Dupl.

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

43

Ano 11 • abril-junho de 2003

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim



EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 11 • n. 43 • abril-junho de 2003

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Coordenadora de Revistas: LIA TETELLI

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Diagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Este número da Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais é dedicado ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, processualista maior brasileiro cujos escritos e palavras ensinaram – e ensinam – que o estudo do processo penal é tarefa para uma vida inteira e muito mais. Professor constante e presente nas manhãs da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, deixa suas reflexões na memória daqueles que tiveram o privilégio de vê-lo lutar pela dignidade do direito processual que nasce junto do poder de punir e que procura, a todo o tempo, dele se desvencilhar, para que possa ser justo.

Estudos como *Inquérito policial: novas tendências* (Belém, Cejup, 1986), "A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal" (*A polícia à luz do direito*, Coord. Bismael B. de Moraes, São Paulo, RT, 1991), "Processo penal como dever do Estado" (*Jornal do Advogado* 65, dez. 1979) , *Breves notas em torno da coação processual penal* (Ciência Penal 1, Direção Miguel Reale Júnior, São Paulo, Bushatsky, 1974), "Ainda o exame criminológico" (*Jornal do Advogado* 122, jul. 1985), "O regime especial disciplinar dos condenados" (*Jornal do Advogado* 130, abr. 1986), "Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico" (*RT* 583, maio 1984), entre outros tantos, precisam ser lidos e relidos sempre, porque estão muito à frente de seu tempo. Foram escritos para o futuro. É no presente, ainda, que devemos desfrutá-los, para que possamos aplicar e refletir o direito, na sua justa medida.

A Diretoria da Revista

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel – HANS JOACHIM HIRSCH 11

1.2 El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP) – JULIO ARMAZA GALDOS 31

1.3 Genocidio: un crimen internacional – MARTÍN LOZADA 46

1.4 Derecho penal económico – Concepto y bien jurídico – RAÚL CERVINI 81

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado – DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA 109

2.2 O direito de integração e seus reflexos jurídico-criminais. Estágio atual do Mercosul – GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO 129

2.3 A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais – LILIAN MILNITSKY STEIN e MARIA LÚCIA CAMPANI NYGAARD 151

2.4 Globalização e sistema penal – RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS 165

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais: algumas características – LEONARDO COELHO DO AMARAL 187

3.2 Tipos de autor e Lei de Tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária – LUÍS GRECO 226

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Psicologia jurídica: uma relação entre psicologia e mundo jurídico – GUGLIELMO GULOTTA 239

4.2 Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado – PEDRO MARCONDES 248

4.3 Behaviorismo e criminologia: controle do comportamento desviante – RODRIGO IENNACO DE MORAES 261

4.4 Monstruosidad, anomalía e interés: tres figuras del delincuente – SERGIO E. TONKONOFF 281

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Polícia, direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei – LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA 295

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1 Anti-semitismo é racismo – MIGUEL REALE JÚNIOR 323

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 Novos e velhos desafios para as políticas de segurança pública no Brasil – FERNANDO SALLA 349

7.2 Conflitos interpessoais na cidade de São Paulo: desinteligência e desinteresse do Estado – HELDER FERREIRA e JOÃO LUÍS DE SOUSA 362

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1 Efeitos prescricionais do acórdão que manda o réu a novo Júri – ADAUTO SUANNES 373

8.1.2 Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial – AURY LOPES JR. 378

8.1.3 Regime fechado obrigatório para roubadores e a tripartição de Poderes – ROBERTO SOARES GARCIA 397

8.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 405

9. RESENHAS

9.1 TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)* – Resenha por PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA 447

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 449

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES 459

COLABORADORES

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Criminal, da Associação Juízes para a Democracia e do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família.

AURY LOPES JR.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Complutense de Madrid. Professor no Programa de Pós-Graduação – Especialização e Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito de Porto Alegre – Cesupa-RS. Membro do Conselho Penitenciário-RS. Advogado.

DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Norte. Ex-Juíza de Direito no Estado de Pernambuco. Juíza Federal em Sergipe.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FERNANDO SALLA

Sociólogo. Pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

GUGLIELMO GULOTTA

Advogado. Professor de Psicologia Jurídica na Universidade de Turim. Presidente da Associação Italiana de Psicologia Jurídica.

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da mesma Faculdade. Ex-bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp (Brasil). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HANS JOACHIM HIRSCH

Prof. Dr. Dr. h. mult. Prof. emérito da Universidade de Colônia. Dr. *honoris causa* da Universidade de Atenas, Posen, Sung Yun Kwan (Seul), Tessaloniki e Keio (Tóquio).

HELDER FERREIRA

Cientista Social e Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo.

JOÃO LUÍS DE SOUSA

Psicólogo pela Universidade de São Paulo.

JULIO ARMAZA GALDOS

Professor de Direito Penal nas Universidades Católica de Santa Maria e Nacional de San Agustín de Arequipa, no Peru.

LEONARDO COELHO DO AMARAL

Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, de Contagem. Especialista em Ciências Criminais pelo IEC-MG. Membro do Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado Criminalista.

LILIAN MILNITSKY STEIN

Mestre em Psicologia Cognitiva pela University of Toronto-Canadá. PhD em Psicologia Cognitiva pela University of Arizona, EUA. Professora do Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

Doutor em Sociologia e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

LUÍS GRECO

Ex-professor substituto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrando na Ludwig Maximilians Universität, Munique, Alemanha.

MARIA LÚCIA CAMPANI NYGAARD

Advogada. Jornalista e Mestranda em Psicologia Social e da Personalidade na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MARTÍN LOZADA

Professor de Direito Internacional Público da Universidad Fasta-Bariloche. Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Barcelona, Espanha.

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

Procuradora da República. Mestre e Doutora em Direito processual pela Universidade de São Paulo. Membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

PEDRO MARCONDES

Professor Assistente da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Penal.

RAÚL CERVINI

Professor de Direito Penal nas Facultades de Direito da Universidad de la República e Universidad Católica del Uruguay. Secretário Geral para a América Latina do International Center of Economic Penal Studies.

RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS

Professor Adjunto de Direito Penal na Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Vinculado à Pós-Graduação em Direito da mesma Instituição. Membro do Ministério Público Militar – Ministério Público da União. Ex-Juiz de Direito.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista em São Paulo.

ROBERTO SOARES GARCIA

Coordenador na Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Advogado Criminalista.

RODRIGO IENNACO DE MORAES

Defensor Público em Minas Gerais. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, de Juiz de Fora, e da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Instituto Vianna Jr. Mestrando em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais.

SERGIO E. TONKONOFF

Sociólogo. Doutorando na Unicamp. Professor de Sociologia na Faculdade de Ciências Sociais na Universidade de Buenos Aires. Membro do Programa de Estudios del Control Social do Instituto Gino Germani – UBA. Integrante do Conselho de Redação da Revista *Delito y Sociedad.*

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

EL DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA PENAL DESPUÉS DE WELZEL*

HANS JOACHIM HIRSCH

Resumo: Hirsch, discípulo direto de Welzel e principal defensor do finalismo atualmente, faz um balanço do que tem ocorrido na dogmática penal desde a morte de seu mestre. Avalia, em especial, as novas teses funcionalistas, tanto em geral como em suas aplicações específicas, principalmente a imputação objetiva e a culpabilidade fundada em necessidades de prevenção. Tais desenvolvimentos normativistas são tidos como um retrocesso; o autor exorta, assim, a que se volte a fazer dogmática apoiando-se em sólidos dados da realidade ôntica, como propusera Welzel.

Palavras-chave: Teoria do delito – Finalismo – Funcionalismo – Imputação objetivam – Culpabilidade.

I

Cuando en el año 1977 moría Hans Welzel, probablemente el más significativo dogmático penal desde Kanl Binding, acababa de imponerse en la ciencia jurídico-penal alemana su teoría de lo ilícito personal.[1] La mayoría de las solu-

(*) Publicado en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Comp.), *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, trad. española de Mariano Bacigalupo, estudiante de Derecho en la Universidad de Freiburg i. Br., Córdoba, 1987.

(1) Vid., especialmente, BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil,* 17 Aufl., 1977, p. 90 y ss., y p. 105; BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2 Aufl., 1975, p. 50 y ss; DREHER, *StGB,* 37 Aufl., 1977, vor § 1 Rdn. 9; HIRSCH, in: *Leipziger Kommentar zum StGB,* 9 Aufl., 1974, vor § 51 Rdn. 8, 160; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechets, Allgemeiner Teil,* 2 Aufl., 1972, p. 180 y ss.; KAUFMANN, Armin, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht,* in: Welzel-Festschrift, 1974, p. 393; LACKNER, *StGB,* 11 Aufl., 1977, vor § 13 Anm. III, 3 b; LENCKNER, in: Schönke/Schröder, StGB, 18 Aufl., 1976, vor § 13, Rdn. 46 ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgermeiner Teil,* 5 Aufl., 1977, p. 225 ff.; ROXIN, "Literaturbericht", in: *ZStW* 80, 1968, 694, p. 716 y ss.; RUDOLPHI, in: *SystematischerKommentar zum StGB,* 2. Aufl., 1977, vor § 1 Rdn. 22 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* 2 Aufl., 1976, Rdn. 230 y ss., 1083 y ss. Vid. también GALLAS, *Zur Slruktur des strafrechtlichen Unreschtsbegriffes*, in: Bockelmann-Festschrift, 1979, p. 155.

ciones a los problemas por él divisadas de este concepto de lo ilícito habían sido reconocidas paulatinamente.

La teoría de lo ilícito personal venía a sustituir el concepto causal de lo ilícito, hasta aquel momento predominante.[2] Éste, sin embargo, suele mantenerse todavía fuera de Alemania. De acuerdo con la teoría personal de lo ilícito, el dolo y la culpa ya no son formas o elementos de la culpabilidad, sino que el dolo del tipo constituye un requisito subjetivo del tipo de ilícito del delito doloso, así como la infracción del deber de cuidado, referida especialmente a la previsibilidad del resultado, concierne al tipo de lo ilícito del delito culposo.

Los argumentos básicos son conocidos.[3] Por un lado, la comprobación de que una dogmática dirigida unilateralmente al desvalor de resultado no acierta con la esencia de lo ilícito del delito. Tal dogmática conlleva una extensión del tipo carente de contornos y descuida el hecho de que las normas son prescripciones de comportamiento y su trasgresión requiere, consecuentemente, un desvalor de la conducta. Por lo demás debe mencionarse también el argumento referido a la tentativa: dado que en la tentativa el dolo del tipo pertenece al tipo de lo ilícito, como se ha reconocido hace mucho, no puede ser de otra manera en la consumación, ya que todo delito atraviesa hasta la consumación el estadio correspondiente a la tentativa. A ello debe agregarse que los tipos de muchos delitos no se diferencian en su aspecto objetivo, sino que la diferenciación sólo es posible por medio del dolo característico de cada uno; así por ejemplo la diferenciación de un homicidio, de unas lesiones con resultado de muerte y de un homicidio culposo.

Welzel desarrolló, como ustedes saben, la teoría de lo ilícito personal a partir del concepto de acción. Partiendo de la premisa, según la cual detrás de los tipos penales se encuentran prohibiciones y mandatos, cuyo objeto son acciones, explicaba Welzel[4] que una acción no podía agotarse en un simple proceso causal, como lo suponía la teoría causal de lo ilícito y el concepto causal de la acción que le servía de base, sino que una acción sólo podía ser un suceso dirigido por el ser humano. De esta forma la acción requeriría, para ser consecuente, la voluntad dirigida al suceso objetivo, es decir, por ejemplo: una acción de matar requeriría la voluntad de matar a otro. Esta voluntad sería, en el delito doloso, idéntica al dolo del tipo, de manera que el dolo, en su calidad de elemento esencial

(2) HIRSCH, "Der Streit um Handlungs, und Unreschtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrifffür die gesamte Strafrechtswissenschaft Teil", I, in: *ZStW* 93, 1981, 831 833 *y* ss.

(3) Vid., en particular, HIRSCH (nota 2), p. 838 y ss., y "Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas", in: *Studi in memoria di Giacomo Delitala,* Università di Milano, 1984, p. 1931, 1937 y ss.

(4) Cfr. WELZEL, "Kausalität und Handlung", in: *ZStW* 51, 1931, 703; "Studien zum System des Strafrechts", in: *ZStW* 58. 1939, 491; *Um die finale Handlugslehre,* 1949; *Das Deutsche Srafrecht,* 11 Aufl., 1969, p. 30 y ss., 33 y ss., 37 y ss., 59 y ss., 129 y ss.

integrante de la acción, pertenecería, junto con ésta, al tipo de lo ilícito. Lo mismo ocurriría con el delito culposo; también éste seria una acción voluntaria a la que se referiría el juicio sobre la infracción del deber de cuidado. De esta forma, la voluntad de acción ciertamente no se dirigiría al resultado típico, a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso, pero, de todos modos, ese resultado típico no pertenecería a la acción. Así, por ejemplo, el adelantamiento voluntario en una curva, que no permite ver a los que avanzan en sentido contrario, sería la acción a la que debería referirse el juicio relativo a la infracción del deber de cuidado, mientras que el resultado típico producido de este modo sólo seria una condición del delito, separado de la acción imprudente.

Para Welzel la exigencia del análisis del concepto de acción y la deducción de éste de las consecuencias para la estructura del delito tenía un interés metodológico central: la dogmática penal debería construirse a partir de los fenómenos y de las estructuras de la realidad y no apoyarse en productos artificiales puramente jurídico-normativistas.[5] La estructura de la acción no debía resultar de valoraciones jurídico-penales, sino del análisis de la estructura de acciones humanas,[6] ya que los comportamientos humanos no se agotan en conductas penalmente relevantes.

El hecho de que la teoría personal de lo ilícito se impusiera finalmente, después de largas y agrias discusiones, entre nosotros, no se debió tanto a consideraciones de principio. Ello se debió en mayor medida a que la jurisprudencia, y en parte el legislador, hicieron paulatinamente suyos sus conclusiones más sobresalientes. Especial mención requieren aquí la teoría moderna del error, que se basa en la separación del dolo y la conciencia de la antijuridicidad, como la concibiera Welzel, y que con el nombre de teoría de la culpabilidad se oponía a la teoría del dolo, que, a comienzos de los años '50, era dominante en la literatura jurídico-penal alemana.[7] Asimismo, deben señalarse las comprobaciones desarrolladas en el marco de la teoría de la participación, especialmente en lo que concierne a la accesoriedad respecto del dolo, y que también se dedujeron del concepto personal de lo ilícito.[8] Igualmente, la moderna doctrina de culpa o imprudencia se basa en la teoría personal de lo ilícito.[9]

Queda claro, entonces, que esta teoría no ha sustituido el objetivismo dominante hasta entonces por un subjetivismo, sino que debe su éxito al equilibrio entre los elementos objetivos y subjetivos.

(5) Cfr. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935, p. 64 y ss.

(6) Cfr. WELZEL. (nota 4), pássim; asimismo, *Vom Bleibenden und vom Verängkichen in der Strafrechtswissenschaft, in Grünhut-Erinnerungsgabe*, 1965, p. 173.

(7) Cfr. WELZEL, "Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns", in: *SJZ,* 1948, 368, y actualmente, § 17 *StGB*.

(8) Cfr. WELZEL (nota 4), *ZStW* 58, 1939, 537 y ss. 546: *BGHSt.* 9,370, y actualmente, § 26, 27 *StGB*.

(9) Vid. la exposición dc dogmática actualmente dominante de la culpa en JESCHECK, *Lehrbuch, des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 3 Aufl., 1978, p. 456 y ss., 467 y ss.

El reconocimiento del concepto de lo ilícito personal por parte de la literatura jurídico-penal alemana culminó cuando el comentario del Código Penal de Schönke y Schröder hizo suya esta teoría en la decimoctava edición,[10] aparecida poco antes de la muerte de Welzel. Fuera de Alemania esta teoría fue asumida por prestigiosos teóricos del Derecho Penal, como Cerezo Mir, Bacigalupo, Polaino Navarrete y Suárez Montes,[11] así como Fukuda,[12] en Japón, y Philippides,[13] en Grecia; sin embargo, todavía no ha conseguido imponerse totalmente.

De la misma manera, en Alemania no se ha impuesto la fundamentación teórica con que Welzel desarrolló su concepto de lo ilícito personal, a saber, el concepto final de la acción. Por el contrario, sigue siendo materia de discusión la cuestión de sí la dogmática jurídico-penal necesita un concepto de acción y, en caso positivo, qué estructura debe dársele al mismo.[14]

II

El desarrollo de la dogmática alemana, posterior al estado de opinión alcanzado a la muerte de Welzel, se caracteriza por diversas *corrientes básicas:*

1. Una dirección se ha vuelto decididamente *contra la dogmática.*[15] Se hizo perceptible ya en los '60 y se vinculó con la tendencia unilateral de la Ciencia

(10) Cfr. LENCKNER, in: Schönke/Schröder (nota 1).

(11) Cfr. CEREZO MIR, "Der finale Handlungsbegrif als Grundlage des Strafrechtssystems", in: *ZStW* 71,1959, 136; BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación,* 1966; POLAINO NAVARRETE, "Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español", *Anales de la Universidad Hispalense*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: *Derecho,* n. 13. Sevilla, 1972, esp. p. 321 y ss. "El bien jurídico en el Derecho Penal", *Anales dc la Universidad Hispalense*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: *Derecho,* n. 19, Sevilla, 1974, esp. p. 328 y ss., 334 y ss.; SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo,* 1963; *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?,* in: Welzel-Festschrift, 1974, p. 379. En síntesis, CEREZO MIR, "Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft", in: *ZStW* 84, 1972, 1033.

(12) *Die finale Handlungslehre Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik,* in: Welzel-Festschrift, 1974, p. 251.

(13) *Der Schutz berechtiger interessen bei Straftaten gegen die Ehre,* 1965.

(14) Cfr. la exposición del estado actual de opinión, en JESCHECK, "Grundfragen der Dogmatik und Kriminatpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesante Strafrechtswissenschaf", in: *ZStW* 93, 1981, p. 3, 17 y ss.

(15) Vid. SCHMID, Richard, "Vorwort", in: NEDELMANN y otros, *Kritik der Strafrechtsreform*, 1968, p. 7 y ss.; NEDELMANN, "Die Reform des

del Derecho Penal alemana a la dogmática y el correlativo descuido de la política criminal y la Criminología.

Una corriente general antidogmática se impuso de esta forma durante algún tiempo. Pero de igual modo que una primacía de la dogmática perjudica, dado que se pierde el nexo con la práctica de la vida jurídica y que con ello se extiende la esterilidad del pensamiento, una minimización de la dogmática abre el camino a la arbitrariedad y consecuentemente a la pérdida del Estado de Derecho. Por ello sigue rigiendo el postulado que Franz von Liszt[16] propusiera para la Ciencia del Derecho Penal, en el sentido de que ésta debe basarse en conceptos claros y cortantes así como en un sistema cerrado. En consecuencia, la necesidad de la dogmática sigue siendo defendida por la amplia mayoría. Ésta, sin embargo, no se expresa, en cuanto a sus principios fundamentales se refiere, a través de una imagen única.

2.a) Metodológicamente domina un *punto de partida normativista*. Si bien es verdad que la teoría dominante ha asimilado la teoría de lo ilícito personal desarrollada por Welzel, así como la mayoría de los resultados derivados de ésta, aquélla no se considera a sí misma como su sucesora, sino más bien como la sucesora dc sus destructores.[17] Esto se debe –como ya se ha indicado– al rechazo generalizado de que es objeto la opinión preconizada por Welzel de que el concepto de lo ilícito personal desarrollado por él resulta de la estructura final de la acción. La disputa acerca de la relevancia y del contenido del concepto de acción, así como del punto de partida ontológico de Welzel, demuestra en qué medida la teoría dominante continúa distanciándose respecto de él. Se considera erróneo reconocer constelaciones fácticas anteriores a los preceptos jurídicos, es decir, constataciones ontológicas que sirvan de marco de referencia a las disposiciones legales.[18] Por ello suele darse preferencia desde un principio a un determinado concepto de acción o, de lo contrario, concluir que el Derecho Penal está en condiciones de renunciar a un concepto de acción.[19]

Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips", in: *Kritik der Strafrechtsreform*, 1968, p. 21 y ss.; SESSAR, "Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft", in: *ZStW* 81, 1969, p. 372, 382 y ss., *y Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht*, in: H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1986, p. 373, 378 y ss.

(16) *Strafrecht*, 1 Aufl, 1881, "Vorwort".

(17) Cfr. JESCHECK (nota 9), p. 170.

(18) Cfr. JESCHECK (nota 9), p. 175 y ss.; ROXIN, "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", in: *ZStW* 74, 1962, 515, 527; asimismo JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. V y ss.

(19) Cfr. BQCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3 Aufl., 1979, p. 50; LACKNER, *StGB*, 17 Aufl., 1987, vor § 13 Anm. III 1 a; LENCKNER, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 22 Aufl., 1985, vor § 13 Rdn; 40; ROXIN (nota 18), p. 548 y ss.; SCHÜNEMANN, "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars", in: *GA*, 1985, 341, 346.

En esta línea se dice que el Derecho Penal es totalmente libre a la hora de crear sus conceptos.[20]

El interés metodológico de Welzel por sustraer la Ciencia del Derecho Penal al normativismo y por dirigir la vista a los fenómenos que, como objetos de regulación, son anteriores a los preceptos jurídicos, no se ha visto por lo tanto, realizado. Si bien es verdad que Welzel ha impuesto sus deducciones dogmáticas, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a su punto de partida metodológico. Esto se debe en gran parte a la resistencia que los teóricos del Derecho continúan oponiendo a la hora de desvincularse del método puramente normativo – idealmente más cómodo y científicamente más difícil de verificar–. En todo ello hay también un malentendido que atribuye al punto de vista ontológico una relevancia de la parte normativa de las regulaciones jurídicas. Se dice, en este sentido, que el objeto del Derecho Penal debería determinarse a partir de valoraciones y fines inherentes al propio Derecho Penal.[21] De hecho, el objeto del Derecho Penal debe descubrirse con los ojos puestos en sus valoraciones y fines. Sin embargo, profundizando en la significación de lo anteriormente expuesto, hay que concluir que de los fenómenos observables en la realidad debe extraerse aquello que es relevante para la valoración jurídico-penal. De esta manera la estructura del fenómeno previo al Derecho obliga a observar su naturaleza, en el momento de configurar las reglas jurídicas. El carácter científico del método jurídico-penal[22] que está implícito en las consideraciones anteriores, junto a la posibilidad de desarrollar proposiciones dogmáticas de validez general que vayan más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, era, con razón, la exigencia planteada por Welzel.[23]

b) La contraposición metodológica al pensamiento de Welzel se expresa hoy en especial en un renacimiento de la *teoría de la imputación*, con la que se hace especial referencia a la teoría de la imputación objetiva, introducida por Roxin[24] con apoyo en las concepciones de Honig.[25] La idea de la imputación, que trata el problema de sí el autor tiene que *responder*, desde el punto de vista de una

(20) ROXIN (nota 18), p. 523.

(21) Cfr. ROXIN (nota 18), p. 527; LENCKNER, in: Schönke/Schöder (nota 19), vor § 13, Rdn. 34.

(22) Acentúa también el racionalismo, en el pensamiento científico de Welzel, JI-MÉNEZ DE ASÚA, "Die Wiederkehr Franz von Liszts", in: *ZStW* 81, 1969, 685, 686 y ss.

(23) Cfr. WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, in: Maurach-Festschrift, 1972, p. 3, 5.

(24) *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in: Honing-Festschrift, 1970, p. 133.

(25) *Kausalität und objektive Zurechnung*, in: Franz-Festgabe, I, 1939, p. 174.

[Nota do Editor: A visão atual do autor a respeito da teoria da imputação objetiva difere um pouco da que encontrará o leitor no presente texto, vez que a modificou em estudo posterior, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, Lenckner-FS, München, 1998, p. 119 e ss. Esse estudo será publicado, em tradução para o espanhol, em futuro número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.]

justa sanción, por el resultado por él causado, habría sido reemplazada a fines del siglo XIX por una concepción referida a la extensión de la *acción* prohibida y, en consecuencia, venía siendo considerada como superada desde aquel momento.[26] Roxin[27] y Jescheck[28] subrayan, sin embargo, que es preciso retornar a la imputación objetiva para preservar la primacía del criterio jurídico sobre el criterio de un concepto prejurídico de acción. Actualmente la teoría de la imputación objetiva se ha difundido notablemente en la bibliografía.[29] De acuerdo con esta teoría la causación de un resultado típico sólo realizará el tipo objetivo de un delito, si el autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que ha cristalizado en el resultado típico.[30] Como ejemplos básicos[31] se mencionan en los delitos dolosos, la desviación sustancial del curso causal respecto del que el autor se representó. Además resultan ejemplares aquellos casos en los que el autor carece de la posibilidad de conducir la causalidad a un resultado que se ha representado como factible, entre los que destaca el conocido caso del sobrino heredero que puede leerse en casi todos los manuales. Por otra parte, se agregan la "conexión de contrariedad al deber" en el delito culposo y la "conexión de inmediatez" en los delitos calificados por el resultado.

Haciendo un análisis más preciso se comprueba que estamos en presencia de fenómenos de diversa naturaleza, que no sólo pueden ser solucionados sin la teoría de la imputación objetiva, sino que necesariamente tienen que ser resueltos sin ella. Los casos de desviación esencial del curso causal, así como los casos en los que el autor carece del poder de conducción del resultado típico representado como factible, no son problemas del tipo objetivo evidentemente, sino del tipo subjetivo, o sea del dolo del tipo. En todos estos casos se trata de cuestiones referidas al conocimiento que posee el autor y, por lo tanto, de cuestiones propias del tipo subjetivo.[32] Además, la "conexión de contrariedad al deber" en el delito

(26) Cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 2 Aufl., 1933, p. 102 y ss.; WELZEL (nota 4), *Strafrecht*, p. 38 *y* ss.

(27) Nota 24, p. 148 y ss.

(28) Nota 9, p. 230 y ss.

(29) Vid. DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 43 Aufl., 1986, vor § 13 Rdn. 17 ss.; LENCKNER, in: Schönke/Schröder (nota 19), vor § 13 Rdn. 71 ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 6 Aufl., 1983, p. 241 y ss.; RUDOLPHI, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*, 4 Aufl., 1986, vor § 1 Rdn. 38 ss.; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16 Aufl., 1986, p. 51 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Erfolg in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981.

(30) Cfr. DREHER/TRÖNDLE (nota 29), vor § 13 Rdn. 17; JESCHECK (nota 9), p. 231; MAURACH/ZIPF (nota 29), p. 244; RUDOLPHI (nota 29), vor § 1, Rdn. 57.

(31) Cfr. la enumeración de los grupos singulares de casos en JESCHECK, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10 Aufl., 1979, vor § 13, Rdn. 59 ss.

(32) Cfr. HIRSCH, *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, in: Oehler-Fetschrift, 1985,

culposo de resultado constituye un punto de vista objetivo, a saber, el carácter condicionante de la acción voluntaria imprudente respecto del resultado causado. Pero la especie de relación entre acción imprudente y el resultado debe provenir, precisamente, de la infracción al deber de cuidado.[33] En consecuencia, no queda espacio alguno para una teoría de la imputación objetiva en sentido propio. Lo mismo ocurre con la "conexión de inmediatez" entre el tipo básico y el resultado más grave, que resulta de la esencia misma del delito calificado por el resultado y que, por ello, sólo constituye una problemática específica de esta especie de delitos.[34]

Si consideramos el origen de la actual teoría de la imputación objetiva, se comprobará que es, en realidad, una reliquia de la etapa tardía del objetivismo. Roxin la opuso, a fines de los '60, a la teoría del ilícito personal.[35] Él afirmaba que la limitación del concepto de tipo que había sido objeto de una extensión carente de contornos por parte de la teoría causal de la acción, y que ya había sido alcanzada por Welzel mediante la inclusión en el tipo de la voluntad de acción, podía lograrse igualmente con la ayuda de elementos objetivos. A diferencia de los frustrados intentos previos de conseguir ese resultado mediante las técnicas causales, Roxin opinaba que la imputación objetiva era el punto de vista limitador que todos buscaban.

Sin embargo, Roxin[36] ha acabado con el tiempo por aceptar la teoría del ilícito personal, de tal forma que la antigua dicotomía se encuentra actualmente superada. Hoy por hoy la cuestión ya no gira en torno al concepto de tipo, sino únicamente en torno a la posición de la imputación objetiva dentro del tipo. Así, el problema ha quedado reducido a un problema de rúbrica, siempre *en el marco* del concepto personal de tipo.

En este contexto debería tenerse en cuenta que el tipo objetivo no representa una categoría valorativa de carácter autónomo. Por el contrario, una valoración sólo es posible a partir de *todos* los elementos del tipo, incluidos también los subjetivos. Los criterios subjetivos deben ubicarse, por consiguiente, allí a donde pertenecen, o sea en el tipo subjetivo, esto es, en el caso del delito doloso, en el dolo del tipo, el cual a su vez pertenece desde un punto de vista sistemático al tipo de lo ilícito.[37]

p. 111, 119 y ss. Nota 37; KAUFMANN, Armin, *"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?*, in: Jescheck-Festschrift, 1985, p. 251, 260 y ss.

(33) Vid., sobre ello, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, p. 20 y ss.; KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", in: *ZtRV*, 1964, p. 41, 53 y ss.; HIRSCH, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10 Aufl., 1981, § 230 Rdn. 7.

(34) Vid., sobre esta específica conexión, HIRSCH (nota 32); KÜPPER, *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1982.

(35) ROXIN (nota 24), p. 134 y ss.

(36) Nota 1.

(37) En esta dirección, ya Armin Kaufmann (nota 32).

La necesaria limitación del concepto de tipo doloso referido al autor no resulta, consecuentemente, ni de la rectificación del concepto causal ni del punto de vista de la imputación objetiva, sino sólo del hecho en su calidad de factor conductor de la acción.

Las mencionadas cuestiones referidas al delito culposo de resultado y al delito calificado por el resultado también encuentran, al igual que aquellas otras relativas al delito doloso, su ubicación dentro del concepto personal de tipo (de la teoría del ilícito personal y atendiendo siempre a la esencia misma de aquellos delitos, sin que se requiera para ello un criterio general de imputación objetiva), ajustándose ésta a la esencia misma de aquellos delitos, y sin que para ello se requiera un criterio general de imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva pone de manifiesto, en consecuencia, en qué medida un método puramente normativo conduce a que los fenómenos que son objeto de análisis no sean puestos de relieve y a que de este modo diferencias materiales resulten insuficientemente destacadas. Las cuestiones relativas a la parte subjetiva del hecho no pertenecen al tipo objetivo. Aquello que es objetivo y aquello otro que es subjetivo no se encuentra a disposición de la dogmática: dicho con otras palabras, la teoría de la imputación objetiva no se mantiene de pie.

c) Lo mismo cabe decirse del llamado *concepto social de acción,* que continúa siendo opuesto al concepto final de acción de Welzel por parte de la teoría dominante.[38] Jescheck y otros autores afirman que la "acción" debe de definirse como una "conducta humana socialmente relevante".[39] Este concepto de acción desarrollado valorativamente abarca, según sus impulsores, indiferenciadamente tanto el ejercicio de actividad final como la causación imprudente de un resultado o una omisión. Por consiguiente, del concepto final de acción no resultarían amplias consecuencias sistemáticas respecto de los requisitos generales del tipo de lo ilícito. La función del concepto de acción se agotaría, por el contrario, siempre según la línea argumentativa de quienes patrocinan este concepto de acción, en la exclusión *negativa* de aquellas conductas que desde un principio carecen de relevancia jurídico-penal, en particular, los simples reflejos corporales y los efectos no causados por seres humanos.[40]

(38) ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff,* in: Kohlrausch-Festschrift, 1944, p. 141, 164; JESCHECK (nota 9) p. 177 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Die ontologische Struktur der Handlung,* in: H. Mayer-Festschrift, p. 79, 116; MAIHOFER, *Der soziale Handlungsbegriff,* in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 156, 182; MAIWALD, "Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?", in: *ZStW* 86, 1974, 626, 655; SCHMIDT, Eb, *Soziale Handlungslehre,* in: Engisch-Festschrift, 1969, p. 339; WESSELS (nota 29), p. 23 y ss.; WOLFF, E. A., *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen,* 1964, p. 17; ZIPF, in: Maurach/Zipf (nota 29), p. 203.

(39) Cfr. JESCHECK (nota 9), p. 177.

(40) Cfr. JESCHECK (nota 9), p. 178.

Con este concepto de acción se nos presenta nuevamente un producto dogmático artificial. Sus partidarios ya no preguntan por la estructura de la acción humana independientemente de su relevancia jurídica, sino que se limitan a buscar valorativamente el mínimo denominador común que caracteriza a todos los hechos penalmente relevantes. Sin embargo, parece evidente que acción y omisión tienen recíprocamente las mismas relaciones que a y no-a o, lo que es lo mismo, como acción y no-acción, de tal forma que no cabe subsumirlas bajo un mismo concepto superior de "acción".[41] Igualmente parece claro hoy en día que en el delito culposo de resultado la acción se agota en la acción voluntaria, la que, a su vez, representa el objeto del juicio sobre la infracción del deber de cuidado y que aquí no abarca el resultado.[42] Pero lo que los representantes de la teoría social de acción desconocen por encima de todo es el hecho de que la diferencia existe entre los elementos generales de los tipos de comisión y omisión, por una parte, así como de los tipos doloso y culposo, por otra, se deriva justamente de la diversa estructura de los correspondientes fenómenos prejurídicos, con los cuales enlazan las regulaciones jurídicas. No puede ignorarse el hecho de que la diversidad estructural de estos fenómenos es aquello que hace necesaria la diferenciación conceptual de los tipos de comisión y omisión, así como de los objetivos doloso y culposo.

