían pretendido maquillar.

El entrecruzamiento de las dos citadas tendencias político criminales (*Tolerancia cero*, de un lado, y *Emergencia/excepcionalidad penal*, de otro lado) comienzan a dibujar un preocupante panorama que desarma el carácter garantista de un sistema penal propio de Estados sociales y Democráticos de Derecho. Ya hace tiempo que se ha esbozado la idea de la “legislación penal de emergencia como hipótesis derogatoria de los principios fundamentales del sistema penal” (v. por todos, Troncone 2001). Y ello ya se está evidenciando últimamente con la forma en la cual son “blindadas” (arquitectónica y militarmente) las ciudades y reprimidas (policialmente) las manifestaciones llamadas *anti-globalización* en algunas ciudades europeas.³³

4. Las “nuevas” racionalidades punitivas (globalización y *post-fordismo*)

Ahora bien, más allá de acontecimientos puntuales, junto a estos profundos cambios político criminales es necesario ahora retomar el análisis de las transformaciones socioeconómicas que están en la base –en la estructura– de los cambios apuntados, para entenderlos en su auténtica complejidad.

Como destaca Silveira Gorski (1998), diversas lecturas pueden hacerse sobre la crisis del Estado social que aquí se está delineando. Al menos, dos: *una primera lectura de tipo “Institucionalista”* (Huntington). Esta explicaría que la crisis se provocó al darse una “situación ingobernable” provocada por: las demandas sociales, las demandas salariales (en definitiva, una “sobrecarga de demandas”).

33. Baste citar, a mero título de ejemplo, la brutal represión desatada por las fuerzas de seguridad en la ciudad de Génova fruto de la cual fue asesinado el joven Carlo Giuliani y detenidas y torturadas centenares de personas que protestaban contra la *Cumbre* allí celebrada en el pasado verano de 2001.

En consecuencia, debería reforzarse la disciplina y restringirse las demandas todo lo cual, además, muestra precisamente, los "límites fiscales del Estado".

Sin embargo, una interpretación semejante no penetra en la complejidad del problema y, en consecuencia, deviene necesario ahondar en la *lectura que pone en relación la crisis con la quiebra del modelo "fordista" de sociedad*. En efecto, semejante modelo se basó en determinadas características: en el trabajo en serie, en la cadena de montaje de Henry Ford —donde se preveía que el crecimiento de los salarios estaría en directa relación con el aumento de la productividad— y, además, se procedería a una distribución de los recursos económicos contándose, también, con un generalizado sistema de Seguridad Social. Todo ello redundaría, en definitiva, en la extensión del Bienestar a la mayoría de la población. Es decir, la "vida segura", el trabajo hasta la jubilación, la aspiración por "colocar en la fábrica" a los hijos y seres queridos, todo ello iba construyendo una particular "ética del trabajo" y un auténtico "estilo de vida" que coadyubava al nacimiento de una verdadera "conciencia de clase".³⁴

En efecto, el eje del sistema *fordista* de sociedad fue el Estado social. En la base de esta forma de Estado estaba la denominada "ecuación keynesiana": la idea de que era posible combinar crecimiento ilimitado con una mejor distribución de la riqueza y una mayor equidad social. El Estado social de la postguerra significó la institucionalización de una forma de mediación —un verdadero *pacto*— entre las necesidades sociales y la lógica de valorización del capital. En ese "marco de seguridad", partidos políticos y Sindicatos participaban en el intercambio, en la negocia-

34. A este respecto, Silveira indica que en la post-guerra europea, los poderes económicos y políticos respondieron a la crisis económica, social y política de los años treinta y cuarenta con el modelo *fordista* de sociedad. Este se caracterizó a grandes rasgos por: la organización *taylorista* del trabajo, el crecimiento de los salarios en función de la productividad, una distribución pública de recursos económicos, el establecimiento de un sistema generalizado de seguridad social, el desarrollo del consumo de masas y la extensión del bienestar a la mayoría de la población. La extensión de este modelo de sociedad, que Galbraith llamó "sociedad opulenta", no hubiera sido posible sin el sistema de equilibrios internacionales surgido de la segunda guerra mundial y sin la creación de organizaciones económicas internacionales —GATT, Bretton Woods, FMI, BM— dedicadas a favorecer la expansión del conjunto de las economías capitalistas occidentales.

ción de conflictos. Pero, el modelo *fordista* de sociedad entró en quiebra con la crisis del Estado social y las transformaciones económico-políticas del contexto internacional de los años 70 y 80. Esto nos sitúa ya en las puertas del llamado proceso de *globalización económica* y en el modelo social del *post-fordismo*.³⁵

Ello ha provocado importantes transformaciones en la concepción del tiempo y del espacio. En efecto, como señala Silveira, "el modo de producción *fordista* implicaba una determinada forma de organizar el tiempo y el espacio de trabajo. Esto permitía a su vez que los trabajadores establecieran comunicaciones personales y vínculos comunes y que se formara una conciencia de clase colectiva. Entre los trabajadores, los empresarios y los sindicatos existía una *praxis* concreta. Pues bien. El *post-fordismo* ha transformado estos vínculos y esta *praxis* separando los lugares donde se forman las necesidades sociales y se realiza la reproducción social de aquéllos donde se lleva a cabo la producción de bienes. El nuevo paradigma productivo ha restablecido el trabajo fragmentario, precario, flexible e inestable" (140). En efecto, los trabajadores de antes han perdido su propia

35. Como señala Silveira Gorski (op.cit.), la crisis del Estado social no se puede aislar de la ofensiva neoconservadora iniciada por Reagan y Thatcher en los años ochenta y continuada después por los gobiernos europeos occidentales. El remedio sugerido en el *Informe a la Trilateral* encontró respuesta en casi todos los países capitalistas occidentales con un cambio en las formas de gobierno. Las políticas neoconservadoras lograron autonomizar el sistema político de las demandas sociales y dieron un vuelco autoritario a las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. Se pusieron en práctica medidas de reducción o de contención del gasto público, legitimadas muchas veces como medidas urgentes y temporales (eliminación de la escala móvil y de la seguridad en el empleo, privatización de las empresas estatizadas etc.). Con estas medidas el capital materializó su ruptura con el compromiso socio-político del estado social. "Como es conocido, la crisis económico-energética internacional de 1973 fue una crisis de oferta. Pero los costes crecieron no sólo porque aumentó el precio del petróleo sino porque el capital se negó a continuar produciendo y, en consecuencia, a invertir, mientras no cambiaran las políticas social, económica y laboral del estado social. Para el capital, las políticas de pleno empleo, seguridad y bienestar social habían actuado como caldo de cultivo para el surgimiento de movimientos sociales con nuevas demandas. El capital quería volver a establecer mecanismo reguladores del trabajo y a disciplinar a los trabajadores. La crisis del Estado social surgió, por tanto, de la ruptura del 'compromiso político' establecido entre los trabajadores y el capital" (137-138).

También dentro de todo este proceso es muy importante considerar la importancia de las nuevas tecnologías y de la informática, que permitieron que las empresas puedan actuar en diversas partes del mundo derrumbándose la "cadena de montaje".

identidad como colectivo, ahora están aislados y sin vínculos y han pasado de ser ciudadanos a ser consumidores —si tienen medios para consumir— pues, sino los tienen, quedarán reducidos a habitar en los espacios de la exclusión social. Entramos poco a poco, en una nueva sociedad que, algunos, han definido como “la sociedad del riesgo”.

Ulrich Beck (1986) definió hace más de quince años la “sociedad del riesgo” como aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a aquellos progresos. Por ejemplo: peligros nucleares y ambientales. Hoy en día, como él mismo ha destacado (2000a y 2000b), la lista de “riesgos” podría ser ampliada: riesgos laborales (precariedad, flexibilidad laboral y del despido), los de tipo sanitario-alimenticio (contaminaciones, adulteraciones, transgénicos, pestes vacunas y porcinas...), los derivados de la alta accidentalidad (muertes en accidentes de vehículos, accidentabilidad laboral muy alta...), los propios de los desajustes psíquico-emocionales, los derivados de las “patologías del consumo” (anorexias, bulimias...). Es la misma “sociedad de la incerteza” de Bauman (1999) cuando enumera los pánicos de las sociedades post-modernas, o la “sociedad insegura” de Giddens (1999) cuando hace un inventario, y una historiografía, del concepto de “riesgo”.

Para cuanto aquí interesa, en el ámbito de la cultura penal anglo sajona, y como una de las diversas respuestas para “gobernar las crisis” (*management*), las propuestas político-criminales consistieron en el desarrollo de una línea conocida como *Criminología administrativa o actuarial*, que presenta ciertas características: se impone una “gestión” de los riesgos que quedará, sobre todo, en manos estrictamente administrativas y en la que importará, fundamentalmente, “regular comportamientos para evitar riesgos” (y ya no, como antaño, cambiar mentalidades). Por ello, debe hacerse un verdadero “inventario” de los riesgos a controlar/evitar. Ya existen ejemplos muy claros de ello: instalación de cámaras de “video-vigilancia en las calles; regulaciones de las prohibiciones de salir por la noche a los

jóvenes de ciertas edades (ya sea con “toques de queda” y/o “controles nocturnos”) para “evitar el contacto de los jóvenes con el *riesgo* de la noche, con el *riesgo* del delito, a esas horas; prohibiciones de venta de alcohol para “evitar riesgos”. Todas tienen ciertos rasgos en común: se actúa cuando no se ha cometido todavía un delito (¿suerte de medida de seguridad pre-delictiva?); pero no es aplicada a una persona en concreto; sino a un grupo o categoría de personas; lo cual se hace para “evitar riesgos” que son “imaginables”, es decir, predecibles; esta tarea no está desarrollada por Jueces (para casos concretos), sino por Administraciones Públicas (Ministerio del Interior, Gobernadores, Alcaldes de ciudades) para grupos enteros de la población. Además, todo ello, puede verse reforzado con sistemas nuevos de seguridad urbana, videovigilancias, monitoreos electrónicos (todo lo cual se instala con carácter general para la prevención de posibles *delito/riesgos*). Lo cual, claro está, abre la puerta a las empresas privadas que instalen sus máquinas, sus sistemas de identificación, sus videocámaras (y muchísima tecnología punitiva que va surgiendo para aumentar la *industria*). Obviamente, ya no se trata de rehabilitar, sino de *monitorear*.

Roger Matthews (1996 y 1999) explica la experiencia británica al respecto cuando señala que el creciente énfasis en la vigilancia y el monitoreo, o seguimiento de los delincuentes, se hizo evidente con la creación de tratamientos “intensivos” intermedios. En tanto que éstos se habían preocupado esencialmente, durante los años setenta, por el asesoramiento, el trabajo “cara a cara” y en grupo, en la década siguiente se dirigió cada vez más al seguimiento de la gente joven “en riesgo”. El objetivo de la estrategia era monitorear estrechamente las actividades diarias de los jóvenes y aportar formas de supervisión “más intensas”. El creciente interés en la supervisión y el seguimiento ha sido caracterizado por Stanley Cohen (1988) como el nuevo “conductismo”. Este autor cree que esta estrategia se ha desarrollado más allá de la creencia de que “solucionar los problemas sólo cambiando a la gente resulta improductivo” y que, antes que comprometerse en formas de tratamiento, asesoría o supervisión, “tenemos que aceptarlas tal como son,

modificar sus circunstancias y lidiar con su hurañería". El reciente movimiento encaminado a imponer toques de queda y órdenes de restricción nocturna se puede apreciar como una extensión de la estrategia que se preocupa por regular la conducta, más que por cambiar las mentalidades (Audit Commission, 1996). Veamos aún un poco más en torno a la nueva "racionalidad punitiva" que se esconde tras estos velos, a través de dos autores centrales en esta temática, como son Malcolm Feeley y Jonathan Simon (1995).

Lejos de la patología, consideran la existencia del delito como algo que debe darse por sentado, suponen la desviación como un acto normal. Sus intervenciones no deben dirigirse a la vida individual, no la cuestionan moralmente, ni pretenden explicarla causalmente, ni normalizarla. Sólo procuran regular grupos humanos peligrosos para optimizar el manejo o gerencia de los riesgos. Para ello será decisivo el empleo de las estadísticas —no como un camino para descubrir causas o patologías— sino como un medio de conocimiento directo de factores y distribución de los riesgos, un mapa de probabilidades a reducir o redistribuir. Se trata de lograr una eficacia sistémica.

Los propios autores mencionados definen lo que entienden por "justicia actuarial", caracterizándola como nebulosa, pero significativa envolviendo una particular concepción político criminal, aunque aclaran que no se trata de una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Resume perfectamente esta concepción cuando destaca que la justicia actuarial envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos: "en verdad, es poderosa y significativa precisamente porque carece de una ideología bien articulada e identificación con una tecnología específica. Su amorfia contribuye a su poder".³⁶

36. Conviene recordar que la voz "actuario" es definida como "persona versada en los cálculos matemáticos y en los conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, la cual asesora a las entidades aseguradoras y sirve como perito en las operaciones de éstas" (Dralet). De Giorgi, indica que la expresión "control actuarial" pone de relieve que las

Es importante señalar también que el llamado “actuarialismo” va a desarrollar con mucha fuerza una nueva justificación punitiva que brindaría una nueva funcionalidad a la prisión, cuando todas las “medidas preventivas” anteriormente señaladas no fuesen suficientes. Se trata de la llamada, “incapacitación punitiva” que busca que —a través de impedimentos físicos— se restrinja la comisión de delitos mientras duren tales limitaciones. En efecto, empieza a afirmarse la idea de que lo que verdaderamente logra hacer la cárcel es sustraer a los detenidos de la sociedad, alejarlos de la calle; lo único comprobable es que la restricción espacial, a través del encierro, reduce muchísimo las posibilidades y oportunidades para delinquir. Como veremos, esta simple reflexión del “sentido común”, se irá erigiendo en nuevo fundamento “científico” de la pena privativa de libertad.

5. Restricción de garantías y militarización del sistema penal

Con todos los antecedentes que se han mencionado, no parecen existir demasiadas dudas en torno a las consecuencias que, para el sistema penal, había producido la crisis de la cultura del *welfare* (en el ámbito británico y norteamericano) y del Estado social (en el área de Europa continental). Por ello, no pueden causar demasiada extrañeza los caminos iniciados tras el ataque a los Estados Unidos ocurridos el 11 de septiembre de 2001; los cimientos ya estaban coloca-

nuevas estrategias de control se basan en procedimientos típicos de la matemática de los seguros (2000: 17). Completando todos estos datos, señala Zysman que el “actuarialismo” halla sus orígenes en tecnologías desarrolladas fuera del sistema penal:

a) en el *derecho de daños*: siempre consideraron que fue el “derecho de daños” el primero que desarrolló un lenguaje de utilidad social y gerencialismo frente al tradicional de la responsabilidad individual;

b) en el *análisis de sistemas*: que se desarrolló en las prácticas de las matemáticas, la física y la ingeniería eléctrica y desde allí (concebido como un medio para racionalizar las decisiones) saltó a las prácticas de la Secretaría de Defensa de los EE.UU. (en los 60) desde donde terminaría por descender al ámbito del sistema penal;

c) en el movimiento de *law and economics*.

dos. En una vista panorámica de las consecuencias que en el horizonte político criminal se vislumbran, pueden mencionarse los siguientes ejemplos.

5.1 *Reino Unido*

El gobierno laborista inglés –y se le cita por lo emblemático de su posición geo/estratégica en Europa, puente de importación y difusión de otras producciones– acaba de anunciar el despliegue de una legislación antiterrorista, ya aprobada, que efectúa una gran ampliación del concepto de “terrorista”, ahora extendida peligrosamente a quienes puedan militar en grupos y organizaciones de derechos humanos que planteen estrategias de lucha y resistencia radicales, incluso en el extranjero.³⁷ El Ministro británico de Interior, Jack Straw, justificó la medida por las presiones del contexto internacional a las que accede a dar una respuesta satisfactoria con esta nueva legislación penal. La misma, viene a suplantarse a la legislación antiterrorista de los años setenta.

Recientemente, tras el ataque del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos de Norteamérica, el Gobierno británico anunció el “recorte de libertades en su nueva Ley contra el terrorismo”, lo cual obligará a dejar en su peno parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (cf. *El País*, 17.10.2001). En efecto, dos son las medidas que se anuncian: la primera, se vincula con serias restricciones a la libertad de expresión (en el ámbito de la crítica que pueda verse en terrenos religiosos y raciales). La segunda, se relaciona directamente con la propuesta del Gobierno para poder detener por tiempo indefinido a cualquier nacional de países terceros sospechoso de estar relacionado con actividades terroristas mientras no pueda ser deportado o, alternativamente, poder deportarlo de manera provisional a un país tercero si su seguridad puede garantizarse.³⁸

37. Cf. *El País*, 20.02.2001.

38. El Ministro del Interior, David Blunkett, admitió que para poder aplicar esa norma debería dejarse en suspenso el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece que nadie

Esta última medida, ya ha iniciado una tormenta política. Diversos sectores recuerdan –en lo que constituye una prueba fehaciente de la “expansión de la emergencia”– que esta nueva ley es innecesaria y cierta prensa recuerda los excesos cometidos para combatir el terrorismo del IRA con la Ley Antiterrorista de 1974 y cómo la Ley de Orden Público de 1937, aprobada inicialmente para combatir a los “camisas negras” del fascismo, se aplicó luego para perseguir a los homosexuales.