Al igual que la teoría de la imputación objetiva, también la teoría social de la acción, predominante durante años, es una reliquia de las disputas en torno al concepto del ilícito personal. Tal reliquia debe su mantenimiento precisamente al método normativista por mi criticado.[43]

3. Frente a aquellos restos del objetivismo a los que he aludido anteriormente, se sitúa una tendencia al *subjetivismo* por parte de algunos representantes del ilícito personal. Esta orientación se expresa en dos puntos:

a) Según Armin Kaufmann y algunos otros autores, lo ilícito del delito doloso debe agotarse ya en la tentativa acabada.[44] Dado que el autor ha realizado todo aquello que en virtud de su representación mental del hecho debe conducir a la causación del resultado por él querido, lo ilícito personal se vería, por lo tanto, plenamente realizado. Si el resultado no se produjese, ello se debería, en todo caso, a factores ajenos al poder de intervención del autor. Por el contrario, el autor ha realizado con la tentativa acabada todo aquello que la norma prohibitiva

(41) Ya en este sentido RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem*, 1904, p. 140 y ss.

(42) Más próximamente HIRSCH, "Der Streit um Handlungs-und Unreschtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Teil II, in: *ZStW* 94, 1982, 239, 251 y ss.

(43) Vid., sobre ello, en concreto, HIRSCH (nota 2), p. 850 y ss.

(44) KAUFMANN, Armin. "Die Dogmatik im Alternativentwurf", in: *ZStW* 80, 1968, 34, 50 ss.; (nota 1), p. 403, 411; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 78 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 135 y ss., 205 ss.

pudo prohibirle hacer. Consecuentemente, esta opinión expresa sus dudas acerca de sí es correcto que los Códigos Penales vigentes exijan que el resultado se haya producido para que pueda darse un delito consumado.

Esta opinión representa, sin embargo, una sobre acentuación de la parte subjetiva. El hecho de que no se corresponda con el concepto personal de acción queda claro si se realiza un análisis más detallado del mismo. Una acción es, tal como ha indicado Welzel,[45] la realización de un contenido de voluntad. Sin embargo, a este último pertenece en los delitos dolosos también el resultado típico, dado que la realización del mismo es precisamente aquello que el autor persigue.

Si el autor no ha producido el resultado, ello significa que no le ha sido posible conducir el curso causal en la medida necesaria para poder realizar su voluntad; el autor no ha logrado sobre determinar el curso causal en consonancia con el dolo. La acción no se habrá consumado, en consecuencia, con el simple acto dirigido a la causación del resultado, sino con la realización material de lo querido. Ello resulta especialmente claro, si en vez de conductas punibles consideramos actividades dirigidas a fines que se valoran socialmente en forma positiva. Nadie dirá de aquel estudiante que entrega un examen objetivamente insuficiente, en la creencia errónea de haber escrito un buen examen, que se encuentra al mismo nivel de aquel otro que efectivamente realizó un trabajo sobresaliente. Por lo demás, del punto de vista subjetivista se deriva una consecuencia que no merece aprobación: habría que penalizar la tentativa acabada en todos los delitos, dado que, según aquélla, esta última representa el ilícito personal en su plenitud. Ello significaría una desacertada extensión de la punibilidad.[46]

b) No menos críticamente debe enjuiciarse otra opinión que quiere subjetivizar más fuertemente el concepto del ilícito personal particularmente respecto del ilícito culposo. Según Stratenwerth[47] y Jakobs,[48] el concepto del ilícito personal debe significar que en el delito culposo la capacidad *individual* de previsión constituye ya un requisito del tipo de lo ilícito. La teoría predominante [49] sostiene, por el contrario, que a lo ilícito, o más precisa-

(45) Nota 4), *Strafrecht*, p. 62 y ss.

(46) Sobre los precedentes, HIRSCH (nota 42), p. 240 y ss.

(47) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 3 Aufl., 1981, Rdn. 1096 y ss.; y *Zur individualissierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in: Jescheck-Festschrift, 1985, p. 285.

(48) Nota 18), p. 258 y ss.; y *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdedelikt*, 1972, p. 48 y ss., 55 y ss.

(49) JESCHECK (nota 9), p. 647 y ss.; KAUFMANN, Armin (nota 1), p. 404 y ss.; MAURACH/ZIPF (nota 29), p. 208; SCHRÖEDER, in: *Leipziger Kommentar zum, StGB*, 10 Aufl., 1980, § 16 Rdn. 144; SCHÜNEMANN, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte", in: *JA*, 1975, 435, 436 y ss.; WESSELS (nota 29), p. 195 y ss. Básicamente, WELZEL (nota 4), *Strafrecht*, p. 130, 131 y ss., 175.

mente al tipo de ilícito del delito imprudente o culposo sólo pertenece la contrariedad objetiva al deber, es decir la previsibilidad general del resultado típico.

Por el contrario, la capacidad individual de previsión correspondería, siempre según el concepto del ilícito personal, dominante, a la culpabilidad y no a categorías valorativas anteriores. Los autores empeñados en una mayor subjetivización del ilícito consideran desacertada esta diferenciación. Según ello, sólo a quien se encuentre individualmente capacitado para obrar de acuerdo con el mandamiento normativo podría atribuírsele el desvalor de conducta de no haber evitado el resultado, pues sólo él tendría la posibilidad de evitar el resultado.[50]

La opinión predominante[51] ha señalado con respecto a la anterior que detrás de ésta se esconde la antigua teoría de los imperativos, la cual fracasó, como se sabe, debido a que desconoció la diferencia existente entre ilícito y culpabilidad. Aquella concepción subjetivista descuida el hecho de que los deberes de cuidado implícitos en los tipos culposos son mandatos *generales* de conducta. Verdad es que éstos se diferencian en base a determinados ámbitos funcionales y de tráfico –por ejemplo: peatones, conductores de automotores–, pero también lo es que los mandatos son, en el marco de estos ámbitos, de naturaleza genérica. Por el contrario, las reglas de cuidado, por ejemplo en el tráfico vial, no podrían generar ya más el efecto de ser base de conducta. La consecuencia sería el caos, ya que nadie más sabría en el momento del suceso qué alcance tienen las exigencias de cuidado que rigen para los demás, por ejemplo para otro conductor. Otra consecuencia más sería el hecho de que no podría actuarse en legítima defensa contra quien no observe las reglas generales de cuidado y sólo individualmente no pueda prever un inminente resultado, por ejemplo la muerte de una persona, dado que, según aquella concepción subjetivista, faltaría el ilícito. Por lo tanto, la diferenciación entre cuidado objetivo y previsibilidad individual es insoslayable.[52] Esta última es, también de acuerdo con el concepto del ilícito personal, un elemento de la culpabilidad y no de otras categorías valorativas previas.

En consecuencia, las tendencias subjetivistas no logran convencer.

4. Otra comente actual quiere determinar los elementos del delito acentuadamente a partir de la pena.

a) Así, últimamente se discute la cuestión de sí hay que reconocer una *antijuridicidad penal específica*. Se encuentran con mayor frecuencia opiniones que afirman que una conducta típica puede no ser penalmente antijurídica, aunque

(50) Vid. la comprobación en notas 47, 48.

(51) Cfr. SCHÜNEMANN (nota 49), p. 511, 513 y ss., 516, y *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, in: Schaffestein-Fetschrift, 975, p. 159, 160, nota 11.

(52) Vid., más próximamente sobre las mencionadas consideraciones, HIRSCH (nota 42), p. 266 y ss.

sí sólo respecto del resto del orden jurídico.[53] De esta manera existirían junto a las causas generales de exclusión del ilícito, es decir las causas de justificación, que *convierten* a conductas penales típicas en lícitas para el conjunto del ordenamiento jurídico, otras "genuinas causas de exclusión del ilícito penal, de naturaleza genuinamente jurídico penal". Ellas regularían bajo qué presupuestos el Derecho Penal puede renunciar excepcionalmente a expresar su agravada reprobación específicamente jurídico-penal del hecho. Ejemplos de estas últimas serían el ejercicio de intereses justificados en los delitos contra el honor, los casos de interrupción permitida del embarazo, el consentimiento, el consentimiento presunto y el estado de necesidad referido a una situación coativa.[54] Sin embargo, fijándose más de cerca en estos casos, se podrá constatar que no ofrecen ninguna razón por la cual debamos apartamos del predominante principio de unidad del ordenamiento jurídico. En la mayoría de los casos se trata de causas generales de exclusión del ilícito, como queda reflejado en los casos del ejercicio de intereses justificados, interrupción permitida del embarazo, consentimiento, consentimiento presunto. En parte, se trata de distinguir entre exclusión general del estado de necesidad referidos a una situación coactiva. En la medida que esta opinión introduce el punto de vista del merecimiento de *sanción* a la altura de la exclusión del ilícito, lo que hace es variar de contenido al elemento del delito "antijuridicidad" en su función autónoma de indicar la infracción del ordenamiento jurídico en su conjunto, amenazando así con borrar los límites existentes entre la exclusión del ilícito, por un lado, y la exclusión de la culpabilidad y de la punibilidad, por otro. Una propuesta de esta naturaleza no puede sino desarticular el sistema de la teoría del delito.[55]

b) Aún mayores son las perspectivas puramente jurídico-penales que caben observarse en los intentos de desarrollar el sistema del delito a partir de los *fines de la pena*. Esta tendencia, que se denomina "teoría funcional" o "racional en relación al fin", quiere tomar en consideración los fines de la pena ya en la elaboración de los elementos del delito. Los principales representantes de esta tendencia son Jakobs[56] y –menos radicalmente– Roxin y sus discípulos.[57]

También respecto de esta tendencia surgen objeciones. Éstas comienzan ya con la falta de precisión teórica del concepto de pena. Verdad es que hoy en día

(53) Cfr., especialmente, GÜNTER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrenchtsausscluß*, 1983; AMELUNG, "Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin", in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 85, 92 y ss.

(54) GÜNTER (nota 53), p. 301 y ss.

(55) Cfr., sobre lo precedente, HIRSCH, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10 Aufl., 1984, vor § 32, Rdn. 10.

(56) *Schuld und Prävention*, 1976, p. 8 y ss., 31 y ss.; (nota 1), p. 392 y ss.

(57) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 Aufl., 1972, p. 16 y ss., 24 y ss., 33 y ss.; SCHÜNEMANN, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 1, 45 y ss.; WOLTER (nota 29).

se habla mucho de prevención general, pero la llamada prevención general positiva, que aparece en el primer plano de esta tendencia, carece de una fundamentación y precisión teórica suficiente como para permitir que un sistema dogmático pueda apoyarse en ella.

Además ya han sido aludidas anteriormente las fricciones que resultan de la superposición de la exclusión del ilícito y del merecimiento de sanción.

La teoría funcional ve su punto álgido en la cuestión relativa a la culpabilidad. Según ésta, la culpabilidad se basa en la necesidad preventiva de sancionar;[58] Jakobs[59] ha llevado esta posición radicalmente hasta sus últimas consecuencias, de tal modo que hace desembocar la culpabilidad en la prevención general. De acuerdo con esto, el concepto de culpabilidad debe construirse de una manera "funcional" para permitir una regulación, dentro de una sociedad determinada, fundada en las exigencias del fin de la pena. Frente a esta tendencia, puede objetarse que la misma conduce a una total desindividualización del concepto de culpabilidad: al autor ya sólo se le atribuye una, se dice, responsabilidad verificada en base a criterios generales. Además, aun sin ir tan lejos como Jakobs, las diferencias materiales existentes entre los requisitos de la culpabilidad, simples causas de exclusión de la pena y cuestiones relativas a la determinación de la pena, no resultan lo suficientemente distinguibles. Asimismo, surge la objeción de que la culpabilidad jurídica, no sólo tiene significación jurídico-penal, sino que también adquiere importancia en otras ramas del Derecho. Los fines de la pena no toman parte de la teoría de la culpabilidad en la misma medida en que no pertenecen a la teoría de la justificación.[60]

5. Como resultado de lo hasta aquí expuesto, cabe decir que la construcción del sistema propuesto por Welzel no ha sido seguido de nuevas concepciones dogmáticas convincentes de naturaleza fundamental. Con razón constata Jescheck[61] que, hoy por hoy, el peligro de que nuestra dogmática penal actual sea sacada de quicio es mínimo.

III

Sin embargo, hay que registrar una amplia serie de interesantes y novedosas evoluciones puntuales:

(58) Cfr. ROXIN (nota 58), p. 33 y ss.; *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in: Bockelmann-Festschrift, 1979, p. 279; ACHENBACH, "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 135, 140 y ss.

(59) Nota 18), p. 396.

(60) Cfr. sobre lo precedente, HIRSCH (nota 55), vor § 32, Rdn. 170; críticamente, también JESCHECK (nota 9), p. 345.

(61) Nota 9), p. 172.

1.a) En primer lugar, debe mencionarse el aquietamiento de la disputa entre la teoría subjetiva de la participación,[62] que venía siendo preconizada por la jurisprudencia desde fines del siglo pasado, y la *teoría del dominio del hecho*[63] concebida por Welzel: mediante el § 25 de la nueva parte general que entró en vigor en 1975, el Código Penal ha dejado claro que quien realice por sí solo todos los elementos del tipo, en cualquier caso, sólo podrá ser autor. De este modo, la disputa teórica quedó reducida a aquellos casos en los que la contribución al hecho no consiste en la realización personal de todos los elementos del tipo. Aquí debe registrarse que los criterios en base a los cuales la teoría subjetiva de hoy en día determina la existencia del *animus auctoris*, se han acercado sustancialmente a los de la teoría del dominio del hecho. De este modo, las diferencias existentes entre ambas son, a la hora de calibrar los respectivos resultados, mínimas.[64]

b) Además debe tomarse buena nota de que la *teoría del aumento del* riesgo,[65] preconizada en el marco de los delitos culposos, y que ya había combatido Welzel,[66] no se ha impuesto. Esta teoría, como por todos es sabido, se refiere a los casos en los que no pueda aclararse la cuestión acerca de si el resultado causado tiene su origen específico en la imprudencia del autor. Según ésta, será suficiente para afirmar la "conexión de contrariedad al deber" que la acción del autor haya transgredido los límites del riesgo permitido. Lo que olvida la teoría del aumento del riesgo es que la esencia misma del delito culposo de resultado requiere que la imprudencia del autor se haya manifestado en el resultado. Por ello, esto debe ser probado en contra del autor. En la medida en que la teoría del aumento del riesgo acorta, contradiciendo la esencia misma del delito culposo, las exigencias a la "conexión de contrariedad al deber", no hace sino manipular el principio *in dubio pro reo*.[67]

(62) Cfr. *RGSt* 2, 160; 3, 181; 74, 84; *BGHSt* 18, 87.

(63) Fundamentalmente, WELZEL (nota 4), *ZStW* 58, 1939, 542 ss., hoy opinión dominante en la doctrina. Cfr. ROXIN, *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10 Aufl., 1978, § 25, Rdn. 10 mit weit, Nachw.

(64) Vid., sobre la convergencia de ambas concepciones, específicamente, KÜPPER, "Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teinahme", in: *GA*, 1986, p. 437, 439 y ss.

(65) ROXIN, "Pftichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", in: *ZStW* 74, 1962, 411; JESCHECK (nota 9), p. 474; STRATENWERTH (nota 47), Rdn. 224 ss.; RUDOLPHI (nota 29), vor § 1, Rdn. 66 ss.

(66) Nota 4, *Strafrecht*, p. 136.

(67) En sentido crítico de rechazo, la doctrina dominante. Cfr. *BGHSt* 11, 1; BGH VRS 21, 341; 24, 205; 36, 36; CRAMER, in: Schönke/Schröder (nota 19), § 15 Rdn. 170 ss.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9 Aufl., 1985, p. 273 y ss.; SCHLÜCHTER, "Zusammenhang zwischen Pftichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen", in: *JZ*, 1984, p. 673, 676; ULSEHEIMER, "Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtenverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte", in: *JZ*, 1969, p. 364; HIRSCH (nota 33), § 230 Rdn.

c) Pero también la teoría de la *adecuación social,* iniciada por Welzel,[68] y que, por lo demás, nunca ha sido reconocida por el conjunto de la jurisprudencia, se enfrenta a duras críticas en la bibliografía.[69] En estos casos, sin embargo, no se trata de afirmar la tipicidad o incluso la punibilidad de los casos a los que se refiere esta teoría. Por el contrario, la crítica se dirige en contra de que la atipicidad, en estos casos, se fundamente en una cláusula general tan vaga, a través de la cual él limite inferior de la punibilidad queda, en gran parte, en penumbras. Sin embargo, de lo que en verdad se trata, es de la aplicación de los puntos de vista precisos en una interpretación restrictiva del tipo, así como de los perfilados puntos de vista dogmáticos, por ejemplo en la imprudencia el requisito de la infracción al deber objetivo de cuidado. Estos criterios más exactos no se deben relativizar en base a un concepto tan matizado como el de la adecuación social.

d) Igualmente se debe destacar una importante evolución en la *teoría del error.*

En este contexto, el reconocimiento del concepto personal de lo ilícito ha determinado, en la teoría dominante, la modificación de la teoría limitada de la culpabilidad, en tanto ésta consideraba como casos de error excluyente del dolo aquellos en los que el autor supone erróneamente una situación justificante, por ejemplo la legítima defensa putativa.

En la bibliografía se ha impuesto la opinión, reiteradamente defendida por Welzel y por mí, para la cual estos casos de error no afectan al dolo del tipo, sino –también como consecuencia del concepto de lo ilícito personal– a la culpabilidad.

Este nuevo punto de vista soluciona tales casos en el ámbito de la culpabilidad, recurriendo para ello a la construcción de una específica culpabilidad dolosa,[70] mientras Welzel y yo hemos dado preferencia a una solución que aplica en estos supuestos las reglas del error de prohibición según es recomendado por la teoría estricta de la culpabilidad.

(68) Nota 4, *ZStW* 58, 1939, 516 ss.; *Strafrecht,* p. 55 y ss.

(69) En sentido de rechazo, BAUMANN/WEBER (nota 67), p. 181 y ss.; GALLAS, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", in: *ZStW* 67, 1955,1, 22; HIRSCH, "Soziale Adäguanz und Unrechtslehre", in: *ZStW* 74, 1962, 411 *y* (nota 55), vor § 32, Rdn. 26 ss.; LENCKNER, in: Schönke/Schröder (nota 19), vor § 13, Rdn. 70, vor § 32, Rdn. 107.ª; ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht,* in: Klug-Festschrift, II, 1983, p. 303, 310, 313; SAMSON, in: *Systematischer Kommentar* (nota 29), vor § 32, Rdn. 15.

(70) Cfr. todos aquellos autores que parten de una doble posición de la cuestión del dolo, especialmente, GALLAS (nota 69), p. 46, Anm. 89, y (nota 1), p. 170; BLEI, *Strafrecht,* I, *Allgemeiner Teil,* 18 Aufl., 1983, p. 206 y ss.; DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe,* in: Heinitz-Festschrift, 1972, p. 207, 224; JESCHECK (nota 9), p. 194, 348; LACKNER (nota 19), § 15, Anm. II 5 c.; ROXIN (nota 18), 554; RUDOLPHI (nota 29), § 16, Rdn. 3; WESSELS (nota 29), p. 129 y ss.

Pero esta controversia, que antes había afectado fuertemente a la teoría del tipo así como a la teoría de la justificación, ha quedado reducida de hecho a una disputa *dentro* del concepto *de culpabilidad*.[71]

2. También resultan notables las evoluciones que se han registrado en nuevos ámbitos temáticos o en otros que han reaparecido.

a) En primer lugar, debe mencionarse la *teoría subjetiva de la tentativa,* predominante en Alemania.[72] Últimamente se acrecientan las dudas acerca de si es materialmente correcto el penalizar la tentativa absolutamente inidónea,[73] dado que de esta manera el límite entre un Derecho Penal dirigido a la protección de bienes jurídicos preestablecidos y otro que dé preponderancia a la actitud interior del autor no parece que sea tenido en cuenta en la medida adecuada. En este contexto puede recordarse que la teoría dominante rechazada hasta los años '30 la teoría puramente subjetiva propugnada por la jurisprudencia.[74] Por mi parte no considero que la teoría puramente subjetiva sea una consecuencia necesaria del concepto del ilícito personal actual, dado que éste se conecta precisamente con la prohibición o el mandato de una acción, por ejemplo con la prohibición de matar. Pero resulta dudoso si la tentativa absolutamente idónea puede constituir el comienzo de una acción homicida. Gallas[75] lo ha cuestionado, en su estudio sobre la estructura del concepto de ilícito aparecido en 1979, con razones atendibles.

b) Mucho se discute también últimamente sobre *los delitos calificados por el resultado.* Durante largo tiempo se creyó que su problemática había quedado resuelta con la incorporación por parte del legislador, a mediados de los cincuenta,

(71) Cfr. WELZEL (nota 4), *Strafrecht,* p. 168 y ss., y "Die Regelung von Vorsatz and Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem", in: *ZStW,* 67 (1955) 196, 208 y ss.; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,* 1960, p. 220 y ss. y (nota 55), vor § 32, Rdn. 6, § 34, Rdn. 91; BOCKELMANN (nota 19), p. 123, 127 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil II,* 6 Aufl., 1984, p. 69 y ss., 131 y ss.; SCHRÖDER (nota 49), § 16, Rdn. 52.

(72) Cfr. *RGSt.* 1, 439, 441; *BGHSt* 11, 324, 327; BAUMANN/WEBER (nota 67), p. 472; DREHER/TRÖNDLE (nota 29), § 22, Rdn. 24; LACKNER (nota 19), § 22 Anm. 2a.

(73) Cfr. JAKOBS, "Kriminalissierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", in: *ZStW* 97, 1985, 751, 763 y ss., y la discusión en las Jornadas de Catedráticos de Derecho Penal de 1985; Vid. el "Informe de las Jornadas", de GROOP, in: *ZStW* 97, 1985, 919 y ss.; además, la discusión de las Jornadas de la Sociedad para el Derecho Comparado de 1985; Vid. el "Informe de la discusión", de MAIER, *ZStW-Beiheft,* 1987, 141 y ss.

(74) Cfr. GRAF ZU DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand,* in: Güterbock-Festgabe, 1910, p. 35; FRANK, *StGB,* 18 Aufl., 1931, § 43, Anm l; ROB. V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* II, 1930, p. 424; V. LISZT/SCHMIDT *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 26 Aufl., 1932, p. 301; MEZGER (nota 26), p. 395 y ss.

(75) Nota 1, p. 159.

del requisito de la imprudencia respecto del resultado más grave.[76] Con el tiempo se ha hecho notable, sin embargo, que también se requiere delimitar con mayor precisión la especie de la necesaria conexión objetiva específica que debe existir entre el tipo básico doloso y el resultado mayor. La jurisprudencia interpreta esta "conexión de inmediatez" muy extensivamente, razón por la cual se corre el peligro de que las exigencias al delito calificado por el resultado se diluyan convirtiéndose en un simple concurso ideal entre el delito doloso y el culposo.[77] En la bibliografía, por el contrario, se indica desde distintas perspectivas que una interpretación tan extensiva desconoce la esencia de estos tipos, y se insta a replantear la cuestión de la justificación de la existencia de los mismos, que, por cierto, parecía últimamente abandonada.[78]

c) Deben destacarse, igualmente, las más recientes evoluciones en materia de *causas de exclusión de lo ilícito.*

Se trata, por un lado, de esfuerzos dogmáticos por delimitar con mayor precisión el precepto relativo a la legítima defensa a partir de sus fundamentos.[79] Esta necesidad se plantea para el Derecho Penal alemán aún con mayor intensidad, dado que éste, a diferencia del Código Penal español, no se pronuncia acerca de la situación de legítima defensa provocada por el agredido.

Como segundo punto, debe mencionarse que los esfuerzos por realizar la teoría de la neutralidad en el estado de necesidad,[80] surgidos a raíz de la reforma del delito de aborto, no han podido imponerse.[81] Por el contrario, la discusión relativa al "ámbito libre de Derecho" ha contribuido a poner en claro aún más que la función de las regulaciones excluyentes del ilícito, la de decidir situaciones conflictivas a favor de una de las partes y la de determinar, de esta manera, la extensión de una conducta legítima.

d) No puede concluirse una descripción de las evoluciones dogmáticas actuales, sin que se haga referencia a los esfuerzos por encausar con mayor rigor

(76) Cfr. el anterior § 56 *StGB*, correspondiente al § 18 del nuevo *StGB*.

(77) Vid., especialmente, las sentencias del *BGHSt 7*, 37; 14, 110; 31, 96.

(78) Cfr. HIRSCH (nota 32), p. 129 y ss.; JAKOBS, "Das Fahrlässigkeitsdelikt", in: *ZStW-Beiheft*, 1974, 37; KÜPPER (nota 34), p. 35 y ss., 85 y ss.; LACKNER (nota 19), § 226 Anm. 2; RUDOLPHI (nota 29), § 18, Rdn. 3.

(79) Vid., sobre ello, más específicamente, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984.

(80) Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und eigenverangtworliche Entscheidung*, in: Maurach-Festschrift, 1972, 327; SCHILD, "Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes", in: *JA*, 1978. p. 449.

(81) Vid., sobre la crítica, HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in: Bockelmann-Festschrift, 1979, p. 89; también LENCKNER, *Der rechtsfertigende Notstand*, 1965, p. 18 y ss.

científico la problemática de la "culpabilidad previa".[82] El dogmatismo de que sólo es relevante la culpabilidad expresada en la comisión de un hecho ha sido relativizado, en lo que se refiere a la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición, así como a los hechos cometidos en estados emocionales.[83] Los límites de la idea de la culpabilidad por el hecho constituyen hoy en día, por lo tanto, un problema actual. Una solución convincente de carácter sistemático, sin embargo, está todavía pendiente.

IV

Intentando ahora hacer una valoración global de la evolución de la dogmática del tiempo posterior a Welzel, cabe señalar lo siguiente:

Desde que se impusiera a mediados de los setenta el sistema jurídico-penal moderno desarrollado por Welzel, la problemática que ocupa en primera línea a la ciencia son la elaboración de las consecuencias de este sistema, la discusión de aspectos parciales del mismo y la preocupación por otros aspectos parciales de la parte general.

Como he indicado en mi exposición, en algunos puntos esenciales, como por ejemplo en lo referente a la teoría de la imputación objetiva, en realidad se trata de cuestiones que son reliquias del tiempo del sistema dogmático anterior.

Por lo demás, la atención no parece dirigirse actualmente a la elaboración de nuevos conceptos fundamentales, acaso porque la nueva a parte general, que entró en vigor en 1975, ha significado el comienzo de un período de consolidación de logros alcanzados.

Resulta dudoso, sin embargo, que después del esfuerzo intelectual que se ha invertido durante años, en la articulación del sistema jurídico-penal moderno, pueda pensarse, hoy en día, en un sistema radicalmente nuevo.

Cuando en la actualidad se presentan concepciones de la teoría del hecho punible totalmente nuevas, debe reconocerse que las pretensiones suelen no estar en consonancia con el contenido innovador. Ni las premisas teóricas tienen suficiente madurez, ni se deducen de ella modificaciones de consideración en los resultados. A menudo parece tratarse sólo de un cambio, una modificación o un nuevo etiquetamiento de las explicaciones científicas de las categorías existentes. Es lamentable que la ciencia alemana haya ejecutado el gran salto hacia

(82) Cfr. BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden*, 1983; NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, 1985; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987.

(83) Cfr. sobre la aceptación de los deberes de información en el § 17 *StGB*, las sentencias del *BGHSt.* 2, 194, 201; 4, 347, 352 y ss., 21, 18, 20 ss., Vid., sobre la aceptación de responsabilidad por los hechos de los afectados, *BGHSt.* 3, 194, 199; BGH NJW, 1959, 2315, 2317; BGH bei Holtz, MDR, 1977, 458 f.

adelante que significa la adopción de la teoría del ilícito personal, sin llevar consigo el fundamento metodológico inherente a ésta. El consciente descuido del mismo favorece una inseguridad metodológica que queda reflejada en la carencia de uniformidad de los puntos de partida. Precisamente la metodología de Welzel, de la que he hablado, es sobre la que recae una gran significación para la evolución posterior, dado que sustrae la dogmática a la idea de que sólo se trata de dedicarse valorativamente a la interpretación de la respectiva ley penal nacional. A través del punto de partida ontológico es posible lograr, por el contrario, que la dogmática pueda adelantarse al pensamiento del legislador y no al revés. Además, este punto de vista permite atravesar la estrechez de las ciencias nacionales, surgidas como consecuencia de las codificaciones y del positivismo legal, y además un auténtico regreso a una ciencia jurídico-penal nacionalmente independiente, tal como había existido hasta la segunda mitad del siglo XVIII en Europa.

Por lo que se refiere a la futura evolución de la dogmática jurídico-penal en materia temática, hay que decir que no faltan otros problemas parciales que deberían clarificarse: desde el dolo eventual, pasando por el delito de omisión, hasta el concepto de pena. De todas formas, el actual cúmulo de publicaciones dogmáticas contradice el temor de que después de Welzel carezcamos de materia para continuar ocupándonos de la dogmática. Sin embargo, hoy en día es posible observar a menudo una tendencia a ocuparse de sutilidades casuísticas y construcciones ajenas a la práctica. Es por ello por lo que deseo concluir señalando un serio peligro, al que ya Jescheck[84] se ha referido y que últimamente se menciona en el prólogo de la última edición del comentario de Schönke y Schröder:[85] el peligro de que la dogmática pierda, como consecuencia de un "sobrecultivo" teórico, el contacto con la práctica y de que así se vuelva a perder lo alcanzado.

(84) Nota 9, p. 172.

(85) Nota 19, p. V.

1.2

EL CONDICIONAMIENTO CULTURAL EN EL DERECHO PENAL PERUANO
(Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP)

JULIO ARMAZA GALDOS

Resumen: Se pretende dar a conocer algunos casos que, aunque lesivos al bien ajeno, podrían estar determinados culturalmente. Tal determinación, sin embargo, afectaría la culpabilidad del agente (el cual, casi siempre, es un aborigen). La eximente del "error de comprensión culturalmente condicionado" (art. 15 del CP peruano), de hecho, ofrece algún tipo de solución a las conductas por evidenciarse.

Palabras-clave: Condicionamiento cultural – Error de comprensión – Crimen por superstición.

I

Es la culpabilidad el presupuesto de la pena.[1] No hay culpabilidad, entre otras razones, si el sujeto no es consciente de que su conducta es antijurídica;[2] la ausencia de conciencia sobre lo injusto, cuanto menos, puede deberse a cualquiera de las razones siguientes: a) desconocimiento de la ley (*ignorantia legis*);[3] b)

(1) En ese sentido Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000). *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 75-76; Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro, Parte geral*. São Paulo: RT, 2000. p. 263-264; y José Hurtado Pozo. *Método de resolución de casos penales*. *Revista Derecho* 46/240, Lima, 1992. No cabe alegarse lo mismo con relación a la medida de seguridad (que es la consecuencia jurídica de lo injusto), pues precisamente en estos casos no se exige que el autor del hecho sea plenamente culpable. Cfr. Diego-Manuel Luzón Peña. *Curso de derecho penal, Parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 52.

(2) Cfr. José Cerezo Mir. *Derecho penal, Parte General-Leciones*. 2 ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 15; Luiz Regis Prado, op. cit., p. 275 y, Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal, Parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995. p. 493-494.

(3) Es un caso de error de prohibición directo. Se da si el *quidam* cree que la ley que reprime la captura de tiburones blancos fue derogada y, desconociendo que dicha disposición continúa vigente, caza el sobredicho animal.

creencia equivocada de que se actúa bajo el amparo de una justificante (v. gr., defensa putativa, estado de necesidad justificante putativo etc.);[4] y, c) imposibilidad de comprensión de la ilicitud, cuando la pertenencia a culturas distintas a las de quienes impusieron la norma jurídica, dificulta que el agente internalice[5] el significado de lo prohibido.[6]

No puede exigirse conciencia de la antijuridicidad a quien, dadas sus creencias y convicciones, estima que luego de matar a una persona, debe descuartizar el cadáver, cuidándose de vaciarle las cuencas oculares y de arrancarle la lengua, para de ese modo, también, "mutilar o lesionar (le)" el alma.[7] Lo dicho, natural y únicamente vale con relación a los abigeos y asesinos descritos por Valderrama Fernández y Escalante Gutiérrez[8] en un libro verdaderamente interesante que no hace sino, con relación a esa idiosincrasia irracional, corroborar lo ya señalado

(4) Conocido en doctrina como error de prohibición indirecto. V. gr., repeler una supuesta agresión ilegítima en la creencia de que se obraba en legítima defensa, cuando en realidad el "adversario" aparentó acometernos. La teoría limitada de la culpabilidad, que parece haber inspirado al legislador brasileño de 1984 (artículo 20, parágrafo primero), en cambio, hace que este sea un problema de tipicidad; en ese sentido, Damásio E. de Jesus. *Direito penal, Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. I, p. 311. Críticamente, sin embargo, Eugenio Raúl Zaffaroni-José H. Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*. São Paulo: RT, 1999. p 641-642. Un panorama completo sobre la discusión en el Brasil puede verse en la excelente monografía de Luiz Flavio Gomes. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: RT, 1999.

(5) Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de derecho penal, Parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1990. p. 549.

(6) La conducta puede verse condicionada, según lo dicho, si el medio impone al agente una superstición como la a continuación descrita: en los departamentos de Puno (concretamente en Chucuito) y Cuzco, hasta no hace mucho, solía colocarse, dentro de la vasija de barro cocido en la que se recipendiaba chicha (maíz fermentado), la mano de un muerto, pues de esa forma, según una creencia irracional profundamente enraizada en la mente popular, mejoraba la venta del producto. El comportamiento, conforme el art. 286 del CP, es de hecho delictuoso (delito contra la salud pública).

(7) A fin de impedir delate al homicida.

(8) Ricardo Valderrama Fernández y Carmen Escalante Gutiérrez. *Nuestras vidas, Abigeos de Cotabambas*, publicado en el libro misceláneo Bandoleros, abigeos y montoneros, Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XX, Instituto de Apoyo Agrario, primera edición, Lima, 1990. p. 326. Se halla el texto adosado con casos de la vida real y su lectura nos permite conocer cómo los abigeos de Cotabambas (departamento de Apurímac) luego de matar a sus víctimas, procedían a descuartizar el cadáver, batir "la semilla de sus ojos" y "mochar de un tajo la lengua" porque, según sus creencias, impedían así que el ánima pudiese trasladarse con facilidad al Qurpuna (pueblo ubicado en el más allá, donde habitan los familiares del muerto) a comunicar lo ocurrido y solicitar venganza ultraterrena. De llegar tullido y ciego a dicho pueblo, en todo caso, se piensa, no podrá hablar el alma. El CP de 1924, sin embargo, sancionaba el hecho como delito contra la tranquilidad pública (art. 286).

anteriormente por Enrique López Albújar (1872-1966) en sus *Cuentos andinos*.[9] Ahora bien, el desconocimiento de la antijuridicidad se daría únicamente[10] con relación al llamado delito contra la tranquilidad pública que, según el CP de 1924, se cometía al mutilarse un cadáver; no habiendo posibilidad de alegar error de ilicitud, en cambio, respecto del homicidio ocasionado para producir la muerte de la persona a la que luego ha de robarse ganado.