Asimismo, y en la línea apuntada, acaban de ser anunciadas por el Gobierno inglés, las medidas del nuevo “paquete” anti-terrorista, en lo que ya se ha dado en llamar el “retorno al pasado” (cf. *El País*, 19.10.2001): a) la posibilidad de internar a los sospechosos de manera indefinida y sin respaldo judicial; b) se propondrán leyes para impedir que personas residentes en el Reino Unido puedan contactar con grupos terroristas en el exterior o proveerles de fondos, bienes y servicios; c) se requerirá a las compañías aéreas y de navegación para que entreguen toda la información disponible sobre los pasajeros y la carga; d) las Administraciones fiscal y policial podrán intercambiar información para ser más efectivas; e) los sistemas de extradición de sospechosos serán más sencillos y rápidos, mientras que se rechazará el derecho de asilo para los demandantes que sean considerados una amenaza; f) la Policía podrá congelar fondos y forzar a las instituciones financieras a hacer públicas ciertas transacciones; g) se creará una unidad financiera antiterrorista en el marco del Servicio Nacional de Inteligencia Criminal.

5.2 Francia

Aquí se está produciendo un doble debate que parece inaugurar políticas criminales restrictivas en diversos ámbitos. De un lado, el intento de decretar una

puede ser detenido sin estar acusado ante un Tribunal. Pero, también es verdad, que el art. 15 del mismo Convenio, faculta a los Estados Miembros a derogar alguna de sus disposiciones en tiempos de guerra o en caso de emergencias que amenacen la vida de la Nación.

especie de “estado de alarma juvenil”, anuncia la posible prohibición de salidas nocturnas para menores de diecisiete años (como ya pasara, por cierto, en los Estados Unidos con menores de diez y en Inglaterra con quienes no superen los trece años). De otro lado, la reciente publicación del Informe sobre el espionaje efectuado por los Servicios de Información de la Policía a movimientos sociales de signo contestatario, e incluso a intelectuales críticos, con el argumento de que hay que atajar un nuevo tipo de “subversión” (cf. *La Vanguardia*, de 10 de junio de 2001), parece indicar que nuevas “emergencias” son las que orientan las actuales prácticas policial-penales.³⁹

Después de los ataques a Estados Unidos de Norteamérica, el presidente francés Jacques Chirac, tras mostrar al presidente norteamericano todo su apoyo, anunció la creación de la “internacional antiterrorista”, coalición que empieza a ser creada para combatir la “nueva emergencia” (cf. *El País*, de 19.09.2001).

Asimismo, el Gobierno francés, con el total consenso de la derecha política, acaba de anunciar una serie de medidas anti-terroristas que permitirán desarrollar las siguientes acciones, tanto a los servicios policiales públicos como a las agencias privadas de seguridad: a) proceder al registro de vehículos sin permiso judicial; b) posibilidad de realizar “cacheos” personales en lugares públicos; c) conservar los datos de los proveedores de Internet.

39. Informaba *La Vanguardia* el pasado 10.06.2001 lo siguiente: “Un total de 254 organizaciones de signo diverso y hasta 155 personalidades públicas aparecen censadas en las 118 páginas del informe ‘Extrema Izquierda 2000’ realizado por los *Reinseignements Généraux (RS)* siendo Ministro del Interior Jean-Pierre Chevènement. Éste niega haber solicitado el polémico estudio. El renacimiento de la extrema izquierda política y sindical francesa y el fuerte activismo de los grupos antimundialización conceden peso intencional al informe. En él conviven grupos tan heterogéneos como ETA, Attac, SOSRacismo y figuras públicas tan variadas como el obispo Gaillot, el historiador Pierre Vidal-Naquet, el cineasta Bernard Tavernier, el sociólogo Pierrér Bourdieu, el líder campesino José Bové, el eurodiputado verde Daniel Cohn-Bendit y el diputado socialista Julien Dray (cf. p. 15).

5.3 Italia

Con ocasión de celebrarse en la ciudad de Génova la “cumbre” del llamado G-8,⁴⁰ por motivos de seguridad y para eludir las protestas, manifestaciones y “contra-cumbres” de los movimientos “anti-globalización”, las autoridades decretaron el cierre y blindaje de importantes puntos de la ciudad y accesos a la misma. El Ministerio del Interior anunció el cierre del aeropuerto durante los días en que se celebrará la “cumbre”. Asimismo, la llamada “zona roja” de la ciudad (que engloba el centro histórico en torno al Palacio Ducal donde se celebrará la “cumbre”) fue materialmente blindada con bloques de cemento que se completaron, a su vez, con alambradas de más de cuatro metros de altura. Se anunciaron, también, cierres de comercios y cortes policiales de tráfico para completar el *estado de “emergencia”* y el control del territorio espacial y de los flujos migratorios decretado por las autoridades⁴¹ (cf. *El País*, de 17.07.2001).

Como es de dominio público, pese a la elaboración de semejante “dispositivo de control espacial”, las protestas se realizaron igualmente (a las que acudieron centenares de miles de personas de muchos países europeos), pero se saldaron con una inusitada actitud represiva de las fuerzas de seguridad italianas. La entrada en campamentos donde se alojaban los manifestantes para practicar de-

40. Nombre con el que se conoce al grupo de los siete países más ricos del mundo, al cual se añade en esta ocasión la invitación a Rusia para participar en la “cumbre”.

41. Es interesante comparar estas medidas de control espacial y demográfico, con las narraciones de Foucault cuando describía las decisiones para decretar el “cierre de las ciudades” por la “declaración de la peste” a finales del siglo XVIII, en lo que suponía la articulación de verdaderos “dispositivos disciplinarios”. Señala, por ejemplo, que una vez declarada la peste, la primera decisión que se adoptaba era precisamente la de “cerrar la ciudad” (división espacial); cada calle pasaba a ser controlada por “el Síndico”; comenzaba la inspección de las casas y de las personas; se adoptaban medidas de “profilaxis social”. El “dispositivo disciplinario” quedaba entonces conformado: “en un espacio cerrado, recortado, vigilado en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se encuentran controlados, los acontecimientos registrados (...), en el que el poder se ejerce por entero, en el que cada individuo está siempre localizado y examinado” (1988). Conviene recordar que a este tipo de conformaciones aludía Foucault cuando hablaba de la paulatina construcción del “panoptismo social”.

tenciones indiscriminadas, las torturas a las que fueron sometidos en las Comisaría de policía y el asesinato perpetrado por los *carabinieri* del joven manifestante Carlo Giuliani, constituyen tan sólo alguna muestra de la reacción policial. Pese a iniciales quejas de algún Gobierno de la Unión Europea, no tardó en manifestarse la “comprensión” de muchos de sus socios.

Tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, el Gobierno de Silvio Berlusconi, tras sumarse a la “coalición internacional anti-terrorista”, anunció una serie de medidas policiales y de procedimiento judicial-penal que “han colocado al terrorismo al mismo nivel que la delincuencia mafiosa, principal enemigo de la sociedad italiana” (cf. *El País*, de 19.10.2001). El decreto-ley que ya ha sido aprobado en este sentido por el Consejo de Ministros, permitirá: a) reprimir las actividades preparatorias de actos de terrorismo contra el Estado, organismos extranjeros o internacionales que hasta ahora no estuvieran tipificados como delitos en el Código Penal italiano; b) se autorizan las escuchas telefónicas preventivas y las judiciales en el ámbito de la investigación que tenga por objeto el desmantelamiento de un grupo dedicado al terrorismo internacional; c) se permitirán también las operaciones policiales encubiertas; d) se amplían los plazos de los arrestos; e) también de los registros de edificios; e) como en el caso del delito de asociación mafiosa, la nueva legislación permitirá aplicar al terrorismo internacional las medidas de control patrimonial que se emplean ya en la lucha contra la criminalidad mafiosa.

5.4 España

También los acontecimientos últimos, por citar sólo los más recientes, parecen incardinarse en las direcciones apuntadas. El primero, se vincula con la anunciada reforma del Código Penal (el “Código de la Democracia”, estrenado hace cinco años), con el fin de “erradicar físicamente de las calles a los más graves infractores” (tal y como acaba de anunciar el actual Ministro del Interior, Mariano Rajoy; cf. *La Vanguardia*, de 5 de julio de 2001), a través de drásticos agrava-

mientos de penas en casos de multirreincidencia, imitando el debate estadounidense de la Ley de los "three strikes and you are out", pese a los reclamos de inconstitucionalidad en que semejantes medidas puedan incurrir.

El segundo acontecimiento, se vincula con la última represión de las llamadas manifestaciones *anti-globalización* (en la ciudad de Barcelona), pese a existir serias sospechas de provocaciones policiales, agentes infiltrados y disfrazados que habrían comenzado destrozos al final de una manifestación de miles de personas. La pretensión gubernamental de comparar semejantes acciones colectivas con la llamada *kale borroka* (lucha callejera) que sucede en Euskadi (vinculada a la problemática terrorista), constituye otro (burdo, pero serio) intento por criminalizar a los movimientos sociales que, aún pacíficamente, se oponen cada vez más en grandes ciudades a los dictados de los grupos económicos y financieros de la actualidad.

En cuanto a las estrategias empleadas para abordar estos fenómenos, señala el Profesor Joan Subirats que "la circularidad de interacciones entre el sentido común de los ciudadanos que expresan su inquietud ante las escenas de violencia, la multiplicación de imágenes en la difusión de la noticia y la lectura que de todo ello hacen las empresas o las administraciones responsables de la seguridad acaba generando un buen escenario para lo que se ha dado en llamar 'estrategia de la tolerancia cero': guerra al delito, guerra al inadaptado, reconquista del espacio del espacio público, pacificación urbana y apartamiento de los desviados. De esta manera, toda disidencia acabará entendiéndose en clave de seguridad y por lo tanto se criminalizará y se colocará en el negociado de la policía o de la justicia. La incertidumbre de la sociedad de aumentan, la sensación de riesgo prolifera y entonces el propio concepto de seguridad se amplía y sirve para todo" (cf. *El País*, de 21.10.2001).

Después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, diversas son las medidas que se anuncian desde el Gobierno español. Pueden ser sintetizadas:

Una semana después de los ataques a EE.UU., España anuncia que "impulsará Leyes antiterroristas en su presidencia de la Unión Europea" (cf. *El País*,

18.09.2001). Ello ha sido anunciado con la plena aceptación del principal partido de la oposición, con lo que se alcanzaría un importante consenso en esta materia.

Un día más tarde, el Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno español, Josep Piqué, tras indicar las posibles conexiones del "fundamentalismo islámico extremista" en España, indicó que era esencial estrechar la vigilancia de las fronteras en la lucha contra el terrorismo. En directa relación con ello, el presidente del Gobierno catalán, Jordi Pujol, expresó textualmente "que el refuerzo de la lucha contra la inmigración ilegal es también un refuerzo de la lucha antiterrorista" (cf. *El País*, de 19.09.2001).

A la semana siguiente, el Gobierno español anunció que "el futuro Centro Nacional de Inteligencia (CNI) podrá intervenir comunicaciones y entrar en domicilios sin permiso judicial previo, siempre que se trate de casos urgentes e investigaciones sobre terrorismo. Se trataría de un procedimiento *excepcional* que ya aparece recogido en el borrador del anteproyecto de ley que el Presidente del Gobierno, José María Aznar, aprobó el martes y que el Ejecutivo intentará consensuar con los grupos parlamentarios en los próximos días. Para solicitar permisos para determinadas operaciones, el CNI contará con un juez exclusivo, que será un Magistrado del Supremo nombrado por el Consejo General del Poder Judicial" (*El País*, de 04.10.2001).⁴²

Unos días más tarde, se firmó el pacto entre Francia y España que contiene los siguientes puntos principales: 1) la entrega temporal de terroristas encarcelados en Francia para ser interrogados en España por el tiempo que se conside-

42. Proyecto que hasta ahora ha recibido críticas de algunas Asociaciones de Jueces. Así, la Asociación *Jueces para la Democracia*, señaló que "la lucha contra cualquier tipo de delito debe hacerse en el marco de la Constitución y del sistema de libertades y no sería coherente llevarse por delante principios básicos del Estado de Derecho para defender la democracia". Por su parte, la Asociación *Francisco de Vitoria*, calificó de preocupante que se pueda producir una "quiebra de los derechos fundamentales". Finalmente, la *Asociación Profesional de la Magistratura*, indicó que los derechos fundamentales vienen definidos en la Constitución y merecen el respeto que el ordenamiento jurídico debe dispensarles, "aunque puedan quedar en suspenso en circunstancias excepcionales" (cf. *El País*, 05.10.2001).

re pertinente; 2) se crean equipos de investigación conjuntos, hispano-franceses, lo cual permitirá (ha dicho el Ministro español de Justicia, Angel Acebes), "a policías y fiscales españoles estar presentes en operaciones antiterroristas en Francia e interrogar a etarras *en caliente*" (cf. *El País*, de 19.10.2001); 3) también se procederá a la entrega inmediata de copias de la documentación incautada.

Más allá de estos ejemplos puntuales que por países se han reseñado, la Unión Europea ha comenzado a trabajar en la "euro-orden". La misma supone que cualquier Estado debe admitir una resolución judicial de otro miembro sin más trámites, es decir, se trata de crear un formulario único, aceptado por todos los Estados de la Unión, que incluya la orden de detención y entrega y datos básicos sobre el delito y el delincuente. Al detenerse al presunto terrorista, el mismo podrá ser entregado al juez del país emisor de la orden en un plazo mínimo de diez días.

También en el marco de las citadas medidas, se anuncia el nacimiento de *Eurojust*, nuevo organismo que empezaría a funcionar el 1.º de enero de 2002, en el cual, cada Estado tendrá dos representantes y un "corresponsal de terrorismo", de forma que puedan centralizarse las investigaciones y las informaciones recabadas por las Policías de la Unión Europea sobre bandas criminales y terroristas.

El Ministro de Justicia del Gobierno español, Angel Acebes, ha llamado la atención advirtiendo que para que lo anterior funcione como se espera, es imprescindible llegar a un concepto único de terrorismo en la Unión Europea, debido a que algunos Estados no incluyen ese tipo penal en sus legislaciones nacionales. En tal sentido, el citado Ministro avanzó una definición: "Es terrorismo el alterar gravemente, y particularmente aterrorizando o intimidando a la población, para destruir las estructuras políticas, económicas o sociales de un país o de una organización internacional" (cf. *El País*, de 19.10.2001).

Finalmente, cabe destacar que también la prensa acaba de revelar el espectacular aumento de la población encarcelada en España, la cual está creciendo al ritmo de "mil nuevos presos cada mes" (cf. *El País*, 03.03.2002), única institución que sigue creciendo demográficamente.

5.5 Estados Unidos

Para terminar, sólo señalar que todo ello conformaba ya el panorama punitivo de los Estados Unidos de Norteamérica anterior al 11 de septiembre de 2001. Nada se comentará aquí en relación a la respuesta norteamericana de carácter estrictamente bélico con el inicio de los bombardeos en Afganistán, con el beneplácito de sus socios aliados. Ello no constituye el objeto de estudio de este trabajo, aunque, lógicamente, no puede dejar de mencionarse, al menos, por lo que tiene de emblemático en la adopción de una cultura y de unas estrategias de guerra.⁴³ Pero es que, junto a semejante opción bélica, le van acompañadas toda una serie de medidas que sí se relacionan con el ámbito del sistema penal y que, en consecuencia, serán sintetizadas del modo siguiente (y son tantas esas medidas, que se ha optado aquí por mencionar tan sólo las más relevantes que ilustran el rumbo por el que se ha optado). Se trata de las siguientes:

- En primer lugar, debe decirse que el Senado de EE.UU. acepta la nueva legislación antiterrorista, por un período de vigencia de cuatro años, aún cuando debe aceptar que las nuevas medidas “pueden provocar una erosión irrecuperable en el grado de libertades civiles de la sociedad” (cf. *El País*, de 19.10.2001).

- Una de las medidas más controvertidas, pero sobre la que parece que ya hay acuerdo entre los dos principales partidos políticos, reside en la posibilidad de detener a un extranjero durante siete días como medida preventiva sin tener que presentar cargos contra él si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista.

- También se permitirá a las fuerzas de seguridad *pinchar* teléfonos o cuentas de Internet asociadas a un supuesto terrorista sin tener que lograr una orden judicial para cada uno de los números.

43. V. al respecto, *El espíritu del terrorismo* de Jean Baudrillard (2001). En torno a las consecuencias y al nuevo orden mundial de la globalización, v. *Imperio*, de Michael Hardt y Toni Negri (2002).