Mientras en el error de prohibición directo el agente no conoce la prohibición de la norma, en el llamado error de comprensión, no obstante el conocimiento de ella, el sujeto no comprende las razones por las que determinadas conductas que él suele ejecutar, se hallan sancionadas.[11] En Juli, capital de la provincia de Chucuito (Puno), el 15 de septiembre de cada año puede todavía constatarse cómo dos grupos de agricultores de la comunidad de *Huaylluni* se acometen y lesionan brutalmente con el designio de pronosticar, de ese modo, si las cosechas favorecerán a alguna de tales coaliciones. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el cuidado debido para que los latigazos y proyectiles lanzados con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes.[12] Está demás decir que son bastante conocidas, entre los contrincantes, las normas jurídicas que prohíben el delito de lesiones; a pesar de ello, jamás han dejado de cumplir con el ritual (*orko* fiesta) de septiembre, ofrendado a favor de la *Pacha Mama* (madre tierra).

El error de comprensión culturalmente condicionado ha sido recogido como eximente en el art. 15 del CP peruano de 1991[13] bajo los términos siguientes: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender

(9) En el *Campeón de la muerte*, Juan Jorge, luego de matar a Hilario Crispín, "diestramente le sacó los ojos (...) dándole (enseguida) una feroz tarascada a la lengua..."

(10) Sobre la divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad cfr. Roxin. *Derecho penal, Parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I. Madrid: Civitas, 1997. p. 870 (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).

(11) En otro sentido Javier Villa Stein, al estimar que quien obra en error de compresión desconoce la antijuridicidad. Cfr. *Derecho penal, Parte general*, Lima: Editorial San Marcos, 1998. p. 419. Conforme al texto, en cambio, Zaffaroni-A. Aliaga-A. Slokar. *Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 704.

(12) Sin perjuicio de que pueda aun apreciarse estos hechos, que el autor de estas líneas los constató hace poco más de un lustro, cfr. José Romero Manrique. *Evocando la vida misma de Juli. Revista Cultural Aymará Khitipxtansa*, Año 1, Arequipa, 1998. p. 16-17.

En las provincias de Canas y Espinar del Cuzco, con ocasión del carnaval, similares practicas ha comprobado Julio A. Vizcarra. *La ley penal y el indio*. Tipografía Americana, Cuzco, s/f (¿1948?). p. 34-35.

(13) Y está entre las disposiciones "adelantadas y progresistas" de que habla José L. Guzmán Dálbora en su enjundioso estudio "El nuevo Código penal del Perú (1991)"

el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando, por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena". La fórmula, como ha de verse luego, fue tomada de la propuesta hecha por el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, con ocasión de las Conferencias que pronunció en Lima por invitación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, inmediatamente después de haber sido publicado, en el diario oficial *El Peruano*, el Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986. La disposición proyectada por el Prof. Zaffaroni, tenía entonces el siguiente contenido: "El que por su cultura o costumbres, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, incluso por debajo del mínimo legal".[14]

Por lo demás, en torno a la eximente de que se trata en estas páginas, no hay precedente distinto en la legislación de nuestro país; de allí que al aborigen que cometía un hecho delictuoso, siempre se le sancionaba penalmente.

Incurre en error de comprensión, según una difundida Ejecutoria expedida por el máximo Tribunal Supremo,[15] el campesino que por motivos culturales no comprende que la siembra y comercialización de hojas de coca son constitutivas del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, aunque sepa[16] que la norma prohíbe esas prácticas.

aparecido en la *Revista Doctrina Penal de Buenos Aires* 55-56/641, Año 14, julio-diciembre de 1991. Una breve referencia al art. 15 de nuestro Código puede verse en Manuel de Rivacoba y Rivacoba. "El derecho penal en América Latina a finales del siglo XX", publicado en *Jurisprudencia Argentina de Buenos Aires* 6.172, 1999. p. 13.

(14) Las referidas conferencias fueron publicadas en *Política criminal*, 2. ed. Lima: AFA Editores, 1988. p. 5 a 61.

En el Anteproyecto de CP para el Ecuador (art. 18, inc. 9) que por encargo de la Corte Suprema de ese país elaboraron los profesores Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni, se dio cabida al error de comprensión bajo los términos siguientes: "Están exentos de responsabilidad penal (...) El que por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión". Comenzó a elaborase el Anteproyecto a principios del año de 1993 y fue concluido el 1 de septiembre del mismo año. Con relación al sobredicho documento cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. *El derecho penal en América Latina a finales del siglo XX*, Jurisprudencia Argentina, p. 13-14.

(15) Mucho más interesante, en realidad, es el Dictamen del señor Fiscal Supremo del 06.07.1984 que basa la impunidad del cultivo de coca en la "ignorancia", el "origen étnico" de la comunidad Eshcornes, un "informe antropológico" y las "antiguas tradiciones" de los procesados. Cfr. *Anales judiciales*, LXXIII, Lima, 1990. p. 230-231.

(16) Sobre la diferencia entre conocimiento y comprensión cfr. Zaffaroni-A. Aliaga-A. Slokar. *Derecho penal, Parte general*, p. 701.

La ley, que no puede hacer distinciones, reprime todo tipo de siembra y comercialización; pero si el campesino recurre a ellas para practicar el sortilegio o la masticación (*chacchar*),[17] ha de verse favorecido por la eximente.[18]

Acaso a nuestros ojos sea reprochable penalmente la inveterada costumbre andina denominada *utjasiña*, práctica que consiste en raptar a una mujer para obligarla[19] a sostener relaciones amorosas con el propósito de forzarla a hacer vida en común durante un tiempo no mayor a doce meses, al cabo de los cuales, de haber brotado una correspondencia afectiva y el deseo de formar una familia, puede el raptor casarse con la raptada. Ese mismo comportamiento, conforme al Derecho oficial, es constitutivo del delito de violación de la libertad sexual y sancionado, como tal, con pena severísima.

La practica del *utjasiña*, hasta no hace mucho, pudo ser constatada en los departamentos de Puno, Ayacucho y Huancavelica, donde se la conoce, respectivamente, bajo las denominaciones de *uywanakuy*, *champatiqkraycha* o *sirvinakuy*. Ahora bien, sucede que la joven raptada puede ser ulteriormente devuelta a sus padres, luego de haber transcurrido el periodo de prueba arriba mencionado (y sin que los jóvenes amantes hayan congeniado entre si). Si la joven regresa al hogar paterno embarazada, al hijo nacido de la unión frustrada se lo reputará como "hijo de las rocas" y en aplicación del *warmichakuy*, que es otra costumbre propia del departamento del Cuzco, podrá ser abandonado a su suerte, en las heladas cordilleras, a propósito, claro está, de producirle la muerte.[20]

Es importante hacer nuestra la distinción puesto que en el error de prohibición directo el agente desconoce que su comportamiento se encuentra prohibido en tanto que, en el error de comprensión culturalmente condicionado, puede haber conocimiento de tal prohibición, pero no se comprende por qué el Estado impide la realización de la conducta emprendida.

(17) La vieja costumbre andina fue puesta de manifiesto ya en 1776 por Wolfgang Bayer (1722-1785) en Reise nach Perú. Sobre ello cfr. *El Perú visto por viajeros*, Colección Biblioteca Peruana, Lima: Peisa, 1973. vol. II, p. 13 (Prólogo, recopilación y selección por Estuardo Núñez).

(18) Sería hoy en rigor una causa de atipicidad, pues la siembra y comercialización no se llevaron a cabo con fines de promover, facilitar o favorecer el delito de tráfico ilícito de drogas.

(19) A través del empleo de la "fuerza física", como deja señalado Leonidas Cuentas Gamarra en sus *Apuntes antropológico-sociales de las zonas aymaras de Puno*, Corpuno, s/f (¿1966?), p. 106. Con relación a la costumbre andina y a la forma en que la Corte Suprema de la República resuelve esos casos, cfr. Hurtado Pozo. *Manual de derecho penal, Parte general*. Lima: Eddili, 1987. p. 442-443.

(20) Alfonsina Barrionuevo, *Sirvinakuy*, El matrimonio de prueba, Lima, 1973, p. 53. De la facilidad con que la madre india se desprende de sus vástagos se ha ocupado José Antonio Encinas (1888-1958) en su importante libro *Causas de la criminalidad indígena en el Perú*, publicado en Lima el año de 1919 (p. 55). Sin dejar de reconocer lo valiosas que son las páginas del preclaro Encinas, estamos lejos de compartir su pensamiento.

Una práctica de tal naturaleza, en cualquier otro lugar, va a implicar, cuanto menos, la comisión de un atentado gravísimo contra la vida (parricidio), si no, específicamente, la perpetración del delito de infanticidio.

Entre los aguarunas del Alto Marañón, en una zona no muy lejana a la amazonía peruana, pervive una tradición harto significativa. Si un aguaruna es descubierto en adulterio, la comunidad aborigen castigará el hecho ocasionando tres cortes en el cuero cabelludo del responsable, asegurándose antes, eso sí, que la incisión producida sea de extensión y profundidad tales que pueda identificarse por la marca al autor de la relación adulterina. Según las leyes penales convencionales, en cambio, las autoridades aguarunas habrían cometido los delitos de lesiones graves con desfiguración de rostro (art. 121) y usurpación de funciones jurisdiccionales (art. 361).

Sea que se rapte a una mujer indígena en las serranías peruanas para obligarla a sostener relaciones sexuales, sea que se mate al hijo nacido de esas relaciones prematrimoniales o, finalmente, sea que se imponga castigo corporal al adúltero aguaruna, no siempre el autor de esos hechos comprenderá que su actitud es reputada delictuosa.[21] Siendo así, habrá la posibilidad de eximir de pena al agente.

Los hechos referidos anteriormente no son producto de la vívida imaginación, como no lo son, tampoco, los siguientes:

En los departamentos de Ayacucho, Cuzco y Apurímac, en los que la población recurre a la práctica de la agricultura como generalizada forma de supervivencia, los requerimientos de agua en tierras de secano, que tales son la mayoría de ellas, se superponen a cualquier otra necesidad. Si el torrente de los riachuelos se ve mezquinado por las variaciones climáticas, los aborígenes atribuyen el hecho a la ausencia de sacrificios a favor de las deidades vinculadas con la emanación del líquido elemento. Tal superstición llevaba, hasta no hace mucho, al convencimiento excepcional que debía enterrarse, junto al manantial, a un deficiente mental, buscado con este propósito entre los miembros de la comunidad, quien luego de ser completamente embriagado, para evitarle así tener conciencia de su horrenda situación, era sepultado vivo. Sólo, se creía, de efectuarse dicho sacrificio,[22] las aguas brotarían a raudales. Este homicidio por superstición, execrable en sí mismo, es manifestación de una cultura poco estudiada y, más bien, frecuentemente despreciada.[23]

(21) Sobre el sirvinakuy, Julio A. Vizcarra deja apuntado lo siguiente: "... en la mentalidad de los indígenas (dichas conductas) no constituyen delitos". Op. cit., p. 85.

(22) Un holocausto similar ocurrió en el valle de Ccosñipata del departamento de Madre de Dios el año de 1962. Los brujos Moquehuani y Muy, convencieron a la comunidad sobre la necesidad de efectuar el rito que conjuraría "calamidades y sequías". La tragedia de una joven doncella sacrificada con ese fin, se halla sucintamente trazada por Enrique Cuentas Ormachea en *Los caminos de la Justicia*. Lima: Editorial Hozlo, S. R. L., 1998. p. 44-45.

(23) El desprecio por las culturas diferentes, con relación a España, ha sido evidenciado últimamente tras reeditarse el sugestivo libro que Miguel de Lardizábal y Uribe

Anecdóticos, pero no menos reales, son los sucesos producidos hasta hace poco en ciertas regiones de los departamentos de Puno, Apurímac, Cuzco y Ayacucho, donde debido a la creencia de que los trillizos son el anticristo, procedían a matar en el acto a los recién nacidos. A iguales creencias, de otro lado, se debía el que se diese muerte a los hijos incestuosos, pues se estimaba que eran seres monstruosos. Razones culturales bastante complejas, al parecer, motivaban la superstición que generaba tales comportamientos.

En el pueblo de Huamanguilla, próximo a la ciudad de Ayacucho, se piensa que los hechizos pueden ser conjurados del modo siguiente: quien se cree embrujado, ha de lesionar al hechicero y, luego, untar sus manos con la sangre del mismo; automáticamente, se sostiene, quedará eliminado el hechizo.[24] Las lesiones supersticiosamente producidas son el contramaleficio al que debe apelar el aborigen ayacuchano.[25]

Los chamanes y curanderos de la ciudad de Ayacucho, tratan algunas enfermedades frotando el cuerpo del paciente con un cobayo hurtado (el conejillo doméstico o cobayo es un animal altamente cotizado por los gastrónomos peruanos). Sólo se somete la población a esos actos de curanderismo si hay la certeza de que el animal fue efectivamente sustraído, pues tal circunstancia da al acto virtualidad terapéutica. Hay en Ayacucho, por lo mismo, un entendimiento tácito de que no es hurto el apoderamiento del animal ulteriormente utilizado con propósito de cura.[26] El menoscabo al patrimonio del dueño del animal, por otro lado, es un hecho innegable. Según

(1744-1824) publicó en Madrid en 1786 bajo título de *Apología por los Agotes de Navarra y los Chuetas de Mallorca, con una breve digresión a los Vaqueros de Asturias*; la edición actual apareció en Vitoria, Araneteko, 2000, con un Estudio Preliminar de don Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

(24) Tan común debió haber sido el ejercicio de la hechicería que en el Proyecto de Código penal de Sivirichi (1905-2000) se previó una sanción para tales practicas. Cfr. Atilio Sivirichi. *Derecho indígena peruano, Proyecto de Código* (arts. 954 a 957), Lima: Ediciones Kuntur, 1946. p. 376. Información biográfica sobre el autor del Código penal indígena puede verse en la necrología de Roberto Latorre Sivirichi. "El ocaso de un patriarca. Atilio Sivirichi se fue", aparecida en *El Comercio* de Cusco, 03.02.2000, p. 10.

(25) Según información encontrada en la obra de Vizcarra, acaso también en Cuzco haya sido conocida la practica referida. Julio A. Vizcarra, op. cit., p. 30-31.

(26) Restricciones al curanderismo fueron previstas en los arts. 949 a 952 del Proyecto de Código Penal indígena de Sivirichi, op. cit., p. 375-376. De tales limitaciones deducimos que el curanderismo fue (y lo es todavía) frecuentemente practicado.

El curandero del altiplano denomina huanco-yati a la práctica que consiste en frotar un conejo vivo por el cuerpo del enfermo para que de ese modo se transmita el mal al pequeño roedor. Cfr. Leonidas Cuentas Gamarra, op. cit., p. 118. Sobre lo mismo además, Efraín Morote Best (1923-1988). "La superstición y las supersticiones". *Revista Universitaria* 95/204, Órgano de la Universidad Nacional del Cuzco, año XXXVII, segundo semestre, Cuzco, 1948.

el Derecho oficial, en cambio, nada impediría se castigue ese comportamiento como delito (art. 185) o falta contra el patrimonio (art. 444) e, incluso, como ejercicio ilegal de la medicina (art. 290). El juez vernáculo que déjase de aplicar la pena que el CP prevé para estos casos, por último, cometerá delito contra la administración de justicia (art. 422).

El sacrificio del oligofrénico que según equivocada y extendida creencia ha de regular el medio ambiente, la muerte de los trillizos o de los hijos incestuosos a quienes se tiene como seres malignos que han de traer desgracia a la comunidad (por lo que ésta requiere ser purificada), las lesiones producidas al brujo bajo el convencimiento de que así conjura el agente el maleficio que le ocasionó aquél, y, por último, la sustracción del animal que ha de servir al chamán para curar enfermedades, son condicionados por la cultura de modo tal que, dentro de la comunidad aborigen, no siempre son hechos contrarios a lo que se considera adecuado socialmente (como no lo es para nosotros fabricar armas de guerra, depredar la flora y contaminar el medio ambiente).

No menos conocido y practicado es el hecho siguiente: un modo bastante expresivo de demostrar amor a la consorte andina, lo lleva a cabo el marido cuando la lesiona por motivos insignificantes o por celos. La mujer, que quiere pruebas del encendido amor, naturalmente, añora un trato como el descrito. Tan extendida fue, y es aun la costumbre referida, que de ella ha dejado testimonio escrito el misionero jesuita Wolfgang Bayer al indicar que cuando "las mujeres ven que sus maridos no las golpean hace mucho tiempo, todas creen completamente que su hombre no las quiere, por lo que ellas les suplican que las peguen; y cuando el hombre se niega, no cesan entonces de buscarle camorra y de insultarlo, hasta que él, lleno de impaciencia y de cólera, toma un garrote, y muy contra su propia voluntad, hace cisco con su mujer".[27]

II

En los múltiples sucesos detallados anteriormente, el autor del perjuicio pudo haber conocido que conforme a las leyes convencionales su conducta habría sido delictuosa de no haber sido porque la costumbre o su cultura la determinaron. No desacata la prohibición de la norma por el mero gusto de hacerlo o por contradecir los valores contenidos en ella,[28] sino que, más bien, cree obrar bajo el convencimiento de que el Derecho oficial no obliga a quienes, como él, adecuan

(27) Op. cit., p. 9. Rotunda explicitud encierran los dichos populares siguientes: "cuanto más te quiero, más te pego", "amor serrano", "cuanto más me pegas, más te quiero". En la actualidad, son de corriente uso esos términos en ciertos sectores de la colectividad aymará y quechua.

(28) Por lo que no debe ser confundido con quien se comporta hostilmente frente al derecho o denota desprecio por lo establecido.

su conducta a mandatos no escritos; pero de antiguo admitidos como válidos y necesarios dentro de la comunidad.[29] El error en que incurre el indígena es, sin embargo, evidente; pues las leyes penales que dicta el Congreso no pueden regir únicamente para cierto sector de la población peruana sino que, más bien, vinculan a todo nacional o extranjero que delinca dentro del territorio.[30] Con lo dicho, a pesar de todo, analizamos sólo un ángulo del problema, porque resulta obvio que en muchos casos el aborigen desconoce la norma misma que se contiene en la ley, no llegando a comprender, si fuese condenado, el "significado del delito" que se le achaca.[31]

Los Códigos penales de 1836 y 1862, que fueron copia de los estatutos españoles de 1822 y 1850, respectivamente, no contaron con que pudiese haber quienes no comprendiesen lo antijurídico de su obrar, desconociendo la situación de las grandes mayorías indígenas que, hallándose en tal situación, fueron lamentablemente condenadas. El CP de 1924, al estar enfeudado a los Anteproyectos helvéticos de 1915 y 1916, así como al Proyecto suizo de 1918, denota igual defecto. Tal actitud, sin embargo, llama la atención, puesto que ya en 1825, *Livingston* (1764-1836), ensayó una alternativa distinta que lamentablemente no fue advertida por nuestros compatriotas (y conforme a la cual debía dejarse exento de pena a los miembros de las comunidades aborígenes que realizaban hechos que podrían muy bien subsumirse en los supuestos recogidos en el Código,[32] siempre que conforme a la idiosincrasia vernácula no se reputasen como antisociales o delictuosos).

III

Si hay rasgos comunes en los sucesos descritos, destacan entre ellos los siguientes:

a) Pertenencia de los protagonistas a culturas distintas de la nuestra (lo cual no siempre es así).

(29) Acaso sea pertinente reproducir el pensamiento de Muñoz Conde-García Arán cuando dicen, al hacer mención del conocimiento de la antijuridicidad: "En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen". *Derecho penal, Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988. p. 428.

(30) *De iure condendo* no siempre ello debería ser así.

(31) Como muchas veces ocurre, por ejemplo, con relación al aborigen guatemalteco. Sobre ello cfr. Carlos Guzmán Böckler. *Colonialismo y revolución*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1975. p. 152.

(32) Entiéndase en el Proyecto de Código del Estado de Luisiana (art. 63) que, sin lugar a dudas, fue ampliamente conocido por el penalismo peruano del siglo XIX.

b) El que muchas veces los autores de los hechos estimen que actúan dentro de los cauces normalmente aceptados en la sociedad en que desarrollan sus actividades.

c) El que para nosotros esos hechos sean cuanto menos antijurídicos (aunque lo corriente es que los concibamos más bien como delictuosos).

En lo que respecta al primer punto. Gran parte de América Latina está conformada por países que, constituyendo cada uno de ellos un sólo Estado, son al mismo tiempo pluriétnicos o multinacionales (como México, Paraguay, Nicaragua, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela y Guatemala). En Perú, por ejemplo, conviven bajo un único Estado sesenta grupos étnicos amazónicos, los aymarás de la zona sur andina, los quechuas de la sierra central y los mestizos y blancos de la costa; exclusivamente estos últimos, en la práctica, dirigen los destinos del país.

Las relaciones entre el grupo hegemónico y las naciones dependientes peruanas, no se desarrollan en un nivel de igualdad y son, para utilizar un término al que suelen apelar los estudiosos, de *jerarquización congruente*. Hay jerarquización congruente cuando en un Estado pluriétnico uno de los grupos domina a los demás[33] y existe entre ellos una relación harto desproporcionada. Los Huitoto meneca, los Campa asháninca, Candoshi, Kakatibo, Shetebo o los Secoya amazónicos, por ejemplo, viven tan al margen de la metrópoli que sus actividades jamás influyen en el quehacer social o económico del país, y su estabilidad depende, por el contrario, de la voluntad de la etnia que ejerce la hegemonía[34] (blancos y mestizos).

Resta por dilucidar algo concerniente a este punto. Hemos, en efecto, hablado de las desiguales relaciones que suelen sostenerse entre un Estado y las naciones étnicas que lo conforman y damos por hecho, aun cuando sea provisionalmente, que cada grupo étnico puede efectivamente constituir una nación. Si nos atenemos a lo que tradicionalmente suele reputarse como nación, no habría inconveniente en admitir que dentro del Estado peruano subsiste más de una. La nación, se dice,[35] la constituye el pueblo que además de tener un origen común, habla el mismo idioma, ocupa un espacio determinado, depende económicamente de las propias actividades que desarrolla y, finalmente, sostiene una población estable. Los Achuar-jíbaro, los Arabela, Boras, Cocama-cocamilla, Morunahua, Yaminahua, Chamicuro, Pisabo, Resígaro, Ticuna, Cujareño, Jebero, Sapiteri, y en fin, cada

(33) Imponiéndole su Derecho, por ejemplo. Tal política "etnocida", para utilizar el término de que se vale Hans-Jürgen Brandt, es hoy inaceptable. Del autor citado Cfr. *Justicia Popular. Nativos campesinos*. 2. ed. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1987. p. 42.

(34) La que lejos de prestarles asistencia (servicios básicos, educación o medicinas), "permite" que sobrevivan.

(35) El concepto que tomamos (discutible, por cierto) es el que Luis Felipe Villarán (1845-1921) deja consignado en *La Constitución peruana comentada*, Lima: E. Moreno Editor, 1899. p. 39.

una de las etnias de la amazonía, tienen precisamente esas características y son, por lo mismo, naciones.

Siendo las cosas como las tenemos enunciadas, resta ver si las diversas naciones que integran el Estado peruano tienen o no sistema jurídico. Dilucidada esta cuestión, y de constatarse que un sistema legal regula efectivamente las relaciones de los grupos étnicos de nuestra región, aparecerá arbitraria la imposición del Derecho penal occidental a las civilizaciones oriundas de América. Caso contrario, es decir, no comprobada la presencia de sistema jurídico, podría apenas tolerarse la política "asimilacionista" del Estado dominante, siempre y sólo, al ejercerla, se respeten los derechos humanos de las comunidades vernáculas.

Para que estemos frente a un sistema jurídico, no basta comprobar la presencia de normas penales primarias, como las que regulan el hurto, lesiones, daños a la propiedad, homicidio etc., sino que, además, debe constatarse que quien vive bajo el imperio de esas reglas, puede cambiarlas de estimarlo necesario. Esa conciencia que se tiene sobre la necesidad de poder mutar las leyes, hace que las normas que regulan la comunidad tengan la categoría de secundarias; por lo tanto, hace que el sistema de un grupo pueda ser reputado como de jurídico. Sistema jurídico es, según aseveración de Hart, aquel que se encuentra conformado por normas primarias y secundarias. Aunque no le asista la razón del mundo a Hart, sus palabras dan cuanto menos qué pensar.

Lo cierto es que, en lo que concierne a las comunidades aborígenes de nuestro país, ni siquiera hemos comenzado a preocuparnos seriamente sobre si sus reglas de convivencia tienen los elementos mínimos para ser reputadas de jurídicas. El trabajo que hay por empezar a realizar es muy grande.

Los estudios realizados por los juristas y antropólogos sudamericanos no han arrojado aún un resultado positivo o adverso sobre si las comunidades indígenas poseen o carecen de un sistema jurídico. Este defecto impide ver con claridad si nos asiste algún derecho a aplicar la pena oficializada por el Estado en muchos de los supuestos evidenciados hace unos instantes.

El primer rasgo común a los sucesos descritos, dijimos, era la pertenencia de los protagonistas a culturas distintas de la nuestra y, el segundo, el que muchas veces los autores de esos hechos reputan que actúan dentro de los cauces de lo normalmente aceptado en su comunidad. Hablemos de esto último a continuación:

Hans Welzel (1905-1977)[36] ha elaborado la llamada teoría de la adecuación social y aunque en un inicio la supuso una causa de justificación, la reubicó finalmente entre las causas de atipicidad. No es típica, según esta teoría, la entrega de pequeños regalos a funcionarios públicos o al cartero en navidad; la

(36) *Derecho penal alemán, Parte general*, traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987. p. 83 y ss.

publicidad engañosa que, faltando a la verdad sobre la real calidad del producto, hace que muchos o pocos lo adquieran; algunos excesos producidos en las fiestas de carnaval o, por último, el apoderamiento de monedas dejadas por los turistas en las fuentes de ciudades determinadas. Entre esos hechos y la costumbre andina de hurtar un pequeño animal para realizar actos de curanderismo, no vemos sin embargo mucha diferencia. La teoría de la adecuación social, acaso puede servir para explicarnos esas conductas (mientras desconozcamos el sistema jurídico aborigen, a pesar de todo, ignoraremos cómo regulan ellos ese problema).

Pero hay otros sucesos que no pueden ser resueltos al nivel de la tipicidad, o cuya solución, en ese lugar, es discutible. En algunos sectores de la costa norte peruana, por ejemplo, se cree que para curarse de una enfermedad lo mejor es contagiarla, lesionando, de este modo, la salud del sujeto a quien se la transmite. Aunque definitivamente el hecho es típico, deberíamos interrogarnos sobre si pueden favorecerlo las eximentes del estado de necesidad justificante o exculpante o, mejor aún, la del error de prohibición indirecto (la solución del error de prohibición indirecto es discutible, ya que el supuesto estado de necesidad del agente tendría la naturaleza jurídica de inculpante, y en el error indirecto sobre la ilicitud, el hipotético estado de necesidad deberá ser justificante. Más bien, al parecer, y nótese que lo decimos con muchas dudas, es un caso de error de comprensión culturalmente condicionado. Pero de lo dicho vamos por lo pronto esbozando una conclusión: ni siquiera con las instituciones del Derecho occidental hallamos una solución pacífica a este asunto. Buscamos una solución dogmática para este caso sólo en la medida en que tengamos claro que quien contagia la enfermedad obra bajo el convencimiento supersticioso de que así se libera del mal; pues, en cualquier otro caso, inexorablemente merecería ser sancionado el agente).

Tampoco es un supuesto de atipicidad el sacrificio humano que, en interés de la colectividad, se hace sobre un niño demente para ahuyentar las sequías que amenazan desencadenarse sobre la comunidad. Si quienes apelan a este recurso obran bajo la óptica supersticiosa de que así posibilitan su subsistencia, la respuesta podría más bien darla el error de comprensión culturalmente condicionado (no aprobarían tal solución los miembros de la comunidad[37] si estimasen, como al parecer ocurre, que el bien del grupo étnico está por encima del individual que personifica el niño sacrificado y, en todo caso, reclamarían el derecho de ser eximidos de pena por mérito del estado de necesidad justificante. Ellos, naturalmente, debido a supersticiones profundamente enraizadas, actúan bajo la convicción de que practicando el siniestro ritual, salvan sus cosechas y sus vidas).

Hay colisión de deberes si el médico, que es al mismo tiempo salvavidas, debe operar al sujeto ya anestesiado, siempre que no pueda hacerlo porque en

(37) De poderse interrogar sobre estos asuntos por trabajar con las categorías jurídicas con las que nosotros resolvemos nuestros conflictos.

ese mismo momento tiene que salvar al niño a punto de ahogarse en la piscina de la que debe hacer dejación para trasladarse al hospital, de urgencia, a cumplir con aquel primer deber. Si cumple con su obligación de salvavidas, queda liberado de satisfacer simultáneamente la que tiene por el hecho de ser médico. En parecida situación, creemos, se encuentra el juez vernáculo que teniendo la obligación de castigar a quien hurta un animal para ejercer actos de curanderismo (al haber sido nominado como juez de paz por las autoridades del grupo dominante), de otro lado, de acuerdo a su convicción y a sus costumbres, debe dejar impune el hecho. Esta especie de colisión de deberes, acaso, más bien excluye la aplicación de la eximente derivada del error de comprensión culturalmente condicionado. El juez aborigen, de esa forma, habría de quedar exento de pena.

El último rasgo común que denotan los hechos peruanos reseñados más arriba y que muchos otros grupos indígenas latinoamericanos podrían muy bien haber practicado hasta hace poco, de no continuar haciéndolo hoy, lo da la circunstancia de que para nosotros, que defendemos y difundimos un Derecho penal nacido en fraguas occidentales, dichos comportamientos son, cuanto menos, antijurídicos.[38]

Y no sólo reputamos como ilícitas tales conductas, pues frecuentemente no tenemos inconveniente alguno en atribuirles la calidad de verdaderos delitos. Dicho de otro modo: el Derecho que oficialmente regula las acciones que los aborígenes peruanos suelen cometer (sin haber tenido conocimiento del contenido del estatuto punitivo, que no les fue traducido al dialecto que utilizan para comunicarse entre sí) no encuentra obstáculo en demandar castigo para ciertas conductas respecto de las cuales, quienes las cometen y quienes las sufren, no hallan explicación de por qué ha de procederse de tal modo.

Por último, y a modo de nota de pie de página, permítasenos apuntar lo siguiente: es posible se crea, con cierto fundamento, que el aborigen sudamericano carece realmente de ordenamiento jurídico penal porque por tal debemos entender el que es exclusivamente escrito, y que asignemos a las normas que regulan las conductas indias el papel de derecho consuetudinario. Es posible que así, sin más, pretendamos zanjar este complicado asunto. Para un pueblo que antecedió a los conquistadores europeos en la posesión de estas tierras; para una comunidad indígena que necesita adherirse a sus costumbres con el fin de sobrevivir como pueblo, sin embar-

(38) Pero no culpables. Esta inculpabilidad no se deriva, sin embargo, de suponer que el aborigen sufra una *capitis deminutio* similar a la del menor de edad o al imbécil, como pensaba J. Víctor Neyra, quien luego de sostener que el indio peruano es un ser "realmente inferior", deja apuntado lo siguiente: "Los indígenas deben gozar de los beneficios que la ley concede a los menores de edad, por lo mismo que la incapacidad de ambos es equivalente". Cfr. "El indígena ante el Derecho", Revista *El Derecho* 21/379-381, Órgano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, 1916, año III, t. III.

go, más valor tiene "su Derecho" consuetudinario que todas las leyes penales del universo.

Lo que por lo menos estamos obligados a hacer, de querer garantizar se dé al autóctono que delinque un tratamiento justo y, en fin, de querer cerrar el paso a la arbitrariedad judicial mal intencionada, es ir pensando en la posibilidad (y no creemos incurrir en contrasentido) de codificar el Derecho consuetudinario de nuestros pueblos; proponiéndonos antes, eso sí, como regla ética elemental, no interferir en su cultura mientras lo hacemos.

Conclusión:

No tenemos claro si esto vale en parte para cualquier otro país hermano de Centro y Sudamérica, pero estimamos tiene perfecta validez en lo que se refiere al Perú: en tanto no agotemos el estudio del "Derecho penal" de los sesenta y tres grupos étnicos de la amazonía, de lo que queda de las culturas quechua y aymará de los andes y, por último, del "oficial" que hemos importado desde el siglo XIX y que cultivamos hoy bajo la vigencia del CP de 1991, no podremos decir que tenemos una teoría fundamental del Derecho penal y nuestra formación y nuestros libros, serán siempre, debido a ello, anémicos. Nuestros discursos jurídicos, de otro lado, jamás podrán ser algo más que anodinos.[39]

Si los aborígenes han desarrollado su propio sistema jurídico (lo cual apenas podemos vislumbrar) y, conforme al mismo, no son tenidos como delitos algunos comportamientos que según el nuestro sí lo son, proponemos entonces lo siguiente:

1) Si el comportamiento se practicase dentro de la comunidad vernácula y se afectasen bienes de los integrantes del mismo grupo étnico, el hecho no ha de ser considerado típico (como no lo es en el Perú el adulterio cometido por peruanos, e incluso por extranjeros, dentro del territorio patrio).

2) Cuando, a diferencia, el comportamiento se produce fuera del ámbito territorial del grupo cultural aborigen, o se afecte dentro de él bienes de terceros no integrantes de dicho grupo, se aplicará la eximente del error de comprensión (art. 15) sólo si el agente no tuvo conciencia de que su conducta fue antijurídica.[40]

(39) Y repetitivos. (Como epígonos de lo foráneo que en buena medida somos, sería interesante conocer cuánto respeto hemos ganado en el extranjero. Lo interesante, a pesar de todo, no tiene porque sernos siempre grato.)

(40) El problema es, a pesar de todo, bastante más complicado, y únicamente lo lograríamos entender plenamente si conociésemos la razón por la que desde la perspectiva aborigen el grupo étnico decide no sancionar algunas conductas que siendo, desde nuestro punto de vista, lesivas al bien ajeno, pasan casi inadvertidas entre nuestras minorías. ¿Habrá en el acervo jurídico aborigen (aun cuando sea incipiente) instituciones análogas a las causales de atipicidad, justificación, inculpabilidad o excusas absolutorias? Responder a esa interrogante, pensamos, es lo verdaderamente importante.

A lo largo de estas páginas[41] hemos evitado dar una solución dogmática a cada uno de los casos divulgados. Probablemente nuestra omisión se deba al hecho de que no pocos de los sucesos descritos están relacionados con la culpabilidad y con el error de comprensión culturalmente condicionado y merezcan, debido a ello, un análisis más detenido[42] que el que pueda hacerse en una ocasión como esta.

(41) Que próximamente han de ser parte del *Libro Homenaje al señor Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*.

(42) Pues la culpabilidad y el error son las instituciones más complejas y controvertidas del Derecho penal. Sobre lo mismo, en algún sentido, Hurtado Pozo. "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal" en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1993. vol. 1, p. 51; y Zaffaroni. *Manual de derecho penal*, cit., p. 511.

1.3

GENOCIDIO: UN CRIMEN INTERNACIONAL

MARTÍN LOZADA

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Orígenes del término – 3. Los múltiples enfoques del genocidio – 4. Antecedentes históricos – 5. El éxito de Lemkin – 6. Las Naciones Unidas y el crimen de genocidio – 7. Un crimen internacional – 8. Otras características del crimen – 9. Prevención – 10. Cuestiones en torno a su punibilidad – 11. Conclusiones – Bibliografía.

Resumen: A través del presente artículo se analiza en forma crítica y reflexiva el más grave fenómeno criminal de alcance colectivo. También se ofrece un detalle del clima histórico que dio lugar a la conceptualización del crimen de genocidio, así como las normas elaboradas a su respecto.

Sin embargo, el objeto de este trabajo no consiste solamente en realizar una prolija enumeración de los avatares por los que ha debido transitar el legislador para dar forma al texto rector en la materia: la Convención de 1948. Ello por cuanto la consideración de las distintas circunstancias que conducen al hacer genocida son tan relevantes y exigen, a su vez, un minucioso estudio, tanto como el acto criminal mismo y sus efectos jurídicos.

Se analizan, por lo tanto, las distintas circunstancias que complejizan el abordaje de esta "locura reflexiva" denominada genocidio. Cabe entre ellas mencionar a la participación directa o velada del Estado en su comisión, al apoyo y colaboración prestado por su clase dirigente, y a la adhesión de buena parte de su población a través del consentimiento y el silencio. A lo que cabe agregarle la tarea de extrema racionalidad que su puesta en marcha implica y la no menos psicológicamente profunda tarea de construcción del identikit del grupo-víctima.

Palabras-clave: Genocidio – Derecho penal internacional – Prevención y represión.

1. Introducción

A comienzos del siglo veintiuno se nos impone, una vez más, la tarea de revisar en forma crítica y reflexiva el más grave fenómeno criminal de alcance colectivo. Es por ello que a lo largo de las siguientes páginas se dara un detalle del clima histórico que dio lugar a la conceptualización del crimen de genocidio, así como de las normas elaboradas a su respecto.

Sin embargo, el objeto de este trabajo no consiste solamente en ofrecer una prolija enumeración de los avatares por los que ha debido transitar el legislador

para dar forma al texto rector en la materia: la Convención de 1948. Ello por cuanto la consideración de las distintas circunstancias que conducen al hacer genocida son tan relevantes y exigen, a su vez, un minucioso estudio, tanto como el acto criminal mismo y sus efectos jurídicos.

Ha transcurrido más de medio siglo desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara el texto final de la Convención sobre el genocidio.

Distintas circunstancias complejizan el abordaje de esta "locura reflexiva" denominada genocidio. Cabe entre ellas mencionar a la participación directa o velada del Estado en su comisión, al apoyo y colaboración prestado por su clase dirigente, y a la adhesión de buena parte de su población a través del consentimiento y el silencio. A lo que cabe agregarle la tarea de extrema racionalidad que su puesta en marcha implica y la no menos psicológicamente profunda tarea de construcción del identikit del grupo-víctima.

Pero por si los obstáculos señalados fueran pocos, existe otro adicional, de naturaleza epistemológica, consistente en la perspectiva predominantemente jurídica con la que usualmente se nos propone el estudio de este fenómeno. Es decir, por medio de las herramientas inherentes a tan sólo uno de los saberes sociales, sin reparar con profundidad en las valiosas experiencias de otras áreas del conocimiento, cuyos aportes enriquecen sustancialmente su enfoque y permiten reducir la complejidad metodológica que dicho abordaje trae aparejado.

Y aún así, no puede pasar inadvertido que las más importantes letras en relación al fenómeno genocida no habrán de ser escritas en libros o revistas especializadas. Será, en cambio, en la práctica política internacional desplegada en el marco de una comunidad internacional renovada y democratizada, donde su prevención y criminalización adquirirán la eficacia y la envergadura por las que el presente clama.

2. Orígenes del término

El término "genocidio" fue creado por el jurista polaco Rafael Lemkin quien a finales de los años treinta lo concibió a través de un neologismo de etimología híbrida. Lemkin, quien escapó de las persecuciones raciales producidas en su país luego de la invasión alemana y fue más tarde consejero del Fiscal norteamericano en los juicios de Nuremberg, construyó dicha denominación mediante el vocablo griego "genos" (agrupación humana) y el subfijo latino "cidio" (matar).

Sin embargo, varios son los autores que discrepan con la construcción del penalista polaco. Así, José Agustín Martinez prefirió la denominación "genocidio", por considerar que es preciso atenerse a genitivo "genus-geni" para formar la voz a semejanza de los términos homicidio, parricidio y regicidio.[1]

(1) José Agustín Martinez. "El nuevo delito de genocidio". *Revista de Derecho Penal*, año II, primera parte, Buenos Aires, 1947. p. 251.

Contrariamente, Nelson Hungria entendió que la etimología latina en ambos componentes sería la de "genus" (raza, pueblo o nación) y *excidium* (destrucción o ruina), conformándose una acepción más amplia que la indicada por la simple acción de matar.[2]

Francisco Laplaza consideró que la denominación más adecuada era la de "genticidio", al derivar de "gens" y de su genitivo plural "gentis". Indica este neologismo, a criterio del autor, el grupo o pluralidad de personas vinculadas por pertenecer a una misma raza, estirpe o pueblo; y a la acción de darles muerte con el fin de exterminar esa colectividad.[3] Luis Jiménez de Asúa[4] y Eduardo Gregorini Clusellas,[5] respectivamente, se pronunciaron en el mismo sentido.

Pese a las diferencias en torno a la construcción terminológica, lo cierto es que a más de cincuenta años de su creación es el término genocidio el que actualmente sirve para designar universalmente una forma delictiva vieja como la humanidad, aunque relativamente novedosa en su tratamiento jurídico. A través del mismo se superó la dificultad semántica, verdadero obstáculo epistemológico, y se dio con una de las claves con las cuales abordar el fenómeno que encierra.

3. Los múltiples enfoques del genocidio

Desde hace siglos vienen llevándose a cabo actos de barbarie tales como los comprendidos en esta formulación criminal. A esta altura pareciera no haber dudas acerca de la agresividad inherente a la condición humana, a la que Sigmund Freud en sus enfoques de psicología colectiva se refiere como "impulsos hostiles", e interpreta como elemento constitutivo de todos los miembros de la raza humana.

Considera el autor que dichas "tendencias destructoras", verdadera pulsión de muerte, se encuentran más cercanas a la naturaleza humana que los importantes esfuerzos destinados a su resistencia y control. Sin embargo, su lectura da lugar a la esperanza: "Una de las características de nuestra evolución consiste en una transformación paulatina de la coerción externa en coerción interna por la acción de una especial instancia psíquica del hombre, el super-yo, que va acogiendo la coerción externa entre sus mandamientos. En todo niño podemos observar el proceso de esta transformación, que es la que hace de él un ser moral

(2) Citado por Mateo Goldstein. "Genocidio". Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1956 y 1960. t. XIII, p. 166.

(3) Francisco Laplaza. *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires: Arayú, 1953. p. 63 et seq.

(4) Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964. t. II, p. 1.166.

(5) Eduardo L. Gregorini Clusellas. *Genocidio: su prevención y represión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961. p. 10.

y social. Este robustecimiento del super-yo es uno de los factores culturales psicológicos más valiosos".[6]

Desde diversas disciplinas científicas se efectuaron luego una serie de enfoques comparativos que han servido para exponer las pecualiaridades y complejidades de este fenómeno. Por ejemplo, desde la polemología Hervé Savon clasifica en tres grupos a los genocidios: por sustitución –invasores que eliminan a un pueblo y lo suplantan–; por desvastación –el territorio se queda prácticamente vació–; y por eliminación en el seno de la población de un grupo convertido parcialmente en extranjero.[7]

En una pequeña obra titulada en 1976, luego reeditada y completada, bajo el título de "Taking lives: genocide and State power", Irwing Horowitz define el genocidio como el medio extremo que utiliza un Estado para imponer su ideología y su modelo de sociedad.[8]

Helen Fein, por su parte, distingue dos tipos de genocidio antes del surgimiento del Estado-nación: aquel que se comete para eliminar a los practicantes de otra religión o a grupos inasimilables, y tres nuevos tipos en el Estado moderno: el dirigido a afirmar el comando del grupo agresor en el destino de un grupo conviviente, para eliminar a un grupo indígena que obstaculiza una expansión económica, o para destruir a los rebeldes que amenazan el orden establecido.[9]

En 1981, Leo Kuper reemprende el estudio comparativo del genocidio y explica que la multiplicación de los actos genocidas en los tiempos modernos se debe a la creación de nuevas sociedades pluralistas y a fenómenos sucesivos de colonización y descolonización. Afirma la necesidad de ampliar el marco del concepto a las "masacres genocidas" y a las "atrocidades emparentadas con el genocidio", incluyendo entre los grupos víctimas, voluntariamente olvidados por la Convención, a los grupos políticos y a los grupos económicos.[10]

En 1982, Jack Porter retoma la clasificación del genocidio y aísla tres componentes mayores de este crimen –la ideología, la tecnología y la organización burocrática–, a partir de los cuales intenta descubrir las estructuras genocidas en los principales acontecimientos de los dos últimos siglos.[11]

(6) Sigmund Freud. *El porvenir de una ilusión*. Buenos Aires: Obras Completas, 1927. p. 2.965.

(7) Hervé Savon. *Du cannibalisme au génocide*. Paris: Hachette, 1972.

(8) Irving L. Horowitz. *Taking lives: genocide and state power*. New Brunswick, Nueva Jersey: Transaction Books, 1980.

(9) Helen Fein. *Accounting for Genocide: National Responses and Jewish Victimization during de Holocaust*. Nueva York: Free Press, 1979.

(10) Leo Kuper. *Genocide; Its Political Use in the Twentieth Century*. Nueva York: Penguin Books, 1981.

(11) Jack Porter. *Genocide and human rights: a global anthology*. Washington D.C.: University Press of America, 1982.

Frank Chalk y Kurt Jonassohn proponen una tipología fundamentada sobre lo que la Convención aísla como el carácter específico del genocidio: la intención. Y realizan una distinción del movil dominante: apartar una amenaza potencial, amasar riquezas, y/o hacer triunfar una creencia o una idea.[12]

Desde la sociología, Barrington Moore investiga las razones que llevan a determinados grupos de personas a matar y a torturar a otros. Luego de analizar una serie de sucesos sangrientos del mundo antiguo, premoderno y moderno, llega a la conclusión que los actos de persecución se dirigen contra quienes se considera contaminados debido a sus ideas religiosas, políticas o económicas "impuras". Por lo tanto, la fuerza y la violencia desplegada sobre los grupos víctima tienen el objetivo de mitigar, cuando no extirpar totalmente, la mácula que portan y trasladan consigo. Tal como lo reconoce expresamente, lo más significativo en todo este asunto resulta el proceso global de creación de una aprobación moral de la crueldad.[13]

Los impulsos destructivos a los que se refería Sigmund Freud pueden manifestarse, en determinados contextos y momentos históricos, a través de formas y mecanismos en los que la lógica y la racionalidad no están ausentes. Por el contrario, tamizados por la ideología y la construcción de una amenaza que se proyecta en el mundo exterior recayendo en un grupo humano más o menos desprotegido y vulnerable, las formas genocidas retornan al escenario de las relaciones humanas.

Michael Hardt y Antonio Negri, ubican el epicentro de este afán destructivo en la modernidad. Su legado, sostienen, constituye un cúmulo de guerras fraticidas y acciones desvastadoras cuyo derrotero abarca, entre otros, las matanzas de los campos de Verdún, los hornos nazis, la repentina aniquilación de miles de personas en Hiroshima y Nagasaki, los bombardeos sostenidos en Vietman y Camboya, y a la masacre de Sabra y Shatila.[14]

4. Antecedentes históricos

El preámbulo de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio declara expresamente que "... en todos los períodos de la historia el genocidio ha inflingido grandes perdidas a la humanidad". Basta decir, conforme a ello, que si bien resulta reciente en la historia jurídica su

(12) Frank Chalk y Kurt Jonassohn. *The history and sociology of genocide*. New Haven-London: Yale University Press, 1990.

(13) Barrington Moore. *Pureza moral y persecución en la historia*. Buenos Aires: Paidós, 2001. Destaca allí, además, la presencia de un movimiento militante que se lleva a cabo en nombre de la pureza moral y que constituyó el eje central del fascismo, del comunismo y del patriotismo imperial japonés antes de su derrota en la Segunda Guerra Mundial.

(14) Michael Hardt y Antonio Negri. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002. p. 58.

conceptualización, los actos constitutivos del crimen de genocidio se remontan al pasado.[15]

Aún sin hacer referencia a cada una de estas circunstancias históricas en particular, resulta destacable el contexto en el cual se construyó esta conceptualización jurídica. Para ello es menester remontarnos a las purgas raciales llevadas a cabo por el nacionalsocialismo alemán en Europa entre los años 1938 y 1945, las que alcanzaron una dimensión sin precedente respecto al grado de sistematización y diversificación operativa; adoptando formas que transitaron por sucesivas etapas hasta llegar al escalón final: el exterminio.[16]

Toda una trama prolijamente orquestada con el objetivo de imponer una particular ideología, valiéndose para ello de la tecnología disponible y de un obediente aparato burocrático capaz de entretejer en forma sistemática la destrucción total o parcial del "enemigo". Y es precisamente aquí cuando esta forma criminal adquiere todo su espanto: en la deliberación previa que implica su puesta en marcha, en la precisa identificación de la víctima y en la selección premeditada de los medios para llevar adelante su aniquilamiento. El resultado, como es bien sabido, se tradujo en al menos 5.100.000 personas asesinadas por la sola razón de ser judías, gitanas o eslavas, y como tales, portadoras de una amenaza.

Fue en este clima histórico cuando Rafael Lemkin, quien escapara de las purgas raciales en Polonia y fuese más tarde profesor de derecho internacional en la Universidad de Yale, construyó el nuevo término y lo incluyó en su obra titulada: *Axis Rules in Occupied Europe*, publicada en Washington en el año 1944.[17] Desarrolló entonces una amplia teoría basándose en las prácticas del régimen nacionalsocialista, de conformidad a un plan trazado de antemano y plasmado con la finalidad de "germanizar" el territorio europeo.

La cuestión que le interesaba definir era hasta qué punto podía considerarse como asuntos propios del Estado la destrucción por parte del mismo de sus

(15) El día 09.12.1948 se aprobó por el voto unánime de 56 Estados el texto de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, el cual se sometió a la firma y ratificación o adhesión de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, entrando finalmente en vigor el día 12.01.1951.

(16) Hannah Arendt ha explicado minuciosamente en su obra titulada *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal* (1962), las diversas etapas operativas por las que transitó el Holocausto judío, gitano y eslavo.

(17) Lemkin venía desde hacia años argumentando en tal sentido. Prueba de ello resulta el Informe Especial que presentara en ocasión de la V Conferencia para la Unificiación del Derecho Penal llevada a cabo en Madrid, entre el 14 y 20 de octubre del año 1933. En esa ocasión el jurista polaco propuso que se declarase *delicta juris gentium* ciertos actos tendientes a la destrucción de una colectividad racial, religiosa o social en *delicta juris gentium* ciertos actos tendientes a la destrucción de una colectividad racial, religiosa o social en cuanto tales; refiriéndose puntualmente a los delitos de barbarie y vandalismo.

propios ciudadanos, y si éstos no constituían, en cambio, asuntos de genuino interés internacional. Partidario de la segunda posición, argumentó en foros y debates internacionales en torno a la necesidad de considerarlos *delictum iuris gentium* y someterlos, de este modo, a un sistema de persecución judicial que evitara en lo sucesivo su impunidad. Entendió como coherente con la "doctrina de la solidaridad legal y moral" el hecho de que las personas acusadas fuesen juzgadas por el Estado en cuyo territorio fueran capturadas, aún cuando aquél no coincidiera con el del lugar de comisión de los actos.[18]

Sin embargo, Lemkin tenía para entonces el camino parcialmente allanado, ya que muy pocos años antes se habían firmado una serie de relevantes compromisos en esa dirección. Valga considerar, en ese sentido, que la Conferencia para los Preliminares de la Paz, llevada a cabo el día 25.01.1919, creó la denominada "Comisión de los Quince". Esta Comisión tuvo a su cargo el examen de la responsabilidad de los autores de violaciones a las leyes y costumbres de guerra por parte de las fuerzas militares del Imperio alemán y de sus aliados. También se dedicó al estudio relativo a la constitución y funcionamiento de un tribunal penal internacional.

Con posterioridad, en 1925, Saldaña incluyó las matanzas colectivas producidas en tiempos de paz en su enumeración de hechos punibles internacionales. Hizo lo propio Vespacien Pella, en su Proyecto de Código Penal Internacional con relación a los actos de exterminio de ciertos grupos étnicos, tanto por motivos raciales, como políticos o religiosos.[19]

Años después, en enero de 1942, se produjo la Declaración de San Jaime, a través de la cual los gobiernos de los Estados parcial o totalmente ocupados manifestaron que "... las violencias ejercidas contra la población civil nada tienen en común con la noción de acto de guerra, ni con la de delitos políticos". En este contexto se efectuó también la Declaración de Moscú del 30.10.1943, que destacó la importancia de la solidaridad internacional con relación a la aplicación del derecho común para la represión de los delitos contra la humanidad.

Finalmente, mediante la Declaración de Moscú del 01.11.1943, suscripta por los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, se impuso una jurisdicción universal para los crímenes de guerra sin localización geográfica precisa. Y más tarde, a través del Acuerdo de Londres, del 08.08.1945, se integró un Estatuto incorporando la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que juzgó los actos constitutivos de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

(18) Rafael Lemkin. "Genocide as a crime under international law". *American Journal of International Law* 14/145-150, Washington D.C., 1947.

(19) Antonio Blanc Altemir. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 172.

En este punto vale recordar lo señalado por Blanc Altemir en cuanto a que desde la Conferencia de Paz de Versalles hasta la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, la figura del genocidio estuvo integrada a la de crímenes contra la humanidad.[20]

5. El éxito de Lemkin

La categoría jurídica elaborada por Lemkin fue con posterioridad acogida en el ámbito penal internacional a través de los documentos oficiales relativos a la responsabilidad penal y enjuiciamiento de los principales criminales de guerra alemanes.[21]

Enronces se definió al genocidio como "... un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos o nacionales, y como el homicidio singular puede ser cometido en tiempo de paz como en tiempo de guerra... hállase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humano".[22]

Pero fue en el Acta de Acusación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del día 18.10.1945, cuando el término fue utilizado por primera vez en forma oficial. En efecto, dicha Acta señala que los acusados se habían entregado al "... genocidio deliberado y sistemático, es decir al exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos territorios ocupados con el fin de destruir determinadas razas o clases de la población y grupos nacionales, raciales o religiosos".[23]

Luego de que las Naciones Unidas aprobara por unanimidad la Resolución 96 (I), de fecha 11.12.1946, a través de la cual por primera vez una organización internacional condenó las prácticas que tal figura supone, una serie de pronunciamientos emitidos por distintas conferencias internacionales impulsaron la delimitación conceptual de la figura criminal.

En primer término, la resolución adoptada el día 27.10.1946 por parte del Movimiento Nacional Judicial Francés, que reconoció que son culpables de crímenes contra la humanidad quienes exterminan o persiguen a un individuo, o a un grupo de individuos, por razón de su nacionalidad, su raza o su religión.

(20) Antonio Blanc Altemir, op. cit., p. 171.

(21) Nicodeme Ruhashyankiko. *Estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*. Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, Nueva York, 1978. p. 4-5.

(22) Comunicación de Rafael Lemkin a la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, 1947, cit. por Antonio Quintano Ripolles. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigación Científica, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955. p. 627.

(23) Yves Ternon. *El Estado criminal*. Barcelona: Ediciones Península, 1995. p. 37.

Abogó dicha resolución por la redacción de un código penal internacional que incluyera en su parte especial al crimen de genocidio y, en el plano jurisdiccional, auspició la institución de una cámara criminal dentro de la estructura procesal del Tribunal Internacional de Justicia.

Meses después, en julio de 1947, se llevó a cabo en Bruselas la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, ocasión en la que una vez más hubo de pronunciarse por la custodia de la vida humana y la represión de los atentados cometidos contra individuos o grupos en razón de su raza, nacionalidad, religión u opinión. Se destacó, además, el carácter internacional de la represión mencionada, por resultar sujetos activos de estos hechos los funcionarios o las personas amparadas por el Estado.

Por último, cabe también destacar la resolución adoptada por la XXXVII Conferencia Interparlamentaria reunida en Roma en el mes de septiembre de 1948. Aquella llamó a organizar un mecanismo punitivo internacional a través de la sanción de un código penal internacional y propuso la creación de un tribunal penal internacional, dictaminando en favor de evitar la incorporación de mecanismos desincriminatorios que faciliten la prescripción de la acción penal.

6. Las Naciones Unidas y el crimen de genocidio

El crimen de genocidio adquirió trascendencia internacional y estado oficial al ser receptado por la VI Comisión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Tras ello fueron tres Estados nacionales: Cuba, India y Panamá, quienes solicitaron a la Secretaría General la elaboración de un instrumento internacional que declarase el genocidio como crimen de derecho de gentes en el sentido dado por el propio Lemkin; es decir, como homicidio encaminado a la supresión violenta de la existencia de grupos humanos.

Esa solicitud encontró el eco esperado y la Secretaría General aprobó, en fecha 11.12.1946, la Resolución 96 (I) por la que reconoció: "... que el genocidio es un delito del derecho de gentes, condenado por el mundo civilizado, cuyos principales autores y cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados, obrando por cuestiones raciales, religiosas, políticas u otras"; y que además "... es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran perdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivo de las Naciones Unidas".

A través de dicha Resolución, además, se invitó a los Estados miembros de la Organización a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo de este crimen, recomendando especialmente la cooperación internacional entre

los Estados con el fin de facilitar los objetivos señalados precedentemente. Asimismo solicitó al Consejo Económico y Social la preparación de un convenio a ser sometido a la Asamblea General.[24]

Luego, el Consejo Económico y Social aprobó la resolución 47 (IV), de 28.03.1947, tomando para ello en cuenta la Resolución 96 (I) de la Asamblea, y le encargó al Secretario General que conjuntamente con el denominado Comité de Expertos en Derecho Internacional y Penal, emprendiera los estudios necesarios para redactar un proyecto de convención. De conformidad a ello, el Secretario General transmitió un proyecto de convención a la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional el día 10.06.1947. Dicho proyecto fue también transmitido a los Estados Miembros para que hicieran las observaciones que estimaran pertinentes.

Meses después, la Asamblea General aprobó la Resolución 180 (II), del 21.11.1947, en la que declaró que "... el genocidio es un crimen internacional que entraña responsabilidades de orden nacional e internacional para los individuos y para los Estados".

Mediante la misma solicitó al Consejo Económico y Social que continuara con los trabajos iniciados con relación a su represión y, en consecuencia, en su sexto período de sesiones celebrado entre los días 2 de febrero y 11.03.1948, el Consejo Económico y Social instituyó una Comisión Especial compuesta por los siguientes miembros del Consejo: China, Estados Unidos de América, Francia, Líbano, Polonia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Venezuela. A dicha Comisión Especial le otorgó el siguiente mandato:

– reunirse en la sede de las Naciones Unidas para preparar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio y someter dicho proyecto al Consejo Económico y Social;

– tener en cuenta el proyecto preparado por el Secretario General, las observaciones hechas al mismo por los Estados miembros, así como todos los demás proyectos que sobre el tema presentasen los Estados Miembros.

La Comisión Especial sobre Genocidio estuvo compuesta por el propio Rafael Lemkin, Donnedieu de Vabres y Vespasien Pella, entre otros; y se reunió en Lake Success, Estado de Nueva York, entre los días 4 de abril y 10.05.1948. Preparó entonces un proyecto de convención que fue debidamente presentado a la séptima sesión del Consejo Económico y Social. Este último resolvió su posterior envió a la Asamblea General, la que a través de la Resolución 260 (III) A, de fecha 09.12.1948, aprobó por el voto unánime de 56 Estados el texto de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, y la sometió a la firma y ratificación o adhesión de los Estados miembros. Entró en vigor el día 12.01.1951.

A continuación reproducimos su texto completo:

(24) Nicodeme Ruhashyankiko, op. cit., p. 8.

"Las Partes Contratantes,

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (I), fechada el 11.12.1946, ha declarado que el genocidio es un delito de Derecho Internacional contrario al espíritu y a los propósitos de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena;

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infringido graves pérdidas a la humanidad;

Convencidas que para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo, es necesaria la cooperación internacional;

Convienen en lo siguiente:

Artículo I

Las Partes Contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación; perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanzas de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Los actos siguientes serán castigados:

a) El genocidio.

b) La conspiración para cometer genocidio.

c) La incitación directa y pública para cometer genocidio.

d) La tentativa de genocidio.

e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV

Las personas que hayan cometido el genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya fuesen gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o particulares.

Artículo V

Las Partes Contratantes se comprometen a arbitrar, de acuerdo con sus respectivas constituciones, las medidas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y, en particular, para proveer sanciones penales eficaces para las personas culpables de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.

Artículo VI

Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán llevadas ante los tribunales competentes del Estado en cuyo territorio el acto haya sido cometido, o ante el tribunal penal internacional que sea competente con respecto a aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Artículo VII

El genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos en lo que respecta a la extradición. Las partes contratantes se comprometen en tales casos a conceder la extradición conforme a su legislación y los tratados en vigor.

Artículo VIII

Toda Parte Contratante puede acudir a los órganos de las Naciones Unidas para que estos adopten, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, las medidas apropiadas para la persecución y represión de los actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.

Artículo IX

Las diferencias entre las partes contratantes relativas a la interpretación, la aplicación o la ejecución de la presente Convención, incluyendo aquéllas referentes a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán sometidos al Tribunal Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las Partes en disputa.

Artículo X

La presente Convención, cuyos textos en chino, inglés, francés, español y ruso son igualmente auténticos, llevará la fecha de 09.12.1948.

Artículo XI

La presente Convención estará abierta hasta el 31.12.1949 a la suscripción de cualquiera de los miembros de las Naciones Unidas o de cualquier Estado no miembro al cual la Asamblea General haya dirigido una invitación a dicho efecto.

La presente Convención será ratificada y sus instrumentos de ratificación depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A partir del 01.01.1950 cualquier miembro de las Naciones Unidas o cualquier Estado no miembro que haya recibido la invitación antedicha, podrá adherirse a la Convención.

Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Artículo XII

Cualquier parte contratante podrá en cualquier momento, por notificación hecha al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de aquellos cuyas relaciones exteriores dirige.

Artículo XIII

En la fecha en que el vigésimo primer instrumento de ratificación o de adhesión haya sido depositado, la Secretaría General emitirá un informe y remitirá una copia del mismo a cada uno de los miembros de las Naciones Unidas y a cada uno de los Estados no miembros mencionados en el artículo XI.

Artículo XIV

La presente Convención tendrá una duración de diez años a partir de la fecha en que entre en vigor.

En el futuro, permanecerá en vigor en períodos sucesivos de cinco años, en tanto las Partes Contratantes no la denuncien por lo menos seis meses antes de la expiración del término correspondiente.

La denuncia deberá efectuarse por una notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo XV

Si como resultado de las denuncias, el número de Partes de la presente Convención resultar menor de dieciséis, la Convención cesará de estar en vigor desde la fecha en que la última de dichas renuncias se hiciera efectiva.

Artículo XVI

En cualquier momento, las partes contratantes podrán formular una solicitud para la revisión de la presente Convención, por medio de una notificación por escrito dirigida al Secretario General.

La Asamblea decidirá sobre las medidas, si caben, que puedan ser tomadas respecto de esa solicitud.

Artículo XVII

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará lo que sigue a todos los miembros de la Organización y a los Estados no miembros considerados en el artículo XI;

a) Las suscripciones, ratificaciones y adhesiones recibidas, de acuerdo con el artículo XI.

b) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo XII.

c) La fecha a partir de la cual la presente Convención entrará en vigor de acuerdo con el artículo XIII.

d) Las denuncias recibidas de acuerdo con el artículo XIV.

e) La derogación de la Convención de acuerdo con el artículo XV.

f) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo XVI.

Artículo XVIII

El original de la presente Convención será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

Una copia certificada de la Convención será remitida a todos los miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros considerados en el artículo XI.

Artículo XIX

La presente Convención se registrará por el Secretario General de las Naciones Unidas en la fecha en que entre en vigor."

7. Un crimen internacional

Cabe señalar, en primer término, que de conformidad a la ya tradicional clasificación tripartita expresada en el Código francés de 1810, a la figura del genocidio le corresponde la categoría jurídica de *crimen*. De ello da cuenta Saenz de Pipaon y Mengs[25] cuando reproduce la postura expresada por los prácticos italianos, quienes "... hacen uso de la palabra *delictum* como la de carácter genérico, siendo crimen la que, reuniendo contornos más específicos, quedaba reservada a los hechos llevados a cabo con *dolus malus* o con intención perversa". Adhieren a esa clasificación, dentro de la doctrina nacional, Mateo Goldstein[26] y Gregorini Clusellas.[27]

Actualmente, desde una perspectiva basada en el desarrollo experimentado por el derecho internacional, Antonio Blanc Altemir,[28] señala que la prohibición de los actos constitutivos de genocidio se inscriben en el campo normativo del

(25) Javier Saenz de Pipaon y Mengs. *Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1973. p. 115.

(26) Mateo Goldstein, op. cit., p. 165.

(27) Eduardo Gregorini Clusellas, op. cit., p. 46.

(28) Antonio Blanc Altemir, op. cit., p. 210.

ius cogens. En efecto, a través del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23.05.1969, se introdujo la noción de norma imperativa de derecho internacional general o norma *ius cogens*.

La misma supone un reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga ese mismo carácter. Dichas normas, entonces, resultan consecuencia de un consenso general de los Estados con relación a ciertos y determinados valores jurídicos que se consideran esenciales en el ordenamiento internacional.

La norma *ius cogens* guarda estrecha vinculación con el concepto de crimen internacional que elaborara la Comisión de Derecho Internacional en el marco de los trabajos del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados. Y si bien no todos los crímenes internacionales, en el sentido que le otorga el artículo 19 del Proyecto, se adecuan al concepto de *ius cogens*; ambas categorías jurídicas interesan de forma incuestionable a la comunidad internacional y no solamente a las partes afectadas.

El artículo 19 del mencionado Proyecto, en su párrafo 2.º, define al crimen internacional como: "... el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto". Si bien el artículo referido no enumera en forma taxativa los actos que constituyen los denominados crímenes internacionales, hace referencia en el párrafo 3.º a dos requisitos indispensables para que pueda afirmarse la existencia de los mismos; estos son:

– que la violación se refiera a una obligación de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional;

– que la violación de esa obligación sea de carácter grave.

Cabe agregar, por último, que dentro de los cuatro supuestos de crímenes internacionales previstos en dicho párrafo 3.º, se encuentra aquél contenido en el apartado c), referido a la violación de "... una obligación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid".

8. Otras características del crimen

a) Intencionalidad.

Una característica específica del crimen en estudio es su elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. La doctrina en su conjunto comulga con este principio de la lógica genocida. Premeditación y planificación en la destrucción de un grupo humano que se vale de recursos

tecnológicos y no escatima medios de realización, subrayando así la tendencia subjetiva que se manifiesta en el mundo exterior.

Dicho elemento se encuentra comprendido en la definición ofrecida por el artículo II de la Convención de 1948, cuando alude a la "... intención de destruir total o parcialmente". Y es en este punto, además, donde el crimen de genocidio adquiere un particularismo esencial con relación a los crímenes contra la humanidad; ya que estos últimos no suponen necesariamente infracciones o persecuciones contra los grupos e incluye –a diferencia de lo establecido por la Convención– a los grupos políticos.

Tal como señala Yves Ternon,[29] "... si el criminal actúa con el objetivo de suprimir a su víctima en razón de su raza, de su religión o de sus convicciones políticas, sin otra intención, es un crimen contra la humanidad. Si tiene intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en todo o en parte, es un genocidio. La diferencia reside, esencialmente, en la particularidad de la intención criminal. El genocidio es, pues, un caso agravado de crimen contra la humanidad, merced a la intención reforzada que le caracteriza".

Sin embargo, no siempre es tarea fácil determinar dicha intencionalidad por cuanto la comisión del crimen abarca una larga cadena de actos que pueden superponerse entre sí, a punto tal de tornar difuso el momento en el cual se manifiesta la intención. Es preciso, para verificar su presencia, el análisis de las estructuras genocidas montadas por el Estado o por el grupo victimario, las condiciones de ejecución y la continuidad en sus tiempos. Todo esto puede –aún en ausencia de otras pruebas de mayor contundencia– dar cuenta de la intencionalidad criminal.[30]

b) Sujetos activos.