- Un solo permiso judicial permitirá *pinchar* todos los teléfonos que el terrorista pudiera utilizar (generalización que capacitará a la Policía para interceptar conversaciones de ciudadanos íntegramente inocentes).
- Se prevé, asimismo, el agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones.
- Se debate, finalmente, sobre la necesidad de “legalizar ciertas formas atenuadas de tortura” para evitar la comisión de ciertos delitos terroristas.

* * *

En fin, más ejemplos podrían citarse pero los que se han mencionado son ya suficientemente elocuentes. ¿Qué está sucediendo?, ¿es ésta una herencia de la *tolerancia cero* o una versión renovada de la *cultura de la emergencia y/o excepción*?, o, tal vez, ¿es éste, precisamente, el resultado de la conjunción de aquellas dos líneas?. Veremos cuánto tarda en verificarse la difusión de esta “nueva” política penal en los países europeos. La tendencia es clara: gestión punitiva de la pobreza, mercado económico de total flexibilización, criminalización cada vez mayor de la disidencia y reducción del Estado. El espacio de “lo público” parece caminar en esa dirección. El escenario punitivo no parece así que se pueda contraer. Pero, como seguramente, una vez más, fracasará en sus funciones declaradas, quien pueda, deberá prepararse para *comprar* seguridad, *privada*. Ya hemos pasado definitivamente de la sociedad que aspiraba a disciplinar; ahora estamos en la *sociedad* (Negri 2000) o en la *cultura* (Garland 2001) del *mero control*.

Deviene, en consecuencia, más necesaria que nunca la profundización y análisis crítico sobre estas cuestiones. Ello puede preparar(nos) para ofrecer una resistencia al panpenalismo (a la expansión de “*lo penal*” como instrumento de consenso y de gobierno de la opinión pública, Anastasia y Palma, 2001) que, por un lado, impida la total demolición de los fundamentos garantistas del orden social y, por otro, desarrolle una imaginación creativa y atenta a la canalización de los reclamos de los portadores de necesidades (Negri op. cit.: 11). Ojalá que esta pin-

tura pesimista (que ha perdido la magia del artista citado al inicio de estas líneas), pueda ser un revulsivo movilizador y, en absoluto, paralizante.

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe Anual*. Madrid: Editorial ADAI, 1988.

ANASTASIA, S.; PALMA, M. "La bilancia e la misura". *Giustizia, sicurezza, riforme*. Milano: Franco Angeli, 2001.

BAUDRILLARD, J. *Lo Espíritu del terrorismo*. Trad. Alessandro Serra. Milano: Raffaello Cortina, 2001.

BAUMAN, Z. *Modernità e olocausto*. Trad. Massimo Baldini. Bologna: Il Mulino, 1992.

_____. *La società della incertezza*. Trad. Roberto Marchisio y Savina Neirotti. Bologna: Il Mulino, 1999.

BECK, U. *La democracia y sus enemigos*. Trad. D. Romero Álvarez. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000a.

_____. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. J. Navarro, D. Jiménez, M^a R. Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1986.

_____. *Un nuevo mundo feliz*. La precariedad del trabajo en la era de la globalización. Trad. B. Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000b.

BERGALLI, R. "Presentación. La emergencia: una cultura específica". En: J. R. Serrano Piedecabras. *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona: Ed. Península, 1988. p. I-XVII.

_____. "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo". *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, n. 160, p. 107-124, 2001.

- BURTON ROSE, D.; PENS, D.; WRIGHT, P. *The celling of America. An inside look at the U. S. Prison industry*. Monroe, Maine: Common Courage Press, 1998 (a *Prison Legal News* book).
- CHRISTIE, N. *Il business penitenziario. La via occidentale al Gulag*. Milano: Elèuthera, 1993. Hay traducción al castellano: *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?*. Trad. S. Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.
- CLEMMER, D. *The prison community*. New York: Rinehart & Winston. 1958.
- COHEN, S. *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*. Trad. E. Larrauri. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.
- CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología* (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas: su ejecución). Barcelona: Bosch, 1958.
- DAL LAGO, A. *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*. Verona: Ombre Corte, 2001.
- DE GIORGI, A. *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*. Roma: Derive Approdi, 2000.
- Diario *El País*, 25.06.2000.
- Diario *El País*, 20.02.2001.
- Diario *El País*, 17.07.2001.
- Diario *El País*, 18.09.2001.
- Diario *El País*, 19.09.2001.
- Diario *El País*, 04.10.2001.
- Diario *El País*, 05.10.2001.
- Diario *El País*, 17.10.2001.
- Diario *El País*, 19.10.2001.
- Diario *El País*, 03.03.2002.

Diario *Il Manifesto*, 28.06.2000.

Diario *La Vanguardia*, 10.06.2001.

Diario *La Vanguardia*, 05.07.2001.

Diario *Le Monde*, 26.06.2000.

Feeley, M.; Simon, J. "La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. Trad. M. Sozzo. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 4, n. 6-7, p. 33-58, 1995.

FERRAJOLI, L. "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho". Trad. M. Beloff y Ch. Courtis. *Crimen y Castigo. Cuaderno del departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho - UBA*, año 1, n. 1, p. 117-131, ago. 2001.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trad. A. Garzón del Camino. Madrid: Siglo XXI, 1988.

GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Trad. B. Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI, 1999.

GARLAND, D. *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. Oxford: University Press, 2001.

GAROFALO. *La criminología*. Trad. P. Borrajo. Madrid: Danile Jorro, 1912.

GIDDENS, A. *Il mondo che cambia*. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Trad. Rinaldo Falcioni. Bologna: Il Mulino, 2000.

GOFFMAN, E. *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Trad. M. A. Oyuela de Grant. Madrid: Editorial Amorrotu-Murguía, 1970.

GONIN, D. *La Santé Incarcérée*. Médecine et conditions de vie en détention (Prisons: un médecin accuse). París: L'Archipel, 2000.

GOUGH, L. *The political economy of the Welfare State*. Londres: Macmillian Press, 1979.

- GOZZI, G. *Lo stato fiscale*. En: BOBBIO, N. MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Comps.). *Dizionario di Politica*, Torino: Ed. Tea, 1990.
- HARDT, M.; NEGRI, T. *Imperio. Il nuovo ordine della globalizzazione*. Milano: Rizzoli, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, 1965. vol. I.
- MARI, E. *La problemática del castigo*. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault. Buenos Aires: Hachette, 1983.
- MATTHEWS, R. *Doing time*. An introduction to the sociology of imprisonment. London: Macmillian Press, 1999. En castellano: *Pagando tiempo*. Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Trad. A. Piombo. Barcelona: Bosch, 2002.
- MATTHEWS, R.; FRANCIS, P. *Prisons 2000*. An international perspective on the current State and future of imprisonment. London-New York: Macmillian Press-St. Martin Press, 1996.
- MEZZADRA, S. *Diritto di fuga*. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione. Verona: Ombre Corte, 2001.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*: textos internacionales de aplicación. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
- NEGRI, T. "Prefazione" a la obra de A. De Giorgi. *Zero tolleranza*. Strategie e pratiche della società di controllo. Roma: DeriveApprodi, 2000.
- O'CONNOR, J. *La crisis fiscal del Estado*. Trad: G. Di Masso y J. M. Custòdio. Barcelona: Ediciones Península, 1981.
- OLARIETA, J. M. "Los delitos políticos en el Proyecto de Código Penal". *Panóptico*. Barcelona: Editorial Virus, n. 1, p. 63-85, 1996.
- PAVARINI, M. *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*. Bologna: Martina, 1994a.
- PAVARINI, M. *Il business penitenziario*. Conferencia pronunciada en la XII Asamblea Nacional de la Asociación "Antigone" (Pisa, 20 de abril), 2002.

- RIVERA BEIRAS, I. *La cárcel en España en el fin del milenio* (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Barcelona: Bosch, 1999.
- . “La irrupción de la ‘emergencia’ en Europa y sus consecuencias en las políticas penitenciarias”. *Cathedra, espíritu del derecho*. Lima: Universidad de San Marcos, 1998.
- . *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Bosch, 2000.
- ROTHMAN, D. *Conscience and convenience*. The asylum and its alternatives in progressive America. USA: Haper Collins, 1980.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R. *Emergencia y crisis del Estado social*. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona: Ed. Península, 1988.
- SILVEIRA GORSKI, H. *El modelo político italiano*. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona, 1998.
- THOMAS. PH. A.; MOERINGS, M. *AIDS in Prison*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1994.
- TRONCONE, P. “La legislazione penale dell'emergenza in Italia”. *Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*. Napoli: Jovene, 2001.
- VON HIRSCH, A. *Censurar y castigar*. Trad: E. Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.
- . *Doing justice. The choice of punishments*. Boston: Northeastern University Press, 1986.
- VON LISZT, F. *La idea del fin en el derecho penal*: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882 (con introducción y nota biográfica de J. M. Zugaldía Espinar). Trad. C. Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995.
- WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*. Trad: H. Pons. Madrid: Alianza, 2000.

- WILSON, J. Q.; KELLING, G. L. "Ventanas rotas. La policía y la seguridad en los barrios". Trad. D. Fridman. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires/Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, año 10, n. 15-16, p. 67-78, 2001.
- YOUNG, J. "Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Trad. D. Zysman. Buenos Aires/Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, año 10, n. 15-16, p. 25-42, 2001.
- _____. *The criminology of intolerance: zero-tolerance policing and the American prison experiment*. London: Middlesex University, 1996.
- ZAFFARONI, R. E. *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Temis, 1990.
- ZYSMAN, D. El papel de la determinación de la pena (sentencing) en la justificación del castigo penal de los Estados Unidos, en el último tercio del siglo XX. Tesis presentada en la Universidad de Barcelona para la obtención del Master en "Sistema Penal y Problemas Sociales", 2001.

Políticas de drogas: alternativas à repressão penal*

Maria Lúcia Karam

Juiza de Direito Aposentada pelo Rio de Janeiro.
Ex-Juiza Auditora da Justiça Militar Federal. Membro
da Associação Juizes para Democracia e do Movimento
da Magistratura Fluminense pela Democracia.

Resumo: A globalizada política proibicionista, que impõe a criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de algumas entre as inúmeras substâncias psicoativas, vulnera princípios essenciais ao Estado Democrático de Direito, provoca violência e é a causadora maior dos danos associados àquelas substâncias tornadas ilícitas. O rompimento com tal política e o afastamento da repressão penal são indispensáveis para a consolidação de alternativas que, como os programas de redução dos danos eventualmente causáveis por um consumo excessivo, descuidado ou descontrolado de quaisquer substâncias psicoativas, verdadeiramente se destinam a preservar e proteger a saúde pública.

Palavras-chave: drogas; saúde pública; proibicionismo; descriminalização; redução de danos.

Para pensar em uma política de drogas, que ofereça alternativas à repressão penal, como sugerido neste painel, é preciso, antes de tudo, quebrar preconceitos e transformar mentalidades, de modo a romper com a globalizada política proibicionista, ditada pelos Estados Unidos da América, e assegurar a prevalência de uma

* Palestra proferida em painel realizado no 9.º Seminário Internacional do IBCCRIM.

lógica e uma racionalidade cujos centros de referência se situem na dignidade e no bem-estar de todos os indivíduos, no respeito à liberdade e na garantia de efetividade das normas fundantes do Estado Democrático de Direito.

A globalizada opção política pelo proibicionismo determina a produção de leis penais que criminalizam condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de algumas entre as inúmeras substâncias psicoativas conhecidas. As substâncias psicoativas, que, assim selecionadas, recebem a qualificação de drogas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína etc.), não têm natureza diversa de outras substâncias igualmente psicoativas (como a cafeína, o álcool, o tabaco etc.). Da mesma forma, não há diferenças essenciais entre as atividades desenvolvidas por produtores, distribuidores e consumidores de umas e de outras substâncias, as distinções decorrendo da artificial intervenção do sistema penal que torna criminosas as condutas de uns, enquanto as dos outros permanecem lícitas.

Todas as substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, provocam alterações no organismo e, dependendo da forma como forem usadas, podem eventualmente causar danos, não sendo, assim, esta a razão da diferenciação entre umas e outras, ou da diferenciação entre as condutas de seus produtores, distribuidores e consumidores. Tampouco as drogas, hoje qualificadas de ilícitas, foram sempre tratadas desta forma. Como é sabido, a cocaína, por exemplo, nos primeiros anos do século XX, era livremente vendida em farmácias. Por outro lado, drogas, hoje lícitas, já foram ilícitas, como o álcool, nos Estados Unidos da América, de 1920 a 1932, quando em vigor, naquele país, a chamada "Lei Seca".

No campo do consumo, a globalizada política proibicionista criminaliza a posse para uso pessoal daquelas selecionadas substâncias psicoativas qualificadas como drogas ilícitas.

Esta criminalização da posse para uso pessoal é incompatível com os postulados que devem informar os atos de governo em um Estado Democrático de Direito, seja quando se pune tal conduta com pena privativa de liberdade, seja quando se impõem sanções pecuniárias ou restritivas de outros direitos, de ca-

ráter penal ou administrativo, seja ainda quando se impõe tratamento médico obrigatório.

Ter em sua posse drogas qualificadas de ilícitas para seu consumo pessoal, ou consumi-las em circunstâncias que não tragam um perigo concreto, direto e imediato para outras pessoas, são condutas privadas, que estão situadas na esfera individual, isto é, em um campo de atividades que diz respeito, unicamente, à liberdade, à intimidade e à vida privada de cada um.

Faz parte da liberdade, da intimidade e da vida privada a opção por fazer coisas, que pareçam para os outros – ou que até, efetivamente, sejam – erradas, “feias”, imorais ou danosas a si mesmo. A dignidade da pessoa humana, reconhecida desde as origens do Estado Democrático de Direito, impede a transformação forçada do indivíduo. Enquanto não afete direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem lhe aprouver. O que os outros – e, portanto, também o Estado – podem fazer, nestas circunstâncias, é apenas tentar mostrar ao indivíduo que, supostamente, está se prejudicando, que seu comportamento não está sendo bom, jamais podendo, no entanto, obrigá-lo a mudar este comportamento, ainda mais pela imposição de uma sanção, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão.

A República Federativa do Brasil, como estabelece a regra do art. 1.º da CF, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo entre seus fundamentos, como enunciado em seu inc. III, a dignidade da pessoa humana. Entre as regras do art. 5.º da Carta, que começam por afirmar a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, encontra-se a do inc. X, em que proclamada a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Tais dispositivos constitucionais, fazendo atuar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, reafirmam a conclusão de que condutas privadas, em que ausente a concreta afetação de um bem jurídico de terceiros, não podem ser objeto de intervenção do Estado sobre o indivíduo que as realiza. Condutas com esta natureza privada – como são a posse para uso pessoal de drogas qualificadas

de ilícitas ou seu consumo em circunstâncias que não ultrapassem o âmbito individual –, não importando quais sejam suas motivações, não podem, assim, ser objeto de criminalização, mesmo que esta venha disfarçada sob a forma de ilícito administrativo.

Especialmente, quando assegura, de forma expressa, os direitos concernentes à intimidade e à vida privada, a Constituição Federal brasileira desautoriza, por ser com ela incompatível, a aplicação do dispositivo incriminador, contido no art. 16 da Lei 6.368/1976, como também estará a desautorizar a aplicação de outras regras incriminadoras, explícitas ou disfarçadas, que venham a ser propostas, na linha do que fora sugerido em dispositivos vetados do Projeto de Lei 1.873/1991 (n. 105/1996 no Senado Federal), ou do que é sugerido nos novos Projetos de Lei 6.108/2002 e 7.134/2002, que tramitam no Congresso Nacional.

A vigente Lei 6.368/1976, assim como os projetos de lei que pretendiam e pretendem substituí-la, prevê tratamento médico obrigatório para os autores das condutas nela definidas, que, em razão de dependência, sejam inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinarem de acordo com tal entendimento.

Tratando-se da simples posse de drogas qualificadas de ilícitas para uso pessoal ou de seu consumo em circunstâncias que não ultrapassem o âmbito individual, a sujeição obrigatória a tratamento médico, qualquer que seja este, sob o pretexto de uma dita dependência, já tem sua incompatibilidade com princípios e regras constitucionais revelada na já apontada violação da liberdade individual, da intimidade e da vida privada. Mas, além disso, a sujeição obrigatória a tratamento médico sob o pretexto de uma dita dependência, em quaisquer circunstâncias, implica ainda na violação do princípio da culpabilidade e, conseqüentemente, da própria norma constitucional, que aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O princípio da culpabilidade, como é sabido, diz respeito à capacidade de escolha da pessoa humana e, assim, diretamente se relaciona com o reconheci-

mento de sua dignidade. Impedindo qualquer reprovação por uma escolha que a pessoa não pôde fazer ou impedindo que se a reprove quando não pôde exercitar sua capacidade de escolha, o princípio da culpabilidade integra-se aos princípios limitadores do poder do Estado de punir, gerados pela função maior do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito de proteção da dignidade e dos direitos de cada indivíduo.