La calidad de éstos sólo puede recaer en personas físicas. Ello se desprende de lo establecido por el artículo IV de la Convención, en cuanto a que "Las personas que hayan cometido genocidio... serán castigadas...; del art. V que señala que "Las partes contratantes se comprometen a adoptar... y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio..."; y, por último, del texto del artículo VI que se refiere a las personas acusadas de genocidio, las cuales "... serán juzgadas por un tribunal competente...".

Este último artículo hace referencia a las personas, "... ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares", mención ésta que destaca la específica incidencia del Estado y sus agentes en la comisión del crimen; pues tal como ha sido repetidamente señalado, el Estado y sus gobiernos han estado

(29) Yves Ternon, op. cit., p. 43.

(30) Esta fue la tarea que con éxito magistral llevó adelante la filósofa alemana Hannah Arendt, mediante su obra ya citada: *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal* (1962).

prácticamente siempre vinculados a la compleja y poderosa estructura requerida para su comisión.

Lo precedentemente reseñado, no obstante, fue el resultado de numerosos y acalorados debates llevados a cabo en el interior de las distintas comisiones encargadas del tratamiento del tema. Ruhashyankiko[31] da cuenta que la Sexta Comisión de la Asamblea General, en su tercer período de sesiones del año 1948, examinó varias enmiendas efectuadas a la formula que posteriormente integró el artículo IV de la Convención.

Una de aquéllas consistió en agregar: "Serán penalmente responsables de cualquiera de los actos de genocidio especificados en los artículos II y IV no sólo todos los particulares y las asociaciones, sino también los Estados, los gobernantes y los órganos o autoridades del Estado o del gobierno que hayan cometido un acto tal. Cuando los mismos sean cometidos por Estados o sus gobernantes, o en su nombre, constituirán una violación de la presente Convención".

Se argumentó, a tal efecto, que al encontrarse generalmente involucrado el Estado en la concreción del crimen, y dado que los actos resultan generalmente producto de un sistema complejo de interrelaciones y decisiones, no habría pues posibilidades reales de adoptar medidas contra los individuos "acogidos tras el velo estatal". Por esa razón no quedaba otra alternativa que hacer responsable al sistema en su conjunto. En consecuencia, conforme a esta postura, se debía reconocer en la Convención que además de los actos perpetrados por individuos, existían otros que sólo podían cometerse con la connivencia del Estado.

En contra de la enmienda comentada se señaló que la única sanción posible de ser aplicada contra un Estado sería la de exigirle reparaciones materiales. Por lo tanto, dicha sanción carecería del efecto disuasorio que traen aparejadas las penas personales, puesto que, en definitiva, el pago de dichas reparaciones correría a cargo de sus contribuyentes.[32]

Finalmente se optó por confirmar el principio de la responsabilidad individual de las personas físicas en derecho internacional, que fuera establecido años antes a través del artículo VI del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, otorgándole competencia para juzgar y castigar a las personas que cometieran los crímenes contemplados en su estatuto.

A partir de entonces, este principio se ratificó a través de numerosos documentos, entre los que cabe mencionar al informe que contiene los "Principios

(31) Ruhashyankiko, op. cit., p. 31.

(32) Esa postura no resultó alejada de la realidad. Con posterioridad en el tiempo hemos ido observando cómo las sanciones económicas impuestas a veces en el marco de las Naciones Unidas, y otras en forma unilateral por parte de ciertos Estados, no han hecho impacto en los gobiernos que se pretendía sancionar, sino más bien en su población en situación de riesgo. En ese sentido ver: Joy Gordon. "Cool war". *Harpers Magazine*, nov. 2002.

de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y Sentencias del Tribunal de Nuremberg", aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1950; al artículo 1 del Proyecto de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado por la citada Comisión en 1954; y al artículo III de la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973.

Con posterioridad se ha destacado que este tipo de responsabilidad individual por crímenes de derecho internacional no agota la posible responsabilidad internacional del Estado por los actos ilícitos cometidos a través del accionar de sus órganos. Es decir, concretamente, que además de la consideración de la responsabilidad individual del individuo-órgano autor de dicha ilicitud punible, también el Estado al que pertenece dicho órgano debe encontrarse sujeto a un régimen especial de responsabilidad internacional.

Ello es conteste con la tarea diseñada por la Comisión de Derecho Internacional en lo referido al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, cuyo texto considera un crimen internacional a la violación grave y sistemática de los derechos humanos fundamentales por parte del Estado, y destaca la existencia de un régimen diferenciado de responsabilidad.[33] Antonio Blanc Altemir entiende que dicho mecanismo se explica por cuanto el derecho internacional contemporáneo "... se orienta claramente a la protección de los derechos humanos mediante la asunción de obligaciones por parte de los Estados respecto a los individuos y a través de la adopción de sistemas de garantías ante instancias internacionales".[34]

Por último, cabe señalar que también el artículo IX de la Convención contempla en forma expresa la responsabilidad estatal al establecer que: "Las diferencias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluyendo aquéllas referentes a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o de cualquiera de los actos...".

c) Sujetos pasivos.

El portador o titular del bien jurídico protegido por ley resulta ser la persona humana en cuanto miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La pertenencia al grupo es, por lo tanto, un elemento central a la hora de considerar la presencia o no de esta peculiar modalidad criminal. El atentado genocida se practica sobre personas físicas individuales y, mientras que la suma de éstas da forma a los grupos protegidos, la acción típica no puede sino estar dirigida contra dichos individuos. Así, tal como señala Saenz de Pipaon[35] "... la víctima colectiva se hace a través de la víctima individual".

(33) Respecto del punto resulta muy útil la obra colectiva cuya coordinación corresponde a N. Gladys Sabia de Barberis, titulada: "La distinción entre 'delitos' y 'crímenes' internacionales de los Estados en la labor de la Comisión de Derecho Internacional", Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1999.

(34) Antonio Blanc Altemir, op. cit., p. 4.

(35) Javier Saenz de Pipaon, op. cit., p. 142.

Para evitar imprecisiones el legislador individualizó la naturaleza de los grupos protegidos. El artículo II de la Convención comprende a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos como tales. No define, sin embargo, el significado de cada una de estas expresiones, aunque su mención apunta a ciertos caracteres comunes, estables y diferenciados con los cuales identificar a cada uno de los grupos a proteger.

No pocas objeciones han sido formuladas con relación a los criterios de diferenciación escogidos, las cuales a su vez suscitaron ásperas discusiones durante la elaboración del texto definitivo. Así, por ejemplo, se trató de definir el significado del término "grupo nacional", lo cual dio lugar a dispares interpretaciones. Igual cosa sucedió con la distinción entre las expresiones "étnico" y "racial". Tal como lo considera Gregorini Clusellas,[36] los grupos "religiosos", es decir, aquellos integrados por la creencia común y compartida de sus miembros, son los que probablemente gocen de mayor homogeneidad y facilidad de visualización.

La enumeración restrictiva de los grupos protegidos no debe hacernos perder de vista que la elección del grupo-objeto de destrucción constituye un dato esencial para la configuración del genocidio. En muchas ocasiones, sin embargo, la situación de un grupo determinado en el seno de un Estado puede definir mejor el peligro genocida que la naturaleza misma de ese grupo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de las minorías nacionales, étnicas o culturales englobadas dentro de un Estado, en circunstancias en que el mismo considera que no son susceptibles –por el motivo que fuere– de asimilación. A esto debe sumársele, además, el hecho de que el grupo-víctima no siempre constituye una realidad social, sino que casi siempre es producto de una representación del asesino, quien lo observa y lo construye ideológicamente como una amenaza a su propia supervivencia.

Cada época y contexto histórico sugieren un perfil diferenciado del grupo-víctima. Conforme Yves Ternon,[37] los genocidios del pasado se caracterizaron por la destrucción de grupos exteriores a las fronteras de las ciudades, reinos e imperios; generalmente por motivos religiosos o de expansión territorial. Así, por ejemplo, el fenómeno colonial de los cuatro siglos precedentes dio lugar a un tipo de víctima ubicada en el exterior del territorio de las potencias en expansión –la población aborigen–, posibilitando ello la apropiación de las riquezas disponibles y la colocación de su excedente poblacional.

En el siglo XX la mira de los ojos genocidas recayó, por el contrario, en grupos situados en el interior mismo del Estado; concretamente, en sus propios ciudadanos en cuanto integrantes de minorías nacionales, étnicas, culturales o religiosas. El genocidio entonces se tornó característico de las sociedades pluralistas y quien lo perpetra tiene como objetivo eliminar los rasgos dis-

(36) Eduardo L. Gregorini Clusellas, op. cit., p. 39.

(37) Yves Ternon, op. cit., p. 76.

tintivos de toda diferencia, la que juzga de peligro para la supervivencia de su propio grupo.

d) Actos constitutivos.

El artículo II de la Convención hace referencia, en primer término, a la "matanza de miembros del grupo", supuesto que constituye el núcleo esencial de este crimen. Luego, el apartado b) se refiere a la "lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo", cuya redacción original se limita a las lesiones graves capaces de entrañar su destrucción física.

El apartado c), por su parte, incluye el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial". Se sugiere así la posible comisión de genocidio no sólo a través del empleo de medios directos, sino también mediante el sometimiento del grupo a condiciones en las cuales su capacidad de supervivencia se encuentra sustancialmente afectada. Ejemplos de la misma pueden ser la negación de alimentos y de prestación sanitaria, así como la exposición a situaciones metereológicas extremas).

El apartado d) prevé las "medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo", lo cual remite al llamado genocidio biológico, modalidad que comprende diversas formas de esterilización, prácticas abortivas coactivas y la separación de sexos.

Por último, el apartado e) se refiere al "traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro", el cual –según se aceptara en los trabajos de la Asamblea General, Sexta Comisión– tiene resultados físicos, biológicos y aún culturales; pues consiste en someter a seres de corta edad a situaciones susceptibles de producirles graves perjuicios, tales como su desvinculación con su grupo de origen y su consecuente aislamiento y pérdida de identidad. Esto puede suponer la destrucción parcial del grupo protegido a través de su debilitamiento como tal.

9. Prevención

La Convención sobre el genocidio llama, mediante la denominación que le fuera acordada por el legislador en 1948, a su prevención. Es decir, a la realización de una mirada ex-ante a su comisión. Si bien nada dice su texto con relación a las medidas a desplegar en tal carácter, será primordial la tarea conducente a comprender qué estructuras y sistemas son capaces de determinar las violencias estructurales, así como cuáles son las organizaciones sociales idóneas para generar y propagar actos genocidas.

Para ello es posible comenzar con el interrogante planteado por Ternon: ¿cuándo un Estado se convierte en genocida?[38] Entiende dicho autor que el

(38) Yves Ternon, op. cit., p. 93.

genocidio constituye "... el momento final de una crisis anunciada" por actos que le son previos y de cuya naturaleza es dable identificar el desencadenamiento del mismo. Aísla, a ese fin, una serie de sucesos –cuyos tiempos se superponen– y que van desde la discriminación inicial y su posterior paso a las agresiones físicas, a una secuencia programada de destrucción que se vale tanto de la derogación de los derechos cívicos de los miembros del grupo-víctima, como de su desnacionalización, expulsión, deportación, persecución y exterminio.

A estas secuencias le subyace un proceso de radicalización ideológica en torno a un principio básico de carácter excluyente, del cual se desprende una visión totalizadora del mundo y su incompatibilidad con los dilemas que el grupo percibido como amenaza le plantea. El lenguaje no juega en este proceso un papel menor. Por el contrario, se lo utiliza no sólo para "congelar" a las víctimas y deshumanizarlas, despojándolas de ese modo de su identidad; sino también para negar, o en su caso racionalizar, la masacre producida.[39]

La lógica genocida se escuda en la manipulación del lenguaje y mediante el mismo distorsiona la realidad ajustándola a sus propios objetivos. Se trata, además, de un medio que permite transformar la percepción de la realidad a través del empleo de la jerga y los eufemismos. Piénsese, a modo de ejemplo, en la macabra formula conocida por "limpieza étnica". Su alusión da por sentado la existencia de una mácula o infección original que debe ser "erradicada", tal como sucede con una plaga o una enfermedad. Expresiones que denotan, en definitiva, una forma de pensar organizada alrededor de las nociones de pureza y contaminación.[40]

Leo Kuper ha estudiado qué tipos de sociedades son aquellas con mayor posibilidades de recaer en éste fenómeno.[41] Entre ellas se refiere a las que denomina "sociedades pluralistas", es decir, las que presentan fracciones poblacionales perfectamente diferenciadles desde el punto de vista étnico, nacional, cultural y religioso. Si bien no toda sociedad pluralista conlleva en su seno un potencial genocida, lo cierto es, según Kuper, que determinadas

(39) Según Yves Ternon no existe en la actualidad genocidio sin negación. Ningún Estado afirma, está en condiciones de dar explicaciones sobre su acto al tiempo que lo ejecuta. Ningún Estado puede reconocer que ha concebido, y aún menos perpetrado, un genocidio, incluso en un pasado lejano, a menos que quiera romper con ese pasado. Op. cit., p. 103.

(40) Barrington Moore afirma que en este contexto se define al enemigo contaminado como elemento no humano o inhumano, es decir, situado al margen del grupo de los seres humanos a quienes se debe la más mínima obligación en tanto que criaturas iguales a uno mismo. A partir de ahí, el enemigo contaminado se debe definir como una amenaza demoníaca al orden social existente. La deshumanización y la demonización sirven para disminuirlo, o en numerosos casos, para eliminar por completo los remordimientos o el sentimiento de culpa ante las crueldades más bárbaras y enfermizas. Op. cit., p. 88.

(41) Leo Kuper. *Genocide. Its political use in the twentieth century*. New Haven, London: Yale University Press, 1981. p. 57.

circunstancias histórico-culturales ponen en marcha conflictos de máxima violencia entre esos distintos segmentos humanos.

Toma como ejemplo a las sociedades marcadas por la dominación colonial, las que en muchos casos fueran cohesionadas artificialmente pese a manifiestas diferencias en su conformación étnica, idiomática y religiosa. Y destaca que durante el proceso de descolonización ha sucedido que dicha sociedad se presentara con un rostro diferenciado, pues cada uno de los distintos consolidó durante el período de dominación un status quo determinado que en lo sucesivo intenta preservar o modificar ante la nueva coyuntura.

El Estado nacional resultante ha supuesto, en muchos casos, el afianzamiento de un determinado grupo en la cúspide de la pirámide social y, simultáneamente, el sometimiento de otros. A partir de entonces, el reacomodamiento de los distintos grupos podrá revelar, tal como lo indican los ejemplos seleccionados por dicho autor, una conflictividad capaz de asumir el rostro de la exclusión, la persecución, y también, la masacre genocida. Lo resume del siguiente modo: "The many genocidal conflicts in plural societies (as for example in India on partition, or in Bangladesh, or in Rwanda and Burundi) suggest an intimate relationship between the plural society and genocide".

a) Obstáculos.

Es oportuno preguntarse acerca del por qué de las dificultades para prevenir, a más de cincuenta años de aprobado el texto de la Convención, acontecimientos de esta índole. Una de las razones posibles radica en las derivaciones del principio, profundamente instalado en el espíritu del derecho internacional de este siglo, de no-interferencia en los asuntos internos del Estado soberano.

El mismo resulta invariablemente invocado por el Estado siempre que a su respecto se formula la acusación de haber llevado a cabo actos genocidas. Su apelación lleva implícita la pretensión de que los mismos no susciten el legítimo interés de la comunidad internacional y queden reservados a la esfera doméstica del Estado acusado. Sin embargo, considerando los efectos de los actos genocidas no cabe duda que los mismos implican invariablemente un atentado contra la paz y la seguridad internacional a las que se refiere el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y que, por lo tanto, tienen la entidad suficiente para activar la facultad del Consejo de Seguridad de imponer sanciones, relativizando, en consecuencia, el alcance del citado principio.

Las violaciones a gran escala de los derechos humanos pueden afectar las relaciones con los Estados del entorno, cuando no de la comunidad internacional toda. Piénsese, a ese respecto, en los flujos de refugiados transitando del territorio de un Estado a otro, en las controversias suscitadas por la venta de armas al Estado genocida o a los grupos apañados por él; así como la asistencia prestada por las entidades humanitarias que desde el exterior arriban al territorio en conflicto a brindar su ayuda y mediación, aún bajo amenazas de represalias. Es difícil poner en duda el alcance internacional que posee una coyuntura genocida, así como la potencial eficacia preventiva de sanciones tales como la

interrupción de relaciones económicas y diplomáticas con el Estado trasgresor, las recomendaciones a la Asamblea General destinadas a su suspensión o expulsión de ese foro y –en determinados supuestos–, el uso de la fuerza.[42]

Se opone a la consolidación de la cultura de los derechos humanos el proceso, a veces extremadamente dilatado, mediante el cual se produce la intervención de los órganos competentes de las Naciones Unidas; concretamente, la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Si bien es verdad que la actuación de la Comisión ha rendido importantes frutos en la elaboración de normas y precedentes en la materia, no es menos cierto su lento peregrinar en torno a la violación de aquellas.

La demora resultante es consecuencia del carácter político de la Organización y del hecho de que sus finalidades humanitarias sean el resultado de las prioridades de los Estados con mayor capacidad decisoria en la arena internacional. No debe olvidarse que sus miembros son sólo representantes de sus respectivos gobiernos y que, como tales, sus objetivos tienden a mimetizarse con los propios intereses y necesidades de aquellos. Así, el dogma de la no-interferencia en los asuntos internos del Estado constituye un compromiso ideológico que impide en muchos casos dar una respuesta inmediata y acorde a la gravedad de los hechos.

b) El rol de la opinión pública.

La opinión pública nacional e internacional cumple un importante rol en la tarea de percibir y denunciar los primeros síntomas genocidas. Mucho más aún teniendo en cuenta la actual expansión de los aparatos mediáticos y su impacto en la percepción de la realidad cotidiana por parte de los ciudadanos.

Si los Estados son incapaces de prevenir los genocidios cometidos en sus propios territorios –en el hipotético caso en que no se encontraran involucrados en su comisión–, y en tanto la comunidad internacional presente las dificultades que efectivamente padece para someter a los implicados en este crimen a una instancia jurisdiccional de carácter internacional, la tarea preventiva llevada a cabo por la opinión pública será de máxima trascendencia.

Por su parte, la actividad desarrollada por las organizaciones no gubernamentales no es menos importante. Estos recientes actores sociales han dado sobradas muestras de independencia y compromiso para percibir y denunciar los primeros atisbos de su planificación, así como para individualizar a los agentes, alertar a las víctimas y contribuir a aislar internacionalmente al Estado criminal que ejecute o proteja a los autores de tales actos.

La opinión pública puede ejercer también el importante efecto de presionar las rápidas y efectivas respuestas de los órganos competentes de las Naciones

(42) Leo Kuper. "International action against genocide". Minority Groups, *Report* 53, London, 1982. p. 14.

Unidas, así como incentivar la denuncia de sus omisiones y retardos burocráticos. No en vano muchas de las organizaciones no gubernamentales vinculadas a la protección de los derechos humanos han surgido como respuesta a dichos defectos operativos, concentración administrativa y organización vertical. Con mínimos recursos han ofrecido respuestas de gran alcance como las estructuradas a partir de los llamados tribunales de conciencia.

Ha sido el caso del "Tribunal Bertrand Russell", que con sólido carácter ético investigó el desempeño de la Organización de las Naciones Unidas durante el conflicto de Vietnam. También el "Tribunal Permanente de los Pueblos" efectuó su juzgamiento con relación al genocidio sufrido por el pueblo armenio entre los años 1915 y 1917.[43] Reunido en Paris durante los días 13 y 16.04.1984, e integrado por personalidades vinculadas al derecho internacional y a la protección de los derechos humanos –el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Perez Esquivel, entre otros– arribó a importantes conclusiones.

Entre aquellas se destacan: "... que el exterminio de la población armenia a través de su deportación y masacre constituye el crimen de genocidio... el gobierno turco es culpable de la comisión de ese genocidio en relación a los actos cometidos entre 1915 y 1917... el genocidio armenio constituye también un crimen internacional respecto del cual el Estado de Turquía debe asumir su responsabilidad... la Organización de las Naciones Unidas y cada uno de sus miembros tienen el derecho de demandar tal reconocimiento y de asistir al pueblo armenio para ese fin".[44]

Otro ejemplo de lo señalado anteriormente está dado por la actuación del mencionado Tribunal en el ámbito latinoamericano, cuando en el mes de abril de 1989 le fuera requerido por casi un centenar de organismos de derechos humanos que revisara la situación que posibilitaba, a lo largo del continente, la impunidad de los responsables de crímenes contra la humanidad. Las tareas del mismo se llevaron a cabo en dos etapas; la primera, consistente en audiencias realizadas en cada uno de los distintos países participantes y en la recolección de elementos de prueba. La segunda, supuso la sistematización del material reunido y su presentación ante una sesión plenaria del Tribunal.

El acto de clausura del llamado "Tribunal Permanente de los Pueblos contra la Impunidad" se llevó a cabo en la ciudad de Bogotá, en abril de 1992, y constituyó un valioso aporte para considerar las causas y consecuencias de dichos crímenes cometidos –mayoritariamente– en el marco de las dictaduras militares. Especial consideración se efectuó respecto de los mecanismos que permiten la impunidad actual de sus autores; así como los principios fundamentales de

(43) Respecto a los aspectos jurídicos del genocidio armenio es muy recomendable la obra titulada *Aspectos jurídicos y económicos del genocidio armenio*, autores varios, Consejo Profesional Argentino-Armenio, Buenos Aires, 1984.

(44) Leo Kuper. *The prevention of genocide*. New Haven, London: Yale University Press, 1985. p. 247-253.

derecho y la jurisprudencia que sirvieron de base a la sentencia condenatoria arribada.[45]

Si bien de carácter ético y extrajudicial, dicho pronunciamiento constituyó un llamado de alerta a la opinión pública regional respecto de los obstáculos que aún impiden la aplicación efectiva –en un marco judicial y con las debidas garantías procésales– de los principios consagrados por la legislación penal internacional.[46]

10. Cuestiones en torno a su punibilidad

El artículo I de la Convención consagra su carácter sancionador al indicar que: "Las Partes contratantes confirman que el genocidio, haya sido cometido en tiempos de paz o de guerra, es un delito de Derecho Internacional que se comprometen a prevenir y castigar".

Luego, el artículo V prevé que: "Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...". Esta cláusula impone a los Estados parte la obligación general de legislar a fin de garantizar su aplicación, así como de establecer un régimen sanciones, aunque deja a criterio de los mismos la capacidad de determinar cuales habrán de ser esas medidas y penas.

El artículo VI indica que: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".

Más adelante, mediante el artículo VIII se establece la posibilidad de que toda Parte contratante recurra a los órganos competentes de las Naciones Unidas "... a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de los actos de

(45) María Luisa Bartolomei. "The Human Rights Movement, The Rule of Law and the Enhancement of Human Rights in Latin America". *Paper* presentado en ocasión del Congreso Derechos Humanos en el Siglo XXI, Oñati, España, 1993. p. 12-15.

(46) Un ejemplo reciente consiste en el juzgamiento, también de carácter ético, realizado por parte de "Tribunal Internacional de los Pueblos sobre la Deuda". Mediante lo actuado se arribó a importantes conclusiones respecto de responsabilidad de los bancos y corporaciones internacionales, los gobiernos del hemisferio norte, el fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y otras instituciones financieras internacionales, en el proceso de endeudamiento de los países del tercer Mundo. Jubileo Sur/Américas, Buenos Aires, agosto de 2002.

genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III". Conforme ha expresado Blanc Altemir,[47] este último artículo constituye la única disposición en toda la Convención que prevé medidas preventivas, al posibilitar la denuncia ante el Consejo de Seguridad u otro órgano de las Naciones Unidas cuando se avizore la posible comisión del crimen.

Surge así que la Convención establece tres procedimientos para tornar posible su aplicación, tanto de su faz preventiva como sancionatoria. El primero de ellos supone la competencia de los tribunales nacionales; luego, la competencia de un tribunal penal internacional y, por último, la posibilidad de excitar la intervención de ciertos órganos de las Naciones Unidas.

a) Tribunales nacionales.

El artículo del Proyecto de Convención preparado por la Secretaría General previó, no obstante el definitivo texto del artículo VI, la aplicación del principio de represión universal. A través del mismo los Estados parte deberían comprometerse a castigar a los autores, cómplices e instigadores, siempre que se encontrasen en el territorio sometido a su jurisdicción, cualquiera que fuese su nacionalidad y el lugar en que hubieran cometido los actos.

La Comisión Especial, sin embargo, optó en su Proyecto de Convención por la represión nacional. Entendió así que la primera era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional al permitir a los tribunales de un Estado castigar los delitos cometidos en el extranjero por personas también de nacionalidad extranjera. Agregó, además, que dado que la comisión del crimen de genocidio supone generalmente la responsabilidad del Estado en cuyo territorio se comete, el principio de represión universal convertiría a los tribunales nacionales en jueces de la conducta de los gobiernos extranjeros, provocando peligrosas tensiones.

El texto del artículo VI refleja finalmente la posición asumida por la Comisión Especial. De este modo, el principio de la represión de los actos genocidas por parte de los tribunales nacionales fue admitido y preferido, prácticamente sin dificultad alguna, en virtud del principio de territorialidad receptado por entonces en casi todas las legislaciones.

b) Tribunal Penal Internacional:

El Proyecto de Convención elaborado por el Secretario General previó algunas variantes en lo que se refiere a la creación de una instancia internacional de carácter penal. Una de ellas consistió en el establecimiento de un tribunal internacional competente para entender en todos los delitos internacionales, creando para ello una sala en lo penal en la Corte Internacional de Justicia.

También consideró la creación de un tribunal penal internacional cuya competencia se refiriera sólo a los actos de genocidio. Además, tal como apunta

(47) Antonio Blanc Altemir, op. cit., p. 205.

Ruhashyankiko,[48] dicho proyecto de convención contenía un artículo dedicado a la obligación de las Partes de hacer comparecer a todas las personas culpables de genocidio ante una corte internacional cuando no desearan juzgar a los infractores, ni conceder su extradición; o bien, en aquellos supuestos en que los actos de genocidio hubieran sido cometidos por individuos actuando en calidad de agentes del Estado, o contando con la ayuda o complicidad de aquél.

Durante el debate en la Comisión Especial hubo quienes subrayaron la importancia de tal instancia internacional sobre la base de la frecuente presencia estatal en la comisión, instigación y tentativa de los actos genocidas. Si el Estado se encuentra involucrado, se afirmó, la intervención de sus propios órganos judiciales no constituiría mas que una ficción que ningún efecto concreto de Justicia traería aparejado.

Asimismo destacaron que la ausencia de una jurisdicción como la mencionada no consagraría sino la impunidad de las personas involucradas en su comisión. Esta postura, sin embargo, no encontró apoyo entre quienes temían que su institución atentase contra el principio de soberanía estatal, alegando que su implementación sería prácticamente imposible por cuanto que no se contaba con los medios adecuados para, por ejemplo, ejecutar las sentencias dictadas.

En su 98.ª sesión la Sexta Comisión sometió a votación la supresión de las palabras "o ante un tribunal internacional competente" que figuraban en el texto preparado por la Comisión Especial. La supresión fue lograda gracias a 23 votos sobre 19, con 3 abstenciones. Sin embargo, la Sexta Comisión en su 130.ª sesión presentó el siguiente texto para completar el artículo VI: "... o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Este resultó finalmente el texto que quedó firme en la Convención. Nada dice aquella, no obstante, respecto de su composición, procedimientos o demás condiciones de funcionamiento.[49]

c) El crimen de genocidio en el Proyecto de Código Penal Internacional.

El artículo IV del Proyecto que fuera presentado al VI Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1980, considera que son actos constitutivos de genocidio aquellos que cometidos, tanto en tiempos de guerra como de paz, se realizan con el propósito de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Se refiere, concretamente, a los siguientes actos: a) causación de la muerte de miembros del grupo; b) producción de graves daños corporales o mentales a los miembros del grupo; c) sumisión deliberada del grupo a condiciones de vida dirigidas a producir su destrucción física total o parcial; d) imposición de medidas dirigidas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado forzoso de niños del grupo a otros de diferente conformación.

(48) Ruhashyankiko, op. cit., p. 56.

(49) Eduardo L. Gregorini Clusellas, op. cit., p. 104.

El texto de este artículo resulta armónico con la definición de genocidio contemplada en el artículo II de la Convención y tanto el elemento subjetivo del tipo –el intento de destrucción total o parcial de los grupos indicados–, como así también los distintos supuestos que prevé, permanecen fieles a lo allí estipulado.[50]

Resulta particularmente novedoso en su tratamiento, en cambio, el hecho de que las previsiones de este Proyecto puedan ser objeto de aplicación por parte de un tribunal penal internacional y que, en materia de responsabilidad, además de la individual –prevista en el artículo V, sección II–, haga expresa mención de la responsabilidad estatal.

Establece dicha sección que los Estados son responsables por "... cualquier crimen cometido en su nombre, en cumplimiento de sus órdenes o en su beneficio, por una persona investida de autoridad, incluso si tales actos no se consideran ilícitos según su derecho interno... Una conducta es atribuida a un Estado si se realiza por personas o grupos que actúen en el marco de sus funciones oficiales y que según el derecho interno de tal Estado tengan autoridad para tomar decisiones en su nombre...".

Es decir que a diferencia de lo estipulado en la Convención, el presente Proyecto incorpora la responsabilidad estatal por la comisión de los crímenes a los que se refiere su articulado, incluido el crimen de genocidio.

d) Su ubicación sistémica en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La posibilidad de perseguir penalmente a los autores, cómplices e instigadores de este crimen quedó definitivamente plasmada en el artículo VI del Estatuto de la Corte Penal Internacional.[51] La definición allí efectuada coincide con la prevista en la Convención de 1948.

Con sede en la ciudad de La Haya, el Tribunal juzgará y sancionará a los individuos imputados no sólo de crímenes de genocidio, sino también de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Lo hará en forma complementaria a las jurisdicciones nacionales, es decir, cuando los tribunales locales no estén dispuestos o resulten incapaces de perseguir un delito que caiga dentro de la esfera de su competencia.

Estará integrada por 18 jueces de dedicación exclusiva que no podrán ser nacionales de un mismo Estado y quienes representarán a los principales siste-

(50) Cherif Bassiouni. *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 127.

(51) La historia reciente de la Corte se remonta al día 17.07.1998, ocasión en la que el Estatuto de Roma fue aprobado por una abrumadora mayoría de 120 Estados reunidos en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios bajo el auspicio de las Naciones Unidas. Fue una tarea muy significativa por cuanto dicho Estatuto conforma una especie de código penal, código procesal penal y código de ejecución, todos ellos integrados y armonizados en un sólo cuerpo legal.

mas jurídicos del mundo. Serán elegidos por el término de nueve años y su elección deberá tener en cuenta una adecuada distribución geográfica, un equilibrio entre el número de hombres y de mujeres a designar, así como una acreditada experiencia en el ámbito del derecho penal y el derecho internacional.

Podrán llevar casos ante la Corte el fiscal, un Estado parte y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A las víctimas y a sus familias se les garantiza un importante papel en cada una de las etapas de las actuaciones, desde el comienzo de las investigaciones hasta los procedimientos posteriores a la imposición de la condena, y se les reconoce el derecho a una reparación que incluya indemnización, restitución y rehabilitación.

Se considera como tales a las personas que hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros.

Con anterioridad se había planteado igual posibilidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, en cuyo artículo IV se adoptó una idéntica definición del crimen.[52]

e) Prescripción.

La cuestión relativa a la prescripción de los crímenes de guerra y de lesa humanidad a la luz de las disposiciones de las legislaciones internas de los Estados motivó distintos pronunciamientos.

Conviene destacar, en primer término, que en 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa invitó a los Gobiernos miembros a adoptar medidas tendientes a evitar que los crímenes cometidos antes y durante la Segunda Guerra, por razones políticas, raciales o religiosas, quedasen impunes por aplicación de la regla de la prescripción.

Inmediatamente después la Comisión de Derechos Humanos de la ONU le solicitó al Secretario General la realización de un estudio tendiente a determinar los procedimientos judiciales que podrían impedir la aplicación de un plazo de prescripción respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La Asamblea General se ocupó de la cuestión durante el año 1967, y en noviembre de 1968 aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que finalmente en vigor el día 11.11.1970.

(52) Este Tribunal fue creado mediante resolución 827, de fecha 25.05.1993, del Consejo de Seguridad. Mediante la misma estimó que "... la persecución de las personas responsables de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario sería conducente para lograr el objetivo de contribuir a la restauración y mantenimiento de la paz".

Reconoce en su preámbulo que "... Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; (...) Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes... Convienen en...".

Mediante el artículo I se estableció la imprescriptibilidad de una serie de actos constitutivos de crímenes internacionales, entre los que se menciona al "... genocidio definido en la Convención de 1948... aun si esos actos no constituyen una violación al derecho interno del país donde fueron cometidos". Estas disposiciones se fundan en el carácter grave de los crímenes y en la negativa a considerar que el transcurso del tiempo conduzca a la extinción de la acción o de la pena.

11. Conclusiones

1. Respecto de los aspectos que hacen a la punibilidad de este crimen, es posible concluir que la Convención no contiene una enumeración limitativa y precisa de las sanciones que deberán aplicarse a cada uno de los supuestos criminales que prevé en su texto. Por el contrario, traslada dicha responsabilidad a los órganos competentes de cada uno de los Estados Parte para que sean éstos quienes legislen sobre el punto.

Lo dicho implica que la Convención tan sólo ofrece una variedad de referencias de tipo general, pero que, sin embargo, no constituye un camino jurídicamente claro para resolver de forma inequívoca y universal la pluralidad de casos susceptibles de presentarse.

Resultan objetables algunos puntos que hacen a la técnica penal utilizados por los redactores de la Convención. Entre ellos, el relativo a la falta de mención en el artículo III de los actos de omisión deliberada, tal como, por ejemplo, no suministrar a un grupo las condiciones necesarias para su subsistencia. La experiencia enseña que dicha modalidad constituye una forma perfectamente idónea de comisión de este crimen.

Igual cosa cabe afirmar en cuanto a los grupos protegidos y la no inclusión de aquellos que detentan una naturaleza política. La historia reciente, fundamentalmente latinoamericana, demuestra que la ira criminal del agresor apunta frecuentemente a colectivos humanos cohesionados en torno a adhesiones o prácticas de carácter política.[53]

(53) Un rasgo común a todas las dictaduras latinoamericanas ha sido la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional. Se trató de una escolástica militar rígida y un manual de

También resulta cuestionable la ausencia de toda mención relativa a la invocación de órdenes superiores, en cuanto a que no será éste un argumento conducente a la inimputabilidad del agente. Ello por cuanto –tal como señala Ternon[54]– los funcionarios del Estado no tienen solamente el derecho, sino también la obligación legal de desobedecer las órdenes de perpetrar un crimen que viola los derechos humanos, como resulta ser el de genocidio.

La represión en el ámbito nacional ha sido objeto de críticas y objeciones. Compartimos el criterio expuesto por Saenz de Pipaon y Mengs[55] cuando cuestiona que el Estado –quien goza del aparato institucional para poder perpetrar, inducir o ser cómplice de los actos constitutivos de genocidio– haya sido convencionalmente designado para condenar esos actos.

Resulta a esta altura evidente que la remisión a las legislaciones nacionales habrá de tener eficacia tan sólo en aquellos casos en que las manifestaciones genocidas no sean consecuencia de la actividad o promoción directa o velada del Estado.

2. Capítulo aparte merece el establecimiento de las distintas jurisdicciones penales-internacionales partir de la década de los años 90 y su culminación con la creación de la Corte Penal Internacional. Las mismas han venido a solucionar parte de las zonas grises presentadas por la Convención y han consolidado la vía sancionatoria de carácter internacional.

3. Es el caso de lo actuado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que en estos días transita por el juicio contra del ex presidente Slobodan Milosevic, detenido en La Haya desde el día 28.06.2001. Se trata de una verdadera prueba de fuego para la aún novel justicia penal internacional,

guerra contra revolucionaria que desde 1961 consistió la base de la enseñanza impartida a los ejércitos latinoamericanos. Desde el "National War College" y el "Industrial College of the Armed Forces" de los Estados Unidos, y en lo que concierne a la oficialidad subalterna, desde el "South Comand", con asiento en el enclave del Canal de Panamá, irradió inseguridad y desnacionalización a lo largo del continente. Ya en 1975 eran nada menos que 71.651 los militares latinoamericanos que habían visitado esos centros de educación militar. A partir de las creencias ideológicas que impuso, todo movimiento social y de reforma política fue considerado como una expresión del conflicto este-oeste, es decir, se los mimetizó a una posible amenaza de orientación comunista. Esta ideología desplazó el centro de gravedad de la acción militar desde la defensa exterior hacia la vigilancia ejercida sobre los propios ciudadanos. Las fuerzas armadas asumieron de ese modo un rol de policía político-militar, postergando su condición de ejército defensivo. Esta actitud respecto de la población del Estado derivó en un paralelo tratamiento del territorio, puesto que a partir de entonces tendieron a constituirse en fuerzas armadas de ocupación en el suelo de su propio país. Bajo el imperio de esta Doctrina la seguridad del Estado ocupó un lugar central en la vida de nuestras sociedades, muy por encima de la del individuo, quien pasó a personificar la figura del llamado "enemigo interior".

(54) Yves Ternon, op. cit., p. 48.

(55) Javier Saenz de Pipaon y Mengs, op. cit., p. 287.

toda vez que deberá lidiar con quien abiertamente ha desafiado la legitimidad y competencia del Tribunal en las presentaciones que ante el mismo efectuara.

La importancia del proceso contra Milosevic no puede ser mayor. En primer término debido a que muy pronto comenzará a funcionar la primera corte penal internacional permanente de la historia de la humanidad. Es más que presumible que los avatares del juicio repercutan sobre la estima y valoración que, en lo sucesivo, la opinión pública internacional tenga sobre la misma.

Luego, puesto que el acusado esgrimirá argumentos de neto corte político para descalificar a la acusación y restar autoridad al Tribunal. Intentará abrir así una insalvable brecha por medio de la cual justicia y justiciables aparezcan como entidades mensuradas a través de distintos barremos. Por un lado, el aparato de justicia construido por los agresores de la antigua Yugoslavia; es decir, a cargo del poder hegemónico internacional representado por la Alianza que hoy pretende dar batalla al "eje del mal". Del otro, los vencidos a causa de la agresión protagonizada por la OTAN en los bombardeos sistemáticos contra suelo Yugoslavo en 1999.

Y así lo hará puesto que la mácula que empaña al Tribunal consiste en no haber abierto oportunamente una investigación sobre dichos bombardeos sobre Yugoslavia, en lo que fue, tal vez, una maniobra tendiente a deslindar cualquier responsabilidad de la Alianza Atlántica. Entonces sucumbió a la ambigüedad de las normas internacionales y ante la dificultad de demostrar la ejecución de esos posibles delitos, aceptando que los blancos escogidos fueron de carácter militar, y que fue la altura desde la cual se efectuaron los lanzamientos la que impidió lograr la precisión requerida para evitar los daños a civiles.

Ardua tarea tiene por delante el acusado a fin de sortear el peso convictito de la prueba que parece tener reunida la fiscalía en su contra. Y justamente por ello será necesario un estricto respeto a las reglas del debido proceso y a la defensa en juicio, así como la estricta imparcialidad de los juzgadores, de modo tal que ningún vicio opaque ahora el desempeño del Tribunal. De otro modo la tesis de Milosevic saldría fortalecida y estos iniciáticos esfuerzos de justicia se verían mermados en su vocación de universalismo e independencia.[56]

4. Asimismo, en septiembre de 1988 el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que tiene su sede en Arusha, Tanzania, dictó la primera sentencia por el crimen de genocidio. La figura criminal que ese año cumplía su 50 aniversario había sido hasta entonces un logro de la doctrina penal de posguerra, un hito simbólico de la lucha contra la lógica destructiva de las persecuciones y los exterminios, pero no más que eso. Sin embargo, fue el primer ministro rwandés en funciones durante los acontecimientos investigados quien resultó su primer destinatario, al comprobarse que presidió el consejo de ministros que planificó y ordenó las masacres sobre los Tutsis en 1994.[57]

(56) Martín Lozada. "Milosevic y la Justicia Penal Internacional". *Diario de Río Negro*, Argentina, 06.02.2002.

(57) Martín Lozada. "Primeras condenas". *Diario de Río Negro*, Argentina, 15.02.2000.

5. En lo que atañe a la Corte Penal Internacional es necesario tener en cuenta la profunda resistencia que hasta el presente han ejercido ciertos Estados poderosos e influyentes en la arena internacional. Es el caso de los Estados Unidos, China, Rusia e Israel.

¿Cuáles son los motivos por los cuáles, por ejemplo, los Estados Unidos objeta la función de la Corte? El ex-Secretario de Estado adjunto para asuntos del Hemisferio Occidental, Otto J. Reich, lo señaló sin dejar lugar para la duda.

La primera cuestión radica en que el Estatuto de Roma, que aprueba la constitución de la nueva Corte, contradice los principios básicos de la soberanía nacional al establecer jurisdicción sobre ciudadanos de países que no son parte del acuerdo. Así, la CPI puede incluso demandar jurisdicción en caso de infracciones cometidas por ciudadanos de países que no son parte del acuerdo, incluso por funcionarios gubernamentales y miembros de las Fuerzas Armadas.

Les preocupa también que la CPI pueda usurpar la autoridad de los Estados soberanos en la medida en que se erige como árbitro final en torno a si las investigaciones o juicios que se practican en cualquier país se encuentran legítimamente fundados. Luego sostienen que el Estatuto de Roma carece de los frenos y controles básicos, estatuyendo un fiscal que puede hacer cualquier acusación, pero que no es responsable ante ningún Estado o institución, excepto ante la Corte misma. Esta falta de responsabilidad crea la posibilidad, señalan, de que se lleven adelante investigaciones y enjuiciamientos sin fundamento y políticamente motivados.

En consecuencia, intentan limitar el imperio de la Corte por medio de transacciones y se ensañan en obtener mediante el acuerdo de la mayor cantidad posible de Estados la certeza de que su ciudadanos se beneficiaran en toda circunstancia de la impunidad. Prueba del éxito de estas gestiones radica en que la Unión Europea se ha hecho cargo de las presiones de la administración Bush y ha autorizado que los miembros de la Unión pacten con Estados Unidos la inmunidad de sus militares y diplomáticos enviados al territorio comunitario.[58]

6. Conforme las lecciones impartidas por la historia, los responsables de llevar adelante los medios de comisión genocidas procuran siempre una suerte de legitimación ideológica con las cuales dar a sus actos el carácter de imperativos y necesarios. Para ello, tal como señala Leo Kuper,[59] se deshumaniza a las futuras víctimas identificándolas con alguna imagen terrible –que varia según la sociedad y el conflicto situacional–, negándoles su status humano y relegándolas a un nivel animal o al de un mero objeto.

Dicha operación en el imaginario social acarrea, como consecuencia, el cese de toda inhibición respecto a su sometimiento y victimización, los que a partir de ese momento se producirán con mayor facilidad y menor grado de resistencia.

(58) Martín Lozada. "Europa y la Corte Penal Internacional". *Diario de Río Negro*, Argentina, 08.11.2002.

(59) Leo Kuper (1981), op. cit., p. 84.

Este proceso consagra la construcción de la víctima en razón de su presunta "culpabilidad de origen"; esto es, un reproche basado tanto en su nacionalidad, como en razón de su étnia de origen, su raza, o bien por el credo al que adhiere.

Es por ello que al observador se le impone el deber de identificar cuándo procesos de esta índole comienzan a gestarse y a desarrollarse. Dicha tarea resulta de vital importancia en lo referido a la prevención genocida y la puesta en marcha de los mecanismos de alerta disponibles.

Bibliografía

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal.* Barcelona: Lumen, 1962.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1964.

BARBERIS, N. Gladys Sabia de, et alii. "La distinción entre 'delitos' y 'crímenes' internacionales de los Estados en la labor de la Comisión de Derecho Internacional". Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1999.

BARTOLOMEI, María Luisa. "The Human Rights Movement, The Rule of Law and the Enhancement of Human Rights in Latin America", *Paper* presentado en ocasión del Congreso Derechos Humanos en el Siglo XXI, Oñati, España, 1993.

BASSIOUNI, Cherif. *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional.* Madrid: Tecnos, 1984.

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

CHALK, Frank y JONASSOHN, Kurt. *The history and sociology of genocide.* New Haven-London: Yale University Press, 1990.

CLUSELLAS, Eduardo L. Gregorini. *Genocidio: su prevención y represión.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

FEIN, Helen. *Accounting for Genocide: National Responses and Jewish Victimization during de Holocaust.* Nueva York: Free Press, 1979.

FREUD, Sigmund. *El porvenir de una ilusión.* Buenos Aires: Obras Completas, 1927.

GOLDSTEIN, Mateo. "Genocidio". Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1956. t. XIII.

GORDON, Joy. "Cool war". *Harpers Magazine*, nov. 2002.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio. *Imperio.* Buenos Aires: Paidós, 2002.

HOROWITZ, Irving L. *Taking lives: genocide and state power.* New Brunswick, Nueva Jersey: Transaction Books, 1980.

KUPER, Leo. *Genocide. Its political use in the twentieth century.* New Haven, London: Yale Universit Press, 1981.

———. "International action against genocide". Minority Gropus, *Report* 53, London, 1982.

———. *The prevention of genocide.* New Haven, London: Yale University Press, 1985.

LAPLAZA, Francisco. *El delito de genocidio o genticidio.* Buenos Aires: Arayú, 1953.

LEMKIN, Rafael. "Genocide as a crime under international law". *American Journal of International Law* 14, Washington D.C., 1947.

LOZADA, Martín. "Milosevic y la justicia penal internacional". *Diario de Río Negro*, Argentina, 06.02.2002.

———. "Primeras condenas". *Diario de Río Negro*, Argentina, 15.02.2000.

———. "Europa y la Corte Penal Internacional". *Diario de Río Negro*, Argentina, 08.11.2002.

MARTINEZ, José Agustín. "El nuevo delito de genocidio". *Revista de Derecho Penal*, año II, primera parte, Buenos Aires, 1947.

———. "El nuevo delito de genocidio". *Revista de Derecho Penal*, año III, segunda parte, Buenos Aires, 1948.

MENGS, Javier Saenz de Pipaon y. *Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio.* Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1973.

MOORE, Barrington. *Pureza moral y persecución en la historia.* Buenos Aires: Paidós, 2001.

PORTER, Jack. *Genocide and human rights: a global anthology.* Washington D.C.: University Press of America, 1982.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal.* Consejo Superior de Investigación Científica. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

RAMELLA, Pablo. *Crímenes contra la humanidad.* Buenos Aires: Depalma, 1986.

ROSSANIGO, Livio B. *Prevención y represión del genocidio.* Córdoba, Argentina, 1959.

RUHASHYANKIKO, Nicodeme. *Estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio.* Consejo Económico y Social. Nueva York: Naciones Unidas, 1978.

SAVON, Hervé. *Du cannibalisme au génocide.* Paris: Hachette, 1972.

TERNON, Yves. *El Estado criminal.* Barcelona: Ediciones Península, 1995.

1.4

DERECHO PENAL ECONÓMICO – Concepto y bien jurídico

RAÚL CERVINI

SUMARIO: 1. Planteos introductorios: 1.1 Connotaciones y planteo de la exposición – 1.2 Concepto-corriente restrictiva – 1.3 Concepto-corriente amplia – 2. Concepto material de derecho penal económico – Evolucion y crisis: 2.1 Bipolaridad conceptual; 2.2 Evolucion posterior – 3. Problemas y custionamientos derivados de la concepción amplia: 3.1 Antecedentes; 3.2 Cuestionamientos: 3.2.1 Evaluación – 4. El necesario referente estructural de la objetividad jurídica en los delitos contra el orden económica – 5. Sobre el tema del bien jurídico – 6. Consideraciones finales sobre el concepto y bien jurídico en los delitos económicos.

Resumen: El presente trabajo trata de evidenciar la indiscutible vinculación entre las categorías del concepto y el alcance del bien jurídico en lo que hace al Derecho Penal Económico. El autor parte del reconocimiento de la imposiblidad de ensayar una aproximación "neutral" a estas categorías. En todos los casos, la postura que se adopte sobre uno de los temas incidirá sobre el otro y también siempre, inexorablemente, denunciará un compromiso. Desde esta perspectiva se analizan sintéticamente las principales corrientes sobre el Derecho Penal Económico (restrictiva y amplia), su evolución, los problemas y cuestionamientos derivados de la concepción amplia. Posteriormente se aborda el tema de bien jurídico partiendo del necesario referente estructural de este tipo de delitos. En el tramo final del trabajo se ensaya una construcción integradora, que sin descuidar las trasncendencias inherentes al rigor dogmático permita la construcción de un tipo penal socioeconómico, no sólo por procedimientos causales, sino tomando en cuanta lu realidad estructural social, o sea la conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella tiene en si misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado).

Palabras-clave: Concepto de Derecho Penal Económico – Bien Jurídico en el DPE – Concepción restrictiva del DPE – Concepción amplia del DPE – Cuestionamientos a las concepciones amplias del DPE – Referente estructural de la objetividad jurídica en el DPE.

1. Planteos introductorios

1.1 Connotaciones y planteo de la exposición

Concepto y Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico son temas que estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados. Como veremos más adelante, la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro.

En teoría resulta factible formular un acercamiento "neutral" al bien jurídico protegido, con un alcance geográfico e histórico universal, pues toda comunidad política tiene un orden económico, y las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamiento que lo lesionan o ponen en peligro. Pero cuando se toman en consideración los objetivos de política criminal que se persiguen, los contenidos y alcances de las legislaciones difieren sustancialmente y la posibilidad de lograr un cierto consenso sobre el objeto material del Derecho Penal Económico o Socioeconómico se pierde con facilidad.[1] Estas dificultades trascienden al momento de concretar conceptualmente el cerne de esas valoraciones positivas que se dan en una determinada relación social conflictiva.[2]

Este cuadro, de por sí complejo, se ha enrarecido bastante en los últimos tiempos. Se pregunta: ¿qué pueden tener de común la sociedad clásica o moderna con la llamada sociedad de riesgos? ¿qué pueden tener de común el clásico Derecho penal económico de la economía dirigista con el actual Derecho penal económico promocional-funcionalista que se indica como indispensable panacea para el conflicto de la sociedad pos-industrial? La respuesta será sin duda compleja, pero indudablemente, tratándose de Derecho Penal, el punto de necesario encuentro debe estar en las garantías de los ciudadanos y en ese mínimo aceptable de certeza-seguridad jurídica que exige un sistema democrático de gobierno. Pensamos que será finalmente posible lograr un cierto entendimiento técnico jurídico sobre el concepto y alcance del Derecho Penal socioeconómico, en la medida en que se compartan esos valores.

Tomando nota de estas realidades y a modo necesariamente introductoria, comenzaremos por exponer algunos ejemplos típicos de las más importantes vertientes conceptuales sobre el tema: la restrictiva, de cuño dogmático clásico, y la corriente amplia, en cuya conformación han incidido también factores pragmáticos y elaboraciones criminológicas. En capítulos posteriores abordaremos algunos aspectos sobre el debate actual, a saber: la evolución y crisis del concepto material (C. II), los problemas y cuestionamientos derivados de la interpretación amplia del Derecho penal económico (C. III), el necesario referente estructural

(1) Cfr. JESCHECK. "El derecho penal económico alemán". *Cuadernos de los Institutos* 74/69 y ss., Universidad Nacional de Córdoba, 1963.

(2) MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general.* 4. ed., Barcelona: Tectoto SL, 1996. p. 133 y ss.

de la objetividad jurídica tratada (C. IV) y unas reflexiones complementarias sobre el bien jurídico (C. V), seguidas de unas breves reflexiones finales (C. VI). Todo ello, advirtiendo desde ya sobre sus inevitables connotaciones ideológicas.

1.2 Concepto-corriente restrictiva

Probablemente la más escueta y clara definición del fin político criminal que persiguen las normas clásicas de derecho penal económico en los países desarrollados de Occidente se debe a Eberhard Schmidt, y puede verse en la noción de delito económico dado en la mencionada "Ley para la simplificación del derecho penal económico en el campo de la economía", dictada en 1949 en la República Federal de Alemania, según la cual *una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico.*[3]

Desde esa óptica, el bien jurídico protegido por los delitos económicos era la tutela del orden económico existente, es decir, el estatuto jurídico de la economía de mercado, constituyendo sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre concurrencia.[4] Una perspectiva economicista de la óptica restrictiva, la otorgaba Werget, quien definía el delito económico como *la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía.*[5]

En la misma orientación, pero un poco más extensa y neutra, es la definición de Otto, para quien *son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.* Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.[6]

1.3 Concepto-corriente amplia

Veremos más adelante que esta perspectiva supuso originalmente un doble propósito: en primer lugar, entender el orden económico u orden público

(3) Cfr. RICHI. *Derecho penal económico comparado*. Madrid, 1991. p. 319.

(4) Cfr. JESCHECK. *El derecho penal económico alemán*, cit. ut supra, p. 69 y ss.; TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985. p. 25.

(5) WERGET, Samuel. "El concepto de delito económico para las Ciencias Penales", en *Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala*, Editorial Galkir, 1972.

(6) OTTO, H. "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Köln: Carl H. Verlag, 1971. p. 72.

económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y en segundo lugar, colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

Bajo tales supuestos el Derecho Penal Económico es definido por Bajo Fernandez como *el conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*[7]

Con un contexto técnico más complejo –Tiedemann– señalará que *el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual).*

Como vemos, en esta óptica, al mismo tiempo de lesionarse un bien jurídico individual (patrimonio) se está lesionando uno supraindividual (orden económico). Así, por ejemplo, sostiene que al castigarse penalmente las quiebras fraudulentas se están protegiendo al mismo tiempo los intereses puntuales de los acreedores y deudores y el propio sistema crediticio como expresión del orden económico.

Esta es precisamente la "sumatoria" de bienes jurídicos afectados que admite hoy día parte de la doctrina más recibida y resulta fuertemente criticada por otro sector igualmente significativo, ya que son consecuencias inevitables de esta concepción extensiva evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debe entenderse por delito económico. Como veremos, los argumentos críticos son muy variados y de diferente agresividad, al punto de que algunos autores contemporáneos con visión pragmática llegan a cuestionarse la misma razonabilidad del debate, en el entendido de que este contiene aspectos técnicos insalvables.

2. Concepto material de derecho penal económico – Evolucion y crisis

2.1 Bipolaridad conceptual

1. La delimitación de un criterio "material" para definir un delito económico, necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico-penal, entendido como un interés social protegido por la norma (significación social).

Precisamente, como hemos adelantado, la necesidad de establecer con la mayor precisión posible ese interés, es una tarea cuya complejidad ha provoca-

(7) BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial.* 1. ed. Madrid, 1978. p. 32.

do que algunos renuncien a ella, predicando que el gran número de normas penales aplicables y la distinta gravedad de los hechos involucrados, obliga a admitir que lo único que tiene sentido es utilizar un concepto "pragmático" del delito económico.[8]

2. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado hasta la década del 80 y dentro de la doctrina penal, fue dominante el punto de vista que buscó la delimitación del delito económico utilizando como pauta del agrupamiento el bien jurídico protegido, por considerar que era el único que permitía evitar ambigüedades y contradicciones, posibilitando conclusiones homogéneas.[9]

En ese lapso hemos visto desarrollar diferentes vertientes de objetivación jurídica, muchas de ellas de funcionamiento no excluyente, es decir, complementario a otras concepciones de contenido más preciso, entre ellas:

Una corriente centra en la *Economía en su conjunto* el objeto de protección. Lindemann, por ejemplo, decía que Derecho Penal Económico es el elenco de conductas punibles que se dirigen contra el conjunto total de la Economía o contra ramas o instituciones fundamentalmente importantes de ese conjunto. El mismo orden que se expone se vio recogido en algunas opiniones sustentadas durante el Congreso de Roma de 1953, referidas a las "normas para asegurar la economía en su totalidad, independientemente del fin de la política económica". En alguna medida puede considerarse dentro de esta línea el sistema del Código Italiano de 1930, prioritariamente orientado a proteger la economía pública ante atentados directos a bienes y servicios, o la regularidad de los factores de la economía, como la industria, el comercio y el trabajo.

Otra concepción atiende al fenómeno de *la Planificación*, centrando en ella la objetividad. Aquí, en posiciones extremas se ha llegado al absurdo de sostener que la planificación es un concepto aplicable exclusivamente a los regímenes de tipo socialista (ejemplo: Aftalion) y que en consecuencia, solo en ellos es posible analizar autónomamente la materia. Fuera de estas posturas y hoy en día, la mayoría entiende a la planificación como un concepto abstracto, neutro o relativizado.

Otras vertientes atienden a las nociones de *libertad económica* (Jescheck),o de *iniciativa privada* (Ludjer), con lo que indirectamente circunscriben el Derecho Penal Económico al funcionamiento de las reglas del mercado.

(8) Así, KAISER. "La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania". *Rev. Inglas Derecho* 6-1/102 y ss., Miami Florida, 1996. Con ciertos matices es la misma postura que sostiene MIGAL DE BUEN, Daniel. "El Bien Jurídico en el Derecho Económico y Social". *Revista de Sociología Jurídica de México* 3/45, México-DF: Saban, 1999. t. II.

(9) Cfr. LAMP, Ernst-Joachim. "La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983", en *La reforma penal: Delitos Socio-Económicos*, Ed. de Barbero Santos, Universidad de Madrid, 1985. p. 363 y ss.

3. Finalmente, encontramos la concepción más difundida hasta los años 80 y aún de gran recibo. La misma trabaja el bien jurídico de los delitos económicos en base a ideas originalmente expuestas por Ripert de un *Orden Público Jurídico Económico*. Este concepto, si bien vinculado en su matriz original a la idea de intervencionismo estatal, ha sido independizado conceptualmente y hoy se le hace funcionar con cierta comodidad dentro de los parámetros de la era del mercado.

En un espectro de por sí indicativo de las múltiples variantes y posibilidades de esta vertiente, diferentes autores hacen referencia a que el bien jurídico tutelado es el "orden público económico";[10] el "orden económico";[11] el orden económico nacional";[12] el "orden público económico social";[13] el "régimen económico público";[14] el "orden público del mercado";[15] la "Policy económica del Estado";[16] y, "normal funcionamiento de los mecanismos económicos",[17] entre otras proposiciones similares.

4. A esta altura de nuestro esquema corresponde señalar dos cosas: a) de esta matriz nace la concepción caracterizada como amplia; y, b) resultó definitivo a lo largo de todo este proceso el advertir que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere "supraindividuales"[18] lo

(10) Así, AFTALION. "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico". *Revista de Ciencias Penales* 2/86, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1966. t. XXV; NOVOA MONREAL. *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Santiago de Chile, 1987. p. 193.

(11) Así, MIRANDA GALLINO. *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, 1970.

(12) Así, BERGALLI. "Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina". *Nuevo Pensamiento Penal* 2/194, año 2, Buenos Aires, 1973.

(13) Así, COUSIÑO. "Delito socio-económico". *Revista de Ciencias Penales* 1/47, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1962. t. XXI; VALENÇA, Carlos Luis. "El derecho penal socioeconómico latinoamericano". *Revista ILRS* 12/67, San José da Costa Rica, 1985.

(14) Cfr. MEZGER. "Derecho penal", en Libro de estudio, Parte especial, Buenos Aires, (VM) 1959, p. 390.

(15) RIGHI. "Derecho penal económico", en *Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM. México, 1980. vol. I, p. 110 y ss.

(16) HULGER, Wilson. "Sobre los conceptos de Bien Jurídico y Policy en el Estado moderno", en *Documento Morton Banking Institute*, MD-680/2000, Nueva York, 2000. p. 35.

(17) SEVERIN, Louis W. "Economía y derecho penal". *Law and Criminology Review* 2-4/67 y ss., Austin, 1970.

(18) Cfr. TIEDEMANN. "El concepto de delito económico". *Nuevo Pensamiento Penal* 8/465, año 4, Buenos Aires, 1975; RIGHI. "Derecho penal económico", en *Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM. México, 1980. vol. I, p. 110 y ss.

que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales. Sobre esa base, fueron considerados en principio ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, la aprobación indebida, el soborno, la usura, el hurto, el daño o los delitos de quiebra.[19]

En consonancia con esta apreciación supraindividual, Muñoz Conde señala que el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, nos dice, se vincula exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía. Se refiere a la regulación jurídica del intervensionismo estatal de la economía y a la tutela de los intereses patrimoniales individuales; el segundo trasciende su esfera de protección fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales.[20]

Característica de este estadio de la doctrina es la tradicional definición de Tiedemann, quien, como ya adelantamos, señala que el delito económico consiste en *un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual).*[21]

5. Por consiguiente, hasta la década de los años ochenta, el derecho penal económico presentaba una fisonomía que en forma generalizada suponía la adopción de una conceptualización bidimensional:

a) Se reconocía la importancia de un "concepto restringido", vinculado a una noción de las mismas características del delito económico, que era consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico, de lo que surgían al menos tres grandes consecuencias: a) el cometido del derecho penal económico quedaba acotado en principio a la tutela de intereses individuales de los particulares o en su caso del Estado, pero no alcanzaba a la protección de los intereses colectivos o "supraindividuales"; b) se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico penales que protegían el orden económico; y, c) por orden económico se entendía generalmente como la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía.

Consiguientemente, desde esa perspectiva restringida, el "derecho penal económico" era el sector jurídico que reforzaba con conminaciones penales, la dirección y control estatal de la economía.[22]

(19) Cfr. TIEDEMANN. "El concepto de delito...", cit. ut supra, p. 468 y ss.

(20) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornadas en honor al Prof. Klauss Tiedemann, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995. p. 267.

(21) TIEDEMANN, Klauss. "El concepto de delito", cit. ut supra, p. 465.

(22) Cfr. LAMPE, Ernst-Joachim. "La protección jurídico-penal de la competencia económica...", cit. ut supra. p. 367; TIEDEMANN. "El concepto de delito...", cit.

b) Pero convivía con el anterior un "concepto amplio" en el que incidían dos factores: a) una visión "pragmática" del delito económico: que agrupaba los distintos tipos penales con "significación" económica;[23] y, b) un desarrollo proveniente de la investigación criminológica, cuya visión del *white collar crime* prescindió de la noción de bien jurídico, centrando su preocupación en las características del autor.

Esta visión "amplia" presentaba las siguientes características: a) el "derecho penal económico" era definido como el conjunto de normas jurídico penales, destinadas a proteger el "orden económico", entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo, de bienes y servicios; b) era una concepción "extensiva" que colocaba como objeto de protección en primer lugar intereses patrimoniales cuyo titular podía ser el Estado o los particulares; c) subsidiariamente, en segundo término se atendía a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado.[24]

Es de resaltar que para otros autores resulta prioritaria la protección de los intereses colectivos, precisamente, nos dice Mancuso, que su tutela define la autonomía conceptual de la corriente amplia al tiempo que evidencia las ventajas pragmáticas de la misma. Al respecto formula dos aclaraciones: a) de la afirmación de que el delito económico ampara básica y prioritariamente bienes supraindividuales, no se debe concluir que no pueda además quedar protegido el interés jurídico de un particular. Así, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, que naturalmente están orientadas a proteger la libre concurrencia en una economía de mercado (bien jurídico supraindividual), amparan también intereses individuales de los consumidores, y de los competidores del autor de la infracción. Lo que se afirma es que en el Derecho Penal socioeconómico la norma penal trasciende de la protección de esos bienes particulares, ocupando el bien colectivo el primer lugar, por ser el que otorga fundamento propio a la prohibición; b) por otra parte, algunos de los clásicos tipos patrimoniales que tutelan fundamentalmente bienes individuales pueden asumir modalidades trascendentes que permiten su caracterización como delitos económicos.

ut. supra, p. 465 y "Poder económico...", cit. ut. supra. p. 12; RIGHI. "Derecho penal económico comparado", Madrid, 1991, p. 318 y ss; NOVOA MONREAL. "Cuestiones de derecho penal y criminología", Santiago de Chile, 1987. p. 193; BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, 1. ed. Madrid, 1978. p. 42; MARTOS NÚÑEZ. "Derecho penal económico", Madrid, 1987. p. 128.

(23) Expresiva de ese punto de vista fue la 2.ª Ley Alemana contra la Delincuencia Económica de 1986, cuyo § 263.ª incriminó la defraudación mediante computadoras.

(24) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, op. cit. ut supra, p. 43; Del mismo autor: "Los delitos societarios en el nuevo código penal español de 1995". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/738, IX, Padova: Cedam, 1996; MARTOS NÚÑEZ, op. cit. ut supra, p. 129; BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "Ciencia penal y criminología", Madrid, 1985. p. 180.

Así, por ejemplo, el daño cuando se presenta bajo formas de sabotaje económico.[25-26]

2.2 Evolucion posterior

1. Cuando se observa el panorama del derecho penal económico en la actualidad, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la economía de mercado, la decadencia del "dirigismo" estatal, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales y también como consecuencia de la creciente tendencia a postergar los rigores sistemáticos que ofrece la dogmática.

Al reparar en el conjunto de áreas involucradas, en enunciaciones que nunca resultan exhaustivas, se advierte que como consecuencia de la referida noción "amplia", son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento; g) los balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior, j) los daños al eco-sistema etc.

Lo expuesto hasta aquí permite extraer al menos tres conclusiones: a) la primera es que se advierte una expansión de los "contenidos" del derecho penal económico; b) la segunda es que esa expansión se ha dado, tanto en la legislación extra-código como en el ámbito del derecho codificado; y, c) la tercera constatación es que este acelerado proceso expansivo se ha realizado careciendo de toda prudencia, coherencia sistemática y mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal.

2. Si tomamos el ejemplo de Alemania, nos dice Volk que se advierte una agresiva evolución que lejos de clarificar el panorama del Derecho Penal Económico lo ha enrarecido al nivel de fragrante dispersión conceptual y jurídica.[27]

(25) MANCUSO, Elio. "Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos". *Revista Ciencias Penales* 5/34, VI, Bogota: Teruel, 1994.

(26) BACRIE, Stephane. "El Debate sobre el Bien Jurídico en el Derecho Penal de los Negocios". *Revista del Instituto de París* 11/4, abr. 1998. p. 97, critica a esta posición señalando que construye una categoría totalmente ajena al natural fundamento antropológico que debe presidir todas las ramas del Derecho Penal. Prioriza demasiado los intereses de la comunidad situados en primer plano y por ello la incriminación no toma en cuenta la esfera privada del individuo, su patrimonio e intereses subjetivos, los cuales sólo reciben, en el mejor de los casos, una protección incidental.

(27) VOLK, Klaus. "Diritto Penale ed economia". *Rivista Diritto Penale Dell' Economia* 2-3/479 yss., XI, Padova: Cedam, 1998.

Así puede percibirse que en un primer momento se aprobaron en Alemania variadas leyes de reforma, orientadas a cubrir supuestas lagunas de punibilidad, como ocurrió en 1976 cuando la 1.ª Ley Contra la Criminalidad Económica incorporó tipos para reprimir la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos, como también delitos de quiebra. Diez años después, la misma finalidad tuvo la 2.ª Ley Contra la Criminalidad Económica, fundamentalmente destinada a castigar la manipulación fraudulenta de computadoras. Luego, un salto cualitativo supuso la incorporación al Código Penal de un catálogo especial de competencias judiciales para presuntos "delitos económicos", reforma que concretó otra ampliación, cuyo único fundamento fue de orden procesal.

Finalmente, se adoptó otro criterio expansivo de tipo operativo-funcional que reconoce su origen en la investigación criminológica, y que consistió en considerar "delito económico" al cometido utilizando una empresa, realizado en beneficio de la misma o en su ámbito.

3. Igual situación se vive con la anodina y meramente simbólica aglomeración de tipos diversos que ostenta el actual Derecho Penal Económico de Italia;[28] en la pasmosa dispersión de "Droit Penal des Affaires" de Francia;[29] el más conocido desarrollo de la legislación española[30] etc.

Como consecuencia de este proceso ocurrido tanto al nivel doctrinario como en el derecho positivo contemporáneo, la noción amplia o elástica de delito económico se encuentra fuertemente cuestionada en múltiples y variados aspectos, algunos de los cuales procuraremos esbozar rápidamente.