No entanto, embora reconhecendo a ausência de culpabilidade e, assim, a inexistência de crime nas condutas daqueles que se mostram inimputáveis, como é o caso dos ditos dependentes de drogas qualificadas de ilícitas, o sistema penal insiste em alcançá-los, ao impor, como consequência da realização da conduta penalmente ilícita, o tratamento médico obrigatório que, na realidade, como quaisquer outras medidas de segurança, não passa de uma forma mal disfarçada de pena.

Mas, o tratamento médico obrigatório já vem sendo aplicado até mesmo para aqueles que têm íntegra sua capacidade psíquica, nas tentativas, diretamente veiculadas pelos Estados Unidos da América, de transportar, para o Brasil, as *drug courts*, pela introdução da chamada “justiça terapêutica”, cuja denominação já evidencia a retomada da nefasta aliança entre o direito penal e a psiquiatria, responsável por trágicas páginas da história do sistema penal.

Valendo-se das regras contidas nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, órgãos da Justiça Criminal, antecipando a concretização desta dita “justiça terapêutica”, vêm impondo como resultado da impropriamente chamada “transação” (art. 76 da Lei 9.099/1995) ou adicionando às condições impostas para a suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) um legalmente não previsto tratamento médico, sequer vinculado à demonstração da inimputabilidade.

Assim, vai se reproduzindo a idéia que estigmatiza o consumidor de drogas qualificadas de ilícitas como criminoso, infrator, ou doente, que deve sofrer uma pena explícita ou disfarçada em sanção administrativa, ou obrigatoriamente

se submeter a tratamento médico. A alternativa é aquela apontada por Alessandro Baratta: “se é enfermo, não é livre; se é livre, é mau”.¹

As falsas imagens, produzidas pelo auto-referenciado sistema em que se desenvolve a política criminalizadora de condutas relacionadas a algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas, impedem que se perceba que a proteção da saúde pública, que estaria a fundamentar a criminalização, contraditoriamente, acaba por ser afetada por esta mesma criminalização, trazendo a proibição maiores riscos e danos à integridade física e mental dos consumidores das substâncias proibidas.

A intervenção do sistema penal repercute sobre as condições em que se realiza o consumo das drogas qualificadas de ilícitas, favorecendo a falta da higiene, que se faz necessária à evitação de danos à saúde. Além de impedir o controle de qualidade das substâncias produzidas e comercializadas e dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade, conseqüente à intervenção do sistema penal, cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo, que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado, aqui se devendo pensar, de forma especial, na facilitação da difusão de doenças transmissíveis, como a Aids e a hepatite, adquiríveis através de um consumo descuidado e não higiênico de drogas injetáveis.

Aliás, pensando-se em doenças como a Aids, não se pode esquecer que os Estados Unidos da América foram o único país a não apoiar resolução da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que incluiu o acesso a medicamentos entre os direitos humanos. Tal resolução, proposta pelo Brasil e motivada pela controvérsia em torno da produção de medicamentos destinados ao controle da Aids, foi aprovada,² com a única abstenção dos Estados

1. “Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas”. In: Odair Dias Gonçalves; Francisco Inácio Bastos (Org.). *Só socialmente...* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992. p. 35-49.

2. Em 23.04.2001.

Unidos da América, cuja posição, nesta votação, eloqüentemente demonstra que a saúde pública longe está de ser uma real preocupação daqueles que, sendo os inquestionáveis senhores da globalizada política proibicionista, são também os porta-vozes dos interesses das transnacionalizadas indústrias farmacêuticas.

Contrapondo-se à repressão penal, tem-se importante alternativa na linha terapêutico-assistencial seguida pelos programas e ações de redução de danos eventualmente causáveis por um consumo excessivo, descuidado ou descontrolado das substâncias psicoativas. Aceitando as evidências de que a maioria das pessoas não deixará de consumir tais substâncias e que a atitude mais racional e eficaz para minimizar as consequências adversas do consumo de drogas – lícitas ou ilícitas – está no desenvolvimento de políticas de saúde pública, que possibilitem que este consumo se faça em condições que ocasionem o mínimo possível de efeitos danosos para o indivíduo consumidor e para a sociedade, os programas de redução de danos contêm um claro questionamento à uniformidade do enfoque negativo dado às drogas tornadas ilícitas, ao romper com as generalizadas premissas demonizadoras destas substâncias e das pessoas que com elas se relacionam.

Desde logo, cabe ressaltar que a troca de seringas, a distribuição de cachimbos para uso do *crack*, a substituição de substâncias psicoativas, a manutenção de locais para consumo seguro e outras ações igualmente informadas pela linha terapêutico-assistencial dos programas de redução de danos, decerto, não fazem incidir qualquer dos questionáveis dispositivos da Lei 6.368/1976,³ longe estando de poder ser objeto da repressão penal, pois tais ações não são afetadoras da saúde pública, sendo, ao contrário, redutoras dos riscos àquele bem jurídico, o que as faz permanecer fora do campo de eventuais proibições legislativamente expressas. Aqui

3. Vejam, a propósito, os dispositivos legais encontrados na vigente Lei 6.368/1976, que definem como criminosas as condutas de ministrar ou entregar aquelas substâncias de qualquer forma a consumo; auxiliar alguém a usá-las; utilizar ou consentir que alguém se utilize de local sob sua posse para o consumo; ou, ainda, contribuir para sua difusão.

se tem situação em tudo análoga à que ocorre em intervenções cirúrgicas com fins terapêuticos, em que a aparente incidência da regra do art. 129 do CP é afastada pela mesma razão de inexistir afetação do bem jurídico subjacente à norma criminalizadora, existindo, ao contrário, redução dos riscos para sua integridade.

Na realidade, é dever do Estado promover os programas e ações de redução de danos, como decorre, especialmente, da regra do art. 196 da CF.⁴ Tal dispositivo constitucional também deixa claro que o acesso aos serviços de saúde, que é direito de todos, não pode estar condicionado a imposições de abstinência e muito menos à submissão a exames para sua verificação, nos moldes dos testes *antidoping*. Tais exames, além de constituírem exigências indevidamente restritivas do exercício do direito à saúde, contrariam as normas constitucionais garantidoras da intimidade e da liberdade individual, como ocorre com qualquer modalidade de intervenção corporal não consentida, seja para a formação de prova, no processo penal, ou fora dele, seja para condicionar o exercício de qualquer direito. Inspeções no corpo humano, quaisquer que sejam as razões que as inspirem, só são legítimas quando haja um livre consentimento do interessado.

Por outro lado, o suposto ideal de abstinência, definitivamente, não se compatibiliza com a racionalidade dos programas de redução de danos, mostrando-se, aliás, não só inviável, como não desejado, efetivamente, por quase ninguém, em toda a história da humanidade. Pregar a abstinência do consumo de substâncias psicoativas como forma ideal de evitar danos a elas relacionados equivale a pregar a abstinência sexual como forma ideal de evitar doenças sexualmente transmissíveis.

Mas, o horizonte de uma política de drogas, que ofereça alternativas à repressão penal, rompendo com a globalizada política proibicionista e fazendo prevalecer uma lógica e uma racionalidade cujos centros de referência se situem na dignidade e no bem-estar de todos os indivíduos, no respeito à liberdade e na

4. "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

garantia de efetividade das normas fundantes do Estado Democrático de Direito, não deve se esgotar na afirmação dos direitos de todos os indivíduos, consumidores ou não de substâncias psicoativas, de terem respeitadas sua liberdade, sua intimidade, sua vida privada, suas opções pessoais e seu acesso aos serviços públicos de saúde.

O necessário rompimento com a globalizada política proibicionista, ditada pelos Estados Unidos da América, há de se estender também ao campo da produção e da distribuição das drogas qualificadas de ilícitas.

A violência, tão apressadamente associada às drogas qualificadas de ilícitas, tão provocadora da contemporânea histeria criada em torno da criminalidade, já seria um argumento decisivo, a sugerir este rompimento, indicando o caminho da descriminalização. Os produtores e distribuidores das drogas qualificadas de ilícitas só agem, eventualmente, de forma violenta porque desenvolvem suas atividades econômicas em um mercado tornado ilegal. Ao contrário do que se propaga, não são as drogas em si que geram criminalidade e violência. É sim o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, mais ou menos organizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto necessário das atividades econômicas assim desenvolvidas.

Neste ponto, o ilustrativo período da proibição do álcool, nos Estados Unidos da América, merece ser lembrado, sempre valendo repetir que a redução da violência, na famosa Chicago dos anos 20 e 30 do século XX, não foi consequência da cinematográfica atuação dos *Intocáveis* de Eliot Ness, mas simplesmente do fim da “Lei Seca”.

Mas, a redução da violência não chega a ser a razão maior, a indicar o caminho da descriminalização.

A globalizada política proibicionista, propagadora da “guerra às drogas” é, hoje, o campo mais fértil de germinação de uma crescente ampliação do poder punitivo, a perigosamente ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Muitos são os mecanismos, por meio dos quais as drogas qualificadas de ilícitas e condutas a elas relacionadas são identificadas como um “mal universal”, que estaria a ameaçar a própria existência da humanidade, não sendo raro se ouvir que as drogas qualificadas de ilícitas seriam um “flagelo da humanidade”.

A identificação de determinados fenômenos, eleitos ou criados para funcionar como o “mal universal”, alimenta a demanda de maior repressão e a ampliação do poder do Estado de punir. Este “mal universal” já foi outrora identificado à bruxaria e à heresia. Hoje, o mesmo papel – e de forma bastante semelhante –, está reservado à produção e à distribuição das drogas qualificadas de ilícitas.

No plano internacional, a “guerra contra as drogas”, levada a cabo pelos Estados Unidos da América, inverte as leis da economia, para responsabilizar os países produtores e exportadores de drogas qualificadas de ilícitas pela demanda, que se faz amplamente presente no interior da sociedade norte-americana.

Criando, com isso, o que Rosa Del Olmo apropriadamente chamou de “o estereótipo delitivo latino-americano”,⁵ os senhores da política proibicionista ampliam seu controle sobre os países que lhe são periféricos. Estes, despidos da soberania, deixam-se atingir por planos de erradicação de plantações devastadores do meio ambiente, por tratados de extradição transferidores do julgamento de seus nacionais para os Estados Unidos da América, por uma atuação consentida em seu território de agências de informação norte-americanas, até chegar às intervenções militares diretas, que, já ocorridas na Bolívia e no Panamá, repetem-se com o Plano Colômbia.

Internamente, em cada país, os empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras de drogas qualificadas de ilícitas, estigmatizados como “traficantes”, ou ainda mais demonizados como “narcotraficantes”, recebem toda a carga negativa transferida para os que, como eles, cumprem o papel de “bodes expiatórios” de todos os males.

5. “La cara oculta de la droga”. Bogotá: Temis, 1988.

Ouvem-se, até mesmo, indignadas manifestações contra o fato dos “traficantes explorarem o vício” dos compradores de suas mercadorias. Ora, em uma formação social capitalista em que o lucro há de ser o objetivo essencial de qualquer empreendimento empresarial, por que se haveria de exigir que produtores e distribuidores de substâncias psicoativas se abstivessem de lucrar, em atenção ao bem-estar de consumidores? Por que as atividades das indústrias farmacêuticas, que extraem lucros da doença, não são objeto de indignação? Ou, ainda, as atividades de banqueiros, extraíndo lucros das dificuldades econômicas de quem se vê obrigado a recorrer a seus empréstimos, até mesmo, por exemplo, para poder adquirir um lugar onde morar?

Valendo-se da propagação da idéia do “mal universal”, a repressão às drogas qualificadas de ilícitas e a uma suposta, indefinida e indefinível “criminalidade organizada” a elas pretensamente relacionada tem sido, notadamente a partir da década de 90, o principal pretexto para uma crescente produção mundial de leis que, como as legislações excepcionais criadas para a repressão política das ditaduras, se afastam de princípios garantidores, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil, marco da legislação de exceção é, sem dúvida, a Lei 8.072/1990, a chamada lei dos crimes hediondos, que, concretizando a deslocada regra constitucional, vinda no inc. XLIII do art. 5.º da Carta de 1988, foi além das exceções constitucionalmente previstas – limitadas à inafiançabilidade e à insuscetibilidade de graça ou anistia –, para, indevidamente, introduzir novas e maiores restrições, de modo a impor tratamento de especial rigor diante de acusações e condenações relacionadas com a prática dos crimes nela contemplados, entre os quais o dito “tráfico” das drogas qualificadas de ilícitas.

No âmbito da legislação de exceção, destacam-se, ainda, a Lei 9.034/1995, modificada pela Lei 10.217/2001, que, pretendendo dispor sobre a suposta “criminalidade organizada”, naturalmente, não conseguiu defini-la; a Lei 9.296/1996, que, ampliando o que a Constituição Federal mandou reduzir, veio

dispor sobre a interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal; a Lei 9.613/1998, que, obedecendo a importadas determinações, dispôs sobre os chamados crimes de lavagem de capitais. A nova Lei 10.409, de 11.01.2002, que se agrega à Lei 6.368/1976 na normatização da política concernente às drogas qualificadas de ilícitas, naturalmente, em tudo se afina com esta legislação de exceção.

Nestas leis de exceção, em manifesta discrepância com garantias constitucionalmente assentadas, como a individualização da pena, o acesso à justiça, o estado de inocência, a ampla defesa, a própria cláusula fundamental do devido processo legal, encontram-se a imposição do regime fechado obrigatório para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a vedação de liberdade provisória, restrições ao direito de recorrer da sentença condenatória. A nova Lei 10.409/2002 vem ensaiar um primeiro passo para a introdução, em nosso ordenamento jurídico, das chamadas “testemunhas sem rosto”,⁶ em clara violação ao direito do réu estar presente às atividades de instrução probatória, produzidas no processo, direito de presença este que, integrando a autodefesa, constitui desdobramento inseparável da garantia da ampla defesa.

Mas, a legislação de exceção ainda contempla meios invasivos de busca de prova, como a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de comunicações telefônicas, a escuta ambiental, a observação à distância. Assim, faz lembrar, mais uma vez, das bruxas e hereges, que deviam se submeter às torturas da inquisição medieval, para revelar a verdade pela confissão. O toque pós-moderno, mais “civilizado”, apenas substitui a tortura por formas mais “científicas” e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de fazer com que, pelo próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas.

6. Estabelece a regra do art. 55 da nova Lei 10.409/2002 que “havendo a necessidade de reconhecimento do acusado, as testemunhas dos crimes de que trata esta Lei ocuparão sala onde não possam ser identificadas”.

Ao lado destes meios invasivos, instalam-se a ação controlada e a infiltração de agentes policiais e premia-se a delação, rompendo-se com o mínimo de racionalidade, com a transparência e com o necessário conteúdo ético que hão de orientar qualquer atividade estatal em um Estado Democrático de Direito. Pense-se na premiação da delação. Trair alguém, desmerecer a confiança de um companheiro são condutas, decerto, reprováveis no plano moral, repudiadas em qualquer formação social que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. Com a premiação da delação, invertem-se as premissas. Agora, é a traição que aparece como positiva, merecendo até mesmo um prêmio. Com o elogio e a recompensa à conduta traidora, o que o Estado está fazendo é exercer um papel deseducador no âmbito das relações entre os indivíduos, acabando por transmitir valores tão ou mais negativos do que os valores dos “criminosos”, que diz querer enfrentar.

As visíveis ameaças a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, embutidas nesta legislação de exceção, fazem lembrar a advertência de Nils Christie de que o maior perigo da criminalidade nas sociedades modernas não é o crime em si mesmo, mas sim o de que a luta contra este acabe por conduzir tais sociedades ao totalitarismo.⁷

Esta significativa advertência deve direcionar as atenções para a necessidade de romper com a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal, para a necessidade de romper com a revivida fantasia medieval que permite um pós-moderno sacrifício de novos hereges e bruxas, romper com o controle desmedido, manifestado pelo exercício do poder do Estado de punir, assim efetivamente rompendo com a globalizada política proibicionista, causadora maior dos danos relacionados às drogas tornadas ilícitas.

7. Tal advertência encontra-se à p. 24 de “La industria del control del delito – La nueva forma del holocausto?” (edição em castelhano, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, tradução de Sara Costa).

A globalizada política proibicionista somente se sustenta pelo entorpecimento da razão. Somente uma razão entorpecida pode crer que a criminalização das condutas de produtores, distribuidores e consumidores de algumas entre as inúmeras substâncias psicoativas sirva para deter uma busca de meios de alteração do psiquismo, que deita raízes na própria história da humanidade. Somente uma razão entorpecida pode admitir que, em troca de uma ilusória contenção desta busca, o próprio Estado fomenta a violência, que só se faz presente nas atividades de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas, porque seu mercado é ilegal. Somente uma razão entorpecida pode autorizar que, sob este mesmo ilusório pretexto, se imponham restrições à liberdade de quem, eventualmente, queira causar um dano à sua própria saúde. Somente uma razão entorpecida pode conciliar com uma expansão do poder de punir, que, utilizando até mesmo a repressão militarizada, crescentemente desrespeita clássicos princípios garantidores, assim ameaçando os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A força ideológica da enganosa publicidade do sistema penal “vende” a crença de que, sem sua intervenção virá o caos, assim encobrendo alternativas, assim mantendo as razões entorpecidas.