3. Problemas y custionamientos derivados de la concepción amplia

3.1 Antecedentes

A modo de recapitulación. Hemos señalado que el concepto de delito económico originario y clásico, derivados de las concepciones del bien jurídico

(28) Confirman entre otros: LO MONTE, Elio. "Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 2-3/323 y ss., XI, Padova: Cedam, 1998; MANNA, Adelmo. "Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/665 y ss., X, Padova: Cedam, 1997; MAUGERI, Anna Maria. "La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/817 y ss., IX, Padova: Cedam, 1996; PALIERO, Carlo Enrico. "Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 4/1173 y ss., IX, Padova: Cedam, 1996.

(29) Conf BACRIE, Stephane. "El Debate sobre el Bien Jurídico...", cit. ut supra, p. 99.

(30) Cfr: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Los delitos societarios en el nuevo código penal español de 1995". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/738 y ss., IX, Padova: Cedam, 1996; SALIERO ALONSO, Carmen. "Reflexiones en torno a la tutela penal del ambiente. Especial consideración de los delitos contra el ordenación del

que se acaban de exponer, originó la denominada teoría "restringida". De acuerdo con este punto de vista, el contenido de la disciplina en sentido "estricto" comprendía las normas jurídico penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.[31] Ese criterio de delimitación se correspondía con una noción también restringida del derecho económico, asimilable al conjunto de normas vinculadas al derecho de la economía dirigida por el Estado. Consiguientemente, siempre en sentido estricto, el delito económico era apreciado como la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Ése fue también el punto de vista más aceptado en el contexto legislativo y científico de esa época, por considerarse el único concepto que resultaba a la vez garantizador y de utilidad, ya que era comprensivo tanto de las hipótesis de tutela en los casos de intervención anticrisis, como en las de promoción del desarrollo, incluyendo así los supuestos de protección de la economía de mercado y también la tutela de instrumentos de asignación forzosa de recursos. En realidad, se suele olvidar, que pese a que se trata de una noción "restringida", permitía cierto juego conceptual y considerar delitos económicos tanto al monopolio que afecta la libre concurrencia, como a los supuestos de lesión a medidas estatales que impiden el acceso a un mercado a determinadas personas, como sucedía, por ejemplo, con inversores extranjeros.

Como consecuencia de criterios pragmáticos y fundamentalmente de los que orientaron la investigación criminológica, se fue desarrollando paralelamente una noción del delito económico, en un sentido amplio. Desde esta perspectiva, el derecho penal económico fue definido como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Esta perspectiva supuso colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado, por ejemplo el sistema crediticio, operaciones de pago sin dinero efectivo o el mercado de capitales.[32]

Ya señalamos también que las consecuencias inevitables de esta concepción extensiva fueron las evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debía entenderse por delito económico, el que fue definido como la infracción que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaba o ponía en peligro en segundo tér-

territorio en el nuevo código penal español". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 2-3/367 y ss., XI, Padova: Cedam, 1998; BARBERO SANTOS, Marino. "Introducción general a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/605 y ss., X, Padova: Cedam, 1997.

(31) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: "Derecho penal económico aplicado...", cit. ut supra, p. 37; MARTOS NÚÑEZ, op. cit. ut supra, p. 128.

(32) Así, BAJO FERNÁNDEZ. "El Derecho penal económico aplicado..." cit. ut supra, p. 40.

mino la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En teoría se adjudicó a esta concepción, la virtud de armonizar los objetivos de las investigaciones criminológicas sobre criminalidad de cuello blanco con los contenidos del derecho penal económico,[33] pero ciertamente la imprecisión conceptual que la orientaba, necesariamente generó confusión y se fue perdiendo todo contacto con el rigor dogmático penal.[34]

3.2 Cuestionamientos

1. El primer cuestionamiento retoma los puntos de vista originados en Feuerbach y posteriormente desarrollados por Goldschmidt, quienes distinguían entre: a) los "delitos", reconocidos por su esencia como lesiones de derechos subjetivos, y por lo mismo portadores de un verdadero injusto criminal; y, b) las "infracciones", apreciadas como modalidades de comportamiento reprimidas por razones vinculadas a la seguridad y el orden público, meras contravenciones administrativas que no pertenecen al derecho penal criminal.

En la medida en que la pena criminal sólo es legítima en función de la noción de bien jurídico, entendida como la condición jurídicamente garantizada de libre desarrollo de un individuo en sociedad y dado que el objeto de tutela del derecho penal económico es el funcionamiento de subsistemas económicos, se considera que debe ser un derecho de infracciones administrativas, y no un derecho criminal. Esta perspectiva crítica si bien admite la existencia de bienes jurídicos "supraindividuales", lo que niega es que ese sea el objeto de tutela del derecho penal económico, su fuero natural debía ser el de las infracciones administrativas.[35]

2. Otra perspectiva crítica parte de la base de que sólo cabe reconocer la existencia de un "bien jurídico" cuando es empíricamente demostrable que puede ser dañado. Se sostiene que una política criminal de base empírica exige demostrar que existe una inequívoca relación de causalidad, entre el comportamiento individual y el referido daño supraindividual, por lo que la cualidad de una acción de ser "lesiva" depende de que esté casualmente vinculada a la afectación del bien jurídico.

En tal sentido se observó que si bien hay delitos individuales en los cuales el daño patrimonial es efectivamente acompañado de gran dañosidad social,

(33) Idem, ibidem, p. 43.

(34) Cfr: LO MONTE, Elio. "Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica...", cit. ut supra, p. 323 y ss.

(35) Cfr: OEHLER, Dietrich. "Tendenze e controtendenze nel diritto penale dell'economia". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/128 y ss., IX, Padova: Cedam, 1996.

también hay otros ilícitos individuales de gravedad en los cuales el daño patrimonial no trasciende al plano de los bienes jurídicos supraindividuales y otros casos en los cuales, que lejos de estar colocado en primer plano el daño patrimonial, el mismo puede inclusive no existir siendo muy claro el daño colectivo. Righi[36] nos da el siguiente ejemplo: cuando se abre una línea especial de crédito para fomentar una determinada actividad económica o cubrir una necesidad social, el comportamiento puede consistir en obtener un crédito mediante ardid. En esos casos lo lesionado son los intereses colectivos vinculados a los objetivos de política económica o social involucrados, pudiendo no haber lesión individual ni perjuicio patrimonial, cuando por ejemplo, el autor paga el crédito en los plazos pactados.

3. También se ha señalado, a modo de crítica, que, desde el punto de vista ontológico, la afirmación de que un delito económico en sentido amplio lesiona en primer lugar intereses individuales, entra en contradicción con su enunciada "vocación supraindividual final", es decir con la exigencia de que lo afectado por los delitos económicos deben ser prioritariamente bienes jurídicos "supraindividuales".[37]

Entre esos tipos claramente orientados a tutelar preferentemente intereses supraindividuales, se suelen mencionar las infracciones previstas con motivo de la formación de carteles. Otro ejemplo de esa contradicción se manifiesta en la tutela penal del medio ambiente.

Los delitos ecológicos giran en torno a la idea de protección del "medio ambiente natural", habiéndose definido sus objetos de tutela en la conservación del suelo y la flora, el mantenimiento de la pureza de las aguas, la eliminación de basuras, la protección contra gases perjudiciales, la eliminación o reducción de los efectos nocivos de la radioctividad y los desperdicios químicos y la protección contra los ruidos.[38] La definición de bien jurídico protegido, es claramente indicativa de que se orienta a proteger intereses de la comunidad en su conjunto.[39] Reconoce Rodríguez Ramos que si bien no puede negarse que con la protección al medio ambiente pueden verse tutelados mediatamente bienes

(36) RIGHI, Esteban. "El Derecho penal económico comparado...", cit. ut. supra, p. 322.

(37) Cfr. RIGHI. "Derecho penal económico comparado", cit. ut supra, p. 323. Otra opinión en TIEDEMANN. "El concepto de delito económico", cit. ut supra, p. 469.

(38) Cfr. BACIGALUPO y STAMPA BRAUN. "La reforma del derecho penal económico español" *Revista Jurídica de Cataluña-Extra. El Proyecto de Código* Penal, 1980, p. 102.

(39) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS. "Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambietne". *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P., Madrid-Plasencia, 1977. p. 281; "Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto)", en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980. p. 473; "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en *Estudios penales y criminológicos*, V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982. p. 307.

tradicionales como la vida o la propiedad, esos bienes jurídicos añejos no agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección de las normas aludidas, pues lo que primariamente se ampara es el derecho de "todos", del colectivo a un entorno de vida adecuado.[40] Los delitos ecológicos normalmente se engloban dentro de la categoría derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción "amplia" del mismo. Lo integran más por su significación social que por coherencia conceptual o sistemática.[41]

4. Otra vertiente crítica ha expresado que un concepto tan heterogéneo elástico del Derecho penal económico denuncia o pone en evidencia, más la impotencia que la versatilidad de dicho concepto. En esta tesitura Beristain Ipiña señala que la mejor demostración de que ese concepto laxo provoca una insalvable imprecisión, como para impedir acotar el contenido del derecho penal económico, esté dada por la enmarañada y dispar enumeración de tipos que algunas formulaciones agrupan dentro de esta categoría.[42]

En el mismo sentido Bajo Fernández expresa que esta seudo categoría es en un todo equiparable a un "cajón de sastre"[43] y se remite a la clasificación que de los delitos económicos ha ofrecido un conocido especialista, Zirpins, para comprobar que estamos ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos absolutamente dispares.[44] Agrega que estos intentos de

(40) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS. "Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente", cit. ut supra, p. 281.

(41) Cfr. RIGHI. "Derecho penal económico comparado", cit. ut supra, p. 324.

(42) Así. Cfr. BERISTAIN IPIÑA. "Ciencia penal y criminología", Madrid, 1985. p. 181. El autor enumera a vía de ejemplo, entre otros hechos punibles: las normas referidas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación de datos o robo de los mismos, violación de secretos), la falsificación de balances de una empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo: quiebras e infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, infracciones bancarias o bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones contra las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades de dinero procedentes de delitos (hold-ups), los boicots empresarios, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades de documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, y la creación de sociedades ficticias.

(43) BAJO FERNÁNDEZ. "El Derecho penal económico aplicado...", cit. ut supra, p. 42.

(44) ZIRPINS distinguió seis grandes grupos de delitos económicos: 1) la estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras

clasificación evidencian que el concepto amplio de delito económico es desde el punto de vista de la dogmática pura, algo inadmisible, desde el momento en que se incluyen en el mismo acciones de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que "eventualmente" puedan lesionar el orden económico. Si así fuera habría que acabar reconociendo que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de una firma social etc., pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. En ausencia de toda técnica sistemática, inducción al suicidio, asesinato, injurias, podrían llegar a ser considerados también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se debe llevar a cabo, en atención a su contenido sustancial y éste se determina, a su vez, en función del bien jurídico que, en abstracto y por definición, resulta necesariamente ofendido por la correspondiente figura delictiva, y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar eventualmente lesionados.

La agrupación bajo la rúbrica de Derecho penal económico o socioeconómico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentes etc., no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso,[45] porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en el caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

3.2.1 Evaluación

Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido y para muchos autores es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa Lopez-Rey, un concepto claro de lo económico es difícil y en el mejor de los casos tiene un carácter descriptivo-enumerativo que nunca podrá estimarse como comple-

formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y, 6) otros delitos como agio arrendaticio, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores.

(45) BALESTRINO, U. G. "I problemi generali dei reati societari", Milano, 1978. p. 12 y ss.

to.[46] A lo que otros añaden, con indiscutible acierto, la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa.[47] Sobre este aspecto, que constituye a nuestro entender una de las críticas más ferméntales al concepto amplio, volveremos con más detalle en el apartado siguiente de esta exposición.

Por otro lado, también se reconoce que la noción de "delincuencia económica" ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico, de política criminal y en lo que hace a la percepción del tema al nivel de los tribunales y del mismo colectivo social involucrado. El concepto amplio de delito económico parece, en cambio, técnicamente inviable desde la perspectiva dogmática. Esta realidad, nos dice Bajo Fernández, no debe preocuparnos demasiado, hay que aprender a vivir con ella, porque en cualquier caso, no debemos dejarnos prender por la cuestión dogmático-sistemática. Agrega que muy probablemente lo más importante en esta hora no es determinar si este o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si éste puede o no considerarse desde el punto de vista dogmático como un específico bien jurídico, sino si, para el buen desarrollo de la vida económica, es necesario o no, que un determinado hecho se configure como delito.[48] También para otros autores se debe otorgar primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa a la sistematización y coherencia dogmática de los llamados delitos económicos.[49] Afortunadamente aún quedan también algunos, menos resignados, que continúan aferrados, a las seguridades y garantías que otorga un bien jurídico afirmado en una adecuada definición conceptual, propia del verdadero Estado de Derecho.[50]

4. El necesario referente estructural de la objetividad jurídica en los delitos contra el orden económica

1. Avanzando un poco más en nuestro relato, podemos observar que en forma contemporánea, un número creciente de autores creen que el delito económico y consecuentemente *la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen.*

(46) LOPEZ-REY, M. *Criminología,* I, Madrid, 1975. p. 144.

(47) Cfr. RUIZ VADILLO, E. "Los delitos contra el orden socio-económico". *Anuario de la Escuela Judicial* XIII/224-225, 1981.

(48) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal...,* cit. ut supra, p. 51.

(49) En esa línea: SIEBER, Urlich. "Responsabilità penali per la circolazione di datti nelle reati internazionali di computer. Le nuove sfide di intenet". *Rivista Diritto Penale Dell'Economia* 3/743 y ss., X, Padova: Cedam, 1997.

(50) Ver obra de Sergio MOCCIA, Luigi FERRAJOLI, Marzia FERRAIOLI y otros autores del garantismo italiano.

Hemos sostenido en trabajos anteriores que el delito económico, como en general todos los delitos (convencionales o no convencionales) son productos sociales o más exactamente *sub-productos estructurales* ya que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad en un momento histórico determinado. Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego la conducta constitutiva de delito económico estará funcionalmente condicionada por la estructura socioeconómica concreta en un momento determinado. Precisamente en el ámbito de la doctrina penal se está aludiendo inequívocamente a la estructura económica cuando se señala que la infracción lesiona el "orden público económico", pero se introduce el error de creer que este "orden público económico" es similar en todos los países.

2. Se ha sostenido que sin perjuicio de sus otras funciones (límite, teleología, crítica), el bien jurídico cumple también una función sistemática inminente al sistema penal y una función legitimadora trascendente al sistema penal.[51] Desde una perspectiva sistemática y considerando que los bienes jurídicos reflejan relaciones sociales concretas protegidas por la norma penal en un sistema social determinado, se han clasificado jerárquicamente en dos grandes grupos: los que dicen relación con las bases de existencia del sistema social y los que están en relación con el funcionamiento del sistema social.[52]

Los bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social son aquellos sin los cuales el sistema social concreto, en este caso el que garantiza el Estado Social y Democrático de Derecho previsto en la Constitución, no podría existir, como la vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio. En cambio, los bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social al producirse situaciones sociales conflictivas. Legitiman la intervención coercitiva del Estado no ya para proteger un bien jurídico que está en la base de existencia del sistema social, sino para asegurar las condiciones indispensables para que esas relaciones sociales básicas (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan producirse.

Desde esta perspectiva de Bustos Ramirez, los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado. El Derecho Penal es el Derecho coercitivo de ese sistema social y protege relaciones sociales concretas dentro de ese sistema social, que no es otro que el del Estado Social y Democrático de Derecho. Estrictamente corresponde hablar de bienes jurídi-

(51) HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992. p.12 y ss.

(52) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español. Parte General*. Barcelona: Ariel, 1984; adicionalmente: "Control social y sistema penal", Barcelona: PPU, 1987.

cos microsociales y de bienes jurídicos macrosociales. Estos últimos bienes jurídicos están al servicio de los bienes jurídicos microsociales. Se trata de proteger las condiciones mínimas para que las relaciones microsociales (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan desarrollarse. Así, el medio ambiente está al servicio de la vida y la salud individual. Si el Estado no interviene castigando al que contamina el aire y el agua o destruye y explota abusivamente los recursos naturales, las relaciones microsociales que están representadas por los bienes jurídicos vida y salud individual no podrán realizarse o podrán verse seriamente perturbadas en su realización. Esta concepción permite cerrar algunos aspectos críticos antes señalados.

Visiblemente el orden público socioeconómico es un concepto que no es nada pacífico.[53] Dicha noción está ligada a las condiciones concretas de cada país y de cada época con sus particulares, diversos y a veces antagónicos enfoques ideológicos. Así, por ejemplo, no es lo mismo el orden económico en un período de emergencia bélico, como sucedió en Europa después de la I Guerra Mundial, en que se dictaron agresivas medidas económicas para prevenir la especulación y asegurar el abastecimiento, que en un período de cierta normalidad como el actual, en que se confía en la fuerza autorreguladora del mercado.

3. Lo expuesto permite reforzar la idea de que en el proceso de selección de las conductas socialmente disvalorativas en el proceso económico no puede prescindirse de las condiciones concretas de la estructura social y de la forma concreta en que se dan las relaciones económicas en dicha estructura social. Esto de por sí representa una invalorable limitación al *jus puniendi*. Así no puede prescindirse de la forma de Estado y del grado de su intervención en los procesos económicos y sociales, pues éstos condicionarán las relaciones individuales. En consecuencia, *no puede hablarse de orden público socioeconómico en abstracto, sino sólo en relación con una determinada estructura social que impondrá su propia racionalidad y marco de legitimidad. De allí tampoco se pueda hablar de delito económico como una categoría atemporal, ontológica, sino sólo en relación de una estructura social concreta que lo define en un momento histórico determinado.*

El orden público económico protegido por las disposiciones penales socioeconómicas variarán con el sistema imperante. En particular el Estado Democrático Social de Derecho configura un escenario político en el que, si bien se contempla un modelo socioeconómico que reconoce, sin perjuicio de su función social, la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también otorga al Estado ciertos derechos-deber,

(53) Con motivo del proyecto de 1980, se criticó por un sector de la doctrina (STAMPA-BACIGALUPO, 1980, 5) de que el aludido proyecto al reunir los delitos económicos bajo el epígrafe "Delitos contra el orden socioeconómico" aludiera a un bien jurídico que por difuso era inaceptable, a lo que se contestó (RODRIGUEZ MOURULLO, 1981, 707) que el epígrafe sólo quería expresar "simplemente una categoría sistemática de referencia".

facultades interventoras de carácter económico y social para alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad. Este paradigma es precisamente el que legitima la intervención del Estado.

4. De acuerdo con estos principios constitucionales, *el llamado orden socioeconómico es del interés y está al servicio de todos los ciudadanos*, en esto radica su contenido personalista microsocial. Así, por ejemplo, la difusión de una noticia falsa con la intención de alterar los precios de un producto debe entenderse e interpretarse como una intervención intolerable desde una posición de poder en el funcionamiento del mercado y que en último término perjudica a los consumidores. Ese obstáculo que impide la realización de la libre competencia impidiendo la formación del justo precio, viene en último término también a afectar al patrimonio del consumidor. La protección de la libre competencia como factor específico del orden socioeconómico implica en última instancia la protección de un bien jurídico macrosocial. La lesión de este bien jurídico macrosocial, en este caso la libre competencia, produce distorsiones en el funcionamiento del sistema, ya que obstaculiza la libre circulación de las mercancías. Pero esta lesión del bien jurídico macrosocial, en la medida que está referido al funcionamiento del sistema, en último término también perjudicará al patrimonio de uno de los sujetos de la relación económica de mercado. En consecuencia, en la medida que la lesión del bien jurídico macrosocial implica obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsocial que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo Estado Social Democrático de Derecho. Por eso, en la protección de una relación macrosocial, en este caso el libre mercado, se están protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsocial que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor.[54] Como vemos el orden socioeconómico conlleva intervención estatal dentro de la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudiera producir.

5. En síntesis, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones sociales macrosociales. La lesión a estos bienes jurídicos macrosociales denuncia una disfunción del sistema y da contenido material al injusto económico. Su perturbación pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su protección también implica en último término la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico. Proteger el sistema crediticio castigando las quiebras o insolvencias fraudulentas implica también la protección del patrimonio del acreedor. Hay una necesaria relación teleológica entre el bien jurídico macrosocial, relativo al funcionamiento del sistema, y el bien jurídico microsocial, que es a la vez, condición de existencia del sistema y limitante de sus eventuales excesos.

(54) Como plantea BUSTOS RAMIREZ (1987) en la protección de los bienes jurídicos macrosociales hay una protección teleológica de bienes jurídicos microsociales.

5. Sobre el tema del bien jurídico

1. Las dificultades que hemos denunciado para lograr un racional equilibrio entre concepto y bien jurídico vienen dadas, en parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes.

Se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, que el Estado reivindica hoy, impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que, como sugiere Pedrazzi, ha de abarcar los objetivos estatales de justicia social.[55] En todo caso, el carácter promocional que se pretende asignar al Derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictual o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación.

Así, por ejemplo, Hassemer subraya que el paso de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones pone en peligro el papel crítico-garantista del bien jurídico. Los denominados *grossflächige Rechtsgüter*, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrían erigirse en criterio definidor ni delimitador del poder punitivo, y menos aún en los delitos de peligro, sobre todo abstracto, que, nominalmente orientados a la defensa de bienes jurídicos, les son, en realidad, excesivamente ajenos.[56] El interés de quien concede subvenciones en que sean utilizadas debidamente o el interés en conservar un ambiente –ejemplos propuestos por Hassemer– por evidente que sea su relevancia, no son fácilmente caracterizables como bienes jurídicos, sino como objetivos de carácter político, social o económico y su tutela, más que de auténticos bienes lo es de funciones.[57]

2. Recuerda Marinucci que los últimos años están siendo, en efecto, testigos de programas de criminalización y descriminalización tendentes a proporcionar tutela penal al catálogo de bienes, derechos e intereses de relevancia constitucional, y, en concreción de tal tendencia, se viene aceptando la necesidad de acentuar la presión penal en un sector que, aún con excepciones, había sido inmune a ella, el de los bienes jurídicos de carácter social, de tipo colectivo, supraindividual o difuso, que todas estas denominaciones se emplean, sin precisar, las más de las veces, las señas de identidad de cada uno de estos conceptos.[58]

(55) PEDRAZZI, C. "El bien jurídico en los delitos económicos", p. 287.

(56) HASSEMER, W. "Umweltschutz durch Strafrecht", en *Neue Kriminalpolitik*, 1988. p. 47 y ss.

(57) HASSEMER, W. "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti guiridici", en *Dei delitti e delle pene* 1, 1984. p. 109 y ss.

(58) Cfr. MARINUCCI, G. "Politica criminale e riforma del Codice Penale", en *Democracia e Diritto*, Milan, 1975, p. 61.

Se trata de una alternativa político-criminal frente a la que, en principio, puede oponerse pocas objeciones. Pero sí parece imperioso examinar si las técnicas penales tradicionales pueden seguir funcionando, en el sentido propuesto por Liszt, como barrera infranqueable de la política criminal, o si, por el contrario, se ha de recurrir, para hacer frente de modo eficaz a la nueva situación, a un adelantamiento funcional de la intervención penal. Sobre el peligro de que este recurso ignore principios garantizadores ya consolidados, se han alzado autorizadas voces doctrinales. En concreto, se ha denunciado el olvido del bien jurídico como ineludible punto de referencia material. Éste, cualquiera que fuese la función que teóricamente se le asignara –con la excepción de su negación como subproducto del liberalismo y del positivismo por la doctrina penal nacionalsocialista– ha venido cumpliendo una innegable función de garantía, que hoy no puede dejarse de lado.[59] Hay que admitir también honestamente, con Padovani, que, en ocasiones, cuando se habla de bienes jurídicos de amplio espectro, se convive con una hipocresía, ya que más que a bienes jurídicos propiamente dichos, se alude a "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y a las modalidades normativas establecidas para resolverlo o atemperarlo".[60]

Pero entre el modelo brindado por un Derecho penal promocional que responda a las más genuinas aspiraciones del pragmatismo funcionalista, y otro constreñido por los contornos que definieron al Derecho penal liberal, entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay quienes intentan posibilidades intermedias. Nosotros creemos necesario y posible mantener las garantías connaturales al bien jurídico, admitiendo excepcionalmente una muy prudente ampliación, en la medida en que mantenga su reconocibilidad. Es decir, en tanto y en cuanto no se vea desdibujado. Sobre este aspecto volveremos en el punto 5 de este capítulo.

3. La cuestión que queda así sobre el tapete es la de fijar criterios que determinen los casos en que tales situaciones instrumentales puedan acceder a la condición de bien jurídico penalmente tutelado. Y para resolverla surge, entre otras, la propuesta de Bustos, que, como hemos referido, distingue entre los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema –directamente vinculados a la persona, tienen un carácter microsocial– y los relacionados con el funcionamiento del sistema –aseguran materialmente las bases y condiciones de aquellos–. Entre estos últimos cabe, a su vez, diferenciar bienes jurídicos institucionales –referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema–, colectivos –dirigidos a la satisfacción de

(59) BUSTOS RAMÍREZ, J. "Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)", en *RFDUC* 11, 1986, monográfico Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 150.

(60) PADOVANI, T. "La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzione" en *Dei delitti e delle pene* 1, 1984. p. 116.

necesidades de carácter social y económico– y de control– orientados a la protección del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones.[61] Debe señalarse que Fiandaca, dentro de la doctrina italiana, recrea el mismo esquema pero distinguiendo entre bienes individuales y bienes institucionales o colectivos.[62]

Esta clasificación tiene interés sobre todo porque jerarquiza los bienes jurídicos, ya que los referidos al funcionamiento del sistema son complementarios de los que constituyen sus bases y condiciones, y están teleológicamente preordenados a su defensa. La conclusión a extraer de ello es doble: a) el catálogo de bienes jurídicos no se agota en los tradicionales de impronta fundamentalmente individualista; b) el carácter funcionalmente subordinado de los colectivos veta, en buena lógica, el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes que las empleadas en la defensa de los que constituyen la base del sistema.

4. Finalmente, dedicados al estudio crítico del bien jurídico protegido en los delitos económicos, y siguiendo el pensamiento de Grasso, vemos que la tutela de los intereses individuales afectados puede acometerse y eventualmente agraviarse, acudiendo a uno de estos expedientes:[63]

1) castigar los ataques que supongan lesión a los mismos; 2) en procedimiento paralelo al de las *injunctions* del modelo anglosajón, se puede confiar a la Administración la tarea de determinar cuál sea, en caso concreto de conflicto de intereses, el prevalerte, reservando la sanción penal para las conductas violadoras de la resolución administrativa; 3) dotar de sustantividad y autonomía a las "situaciones instrumentales", de modo que los ataques a las mismas constituyan auténticos delitos de lesión; 4) adelantar la intervención penal al momento de creación del peligro para aquellos intereses individuales, con lo que la problemática se desplaza a los índices definidores de ese peligro, todos ellos reconducibles, si no se quiere renunciar a un referente material, a las diversas modalidades de ataque a la situación marco.

De todas estas opciones encontramos ejemplos en Derecho penal económico.

De la primera –la vía más tradicional y garantizadora pero, a la vez, y teóricamente, menos eficaz ya que implica ignorar el marco que asegura la existencia del bien en cuestión– son muestra ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos cuya titularidad individual es indiscutida (piénsese en los derechos patrimoniales del acreedor damnificado por el alzamiento).

En cuanto a la segunda, presenta indudables ventajas, puestas de relieve por la práctica anglosajona fundamentalmente, pero también conocida en otras áreas,

(61) BUSTOS RAMÍREZ, J. "Los bienes jurídicos colectivos...", cit. ut supra, p. 161.

(62) FIANDACA, G. "La tipizzazione del pericolo", en *Dei delitti e delle pene* 3, 1984. p. 454.

(63) GRASSO, G. "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati de attentato", en *RIDPP* 3, 1986, p. 727.

como puede ser el caso italiano. Este sistema parte de la constatación de situaciones conflictuales en las que no se decide la prevalencia de un interés sobre el otro acudiendo al binomio "juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses", sino haciendo que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y confiando la definición de las condiciones de conciliabilidad a la Administración, que de este modo es llamada a "gestionar" el conflicto, y que se añade al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por ésta. No se incrimina, así, *a priori*, una determinada solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos.

Es obvio que atribuir a órganos de alta cualificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado (y la consiguiente conminación por parte del legislador de sanción penal en caso de violación) permite profundizar en las peculiaridades de cada situación, facilitando así una mayor eficacia, pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente con la valoración respectiva de los mismos, la ha de realizar la autoridad administrativa, que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas, se puede convertir al Derecho penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo integrando la afección, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico.

La tercera de las posibles opciones –la consideración de la "situación instrumental" como auténtico bien jurídico, aunque de naturaleza subsidiaria, por cuanto, de acuerdo con Bustos, su protección está tendencialmente dirigida a asegurar los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema– no queda, tampoco, a salvo de objeciones.

No puede, en efecto, construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales. Cierto que se puede pensar que esos bienes colectivos transcienden la mera acumulación de los individuales, conformando una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior. Pero sólo en contadas ocasiones esa nueva entidad, por su abstracción, podrá ser un bien jurídico en sentido estricto. Más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales.

La cuarta opción nos coloca en el camino especialmente crítico del adelantamiento de la protección de bienes jurídicos mediante la creación de tipos de peligro abstracto. Esta práctica concreta normalmente una invasión ilegítima a la esfera de libertad de las personas.

5. Tratando aspectos metodológicos referidos al Derecho Penal económico y macroeconómico hemos dicho en anteriores oportunidades que cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible

que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socioeconómica, uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la *debida comprensión y concreción del objeto de tutela.* Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de Don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y *precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento.* Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su *reconocibilidad.* Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

6. Consideraciones finales sobre el concepto y bien jurídico en los delitos económicos

1. El Derecho Penal del orden socioeconómico, al que se alude hoy día en la doctrina más moderna e incluso en el Título XIII del actual Código Penal de España, dista mucho de ser un concepto bien claro, concreto y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo.[64]

Sin embargo, pese a esas inocultables dificultades, parece necesario dar un contenido a ese mentado orden socioeconómico, ya que existen una serie de

(64) Cfr. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 423.

delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente derivan, pero con el que no coinciden exactamente.

2. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *lassez faire, lassez passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales.

Esta concepción estricta del orden económico no parece hoy día suficiente como para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y, las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado.

Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar en la década de los setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un *Derecho penal económico lato sensu*, al que serviría de base o de bien jurídico común un *orden económico en sentido amplio* entendido como "la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios".

3. Pero la misma amplitud de este concepto de orden económico le hacía perder al "nuevo" Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Las críticas a esta concepción amplia del derecho penal económico cubrieron sus más variados aspectos. Entre otras cosas, parece evidente que no puede intentarse a priori un concepto de derecho penal socioeconómico de alcance universal. Acá retomamos todo lo dicho respecto del necesario referente estructural de la objetividad jurídica y por vía de consecuencia del propio concepto de derecho penal socioeconómico.

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico. Es imprescindible que estos hechos sean calificados por su trascendencia colectiva, es decir, deben ser casos en los que,

además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.[65]

Pese a la multiplicidad de críticas certeras, no puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos críticos que difícilmente son los delitos ya existentes. Pero ello, a nuestro modo de ver, no puede hacerse por vía del acertijo, debe necesariamente realizarse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro.

4. Lo últimamente expresado nos lleva nuevamente al fermental tema del bien jurídico e impone unas reflexiones complementarias. Ha expresado Juares Tavarez[66] que, en términos generales, el bien jurídico ha suscitado innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese concepto es puramente una producción del derecho o recibe de éste únicamente su reconocimiento, como dato pre-jurídico.

Estos debates redoblan su importancia al momento de considerar la debatida objetividad jurídica de los delitos económicos. Pensamos que –también en el campo del derecho penal socioeconómico– la conducta prohibida debe ser encarada como realidad suficientemente concreta y tangible, no como simple relación causal, neutra y formal, de modo que tanto la prohibición como la determinación de conductas sólo tendrán sentido si tienen como objetivo impedir una lesión concreta de un bien jurídico suficientemente determinado.[67]

El problema radica en que una visión unilateral sobre el bien jurídico no podrá reflejar nunca la cuestión en toda su dimensión. Compartimos con el citado Tavares que el bien jurídico tiene un substracto de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. Esa relación concreta hace generar necesidades, que a su vez conducen a la elaboración de medios para satisfacerlas. De ahí que se admita que, en este aspecto, el bien jurídico pueda resultar de una elaboración puramente del Derecho, dependiendo de las características estructurales de la sociedad y de las relaciones dominantes propias del sector en el poder. Pero, aunque se reconozca el origen natural del bien jurídico, su protección jurídica no se hace

(65) Cfr. MUÑOZ CONDE. "Derecho Penal. Parte Especial...", cit. ut supra, p. 425.

(66) TAVAREZ, Juares. "Límites Dogmáticos de la Cooperación Penal Internacional" en Curso de Cooperación Judicial Penal Internacional. Montevideo: Alvarez Editores, 1994. p. 123.

(67) Para visión profunda del concepto de bien jurídico y su problemática, HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens, Anzätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Frankfurt am Main: Europansätze Verlagsanstalt, 1973.

directamente, sino a través de un proceso mediatizado de interacción simbólica, donde el que hace las leyes y asume la protección del bien jurídico, aunque actúa en interés de los grupos o partidos a los que pertenece, la realiza sobre la base de la invocación del interés general.[68]

El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista[69] y en su legitimación democrática.[70] Esto implica un doble control material. Tanto su contenido personalista como su legitimación democrática conducen a que el Estado no puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana, como su destinatario final, o que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituidos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales.