O afastamento desta equivocada e nefasta crença faz-se indispensável para a ampliação das alternativas que, comprometidas com uma racionalidade centrada nos direitos, no bem-estar e na dignidade dos indivíduos, possam, efetivamente, reduzir os danos, eventualmente causáveis por um consumo excessivo, descuidado ou descontrolado de qualquer substância psicoativa.

É no próprio campo das substâncias psicoativas que podem ser visualizadas, com clareza, outras formas de controle, bastando pensar nas diversas restrições da legislação não-penal a que estão submetidas a produção, a distribuição e o consumo das drogas lícitas.

Pense-se, por exemplo, na Lei 9.782/1999, que determina a regulamentação, o controle e a fiscalização, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, da produção e do comércio de medica-

mentos e suas substâncias ativas, bebidas (alcoólicas ou não), cigarros e outros produtos derivados do tabaco, da mesma forma que, racionalmente, regulamenta, controla e fiscaliza quaisquer alimentos e outros bens e produtos, que envolvem risco à saúde pública, inclusive no que diz respeito à qualidade dos mesmos.

Pense-se, ainda, nas restrições impostas à propaganda de medicamentos, bebidas alcoólicas, cigarros e outros produtos derivados do tabaco, estabelecidas na Lei 9.294/1996 (com as modificações introduzidas pela Lei 10.167/2000), bem como, no que concerne a estes últimos, nas restrições à distribuição gratuita ou à comercialização em determinados lugares (por exemplo, em estabelecimentos de ensino e de saúde). No que concerne ao consumo, o mesmo diploma legal fornece bons exemplos de restrições, que, sem invadir o âmbito da liberdade individual, se mostram igualmente mais racionais, eficazes e menos danosas. Pense-se na restrição ao uso de cigarros e outros produtos derivados do tabaco em recintos coletivos, com o que se evitam efeitos eventualmente danosos ou indesejáveis para terceiros, respeitando-se, ao mesmo tempo, a opção individual, com a reserva de área, devidamente isolada e com arejamento conveniente, destinada exclusivamente ao fim de uso daquelas substâncias psicoativas.

Remarque-se que, em determinadas hipóteses de consumo abusivo de drogas lícitas, o controle social formal se faz por meio da própria intervenção do sistema penal, sem que isto afete a legalidade da produção, da distribuição ou do consumo não-abusivo daquelas substâncias psicoativas. Neste ponto, como exemplo, vale lembrar da criminalização da conduta de quem dirige veículo, em via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 306 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito).

É nesta mesma linha que podem e devem ser tratados a produção, a distribuição e o consumo das drogas hoje artificialmente qualificadas de ilícitas, abrindo-se maior espaço para o desenvolvimento de políticas que, como a que informa os programas e ações voltados para a redução dos danos eventualmente causáveis por um consumo excessivo, descuidado ou descontrolado de quaisquer substâncias psicoativas, verdadeiramente se destinam a preservar e proteger a saúde pública.

Outras faces da violência^{*}

Mario Sergio Cortella

Filósofo. Mestre e Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde também atua como Professor-Associado do Departamento de Teologia e Ciências da Religião e do Pós-Graduação em Educação. Foi Secretário Municipal de Educação de São Paulo (1991-1992).

A violência é tema aterrorizante em nosso cotidiano; poucos deixam de ter alguma experiência (própria ou próxima) com ela, sejam os assaltos e latrocínios, sejam os seqüestros (relâmpagos ou não) e as ameaças à integridade física e patrimonial, nas casas, escolas e ruas. A mídia se refestela; mesmo levando em conta sua tarefa de informar e alertar, é preciso lembrar que há tempos não havia um assunto tão sedutor. Violência é notícia; má notícia, mas, infelizmente, e, por isso mesmo, mais atraente. A mórbida relação pânico/salvação (fundamento, também, de algumas religiões e vários partidos políticos liberticidas) invadiu as preocupações da população; mostra-se o fato, instaura-se o pânico, anuncia-se a salvação!

Diagnóstico mais comum para a situação? Falta de firmeza e excesso de impunidade! Terapias recomendadas (algumas delirantes, outras demagógicas e, muitas, equivocadas): pena de morte, presídios em profusão, truculência policial, abrigos de “segurança máxima” para menores, diminuição da maioridade penal etc.

Ora, todas as formas de violência mencionadas precisam ser combatidas e extintas; são inaceitáveis e merecem urgência no enfrentamento de suas causas e na prevenção de seus efeitos. Porém, não são as únicas, não estão sozinhas; as demais (e as há em grande quantidade) são obscurecidas por aquelas que vêm tendo destaque exclusivista. Essas outras violências (contra os corpos e as mentes) favorecem (mas não tornam justas!) as que estão em evidência.

* Síntese de palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do IBCCRIM.

Violência e impunidade é, também, impedirem a manifestação do pensamento livre e da individualidade responsável; é constrangerem os corpos com a dor da fome e a agressão da doença sem socorro; é admitirem a crueldade da tortura, da degradação brutal do local no qual se vive, o padecimento provocado pela não-convivência com aqueles a quem se ama. Violência e impunidade é, também, ser vitimado pela falta de trabalho, ser humilhado pela ausência de estudo, ser desprovido de um lazer sadio, ser mortalmente ferido pela discriminação de qualquer tipo. Violência e impunidade é, também, ser violentado pelo embaraço traumático da religiosidade, da sexualidade, da amorosidade. Violência e impunidade é, também, em suma, admitir que apodreçam as esperanças, extirpem os desejos e a sacralidade das vidas.

Todos falamos em paz, mas, paz é, antes de tudo, algo a ser socialmente compartilhado; não pode ser paz para uns poucos. A paz, para sê-lo de fato, deve ser coletiva e tem um pressuposto apontado fortemente por Paulo Freire (que, por propor uma educação apoiada no diálogo, foi entendido por alguns como alguém que identificava a paz como sinônimo de apaziguamento e anulação de conflitos já no presente). Ao receber o Prêmio *Educação para a Paz* da Unesco em 1986 deixou bem claro qualera sua convicção: "De anônimas gentes, sofridas gentes, exploradas gentes aprendi sobretudo que a paz é fundamental, indispensável, mas que a paz implica lutar por ela. A paz se cria, se constrói, na e pela superação de realidades sociais perversas. A paz se cria, se constrói, na construção incessante da justiça social. Por isso, não creio em nenhum esforço chamado de educação para a paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças, o torna opaco e tenta miopisar as suas vítimas".

O verbo *miopisar* chama nossa atenção para algo que não se refere a uma ilusão de ótica, mas, sim, a uma *ilusão de ética*. É a ilusão provocada por uma ética que aceita a noção de paz como legitimação calma e tranqüila de benefícios e vantagens sociais exclusivas para alguns, enquanto o restante (maioria gritante) reduz-se a meros sobreviventes frágeis de um processo impiedoso de exclusão.

Assim, a paz só se alcança com a anulação de todas as faces da violência e, só há justiça, se todos tiverem paz.

A guerra como instrumento da política

Oliveiros S. Ferreira

Professor de Relações Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Política na Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo. Professor Emérito na Escola de Comando e Estado Maior do Exército.

Resumo: Desde a Paz de Westphalia, em 1648, a guerra é vista como assunto de Estado, não de particulares. A distinção é importante porque a guerra é um ato de violência e, sendo assim, pode ser confundida com a violência que os cidadãos normalmente experimentam. Sendo um assunto de Estado e não de particulares, ela é, por si só, um fato político, neste sentido de que ela tem, necessariamente, objetivos políticos que são fixados pelos Governos.

Por outro lado, é importante ter presente que os Estados têm interesses que devem defender. Alguns são negociáveis, outros não, as guerras são travadas em torno desses interesses. É por isso que se pode dizer que a guerra é um instrumento da política. Guerra de agressão, ou guerra defensiva, ela é travada sempre para que se realizem as políticas dos Governos.

Palavras-chave: estado; guerra; violência; interesse; inimigo.

Com certeza não exagerarei se disser que o sentimento dessa audiência é de estranheza. Afinal, para quem vive num País que mal conserva a lembrança da participação da FEB na Segunda Guerra Mundial, combatendo na Itália, e apenas sabe, por ouvir alguém dizer, que no século XIX houve uma longa guerra con-

tra o Paraguai, parecerá fora de sentido ouvir dissertar sobre a guerra como instrumento da política. Se o tema da palestra fosse falar da enrascada em que os Estados Unidos se meteram no Iraque, talvez se encontrasse sentido em estar aqui presente. Ou, então, se fôssemos instados a ouvir falar sobre a violência a que estamos submetidos todos os dias – violência atual ou potencial, mas ainda assim e sempre violência –, não daríamos o tempo como perdido.

Egoisticamente, poderia falar sobre a violência; acontece que se o fizesse estaria me afastando do tema que vos trouxe aqui, que é a guerra. Embora haja quem diga que vivemos, nas grandes cidades brasileiras, uma guerra civil, é preciso cuidado no empregar o termo “guerra”. É que desde muito tempo, para ser preciso desde 1648, quando a Paz de Westphalia pôs termo à Guerra dos 30 anos, a guerra é vista como um assunto entre Estados. É dessa perspectiva que me proponho a discorrer sobre o tema, sem esquecer que, apesar do entendimento de Westphalia, a guerrilha esteve presente pelo menos desde a campanha de Napoleão na Espanha, ganhando intensidade na campanha russa de 1812, e sendo um fato normal durante a Segunda Guerra Mundial.

A tentação de falar da violência é grande, tanto maior quanto o grande teórico da guerra, que foi o alemão Carl von Clausewitz, não hesitou em definir a guerra como “um ato de violência destinado a constranger o adversário a executar nossa vontade”. Tomada fora de contexto, a definição nos autorizaria a cuidar da violência pura e simples. Todavia, é preciso ter presente que para ele a guerra deve ser entendida como um duelo entre dois ou mais Estados, tanto assim que ela é, para ele, a continuação da política por outros meios. Ou, como querem alguns, mais atentos à correta tradução do texto alemão, a continuação das relações políticas com a interferência, com o emprego de outros meios.

Qualquer que seja a tradução correta do texto de Clausewitz, o leigo tem o direito de perguntar: é necessário que as relações políticas entre Estados tenham esse desdobramento, mesmo pensando naquilo que um cultor da estratégia chamaria de “extremidade lógica”, isto é, mesmo levando o pensamento aos extre-

mos que ele pode chegar, folgando naquilo que alguém disse ser, o pensar, livre pensar? A pergunta não é impertinente. Realmente, olhando o panorama que nos cerca e gozando da paz que existe no Continente (apesar dos atritos que aqui e ali despontam), cabe de fato inquirir se para que os Estados realizem suas políticas é necessário que se disponham à guerra. Ao questionar a necessidade do recurso às armas, talvez nos esqueçamos de que raciocinamos mergulhados em nossas circunstâncias, as de um país cujos habitantes, inclusive aqueles que se consideram membros da elite dirigente (econômica ou social, pouco importa, mas sobretudo política), não têm memória da campanha da Itália no fim da Segunda Guerra Mundial e não levam a sério a guerra do Paraguai. Sem nenhum intuito de ofender quem quer que seja, diria que a pergunta: "mas é preciso a guerra para resolver questões políticas?", tem toda a razão de ser colocada quando se pensa que, no Exército brasileiro, cultua-se a memória do Duque de Caxias como o pacificador e não como o comandante-chefe das operações no Paraguai.

Clausewitz tinha plena consciência de que a guerra é um assunto sério que deve ser tratado seriamente. E Clemenceau, o Tigre, que conduziu a última fase da guerra de 1914 como presidente do Conselho francês, pôde acrescentar, talvez pensando na carnificina que fora a guerra de trincheiras que mudou a civilização ocidental: "A guerra é assunto sério demais para ser entregue aos generais". Com o que Clausewitz concordaria inteiramente, embora os generais não. Ele concordaria porque sabia que embora a guerra seja o conjunto de meios diferentes das negociações políticas, só tem sentido se for declarada e travada para realizar um objetivo político, isto é, fixado pelo Governo, vale dizer, pelos homens de Estado.

Ao cuidarmos de nosso tema, é preciso não esquecer de que continuando a ser, em sua essência, um ato de violência destinado a impor nossa vontade a terceiros que se opõem a nossa política, as formas e as maneiras de fazer a guerra mudam conforme se alteram as condições sociais e, sobretudo, conforme progredir a tecnologia das armas. Mais do que isso, temos de saber que as relações políticas entre os Estados mudam de forma, embora conservem seu conteúdo. No

século XVII, nenhum homem de Estado estranharia que um soldado da fortuna, capitão de navio, apressasse o barco de outra nação. Até poderia, para poupá-lo da força, embora não das galés, dar-lhe uma carta de corso, quando não honrá-lo com um título de nobreza. Ainda que não houvesse guerra declarada entre os Estados, admitia-se a ação desses “irregulares”, desde que devidamente credenciados como corsários, porque mesmo não estando a serviço do Estado, seus atos conduziam a que os cofres do tesouro real se enchessem de ouro ou prata. Tudo dentro das formas: o capitão Blood, cujas proezas nos encantaram em nossa juventude, era um pirata e seu destino poderia ser a força; Sir Francis Drake era um corsário a serviço de Sua Majestade. Hoje, não há mais corsários (pelo menos abordando navios), mas há piratas e terroristas. E o tesouro estatal se enche de outras maneiras. Essa mudança não impede que as tensões entre Estados continuem porque, se mudou a forma de fazer a guerra, a essência da política continua a mesma – e ela é conflito.

Dizer que a essência da política é conflito não significa dizer que toda ação política desembocará em guerra. Se entendermos conflito como sendo aquela situação em que duas partes se encontram, disputando, digamos, a posse de determinados valores, veremos que a relação entre elas pode revestir-se de intenção hostil (que se manifesta de diferentes formas) até a hostilidade declarada. Tome-mos a disputa que se travou entre os funcionários públicos e o Governo Lula em torno da reforma da previdência. Durante a discussão e votação do projeto de reforma, caracterizaram-se dois campos bem definidos: de um lado, o governo e seus aliados, insistindo na necessidade da reforma; de outro, os funcionários que a ela se opunham. Que valores estavam em jogo, comuns às duas partes? Da perspectiva em que coloco o problema, podemos ver a situação como segue: para o governo, estava em jogo a posse de recursos financeiros suficientes para impedir a quebra do tesouro; para os funcionários tomados em conjunto, a posse de iguais recursos financeiros, considerados suficientes para que continuassem a ter, na aposentadoria, o mesmo ou semelhante padrão de vida. Não se chegou, felizmente,

ao conflito declarado – o que não impediu, dada a intenção hostil que animava os funcionários, que tentassem ocupar o Ministério da Previdência para, segundo declarou o presidente do PT, impedir que os computadores rodassem o pagamento dos benefícios aos segurados do INSS. Se o objetivo da ação fosse realmente esse, e se tivesse sido alcançado, teríamos tido um ato de violência destinado a impor ao Estado a vontade dos funcionários em greve. Se essa ação não pode nem deve ser caracterizada como um ato de guerra, pode ser vista, pelo menos, como um ato de quase-guerrilha. Caracterizada como quisermos, a oposição dos funcionários à Reforma da Previdência nos termos em que o governo a colocou foi um fato político e como tal deveria ser encarado.

Tomemos outro exemplo: as ações do MST. Elas são políticas, antes de tudo, porque a forma pela qual se realizam contraria a lei em muitos aspectos. Ao colocar a questão nesses termos será preciso proceder com cautela. Peço-vos pensar um instante na seguinte questão: qual a diferença entre a ação de um indivíduo conhecido como Koba, depois Stalin, que assaltava bancos na juventude, e um vulgar assaltante de bancos na Cidade de São Paulo? A questão que vos coloco não é de somenos: preocupou o governo brasileiro nos anos que se seguiram a 1967, quando tivemos uma série de assaltos a bancos cometidos por adversários políticos do regime. Não distinguindo os dois tipos de ação, o de Koba e o dos outros, os assaltos a bancos foram tipificados como crimes contra a segurança nacional, como tais devendo ser julgados pela Justiça Militar. O resultado foi que qualquer assaltante de banco, pé-de-chinelo que fosse, foi julgado como subversivo pela Justiça Militar até que as autoridades se deram conta de que havia uma diferença fundamental entre um tipo de ação e outro, embora fossem formalmente iguais: o subversivo tinha como objetivo encher os cofres de uma organização política que se opunha ao regime, e o pé-de-chinelo simplesmente cuidava de encher seu bolso. Voltando a Koba, ele não era um ladrão de bancos; era um subversivo que queria depor o regime czarista.

É dessa perspectiva – a da finalidade da ação – que devemos estudar as invasões de terra pelo MST. Ao desafio à ordem jurídica estabelecida, marca registrada desse tipo de ação, devemos acrescentar outro elemento: a finalidade das ações é mudar as formas de apropriação da terra. Esse objetivo é político, ninguém negará. O caráter político das ações marca-se também pelo fato de que hoje são diversos os movimentos que se propõem realizar a reforma agrária “na marra” e em direção contrária ao movimento da economia do *agrobusiness*. O que separa esses diferentes movimentos é, fundamentalmente, a disputa por saber quem será o interlocutor único com o governo. Se atentardes para as disputas que se dão em Pernambuco, vereis isso com grande clareza: a dissidência do MST, mais radical, constituída já em movimento, acusa o MST de recrutar desempregados urbanos, enquanto ela se ocupa tão-apenas de arregimentar pessoas que tenham conhecimento das lides do campo. Mas são, os dois, movimentos políticos que se opõem ao governo e à ordem jurídica estabelecida. Melhor dizendo, e creio que esse é o aspecto importante da questão, opõem-se às formas pela qual, na ordem jurídica, se estabelece devam ser conduzidas as ações reivindicatórias.

Será fácil, agora, voltarmos ao tema que nos reúne. Preliminarmente, tenhamos presente que as formas pelas quais os Estados (digamos melhor, os governos) resolvem seus litígios, qualquer que seja o grau de hostilidade presente nas negociações, essas formas não são estáticas e permanentes. Se assim fosse, estaríamos, ainda hoje, vivendo na feliz Idade de Ouro tão celebrada pelos poetas, na qual as diferenças entre as tribos se resolviam na borduna. Elas evoluem – e os avanços do direito internacional aí estão para evidenciar os progressos da humanidade no sentido de um maior entendimento entre os governos e uma maneira mais civilizada (nesse sentido de que não se resolvem a tacepe as divergências nas conferências internacionais e nas negociações intergovernamentais) de encarar divergências e buscar superá-las. Houve também um progresso no terreno da guerra. Convém examiná-lo, pois da discussão se poderá chegar a uma melhor compreensão do porquê a guerra é um instrumento da política.

Ao celebrar os tratados de Westphalia, buscou-se retirar dos grupos privados a condição de, como parte legítima, usarem a violência para impor sua vontade àqueles que consideravam adversários, especialmente na fé. Não se tratava, ao fazer a paz, de impedir as guerras entre Estados – mesmo porque todos se consideravam parte legítima em qualquer contenda que envolvesse a posse de seus territórios ou de bens materiais ou imateriais, que reputavam essenciais para sua afirmação como Estados num ambiente internacional caracterizado pela disputa entre vontades de potência dos governantes. A evolução a que me referi refere-se à consideração da guerra como justa ou não, como tal passível de punição pelo direito interno do vencedor ou internacional. Os Tratados de Westphalia conduziram a que cada soberano, senhor da guerra, considerasse aquele que lhe fazia a guerra um *justus hostis*. Assim sendo, a guerra não era considerada um crime, embora houvesse crimes de guerra. Em 1919, ao celebrar-se a paz, o tratado de Versalhes considerou Guilherme II, ex-imperador alemão, como criminoso por haver desencadeado uma guerra não provocada. O ex-imperador deixava, dessa forma, de ser um *justus hostis*, com o que a guerra passou a ser considerada um crime passível de punição, como se verificou, depois, em Nuremberg, quando a liderança política e militar do III Reich foi condenada por haver feito uma guerra de agressão, afora pelos crimes de guerra cometidos.

Assim como os indivíduos sustentam, em suas relações com terceiros, que têm interesses que são inegociáveis, os Estados julgam tê-los, igualmente. Entre eles, dois são, por assim dizer, imutáveis e inegociáveis em qualquer circunstância, salvo a derrota em campo armado: território e soberania. Há outros interesses cujo caráter inegociável depende, como sempre dependeu, do poder dos Estados e da evolução da economia e da tecnologia em geral – e a passagem do mercantilismo e da proteção tarifária para o livre comércio é um bom exemplo do que disse. É preciso considerar, por outro lado, que apesar de a guerra ser assunto sério demais para ser deixado a exclusivo critério dos generais, os políticos que definem os interesses inegociáveis, se sabem estimar o que a guerra

custa em termos materiais, não têm perfeita consciência do que ela significa em termos de sacrifícios em vidas humanas. Isso, os generais sempre souberam, mesmo porque, conforme a concepção que faziam de seu comando, podiam morrer na frente de batalha junto com os seus soldados. A história está cheia de exemplos desse tipo, inclusive a história da Segunda Guerra Mundial. Os governantes que cultuam a razão de Estado e estabelecem quais os interesses nacionais que são negociáveis ou inegociáveis tomam conhecimento dos sacrifícios que a guerra impõe pelas reações da opinião pública. E tem sido a reação de populações que podem manifestar seu repúdio às guerras que faz que a guerra nos pareça absolutamente sem sentido e jamais possa ser considerada um instrumento da política.

Malgrado tudo, ela ainda é vista como um instrumento válido da política. De qualquer Estado. Ainda que consideremos que a Grande Guerra Patriótica que sacrificou 20 milhões de cidadãos da União Soviética, independentemente de sua etnia, foi uma guerra defensiva, foi ela que permitiu ao governo soviético construir um cordão sanitário que o protegesse de qualquer veleidade de invasão por parte dos antigos aliados. Da mesma maneira que foi a guerra, agora de agressão, que a teoria leninista-stalinista sempre apresentou como determinada pela disputa imperialista de mercados, que permitiu que a Finlândia fosse reduzida à condição em que esteve até a queda do Muro de Berlim, e a Polônia fosse repartida mais uma vez em 1939. Para não dizer do avanço soviético no Extremo Oriente às custas do Japão.

A guerra defensiva sempre foi considerada justa – e por mais que se pretenda afirmar que, uma vez terminadas as hostilidades e vencido o agressor, tudo voltará ao que era, não tem sido assim e nem será pela simples e boa razão de que os Estados, mesmo quando colocados na condição de defender seu território ou os valores que consideram fundamentais para a existência das populações que governam, aproveitar-se-ão da vitória para resolver pendências que de outra forma jamais seriam levadas a termo. Contudo, convém insistir, se a guerra mudou de forma, isso se deve não apenas às alterações na tecnologia, mas também às

mudanças na concepção que os governantes fazem de como resolver suas pendências – mudanças que se espelham no direito internacional.

O apego dos Estados às novas normas, que se vão estabelecendo, vai depender dos objetivos políticos dos governantes e de como vêm a subordinação de seu Estado às normas do direito internacional e daquilo que se chamava o direito das gentes. E essa visão das coisas vai depender do sentimento da opinião pública. Evidentemente, estou falando de governos considerados democráticos. O Presidente Bush seguramente não teria obtido a aprovação do Congresso para fazer a guerra ao Afeganistão e ao Iraque se não houvesse, na maioria da opinião pública norte-americana, o sentimento de que apenas a destruição do regime dos talebans e a destituição de Sadam Hussein poderiam impedir que se repetisse a tragédia do 11 de setembro de 2001. As duas guerras, da mesma maneira que a Primeira Guerra do Golfo, aquela destinada a libertar o Kuwait, foram consideradas guerras defensivas, como tais legítimas e, assim sendo, aceitáveis. Se a opinião pública internacional manifestou-se contra a guerra contra o Iraque foi, em boa medida, não porque era uma guerra, mas porque se fazia sem a aprovação da ONU, que lhe teria conferido legitimidade.

Quando determinados valores reputados importantes pela sociedade são alvo de agressão ou ameaça, a opinião pública tende a considerar a guerra para defendê-los como legítima. Como um instrumento válido para realizar uma política. Na realidade, os que se recusam a ver a guerra como instrumento da política do Estado em que vivem deveriam cuidar de fazer que os governantes não a tivessem nessa conta. Afinal, é dever do homem de Estado defender os interesses inegociáveis do Estados – e uma das maneiras de defendê-los é saber que sempre existe, em potencial, um inimigo, vale dizer, um governo que pode pretender a posse de parte de seu território ou diminuir desta ou daquela maneira a sua soberania, tanto interna, quanto externa. Ora, a maneira que se tem de proceder defensivamente – Bush levou essa idéia à sua extremidade ao formular a doutrina da guerra preventiva –, é estar preparado para a guerra. Sabendo, como sempre se soube, que a guerra é a *ultima ratio* a que se pode apelar.

Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro*

Paul Chevigny

Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito
da Universidade de Nova York (EUA).

Resumo: O ataque ao World Trade Center em 11 de setembro de 2001 deu causa a uma política de repressão intensa levada a cabo pelo governo norte-americano dentro e fora do território dos Estados Unidos. Medidas como invasões à privacidade, aumento da vigilância política, interferência com o trabalho dos advogados, importunação de pessoas por causa de suas conexões árabes ou islâmicas, segredos governamentais e detenções sem recursos para fins de interrogatórios ilimitados são práticas inquietantes adotadas tanto no território dos Estados Unidos como em *Guantanamo Bay*. Advogados, ONGs envolvidas com direitos humanos e alguns oficiais do governo têm, porém, denunciado os abusos e buscado combatê-los através de petições ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: repressão nos Estados Unidos; USA Patriot Act; guerra contra o terror; 11 de setembro.

Introdução

O ataque ao World Trade Center em Nova Iorque há pouco mais de dois anos foi horrível, um evento atroz com proporções sem precedentes. Foi um cho-

* Texto da palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, out. 2003. Tradução de Heloisa Estellita (Doutoranda em Direito Penal-USP, Coordenadora-Chefe de Internet do IBCCrim).

que devastador para as pessoas nos Estados Unidos, que não haviam experimentado um ataque de tão grandes proporções praticado por parte de agentes estrangeiros dentro do país por, literalmente, gerações.

Isto está acima de qualquer controvérsia. Meu ponto aqui é que o Governo dos Estados Unidos, em ambos os níveis local e nacional, aproveitou-se da indignação e do medo produzidos pelos ataques para tentar assumir o controle sobre as pessoas e, até mesmo, sobre a política do país. Eles consideraram queixas como estas que agora faço como atos de deslealdade. Três meses após os ataques, o Procurador-Geral dos Estados Unidos disse: “Para aqueles que amedrontam pessoas que amam a paz com fantasmas da perda da liberdade, minha mensagem é esta: Suas táticas apenas ajudam terroristas, porque elas corroem nossa unidade nacional e diminuem nossa resolução. Elas dão munição para os inimigos da América e hesitação para os amigos da América”.¹

Embora tenham sido tomadas várias ações contra estrangeiros e terroristas estrangeiros desde 11 de setembro, penso que o propósito de controlar a população americana e colocar em prática uma agenda doméstica repressiva está clara. Esta agenda foi colocada em prática por meio de limitações à privacidade e, em geral, aos direitos dos suspeitos, por meio da massiva discriminação contra estrangeiros de origem islâmica e árabe, pelas perseguições repressivas e por meio da interferência com o direito ao *habeas corpus*. De outro lado, não quero exagerar, felizmente o escopo da repressão foi limitado porque houve alguma resistência por parte do público, das Cortes e até mesmo de pessoas dentro do governo.

Claro está, ainda, que muitos dos instrumentos para a repressão já existiam antes do 11 de setembro e até mesmo antes que a atual administração assumisse. Os instrumentos foram forjados em leis contra o terrorismo adotadas durante a Administração Clinton e também em antigas leis sobre imigração, que sempre foram potencialmente repressivas, assim como em leis sobre inteligência

1. Testemunho de John Ashcroft, 06.12.2001.

internacional. É verdade que o Governo Federal adotou novas leis, como o USA Patriot Act, sobre o qual já ouvir falar, certamente, e sobre o qual falarei a seguir, mas as mudanças inseridas por tais leis somente significaram um agravamento das disposições já existentes. Em sua maioria, os governos nacionais e locais tiraram proveito das já existentes leis com potencial repressivo. ONGs como a União Americana de Liberdades Civas estiveram nos prevenindo por anos acerca dos perigos destas leis.

Sei que as pessoas aqui no Brasil, assim como os visitantes de outras nações, em sua maior parte, não trabalham sobre estes problemas e não estão sendo diretamente afetados por eles. Para vocês esta palestra traz não mais que novidades estrangeiras, talvez interessantes, mas distantes. O quanto for possível, então, relacionarei os problemas apresentados com experiências da América Latina. Os atos contemporâneos do governo norte-americano não são comparáveis à repressão, legal e extralegal, no Cone Sul de vinte anos atrás. Mas algumas das medidas legais lhes serão picantemente familiares. Entre elas a prisão de centenas de pessoas que foram detidas por longos períodos, cujos nomes são desconhecidos para o público. Uma outra tática que muitos reconhecerão tem sido a de retirar suspeitos de processos penais e colocá-los sob a custódia militar em nome da segurança. Ali eles não podem fazer uso do *habeas corpus* e são submetidos a interrogatórios ilimitadamente.

Muito familiar será a resposta de algumas das Cortes. Em muitos casos, os juízes rejeitaram as medidas repressivas do governo. Mas na maioria deles, os juízes fazem o possível para aprovar as medidas do governo, até mesmo quando, privadamente, delas discordem. Eles hesitam em interferir com os atos do Executivo porque temem que suas ordens sejam desobedecidas. Eles não vêem razões para enfraquecer sua legitimação expedindo ordens que sabem serão descumpridas em nome da guerra contra o terror.

Em alguns casos, as ações do governo norte-americano estavam em conflito com o direito internacional humanitário ou com os direitos humanos. Tais

limites nunca foram mencionados pelo governo e raramente por alguém no país, exceto pelos especialistas em direito internacional.

Falei primeiro sobre as invasões à privacidade.

A maré alta dos protestos públicos contra as invasões à privacidade praticadas pelo governo foi no final dos anos sessenta e começo dos anos setenta do século passado. Naquele tempo, quando o governo reivindicava o poder de grampear telefones de grupos radicais no país, a Suprema Corte decidiu que a Constituição exigia que o governo obtivesse uma ordem judicial fundada em indícios de probabilidade de que um crime teria sido ou viria a ser cometido.² Estava claro, naquele tempo, todavia, que informações internacionais, que não deveriam ser utilizadas em um caso criminal doméstico, poderiam ser obtidas com poucas restrições, dado que a Constituição não se aplica aos estrangeiros que não estão no país. Uma Corte especial foi estabelecida para emitir ordens para coligir informações internacionais usando um padrão baixo de exigências, quase um simples requerimento do governo. Milhares destas ordens foram emitidas através dos anos.

Naquela mesma época, nos anos setenta, foram desenvolvidas limitações à espionagem policial contra grupos políticos nos Estados Unidos. Um famoso relatório do Senado narrou detalhadamente os abusos dos agentes federais ao provocar crimes, produzir discórdia nos grupos políticos e disseminar informações danosas a terceiros.³ Práticas similares foram encontradas nos departamentos policiais estaduais e municipais, incluindo o de Nova Iorque. Após muita controvérsia, uma espécie de “trégua” foi alcançada mediante a qual se reconheceu, de forma ampla, que a polícia não deveria ser autorizada a espionar com base exclusivamente em razões políticas, mas tão-somente fundada em informações que apontassem para a prática de um crime.

2. U.S. v. U.S. District Court, 407 U.S. 297 (1972).

3. Relatório final do Comitê Especial para estudar as operações governamentais relacionadas com as Atividades de Inteligência, Sen. Rep. 94-755 (1976).

Os governos locais e federal tiraram proveito do temor público após o 11 de setembro para permitir maior intromissão por meios eletrônicos, bem como por informantes e infiltração, não só no âmbito das informações internacionais, mas ainda nos casos criminais domésticos e contra ativistas políticos domésticos.

Atualmente, o governo está autorizado a usar ordens da Corte de Inteligência Internacional em casos criminais domésticos. Um artigo do USA Patriot Act, aprovado imediatamente depois do 11 de setembro, prescreve que a Corte de Inteligência Internacional pode ordenar uma interceptação se a investigação tiver propósitos domésticos e estrangeiros; a previsão era quase invisível na lei, tendo requerido a mudança de apenas duas palavras na antiga lei que autorizava interceptações de inteligência internacional.⁴

A Corte de Inteligência Internacional pode também ser usada para uma mais ampla espionagem política. O USA Patriot Act permite que esta Corte emita uma ordem para a obtenção de documentos em conexão com uma investigação. Esta aparentemente inocente previsão pode ser usada, por exemplo, para obter de bibliotecas a lista dos livros retirados pelos usuários, sem que estes usuários possam ser informados de que estão sob investigação. Após uma onda de desaprovação, o Procurador-Geral Ashcroft, sob a alegação de que queria conter “distorções e falta de informações” acerca da lei, anunciou, em setembro de 2003, que o Departamento de Justiça nunca tinha “usado” a lei para forçar as bibliotecas a entregar seus registros.⁵ Pode ser literalmente verdade que o governo nunca foi a uma Corte para obter uma ordem para obrigar uma biblioteca a dar tais informações, mas uma pesquisa anterior das bibliotecas revelou que o FBI^{NT1} procu-

4. USA Patriot Act, sec. 218. Nancy Chang. “How democracy dies: the war on our civil liberties”. In: Cynthia Brown (ed.). *Lost Liberties* (New York: New Press, 2003) p. 43.

5. Eric Lichtblau. “U.S. says it has not used new Library Records Law”. *New York Times*, September 19, 2003, p. A20.

NT1 Federal Bureau of Investigation.

rou obter informações acerca de centenas de usuários.⁶ Quando há uma lei permitindo às autoridades obter coercitivamente estas informações, parece improvável que um bibliotecário iria se recusar a um requerimento “voluntário”. Preciso acrescentar que os bibliotecários estavam ao mesmo tempo confusos e amedrontados?

Ao mesmo tempo, o governo está mudando os padrões para a vigilância política e para a infiltração pela polícia, tentando reverter as alterações feitas nos anos setenta. O Procurador-Geral alterou as diretrizes do FBI para iniciar investigações de grupos domésticos, requerendo tão-somente uma “indicação razoável” de atividade criminal, ou até menos que isto no caso de investigação preliminar.

Os esforços para enfraquecer as limitações à espionagem política alcançaram o nível local em diversas cidades, mais recentemente em Nova Iorque. Nos anos setenta, uma ação judicial federal foi iniciada contra a polícia de Nova Iorque, alegando abuso de poderes investigatórios por razões políticas; este foi um entre os diversos casos que conduziram à “trégua” que mencionei acima.⁷ Nos anos oitenta, o caso foi solucionado: a polícia concordou em não investigar grupos políticos ou religiosos a menos que tivessem informações de que tais grupos estivessem envolvidos em atividades criminosas; tais investigações deveriam ser aprovadas por uma “junta” formada por um grupo de dois policiais e uma pessoa estranha à corporação. A polícia concordou em limitar a difusão de registros sobre atividades políticas. E, isto é muito importante, a Corte Federal manteve-se pronta para fazer cumprir o acordo, o que nós chamamos em nosso direito de “ordem judicial consentida”. Por dezessete anos, a ordem judicial da Corte foi obedecida e, aparentemente, funcionou muito bem.

Há pouco mais de um ano, no outono de 2002, após tantos anos, a polícia voltou à Corte Federal para desfazer aquele acordo alegando que, à luz da ameaça do terrorismo, ela não poderia mais operar sob a exigência de que as investigações

6. USA Patriot Act sec. 215. Nancy Chang. Op. cit., p. 44.

7. Chevigny. “Politics and law in the control of local surveillance”. *Cornell Law Review* 735-784 (1984), p. 69, descreve a situação como era há vinte anos.

fossem baseadas em informações específicas indicando o cometimento de crime, ou restrições de difusão de registros. Os advogados dos autores da ação originária, entre os quais eu me coloco, contestaram tais alegações, mas a Corte aprovou as diretrizes para investigação em consonância com as do FBI e, assim, retirou-se do centro da controvérsia, sequer incorporando as diretrizes ao texto da decisão.

Eis que um pequeno mas significativo escândalo teve lugar. Veio a público a notícia de que a polícia estava prendendo pessoas em manifestações públicas contra a guerra em Nova Iorque, promovidas durante a primavera do ano passado, e interrogando-as sobre suas filiações políticas. Nada a ver com terrorismo, nada a ver com influências externas, apenas cidadãos que se opunham à política internacional. Manifestantes pacíficos em Nova Iorque estavam assustados e também temerosos; muitos deles queriam reclamar à Corte. Nós voltamos à Corte e o juiz, bastante irritado com as técnicas policiais, incorporou as novas diretrizes para investigação ao texto de sua decisão, dando-lhes a força de uma ordem judicial.

Todas estas mudanças na proteção da privacidade são significativas – o enfraquecimento dos requisitos para um requerimento de mandado de interceptação em casos criminais e para informação de bibliotecas e outras instituições, assim como o enfraquecimento das proteções contra a espionagem. A coisa mais importante nessas mudanças, entretanto, e o ponto que quero enfatizar, é que elas não estavam primordialmente dirigidas contra o terrorismo internacional. Os mandados de inteligência internacional podem, agora, ser usados em matérias domésticas. As diretrizes do FBI, acima mencionadas e que foram alteradas, não são usadas em investigações sobre o terrorismo internacional. O FBI tem uma lista especial de diretrizes para aquelas investigações que é secreta e que tem sido secreta por anos; não tenho a menor idéia do que ela prescreve. As diretrizes que foram alteradas foram aquelas para os crimes domésticos e outras matérias correlatas. Enquanto redijo este texto, o *New York Times* relata que os novos poderes têm sido usados extensivamente em matérias criminais domésticas. E a história que contei sobre as mudanças em Nova Iorque é um exemplo de como as mudan-

Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro

ças devem alcançar as pessoas, aquelas que, nos Estados Unidos, não concordam com o governo.⁸

Falarei um pouco sobre os casos criminais após o 11 de setembro.

As acusações pelos crimes oriundos de acontecimentos que tiveram lugar após o 11 de setembro são poucas, parcialmente porque o tempo até aqui foi curto, pouco mais de dois anos. Além disso, as detenções realizadas pelo governo, sobre as quais falarei adiante, embora tenham envolvido centenas de pessoas, mostraram a prática de pouquíssimos crimes efetivamente sérios. Exatamente porque não há muitos casos fortes para serem objeto de acusação – embora o governo quisesse muito encontrá-los, se possível fosse – é que um caso, que vou descrever, teve lugar. Ao menos, é o que acredito.

Este caso diz respeito a uma advogada de Nova Iorque, Lynne Stewart, que foi formalmente acusada, juntamente com mais duas pessoas, em 2002, de fornecer “suporte material” a uma organização terrorista internacional e também de cometer fraude e mentir para o Governo dos Estados Unidos. Estas são acusações sérias. A acusação de dar suporte material a uma organização terrorista internacional baseou-se em leis antiterroristas, aprovadas durante a Administração Clinton, que definem como crime dar suporte a qualquer organização que o governo qualificar como organização terrorista internacional. O crime não requer um concreto auxílio aos terroristas ou qualquer intenção de auxiliar o terrorismo. Tudo o que requer é que o acusado tenha dado suporte a uma das organizações proibidas. Assim, por exemplo, se uma entidade de caridade islâmica dá auxílio a organizações na Palestina, e algumas delas opõem-se violentamente a Israel, então a entidade de caridade será qualificada como uma organização terrorista internacional e dar dinheiro a ela será considerado crime. Foi o que aconteceu com um determinado número de organizações islâmicas.

8. Eric Lichtblau. “U.S. uses terror law to pursue crimes from drugs to swindling”. *New York Times*, September 28, 2003, p. A1.

Uma das organizações qualificadas como terrorista em conformidade com as regras desta lei foi o “Grupo Islâmico”, com sede no Egito. O Xeiique Abdel-Rahman, um líder religioso islâmico supostamente membro ativo do grupo, era um refugiado do Egito. Em 1995, o Xeiique, juntamente com algumas outras pessoas, foi condenado por planejar secretamente explodir bombas em lugares públicos da cidade de Nova Iorque, incluindo o World Trade Center. Parte de sua defesa baseava-se em que sua pregação era totalmente retórica – ele pregava numa mesquita – e que ele não planejava, verdadeiramente, atos de violência. O júri não acreditou nisso. Ele foi condenado à prisão perpétua e mais alguns anos. Lynne Stewart foi uma de suas advogadas, tendo ela uma história de associação com causas radicais e sendo simpatizante do Xeiique.

Enquanto trabalhava na apelação do Xeiique, em 2000, Lynne Stewart foi, juntamente com um tradutor árabe, visitar o Xeiique na prisão. A visita foi gravada eletronicamente, bem como as conversas telefônicas da Sra. Stewart com os seguidores do Xeiique. Em virtude do Xeiique ser considerado um prisioneiro politicamente perigoso, a Sra. Stewart tinha que assinar uma “medida administrativa especial” daquele estabelecimento que vedava ao Xeiique comunicar-se com pessoas fora da prisão. Durante a visita, o Xeiique redigiu uma declaração que a Sra. Stewart entregou à imprensa. Ela também é acusada de ter falado alto em inglês para encobrir uma conversa em árabe entre o Xeiique e o tradutor (ela não fala árabe), o que impediu que o governo compreendesse o teor do diálogo. A acusação também alega que ela concordou, numa conversa telefônica, em permitir que uma mentira fosse difundida: a de que a prisão não estava fornecendo ao Xeiique cuidados médicos apropriados. Ela supostamente disse a um dos seguidores do Xeiique que ninguém fora da prisão saberia a verdade sobre tal afirmação.

A teoria do governo sobre o caso foi a de que a visita da Sra. Stewart, incluindo a declaração para a imprensa e o telefonema, era “auxílio material” ao “Grupo Islâmico”. A acusação de mentir e fraudar o governo desenvolveu-se a

partir do fato de ter ela assinado a medida administrativa especial. O governo alega que ela nunca teve a intenção de cumprir o teor da medida e que, portanto, ela mentiu e cometeu fraude quando deu sua anuência à medida.

Vamos voltar um pouco e olhar a política que está por trás do caso. Ele baseia-se totalmente em leis implementadas antes da Administração Bush, mas, mais importante, está baseado em fatos que ocorreram antes da Administração Bush. Fatos que ocorreram durante a Administração Clinton, mas que o governo não considerava importantes o suficiente para a instauração de uma ação penal. Depois do 11 de setembro, o governo considerou-os importantes o bastante para trazê-los de volta e construir sobre eles uma acusação formal. O Procurador-Geral Ashcroft pessoalmente veio a Nova Iorque anunciar a acusação formal em 2002.

Estou certo de que não preciso dizer que muitos advogados criminais de defesa nos Estados Unidos sentiram-se ultrajados por esta ação penal. Ela está fundada em atos, sem dúvida, temerários, mas que muitos poderiam ter praticado por um cliente. Além disso, quase toda a evidência está baseada em escutas eletrônicas da Sra. Stewart na prisão ou no telefone. As escutas telefônicas estavam aparentemente autorizadas como interceptações de inteligência internacional, da mesma espécie já mencionada anteriormente. A escuta é provavelmente tecnicamente permissível, mas, então, o fato revela um problema com tais técnicas. Muitos de nós diremos algo em um momento de descuido, algo como “provavelmente ninguém de fora ouvirá sobre isto”, sem supor que seremos acusados formalmente de conspiração. A escuta torna extremamente difícil atuar efetivamente como advogado, intimida-nos a todos, colocando-nos em estado permanente de vigilância contra a espionagem governamental. O Procurador-Geral Ashcroft enfatizou este ponto pela introdução de uma regulamentação geral autorizando o governo a monitorar comunicações entre presos e seus advogados em todos os casos, não importando se eles envolviam terrorismo ou relações internacionais.⁹ Uma vez mais, o 11 de setembro está sendo

9. 28 *Code of Fed. Regulations* sec. 501.3d. Chang. Op cit., p. 38.

usado como uma desculpa para a limitação generalizada da efetividade do trabalho dos advogados de defesa.

Um dos melhores advogados do país concordou em defender a Sra. Stewart e conseguiu persuadir a Corte a rejeitar algumas das acusações. Em agosto, a Corte decidiu que as palavras e atos da Sra. Stewart não eram "suporte material" para uma organização, tal qual contribuir com fundos. Se o significado das palavras incluíssem atos como aqueles praticados pela Sra. Stewart, sustentou ele, isto tornaria o significado da lei muito vago para definir um crime. Isto foi, sem dúvida, um grande alívio para os advogados de defesa; mas Stewart ainda está sendo acusada de mentir e fraudar a medida especial administrativa e nós ainda não sabemos qual é o verdadeiro conteúdo do crime de "suporte material" para uma organização terrorista internacional.

Enquanto a Administração Bush estava preparando o caso Stewart, eles também se movimentaram para expandir o objeto das leis antiterrorismo. O USA Patriot Act define o "terrorismo doméstico" como atos criminais que são perigosos para a vida e que "aparentemente se destinem (...) a influenciar a política governamental de repressão".¹⁰ Até este momento, não existem ações penais acerca deste crime, mas parece claro que a administração está tentando usar o medo criado pelos atos de terrorismo internacional para ampliar o conceito ao ponto de abarcar atos de protesto domésticos violentos, como as manifestações em Seattle sobre as finanças e o comércio internacionais.

Discorrerei, agora, sobre as detenções desde o 11 de setembro.

As detenções têm sido muito mais freqüentes do que as ações penais. Elas se consubstanciam, talvez, no maior sinal de repressão até o presente momento, embora seja muito cedo para dizer o que o futuro reserva. Imediatamente após o 11 de setembro, o governo começou a deter centenas de pessoas, em sua maioria estrangeiros, e virtualmente todos eles, como podemos dizer, com nomes islâmicos

10. USA Patriot Act sec 802; 18 U.S. Code sec. 1331.

ou árabes. Por exemplo, dois cidadãos norte-americanos que tinham nomes que soavam árabes, foram presos voltando de uma viagem ao México, um deles por dois meses.¹¹

Estas centenas de pessoas foram presas sob as mais diversas desculpas: acusações da prática de crimes leves, violação às regras de imigração; alguns foram detidos sob uma vaga alegação de que eles eram “testemunhas materiais”, uma expressão que permite que uma testemunha seja detida sob a lei americana. A verdade, porém, é que não sabemos exatamente quantos foram detidos e por qual razão foram detidos, quem são eles ou o que lhes aconteceu, porque o governo simplesmente se recusa a dar qualquer informação ao público. Como indivíduos, se suas famílias conseguissem localizá-los, poderiam, eventualmente, comunicar-se com eles e contratar os serviços de um advogado. O Procurador-Geral aumentou o sigilo decretando que os procedimentos de imigração naqueles casos deveriam ser bloqueados para a imprensa e para o público.¹² Embora tenham havido diversas reclamações por parte de célebres organizações de direitos humanos, a tática do governo foi bastante bem-sucedida, o que provavelmente não surpreenderia um advogado na América Latina: enquanto os atos do governo são secretos, é difícil para o público prestar atenção na adoção destas práticas. Estas centenas de detentos contavam com pouca simpatia do público porque eram tão somente um grupo vago de pessoas não identificadas; supunha-se que a maioria deles era estrangeira, que tinham violado seu *status* de imigrante e iriam ser deportados. Na verdade, centenas foram finalmente libertados dentro dos Estados Unidos. O *status* destas pessoas foi, na verdade, um pretexto, sendo factível que as mesmas táticas secretas poderiam ter sido usadas até mesmo se a maioria dos detidos fossem cidadãos norte-americanos.

11. Kate Martin. “Secret arrests and preventive detention”. In: Cynthia Brown. *Lost Liberties*, cit., p. 77.

12. Id. at 79-80.

ONGs nos Estados Unidos, com o apoio da imprensa, ingressaram com uma medida judicial na tentativa de forçar o governo a fornecer nomes e apresentar as acusações, tendo o juiz decidido, primeiramente, que o governo teria de fornecer os nomes. Mas o governo apelou da ordem e a Corte de Apelo em Washington, DC, decidiu que as ONGs não tinham o direito de ter acesso aos nomes. Ao dar tal decisão, a Corte disse que “é papel do Executivo obter e exercer a atividade de proteger a segurança nacional. Não estando dentro da competência das Cortes julgar as decisões executivas tomadas no desempenho do papel próprio àquele Poder”.¹³

A Corte de Apelação baseou-se em casos recentes de outras Cortes que tomaram uma posição similar de não interferência para com decisões do Executivo. O resultado para as centenas de detidos após o 11 de setembro foi desastrosa. Quando o governo esconde seus atos do público, quando seus atos não são transparentes, eles o são para esconder prováveis abusos cometidos contra aqueles sob custódia, como os advogados da América Latina sabem por experiência. Isto foi exatamente o que a imprensa e as ONGs temiam no caso dos detidos, e ocorre que eles estavam certos. Muito embora, a esta altura, a maior parte dos detidos já tenha sido colocada em liberdade – alguns foram deportados, mas centenas foram libertados dentro dos Estados Unidos –, na primavera de 2003, o inspetor-geral do Departamento de Justiça publicou um relatório criticando o modo como eles haviam sido tratados.

Parece que o inspetor-geral encarregou-se da detalhada inspeção, contendo mais de trezentas páginas, em parte porque havia tão pouca informação pública sobre as detenções. Os abusos que o inspetor encontrou eram exatamente o que nós esperaríamos em tais circunstâncias. Os fundamentos das suspeitas eram freqüentemente próximos do nada. O inspetor-geral dá o exemplo de um homem

13. Center for National Security Studies *v.* U.S. Dept. of Justice, (D.C. Cir 2003) Case n. 2-5254, 02-5300.

do Oriente Médio que encomendou um carro de um comerciante em setembro de 2001. Ele foi preso quando deixou de ir pegar o carro e não foi solto senão após seis meses. Em outro caso, alguns homens do Oriente Médio que trabalhavam na construção de uma escola em Nova Iorque foram parados por uma violação de trânsito e foram presos, é claro, porque tinham plantas da escola em seu carro. O governo sustentou que nenhum deles poderia ser libertado até que as suspeitas de terrorismo pudessem ser afastadas, daí a relutância em soltar qualquer um deles. As detenções foram extremamente longas, a média foi de mais de 80 dias, o que implica dizer que em alguns casos foi muito mais longa do que isto. As três agências envolvidas – FBI, CIA^{NT2} e o serviço de imigração – não tinham pessoal suficiente para processar um tão grande número de pessoas, e, além disso, não estavam acostumados a coordenar seus trabalhos. Sem o escrutínio público, eles tinham muito pouco incentivo para acelerar o processamento dos casos.

Em muitos casos, além disso, relata o inspetor que as autoridades trataram os detidos como se eles tivessem sido condenados pela prática de atos terroristas, muito embora a maioria deles não tivesse sequer sido acusada da prática de um crime. As celas eram pequenas, com as luzes e as câmeras de vídeo ligadas, e quando os prisioneiros estavam fora de suas celas eram algemados. Durante as duas primeiras semanas após o 11 de setembro, os detidos estavam totalmente impossibilitados de entrar em contato com suas famílias ou advogados, eles não eram autorizados a usar o telefone. Alguns detidos relataram que os guardas os ameaçavam com frases como “você nunca vai sair daqui”.¹⁴

Em síntese, o relatório é um extraordinário documento oficial. O inspetor recomendou um certo número de mudanças nos procedimentos das agências governamentais, mas dois meses após constatar que muitas delas não foram implementadas.

NT2 Central Intelligence Agency.

14. U.S. Dept. of Justice, Office of the Inspector General, “The September 11 detainees: a review of the treatment of aliens held on immigration charges in connection with the investigation of the September 11 attacks” (Washington D.C., April 2003).

O primeiro grupo de centenas de detenções, ruim em si mesmo, não foi o fim dos problemas para estrangeiros após o 11 de setembro. O serviço de imigração estabeleceu um sistema de registro especial para homens e meninos de diversos países, em sua maioria árabes ou islâmicos. Milhares de homens foram obrigados a comparecer perante as autoridades para o registro sendo que em alguns casos eram detidos sem aviso. Em Los Angeles, em dezembro de 2002, as autoridades de imigração detiveram 400 pessoas, a maioria das quais foi presa sob condições cruéis e de superpopulação.¹⁵ As prisões “por atacado” de pessoas exclusivamente porque tinham origens no Oriente Médio produziu pânico e preocupação na comunidade islâmica em todo o país.

Em ações contra o terrorismo fora dos Estados Unidos, particularmente no Afeganistão, as forças armadas e outras agências prenderam centenas de pessoas, a maioria delas trazida para uma área em Cuba que os Estados Unidos intitulou Guantânamo. Embora o governo cubano seja tecnicamente soberano sobre Guantânamo, os Estados Unidos têm um arrendamento para uma base militar há centenas de anos.

Alguns dos detidos alegam que foram capturados virtualmente por acidente, em rondas das tropas afegãs locais. Mas nunca conseguiram obter qualquer tipo de audiência perante uma Corte. Os Estados Unidos adotaram um certo número de posições que não estão totalmente em conformidade com o direito internacional, mas que foram geralmente bem-sucedidas nas Cortes americanas e perante o público. Aqueles que foram capturados na guerra, parece, deveriam ser tratados como prisioneiros de guerra sob as normas das convenções de Genebra de 1949. De acordo com o art. V da Terceira Convenção de Genebra, aqueles detidos, cujo *status* seja discutível, deveriam ser ouvidos por um “tribunal competente” para determinar seu *status*. Mas os Estados Unidos nunca aceitaram o título de “prisioneiro de guerra” para qualquer dos detidos. Como vocês devem saber,

15. Lawyers Comm for Human Rights, “Imbalance of Powers” (2003), p. 43.

uma reclamação foi feita em prol dos detidos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e em 12.03.2002, a Comissão adotou medidas de precaução requerendo dos Estados Unidos “a adoção das medidas urgentes e necessárias para que o *status* legal dos detidos em *Guantanamo Bay* fosse definido por um tribunal competente”. Pelo que sei, a mídia de massa, bem como o Governo dos Estados Unidos ignoraram esta importante decisão.

Em vez de o *status* dos detidos ser definido por um tribunal, o Governo dos Estados Unidos designou-os de “combatentes inimigos”, um termo que não tem um significado exato no direito internacional. Alguns dos detidos impetraram ordens de *habeas corpus* para a determinação de seus *status*, alegando que qualquer pessoa privada de sua liberdade por oficiais norte-americanos em um lugar controlado pelos Estados Unidos teria tal direito. O governo alegou que Guantânamo estava fora da jurisdição dos Estados Unidos e, não tendo os detidos os direitos de cidadãos, não havia jurisdição para o recebimento de um *habeas corpus*. A Corte de Apelação acautou o argumento do governo e recusou as petições de *habeas corpus*.¹⁶

Parece-nos que o governo prendeu as pessoas em Guantânamo justamente para que pudesse alegar a falta de jurisdição das Cortes norte-americanas, e esta foi uma tática bem-sucedida. Acredito que as Cortes sentiram-se aliviadas por não terem de rever as decisões governamentais sobre as razões para as detenções. Mas isto só deixa em aberto a questão de o quê o governo quer dos detidos, e sobre o isto o governo tem sido bastante claro: quer informações sobre o terrorismo. Quer ser capaz de interrogar os detidos até que as autoridades estejam satisfeitas e convencidas de que obtiveram toda a informação possível. O governo libertou algumas poucas pessoas que pareciam não ter informações. Claro está, também, porque o governo não quer denominar os detidos de prisioneiros de guerra; se eles fossem tais prisioneiros, não teriam obrigação de dar informação àqueles que os capturaram.

16. *Al Odah v. U.S.* 321 F.d 1134 (D.C.Cir. 2003).

Há dois casos de pessoas que são cidadãs detidas nos Estados Unidos e intituladas “combatentes inimigos”. Elas apresentaram petições de *habeas corpus*. Seus casos não podem ser tão facilmente recusados como os casos de Guantânamo e enfrentam diretamente a questão dos poderes do Executivo. Embora poucos, eles são legalmente significativos.

O primeiro caso, Hamdi, envolve um cidadão norte-americano que verdadeiramente lutou no Afeganistão em prol do Talibã. O Presidente designou-o um combatente inimigo e enviou-o para um centro de detenção militar. Seu pai apresentou um pedido de *habeas corpus* em seu favor para que a Corte determinasse seu *status*, tendo a Corte de Apelação emitido uma decisão restrita.¹⁷ A Corte decidiu que, sendo um cidadão, ele tinha direito a apresentar um pedido de *habeas corpus*. Mas o Presidente tem o poder, em tempo de guerra, de declará-lo um combatente inimigo, acrescentou a Corte, uma determinação que as Cortes não podem rever; encontrando-se assim impossibilitada de julgar o pedido ou ajudá-lo de qualquer outra forma. No que diz respeito ao argumento de que Hamdi tinha o direito a uma audiência em conformidade com a Convenção de Genebra, a Corte simplesmente disse que as Cortes norte-americanas não tinham jurisdição sobre casos que recaíssem sob as normas da Convenção. Este caso é talvez menos alarmante porque parece que Hamdi participou de uma força militar inimiga.

O outro caso é mais inquietante. Ninguém alega que Jose Padilla, um cidadão norte-americano, participou em algum combate contra os Estados Unidos, em nenhum significado reconhecido. Ele foi primeiramente detido como testemunha porque suspeitava-se que tinha conhecimentos sobre terrorismo, tendo sido designado um advogado para representá-lo. Um caso não muito incomum nestes dias. De repente, o governo passou a suspeitar que ele tivesse uma importante ligação com planos secretos terroristas, Padilla foi declarado combatente inimigo e enviado para a custódia militar. Nem seu advogado, nem ninguém mais

17. Hamdi v Rumsfeld, 316 F.d 450 (4th Cir. 2003).

foi autorizado a entrar em contato com ele; ele foi e está incomunicável. Seu advogado buscou uma ordem de *habeas corpus*. Como a Corte no caso Hamdi, neste novo julgamento foi decidido que Padilla tinha o direito de apresentar a petição e que o Presidente tinha o poder de declará-lo combatente inimigo.¹⁸ Mas a Corte foi além para dizer que Padilla tinha direito a questionar os fundamentos daquela determinação e que deveria ter acesso a seu advogado, não podendo ser mantido incomunicável. E é neste ponto que o conflito com o Executivo foi estabelecido.

O governo recusou-se a cumprir a ordem e tentou fazer o juiz mudar de idéia. O juiz federal de primeiro grau estava evidentemente frustrado e até mesmo furioso. Mas o governo nunca permitiu a Padilla que se encontrasse com seu advogado e o juiz de primeiro grau acabou desistindo e remeteu o caso para um apelo especial que ainda não foi decidido. Enquanto tentava manter Padilla incomunicável, o governo finalmente explicou o que seus interrogadores queriam. Eu cito aqui um trecho da declaração do almirante da Agência de Inteligência de Defesa (DIA):

“O desenvolvimento do tipo de relacionamento de confiança e dependência necessário para um efetivo interrogatório é um processo que pode tomar uma significativa quantidade de tempo. Há inúmeros exemplos de situações nas quais os interrogadores não puderam obter informações valiosas de um sujeito senão após meses, ou até mesmo anos, depois que o processo de interrogatório começou.

Qualquer coisa que possa ameaçar a percebida dependência e confiança entre o sujeito e o interrogador diretamente ameaça o valor do interrogatório como uma ferramenta de obtenção de informações. Até mesmo aparentemente pequenas interrupções podem ter profundos efeitos psicológicos na delicada relação sujeito-interrogador. Qualquer interferência do advogado no relacionamento sujeito-interrogador, por exemplo – até mesmo por um tempo limitado ou para um propósito específico – pode jogar por terra meses de trabalho e pode interromper permanentemente o processo de interrogatório”.

18. *Padilla ex. rel. Newman 7 Bush*, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002).

Está claro, penso, o significado disto. As autoridades alegam que o Presidente tem o poder de tirar uma pessoa de um processo legal perante uma Corte e prendê-la sob custódia militar. Eles chegam até, com efeito, a alegar que não irão torturar o sujeito, que irão apenas interrogá-lo até que consigam as respostas que querem. E se a Corte lhes disser que não podem agir como bem entenderem, eles vão desobedecê-la.

Esta posição ecoa a situação legal vivida durante os governos de repressão na América Latina. O governo argumenta que pode prender as pessoas e colocá-las sob a custódia militar à sua discrição. Uma vez lá, irão permanecer incomunicáveis e serão sujeitos a interrogatórios ilimitadamente. Uma petição para a libertação, na forma de um *habeas corpus* ou qualquer outro remédio similar, é tecnicamente possível mas inútil; o peticionário pode apresentar a petição, mas, se a Corte acatá-la, o governo desafiará a Corte. Isto coloca as Cortes em uma posição embaraçosa. Elas não têm meios para fazer cumprir suas ordens sem a ajuda do Poder Executivo, assim se uma ordem judicial concedida em resposta a uma petição de *habeas corpus* é descumprida, as Cortes estão numa situação pior do que se nunca a tivessem deferido. As Cortes provavelmente buscarão meios para indeferir a petição.

A triste história das detenções durante os últimos períodos de repressão levou o sistema interamericano de direitos humanos a atribuir ao *habeas corpus* um tratamento especial. Provavelmente os senhores têm ciência de que a Corte Interamericana decidiu, nos anos oitenta, que o direito ao *habeas corpus* é um direito tão importante, básico, que não pode ser suspenso sequer em tempos de emergência nacional; não sendo derogável.¹⁹ Não há dúvidas, penso eu, de que a Corte está tentando deixar bem claro para os governos do hemisfério oeste que o procedimento padrão de deter e interrogar pessoas, incomunicáveis e sem recursos legais, é uma ferramenta essencial à repressão; se o poder das Cortes de defe-

19. Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinions 8/87 and 9/87.

rir ordens de *habeas corpus* é reconhecido, o poder de repressão é vastamente enfraquecido. A Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos não foi tão restritiva; as proteções relacionadas ao *habeas corpus* podem ser suspensas em tempos de emergência nacional, mas somente se uma declaração completa das condições emergenciais é apresentada ao secretário geral das Nações Unidas.

Os Estados Unidos, é claro, não fizeram tal declaração e é pouco provável que o fará. A Constituição norte-americana prescreve que o direito ao *habeas corpus* não pode ser suspenso exceto “em casos de rebelião ou invasão quando a segurança pública assim o requerer”.²⁰ O governo não tomou nenhuma posição oficial de que o direito ao *habeas corpus*, ou qualquer outro direito, esteja suspenso; seria muito difícil politicamente para o governo tomar tal posição. Em lugar disso, tem evitado enfrentar o problema tomando a posição, com efeito, de que as pessoas qualificadas como combatentes inimigos não têm direito aos benefícios do *writ*, até mesmo se forem cidadãos norte-americanos. Não há dúvida de que o governo diria que está engajado em uma guerra contra o terrorismo e que Padilla participou desta guerra; mas isto implica em que qualquer pessoa contra a qual se alegue que esteja ligada ao terrorismo estrangeiro pode ser detida e mantida incomunicável sem um remédio efetivo. É uma posição extraordinária e perigosa.

Quais são as lições que se podem extrair dos paralelos entre as experiências nas duas partes do hemisfério? Elas sugerem que as respostas dos governos para ameaças sérias à segurança nacional são provavelmente similares. O governo tirará proveito da ameaça não somente para agir contra os inimigos, mas também para controlar e disciplinar a população em massa, cidadãos e estrangeiros. Em assim fazendo, justificará intrusões na privacidade, processos penais politicamente motivados e prisões em massa. Tentará manter suas atividades sob o maior sigilo possível, de forma a ter o menor número possível de protesto público; e o sigilo em si mesmo vai, ao mesmo tempo, ocultar e encorajar abusos. Talvez o

20. Constituição dos Estados Unidos, Art. I, *section 9, clause 2*.

mais importante seja que o governo deixará claro para as Cortes que se desobedecerem o Executivo, este irá desobedecê-las. Até mesmo um judiciário totalmente independente provavelmente terá temor de ser ineficaz sob tais circunstâncias.

Por outro lado, não quero pintar a situação com cores muito escuras. Certamente há problemas nos Estados Unidos apontando para uma repressão. Invasões à privacidade, aumento da vigilância política, interferência com o trabalho dos advogados, importunação de pessoas por causa de suas ligações árabes ou islâmicas, segredos governamentais e detenções sem recursos para fins de interrogatórios ilimitados são, por certo, inquietantes, de fato, intimidatórias, tanto para o judiciário como para o resto de nós nos Estados Unidos.

Há, porém, uma grande oposição às medidas adotadas até o presente momento. Milhares manifestam-se contra o governo e dúzias, como eu, preparam manifestações escritas criticando o governo. Até aqui, nenhuma ação séria foi tomada contra nós. O Procurador-Geral Ashcroft tem viajado pelo país tentando conter as críticas, o que significa que elas estão começando a preocupar o governo. Alguns juízes, particularmente nos níveis inferiores, rejeitaram argumentações legais apresentadas pelo governo, muito embora o sucesso nas apelações não tenha sido bom. De qualquer forma, os processos de apelo ainda não terminaram. Sendo que alguns oficiais manifestaram-se publicamente contra os abusos do governo, como no caso das críticas do inspetor-geral contra a detenção de estrangeiros.

Muito embora o Congresso não tenha feito praticamente nada para resistir ao USA Patriot Act em 2001, alguns esforços para inserir medidas ainda mais repressivas foram rejeitados pelo Congresso nos últimos dois anos. Algumas das intrusivas previsões de vigilância do Patriot Act devem expirar em 2005.²¹

Além disso, o USA Patriot Act provou ser uma lei totalmente repressiva. Para atenuar os temores que surgiram com seu advento, o Congresso determi-

21. USA Patriot Act, sec. 224.

nou, em um de seus artigos, que o inspetor-geral do Departamento de Justiça poderia receber reclamações de violações de liberdades civis e torná-las públicas;²² foi sob o respaldo desta norma que o inspetor-geral conduziu suas investigações. O inspetor poderia ter ignorado a norma, ou ter, tão-somente, examinado os pedidos de investigação; poucos teriam notado. Mas em vez disso ele levou a sério seu trabalho. Enquanto houver cidadãos vigilantes e oficiais responsáveis, os poderes da repressão podem ser limitados.

22. USA Patriot Act, sec 1001.