Por otra parte, debido a la influencia del positivismo, que vinculó no sólo a los aplicadores de las leyes, sino también a los legisladores, durante mucho tiempo se pensó que el proceso de formalización ejercido por el derecho sobre las conductas o la protección de bienes jurídicos se hacía a través de una selección formal, donde lo que interesaba era la descripción de una acción causal, que configuraba, por consiguiente, un tipo neutro, tanto valorativa como ideológicamente, dando la impresión que el derecho penal sobrepasaba las realidades estructurales y las contradicciones sociales. El mismo finalismo de Welzel, que no pensaba en la acción desde el punto de vista de la conflictividad social, ya había percibido la fragilidad y la dificultad conceptual de una idea puramente causal de acción y proponía una sumisión del legislador y del aplicador de la ley a la estructura óntica de esa acción. Como bien resalta Zaffaroni, la exigencia de esa fidelidad al contenido óntico de la acción constituye una construcción altamente positiva para limitar de modo técnico y efectivo el arbitrio del poder de punir.[71]

La construcción de un tipo penal socioeconómico, por lo tanto, no puede seguir un procedimiento puramente causal. El legislador, al considerar una conducta como prohibida, lo debe hacer teniendo en cuenta su realidad estructural social, su conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella

(68) POULANZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 224.

(69) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal españo...*, cit. ut supra, p. 64.

(70) HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 111.

(71) ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis, 1990. p. 154.

tiene en sí misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado). La prohibición de acciones sólo tendrá sentido, evidentemente si esas acciones pudieran provocar una lesión o un peligro concreto de lesión a un bien jurídico. La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir implique un lesionar o poner en peligro valores concretos referidos como bienes jurídicos. También y muy especialmente el campo de la delincuencia socioeconómica sólo los delitos íntimamente referidos a bienes jurídicos puedan acarrear la ejecución de actos de coacción. El bien jurídico debe tener papel preponderante, en la solidificación de los principios de identidad y especialidad de la materia, imponiendo, en primer término al legislador y luego al poder judicial una interpretación limitadora del *jus puniendi*.

5. Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción entre delito contra el patrimonio y delito contra el orden socioeconómico tiene hasta la fecha un valor sistemático y apoyatura jurídica muy relativos y materialmente escasos. Como dicen Lopez Garrido/Garcia Aran, comentando la tramitación del Código Penal Español de 1995: "no parece que nos encontremos ante una concepción precisa de lo que deba entenderse como orden socioeconómico como bien jurídico protegido penalmente, sino más propiamente, ante el reconocimiento de una cierta vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales".

Partiendo de esta base, todo esfuerzo de tipificación constituirá una potencial lesión a la seguridad jurídica. La legitimidad sustancial y adjetiva de un Derecho Penal socioeconómico que se precie de constitucional, debe pasar, como hemos dicho y reiterado, por la definición muy precisa de su objetividad jurídica y la estructura técnica de los tipos penales. Ello presupone una metodología muy especializada para la apreciación de estos procesos sofisticados. Cuando el objeto de tutela no se encuentra suficientemente definido o reconocible, los medios jurídicos serán necesariamente ambiguos. Por el contrario la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello, por lo general, a la eficacia normativa y a la seguridad jurídica.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Imputação e direito penal – 3. A relação de causalidade como elemento do fato típico – 4. As teorias sobre a causalidade: 4.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais; 4.2 Teoria da causalidade adequada; 4.3 A posição adotada no direito brasileiro; 4.4 A teoria da imputação objetiva – 5. Critérios para a imputação objetiva – 6. Quando se resolver pela não-imputação objetiva: 6.1 Quando falta a criação do perigo; 6.2 Quando falta a realização do perigo; 6.3 Quando falta a realização do risco não permitido (ou quando o agente certamente não aumentou o risco já existente); 6.4 Quando o resultado verificado escapa ao fim de proteção da norma – 7. Críticas à imputação objetiva – 8. Reflexões finais – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de ensaio sobre a posição da causalidade no direito penal, destacando-se o seu papel dentro da tipicidade, como delimitadora da atribuição de um resultado danoso a um agente (sobretudo nos crimes que têm um resultado material). Versa ainda sobre a releitura do dogma causal perpetrada pela teoria da imputação objetiva, que pretende solucionar questões não resolvidas pelo finalismo, pondo em relevo o papel do tipo objetivo e prescindindo da análise do dolo e da culpa para a responsabilização pessoal.

Palavras-chave: Direito penal – Tipicidade – Nexo causal – Responsabilidade penal – Teorias sobre a causalidade – Tipo objetivo – Imputação objetiva – Risco permitido.

1. Introdução

Questiona-se a posição da causalidade dentro do conceito de crime. Há os que a incluem na estrutura da ação, ora como elemento do seu conceito, ora como o vínculo que liga o resultado à manifestação da vontade do agente. Outros identificam o nexo causal como parte do tipo, ou como uma adequação ao tipo. Podem-se ainda apontar os que, dentro da concepção finalista, colocam o problema antes mesmo da tipicidade. Entre estes últimos,

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Imputação e direito penal – 3. A relação de causalidade como elemento do fato típico – 4. As teorias sobre a causalidade: 4.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais; 4.2 Teoria da causalidade adequada; 4.3 A posição adotada no direito brasileiro; 4.4 A teoria da imputação objetiva – 5. Critérios para a imputação objetiva – 6. Quando se resolver pela não-imputação objetiva: 6.1 Quando falta a criação do perigo; 6.2 Quando falta a realização do perigo; 6.3 Quando falta a realização do risco não permitido (ou quando o agente certamente não aumentou o risco já existente); 6.4 Quando o resultado verificado escapa ao fim de proteção da norma – 7. Críticas à imputação objetiva – 8. Reflexões finais – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de ensaio sobre a posição da causalidade no direito penal, destacando-se o seu papel dentro da tipicidade, como delimitadora da atribuição de um resultado danoso a um agente (sobretudo nos crimes que têm um resultado material). Versa ainda sobre a releitura do dogma causal perpetrada pela teoria da imputação objetiva, que pretende solucionar questões não resolvidas pelo finalismo, pondo em relevo o papel do tipo objetivo e prescindindo da análise do dolo e da culpa para a responsabilização pessoal.

Palavras-chave: Direito penal – Tipicidade – Nexo causal – Responsabilidade penal – Teorias sobre a causalidade – Tipo objetivo – Imputação objetiva – Risco permitido.

1. Introdução

Questiona-se a posição da causalidade dentro do conceito de crime. Há os que a incluem na estrutura da ação, ora como elemento do seu conceito, ora como o vínculo que liga o resultado à manifestação da vontade do agente. Outros identificam o nexo causal como parte do tipo, ou como uma adequação ao tipo. Podem-se ainda apontar os que, dentro da concepção finalista, colocam o problema antes mesmo da tipicidade. Entre estes últimos,

Maurach, para quem a causalidade seria um problema-limite situado entre a ação e o tipo.[1]

Autores modernos contestam o relevo do nexo causal dentro do direito penal, circunscrevendo sua importância a apenas determinados crimes e, ainda assim, com papel secundário. Todas as tentativas de revisão do conceito de ação, mormente na doutrina alemã, partem de um ataque contra o "dogma causal", afirmando-se que, ao lado de processos causais tidos por criminosos em razão do desvalor do resultado, haveria tipos penais simplesmente finalistas, cuja criminosidade adviria da só reprovabilidade do comportamento, não do resultado. Mas a doutrina dominante continua cedendo especial relevância à causalidade, que foi alçada a princípio geral do direito penal somente em meados do século XIX, por obra principalmente da literatura alemã e, posteriormente, da italiana, afastando-se as concepções filosóficas de que o princípio da causalidade não seria aplicável nas ciências do dever ser, mas somente nas do ser.

Dentro do incessante debate sobre a determinação de quando se pode considerar a lesão a um interesse jurídico obra de uma pessoa, vem ganhando destaque, na literatura jurídica, a chamada *teoria da imputação objetiva*, pela qual se procura fazer uma releitura dos elementos necessários à verificação da tipicidade, mais especificamente dos componentes do tipo objetivo. Discorrer-se-á, a seguir, sobre as visões tradicionais do estudo do nexo causal e as implicações da adoção de uma imputação objetiva do resultado.

2. Imputação e direito penal

A imputação, em direito penal, é processo pelo qual se atribui a um sujeito a prática de determinado ilícito, seja ele doloso ou culposo, comissivo ou omissivo. Em nosso sistema, tal processo vem sendo tratado somente dentro do conceito de causalidade – o Código Penal pátrio pressupõe a causa como condição do resultado, o que implicaria dizer que, nos crimes sem resultado, não haveria imputação ao agente, mas mera atribuição por subsunção à descrição da conduta proibida.

Ocorre que a imputação, como observa o Prof. Juarez Tavares, independe da causalidade; está antes inserida no contexto de formação das figuras típicas, centrado na consideração de que "só será possível atribuir-se o injusto a alguém, quando sua realização possa ser afirmada como obra sua e não de terceiros".[2] Não se enfoca o injusto, portanto, sob um prisma meramente pessoal (ontologia do finalismo) ou puramente subjetivo (considerando-se apenas a vontade em si mesma). Ao revés, o processo de imputação, como medição da intensidade da agressão ao bem jurídico, há que se desenvolver sobre dois pilares: a) uma

(1) Apud BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1, p. 319.

(2) TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 205.

perspectiva garantista, demonstrando-se inequivocamente que a conduta incriminada fora realizada pelo sujeito (objetivamente); b) uma individualização da conduta, depurando-se seus elementos a fim de indicar a contribuição do sujeito à sua execução. Daí podermos identificar duas ordens de imputação – uma objetiva, referente à ação proibida, seu objeto e seu resultado, e outra subjetiva, atinente ao dolo e à culpa.

Assinala Aníbal Bruno ser a relação causal o problema inicial de toda investigação que vise a incluir o agente no acontecer punível e fixar a responsabilidade penal. Adverte, porém, sobre a necessidade de diferençar-se o problema do nexo causal (imputação de fato) da análise posterior acerca da concorrência dos pressupostos da responsabilidade penal, ou da culpabilidade (imputação de direito).[3] Significa dizer que a simples relação objetiva entre o comportamento e o evento faz apenas do agente o causador material do fato, mas não o transforma logo em autor no sentido jurídico penal (não basta para justificar a responsabilidade penal).[4] Como bem delimitou Cláudio dell'Orto, "a imputação da conduta ocorre no âmbito da teoria da ação, a imputação das conseqüências da conduta na teoria do tipo do injusto e a imputação daquilo que o homem podia realizar e evitar na ofensa ao bem jurídico tutelado se dá na teoria da culpabilidade".[5]

Certo é que o processo de imputação de uma conduta a um sujeito não se reduz à causalidade (de vez que nesta podem interferir fatores externos vários, como causas supervenientes absolutamente independentes, ou fatos de terceiros), mas necessita de critérios normativos complementares, para se possa individualizar a conduta, atribuindo-se, ou não, o resultado ao sujeito. A presença da causalidade física, naturalista, pode não ser suficiente para a caracterização da causalidade normativa. O elo de ligação entre a conduta humana e o evento deve ser valorado, aferido conjuntamente com o elemento subjetivo do agente. Afinal, é o direito penal mais que uma mera projeção do real; é uma ordem de normas como finalidade social específica, a de proteção da pessoa humana ante o poder punitivo estatal.

Modernamente, em especial após o enunciado de Heisemberg do Princípio da Indeterminação, a filosofia e a ciência põem em dúvida a noção de causa, substituindo-a pela de condição, segundo critérios probabilísticos. É nesse contexto de queda do império do dogma causal que desponta a teoria da imputação objetiva. Todavia, sabe-se que o direito penal, por perseguir a responsabilidade

(3) BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 319-320.

(4) Colhe-se de Hans Kelsen a afirmativa de que a imputação não consiste noutra coisa senão na conexão entre o ilícito e a conseqüência do ilícito, sendo imputável aquele que pode ser punido por sua conduta, isto é, pode ser responsabilizado por ela (*Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. portuguesa de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 127).

(5) DELL'ORTO, Cláudio. "O nexo de causalidade nos crimes preterdolosos". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 15h35.

pessoal, não prescinde, num primeiro momento, de uma noção de causalidade fundada numa relação de certeza e necessidade, mesmo que isso só se alcance após a verificação do fato (porque antes dele somente há probabilidade e indeterminação).[6]

3. A relação de causalidade como elemento do fato típico

No conceito analítico, o fato, para alçar-se a crime, deve ser, primeiramente, típico. Diz-se típico o comportamento humano que ocasiona o resultado e é previsto como infração penal. Elementos do fato típico são, portanto, a conduta (na forma comissiva ou omissiva), o resultado, o nexo causal e a tipicidade.

Tida como a perfeita correspondência entre o fato concreto e a descrição abstrata da norma penal, em todos os seus elementos, a tipicidade constitui a primeira etapa na apreciação de uma conduta sob a ótica do direito penal. Júlio Mirabete realça, como funções da tipicidade, a de garantia (como aperfeiçoamento e sustentação do princípio da legalidade) e a de indício da antijuridicidade (o fato típico presume-se ilícito, salvo concorra uma causa excludente da ilicitude).[7]

A conduta, ou ação em sentido amplo, consiste no comportamento humano dirigido a uma finalidade (teoria finalista), estando sempre presente o elemento vontade, sem o qual impossível falar-se em ação.[8]

O resultado, ou evento, pode ser apresentado sob os aspectos naturalista ou formal, entendido o primeiro como a alteração do mundo exterior provocada em conseqüência à ação e o segundo como a lesão ou ameaça de lesão a um bem ou interesse tutelado por uma norma penal. Depreende-se, pois, que todo delito enseja um resultado, ao menos no sentido formal (normativo), impondo distinguirem-se os crimes que lesionam um bem jurídico tão-só com a conduta do agente daqueles que somente o fazem com o resultado material da ação.

Verificado o resultado de dano ou de perigo, deve-se indagar, preliminarmente, se pode ser referido, em conexão causal, à ação ou omissão do acusado. O

(6) Certamente por isso Antonio L. Chaves Camargo afirma que a imputação objetiva, sendo teoria do direito penal, "não substitui o empirismo da relação de causalidade" ("Imputação objetiva e direito penal brasileiro". *Boletim IBCCrim* 9(107), out. 2001 p. 8).

(7) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 131. A essas funções, acrescentem-se a de identificação do bem jurídico protegido pela norma, a de seleção de condutas penalmente relevantes e a de motivação dos cidadãos à prática do que é penalmente permitido segundo as descrições típicas.

(8) Esclarece-nos Magalhães Noronha: "Existente a ação, mas ausente a vontade, como nos estados de inconsciência, não há falar em ação. Igualmente, inexistirá esta, na coação absoluta, quando se pode dizer que ela é do coator, sendo o coagido mero instrumento" (*Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1, p. 114).

nexo causal serve de liame entre a conduta humana (comissiva ou omissiva) e o resultado, numa relação etiológica (de causa e efeito). Também a omissão é elevada à categoria de causa (que não é conceito puramente naturalístico, mas lógico), vislumbrando-se uma relação causal entre o omitir e a produção do resultado, tanto doutrinariamente como perante nosso direito positivo.

Como integrante do fato típico, desnecessário discutir-se, para determinação do nexo causal, a antijuridicidade do fato ou a culpabilidade do agente – etapas posteriores na escala de valoração penal. Mas registramos estar a relação causal intimamente relacionada ao elemento psicológico do comportamento, dada a impossibilidade de separação absoluta entre os aspectos objetivo e subjetivo da ação, com bem destacado pelo Prof. Miguel Reale Júnior:

"A relação física de causalidade, por meio da qual se atribui a qualidade de causa de um evento à determinada ação, constitui a *imputatio facti*, que, a nosso ver, não pode no campo penal estar totalmente desvinculada da *imputatio delicti*. A verificação da alteração do mundo exterior produzida pelo homem, com a causação de um resultado, é questão prévia, mas que não pode, todavia, deixar de se relacionar com o momento psicológico da ação, uma vez que o comportamento humano constitui um todo irredutível, cujos aspectos se inter-relacionam e se complementam."[9]

Entende-se atualmente que a conduta humana, no âmbito jurídico-penal, é o processo de causação de um resultado típico, o que leva o Prof. Roque de Brito Alves a concluir: "o nexo causal será concebido, portanto, em termos de pura causação, com a permanente presença do nexo causal".[10]

E se é verdade que todos os delitos, mesmo os de mera conduta (como a violação de domicílio), apresentam um resultado normativo, deve-se, porém, reconhecer que a relação de causalidade assume especial relevo quanto aos delitos de resultado naturalístico, porquanto só nestes se pode falar numa causalidade física necessária, sendo questão crucial determinar quando o resultado é materialmente decorrente da ação humana, para, então, examinar-se a vinculação normativa entre o fato e o agente.

4. As teorias sobre a causalidade

Inúmeras são as teorias que se propõem a precisar a noção de causa, perquirindo, dentro do universo de condutas humanas verificáveis no mundo dos fatos, que ações ou omissões podem considerar-se *causas* sob o ponto de vista jurídico, e o problema se acentua quando se tem verificado que o resultado jurídico-penal, muitas vezes, é produto não de uma única força, mas da concorrên-

(9) REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 175.

(10) ALVES, Roque de Brito. *Direito penal. Parte geral*. 3. ed. ampl. Recife: Inojosa, 1977. vol. 1, p. 363.

cia de diversas, em uma complexa e entrelaçada cadeia. Apresentam-se, a seguir, as correntes que desfrutam de maior prestígio dentro da doutrina.

4.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais

Proposta, em 1863, por Von Buri, a doutrina da equivalência dos antecedentes causais equipara à causa tudo aquilo que contribui para o resultado. Baseada na lógica do século XIX, de Stuart Mill (este, por sua vez, fundamentado nas idéias do filósofo inglês David Hume, no século XVIII), a teoria não distingue entre condição, causa, ocasião e concausa.[11] Todo antecedente cuja inocorrência impedisse a realização do evento é imprescindível à sua verificação e, pois, é dele causa, por ser *conditio sine qua non* do resultado.

Para reconhecer se uma condição é causa do resultado, utiliza-se o processo de eliminação hipotética, atribuído ao penalista Von Thyrén, segundo o qual "a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno".[12] O sistema penal, assim, foge da amplitude do problema da causalidade em seu aspecto filosófico-gnoseológico.

A melhor compreensão desse procedimento resulta em fixar que a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento *in concreto* não teria ocorrido *como ocorreu*, no momento em que ocorreu. Interessante referir o exemplo de Damásio de Jesus: o sujeito encontra a vítima agarrada num ramo de árvore, prestes a cair num despenhadeiro, o que acontecerá, mais cedo ou mais tarde; apressando a morte, corta o ramo. A ele imputa-se o evento, pois, embora se pudesse excluir a sua conduta e ainda assim dar-se o resultado, certamente, sem ela, o resultado não teria ocorrido como ocorreu.[13] Da mesma forma, ao médico que antecipa a morte de um doente em estado terminal é imputado o resultado lesivo. Orienta-se pelo resultado concreto realmente ocorrido, e não pelo que iria ocorrer. Trata-se do chamado nexo de causalidade objetiva.

Mas as agravações e antecipações do resultado só podem ser imputadas se efetivamente demonstradas como manifestamente evidentes ou materialmente sensíveis. Havendo dúvidas sobre o processo de produção do resultado, deve a hipótese ser submetida ao crivo do *in dubio pro reo*.[14]

(11) Sobre a distinção entre causa, condição e ocasião, ver ALVES, Roque de Brito, op. cit., p. 360 et seq.

(12) Apud JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1, p. 218.

(13) JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 218.

(14) Juarez Tavares lembra a aplicação do *in dubio pro reo* não apenas no âmbito processual, também no direito penal: "É, antes de tudo, uma conseqüência do princípio da presunção de inocência e deve ser usado como instrumento delimitador da incidência normativa. (...) De qualquer forma a imputação deve também ser avaliada se-

Embora enaltecida por diversos doutrinadores, essa tese sofre muitas críticas, mormente pela demasiada amplitude conferida à escala causal, dando azo a um regresso infinito, terminando-se por alcançar a mais remota das condições, à qual ainda se atribuiria aptidão causal. Destaquem-se, por ora, as objeções de Claus Roxin e Nélson Hungria:

"O trabalho dogmático permanece ainda em seus inícios. Pois a tradicional redução do tipo a uma causalidade, compreendida esta no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes, criou em primeiro lugar uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas de modo aceitável do ponto de vista do Estado de Direito."[15]

"A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal. (...) Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente."[16]

O excesso da doutrina da equivalência é restringido, para os devidos efeitos penais, pela exigência maior do elemento psicológico do delito, pela culpabilidade para tornar punível a conduta. Permanece, assim, a já anunciada distinção básica entre a causalidade objetiva (*imputatio facti*) e a causalidade subjetiva (*imputatio delicti*). Em outras palavras, o temperamento da doutrina em foco efetua-se "consolidando-se a correlação entre a causalidade material ou objetiva e a subjetiva ou psíquica: para responder penalmente, não basta que o indivíduo tenha movido uma *conditio sine qua non*; deverá tê-lo feito com suficiente dose de elemento subjetivo (dolo, culpa)".[17]

4.2 Teoria da causalidade adequada

Com o escopo de limitar a causalidade natural através de princípios juridicamente aceitáveis, a *Teoria da causalidade adequada* é antes uma teoria da imputação que uma doutrina da relação causal. Considera causa a condição idônea, tipicamente adequada à determinação do fenômeno. Estabelece-se, portanto, uma especialização dos antecedentes causais, não mais se incluindo na cadeia causal condições demasiado remotas como, por exemplo, a venda da arma pelo comerciante ao homicida.

gundo os princípios dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o da presunção de inocência" (op. cit., p. 212-213).

(15) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. brasileira de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45.

(16) HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, t. II., p. 66.

(17) GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. I, t. I., p. 220.

Von Bar foi o primeiro a tentar expurgar do direito todas as condições não compreendidas nas "regras gerais da vida", mas se deve ao fisiologista Von Kries a teorização, ao ensinar que algumas condições são objetivamente adequadas a produzir resultados juridicamente proibidos e tendem a produzi-los, segundo a "experiência da vida". O evento que se situa fora de qualquer probabilidade, segundo a experiência da vida, não pode ser imputado ao agente, por não adequada a causa ao resultado.

A adequação do antecedente se afere mediante um processo denominado de *prognose posterior objetiva*, segundo o qual "a probabilidade do resultado deve ser vista a partir de um observador objetivo posterior, tendo em conta, porém, todas as condições anteriores, já subsistentes na época do fato, que eram do conhecimento do agente ou que lhe eram objetivamente previsíveis".[18]

Como complemento à análise da causalidade, a fim de delimitar a responsabilidade do agente sem recorrer ao dolo e à culpa, Max Ludwig-Müller e Edmund Mezger propõem a *Teoria da relevância jurídica*, para a qual a corrente causal não é o simples atuar do agente, mas deve ajustar-se às figuras penais, produzindo o resultado previsto na lei, sob o enfoque da finalidade protetiva da norma. Já aqui se faz transparecer a diferenciação entre causalidade e imputação do resultado: a causalidade não se resume a determinar se a ação do agente era *conditio sine qua non* do resultado, mas em saber se, juridicamente, essa conexão causal era relevante.

A *Teoria da causa humana exclusiva*, enunciada por Antolisei, enxerga a causalidade sob o ângulo da consciência humana, através da qual o homem apreende e prevê as circunstâncias que interferem no encadeamento causal, devendo sua ação ter influência decisiva na produção do resultado. Intervindo no processo causas excepcionais, com influência decisiva no evento, há exclusão da relação jurídica da causalidade. É criticada por utilizar conceitos vagos e incertos, não proporcionando um critério idôneo para as questões que surgem a respeito. Muito próxima desta é a teoria de Grispigni, a da *Condição perigosa*, que considera uma conduta causa de um evento não apenas quando lhe é condição, mas quando representar, no contexto em que efetuada, um perigo em relação à sua ocorrência.

Deve-se ao argentino Sebastian Soler a construção da *Teoria da causalidade racional*, segundo a qual o nexo de causalidade deve ser deduzido mediante um juízo de razoabilidade de ocorrência do resultado, à vista das circunstâncias concretas em que a ação se realizou, cabendo analisar, também, a ocorrência de fatos excepcionais. Criticam-se Grispigni e Soler por correlacionarem os aspectos causal e psicológico da ação, que constituem dois âmbitos de imputação distintos.

Stoppato formulou a denominada *Teoria da eficiência*, que define causa como a condição mais eficaz na produção de um evento, comportando a dificuldade

(18) Critério proposto por Max Rümelin e citado por Juarez Tavares (op. cit., p. 220).

de distinguir a causa eficiente dos outros antecedentes de que se compõe a cadeia causal.

Todas as teorias dispostas partem de uma mesma premissa: qualificam a condição a ser considerada causa em direito penal. De ver-se que nenhuma delas resolve, satisfatoriamente, a questão do nexo causal, porque permanece a imprecisão no estabelecimento daquilo que é causa e daquilo que é condição. Há quem chegue a propor, ante a insuficiência das teses apresentadas, uma nova definição para causa, como faz Lydio Machado Bandeira de Mello: "Causa é toda ação ou omissão sem a qual uma intenção ou uma imprevisão criminosa não pode produzir um resultado danoso. É a ação ou omissão sem a qual não se verificaria um resultado infracional que estava ou devia estar representado em uma intenção".[19] O estorvo não logra, todavia, dificultar o trabalho do operador no plano fático, isso porque o intérprete, na consideração da conduta, sempre a aprecia sob dois planos inseparáveis, um objetivo, outro subjetivo, correlacionando diretamente este último ao aspecto material da ação.

4.3 A posição adotada no direito brasileiro

Na observação do Prof. Everardo Luna, o problema da relação de causalidade deveria ficar a cargo do labor doutrinário, fixando o direito positivo apenas os limites da omissão punível, como faz o Código alemão. O Digesto Penal brasileiro, porém, voltando raízes ao Código italiano, trata especificamente da relação causal, o que não traz, a seu ver, prejuízo à atividade da justiça penal.[20] Resolve-se a questão do nexo de causalidade sob o prisma da teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência dos antecedentes causais. Assim dispõe o *caput* do art. 13 do diploma penal: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Em verdade, o legislador pátrio, embora não admita como complemento nenhuma outra doutrina, não acolheu de forma bruta a teoria da equivalência das condições, mas com temperamentos, abraçando, em parte, os argumentos da teoria da relevância jurídica, o que se nos revela da leitura do § 1.º, em seqüência: "A superveniência de causa relativamente[21] independente exclui a

(19) MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Da responsabilidade penal e da isenção da pena*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 143. A definição legada pelo autor igualmente se curva ao elemento subjetivo (intenção), o que denota inafastável a consideração do dolo ou da culpa como elementos de corte da série causal.

(20) LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal. Parte geral: com observações à nova Parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 141.

(21) A atribuição, pelo legislador de 1984, do adjetivo "relativamente" à causa superveniente dá-se para apartar possíveis dúvidas que sua omissão pudesse ensejar, embora seja óbvio que as causas absolutamente independentes excluem a imputação

imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou".

Ao estabelecer que a causa superveniente capaz, *per se*, de produzir o resultado não será imputada ao agente, nosso sistema acaba por desdobrar, em dois passos, a apreciação do nexo de causalidade.[22]

Num primeiro momento, indaga-se do elo causal entre a conduta e o evento, verificando-se a *conditio sine qua non*, por via do método eliminatório (art. 13, *caput*). Esse critério, contudo, mais serve de exclusão daquilo que não é causa, sendo de respeitar-se a conclusão negativa (de inexistência de causalidade) a que se chegar com o seu emprego, porque esteada em dados naturais incontestáveis.[23]

Se, contudo, é afirmada a causalidade pela teoria da equivalência, passa-se a uma segunda etapa, a de valorar esse nexo causal em relação ao direito, segundo o parâmetro do art. 13, § 1.º, afastando-se, se for o caso, determinadas condições da relação causal. A condição relativamente independente que sozinha se apresenta como causadora do evento[24] (não se achava no desdobramento físico da ação anterior, mas forma um novo liame causal) absolve o processo anteriormente desencadeado e no qual interfere, com a ressalva de responder o agente pelos resultados causados, por si sós, pelos fatos anteriores praticados.

O exemplo clássico é o da vítima que, recolhida a um hospital em virtude de ferimentos, vem a morrer vítima de um incêndio que toma o nosocômio. A causa é *relativamente* independente, pois, se não houvesse sido ferida, não se encontraria no hospital, porém há o surgimento de um novo nexo causal, que, isolado, produz o evento, rompendo o nexo causal anterior e retirando do agente a responsabilidade pelo resultado mais grave.

quando produzem, por si só o resultado, porque retiram o caráter de causa de todos os antecedentes.

(22) Interessante anotar a crítica de Paulo José da Costa Júnior sobre a incoerência sistemática do Código Penal ao adotar tratamentos diversos aos agentes: o art. 13, *caput*, abraçou a teoria da *conditio sine qua non*, equiparando todos os partícipes, ao passo que o § 1.º do mesmo art. 13, bem como o art. 29, aceitaram a causalidade adequada, distinguindo a participação de cada um no concurso de autores, segundo a culpabilidade e a eficiência (*Nexo causal*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 101).

(23) TAVARES, Juarez, op. cit., p. 220. Ressalve-se aqui a parcimônia com que deve ser considerada a pretensa exatidão do conhecimento científico, o qual, modernamente, assume uma humildade epistemológica e se vê capaz de atingir conclusões apenas prováveis, nunca incontestáveis. A esse respeito, cf. BORGES, *Ciência feliz*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 19 et seq. e SOUTO. *Tempo do direito alternativo. Uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 27 et seq.

(24) O Prof. Damásio de Jesus critica a expressão causa "que por si só produz o resultado", senão que, tecnicamente, sob o prisma causal, todo resultado é produto de diversos antecedentes, nunca de um só. E se há causas relativamente independentes, impossível a sua atuação "por si só", uma vez que dependem, ainda que relativamente, de outras causas (op. cit., p. 226-227).

No que toca às concausas absolutamente independentes que venham a produzir por si sós o resultado, o nexo causal é excluído por força do próprio *caput* do art. 13 (e o autor responderá unicamente pelos atos anteriores, se previstos em figura típica), sem necessidade de maiores elucubrações.

O problema que surge diz respeito à influência das causas relativamente independentes, quando preexistentes ou simultâneas. Sídio Rosa de Mesquita Júnior vai além da letra do Código e, a pretexto de suprir uma omissão involuntária do legislador, destaca que, entre as causas paralelas, relativamente independentes da conduta do agente, aptas a quebrar o nexo causal, incluem-se também as preexistentes e as concomitantes à ação (desde que o agente as desconheça), não sendo de dar-se uma interpretação restritiva à regra do § 1.º, de modo a considerar-se unicamente as concausas supervenientes, sob pena de desvio da teleologia da norma.[25] Bastante razoável a posição do autor, preocupado com a injustiça que pode advir da aplicação restrita da lei. No mesmo sentido, a lição do Prof. Paulo José da Costa Júnior, para quem seria possível a extensão exegética, com base na aplicação de uma analogia *in bonam partem*, não havendo razão para o legislador separar rigidamente causas que apresentam estrutura idêntica e eficiência equivalente.[26]

Ainda domina, porém, o entendimento de que somente as causas supervenientes relativamente independentes têm o condão de quebrar o nexo causal, de forma que o agente é responsabilizado pelo resultado mais grave, mesmo quando este é produto de uma concausa preexistente ou concomitante relativamente independente.

4.4 A teoria da imputação objetiva

Já se afirmou que o esgotamento da tipicidade no dogma causal ditado pela teoria da equivalência das condições encontra-se superado na doutrina. O finalismo amenizou os excessos da teoria da *conditio sine qua non* ao voltar-se para o injusto pessoal; entretanto, sob o prisma do tipo objetivo, o nexo causal continuou intacto. Foi com a *teoria da imputação objetiva* que se procurou melhor delimitar o elemento objetivo do tipo, procurando ajustá-lo às exigências do direito penal funcional,[27] preocupado com a idéia de justiça da atribuição da causalidade (donde lançar raízes nas teorias da adequação e da relevância). Claro está, pois, que se trata de uma doutrina afeta à questão da tipicidade,

(25) MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rocha de. "Relação de causalidade no direito penal". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 14h35.

(26) Op. cit., p. 108-109.

(27) A tendência funcionalista, inspirada nos fins do direito penal, combate a afirmação de que a relação de causalidade possa aferir, por si só, quando um acontecimento, sob um ponto de vista objetivo, é ou não relevante para o direito penal, e trata de definir um nexo eminentemente normativo entre ação e resultado.

e não da antijuridicidade, pese a existência de vozes isoladas em contrário. É interessante destacar a sua afinidade com o princípio da adequação social, critério geral de interpretação admitido, ainda que timidamente, no direito penal hodierno.[28]

O escopo dessa teoria, assinala Damásio de Jesus, é o de melhor explicar questões não resolvidas pelas doutrinas naturalistas e pelo finalismo, através da substituição do dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado penalmente relevante, atuando como fator restritivo da teoria da relação causal. Ainda segundo o autor, a imputação objetiva situa-se no tipo como elemento normativo (porque requer uma valoração judicial) implícito (como implícito é o elemento subjetivo *dolo*, nos crimes dolosos) e afigura-se uma exigência típica, sem o que a conseqüência é a atipicidade do fato, seja pela atipicidade da conduta, seja pela atipicidade do resultado.[29]

Desde seus primeiros traços, no início do século XX, ganha impulso (embora com muitas divergências) na doutrina estrangeira, sobretudo na Alemanha e na Espanha. Ainda não formulada de forma acabada, é entre nós pouco conhecida, sendo escassa a literatura a respeito. Despontam como maiores representantes da corrente Claus Roxin e Günther Jakobs.

5. Critérios para a imputação objetiva

Para se determinar a responsabilidade pessoal, pela teoria em análise, usam-se critérios objetivos limitadores da causalidade, a fim de compatibilizar o fato típico com o direito penal da liberdade. Na verdade, são *critérios negativos* de atribuição, pois servem mais para indicar que a conduta não é típica, restringindo a incidência da proibição ou determinação típica sobre o sujeito, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto.[30] Conduta e resultado são considerados no plano jurídico-normativo, e não físico-naturalístico, daí a aplicação da fórmula também aos crimes sem resultado material. Quanto à terminologia utilizada, esclarece-se que, ao falar-se em "imputação objetiva", quer-se referir tanto à imputação da conduta como também à atribuição de um resultado (jurídico) a quem realizou a ação.

(28) Como ensina o Prof. Cezar Bitencourt, "certos comportamentos, em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado" (*Manual de direito penal. Parte geral.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 17). De atentar-se, ainda, à observação de Assis Toledo, segundo a qual a ação socialmente adequada "está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social" (*Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131).

(29) JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23-24 e 37.

(30) TAVARES, Juarez, op. cit., p. 224.

Consoante a teoria da imputação objetiva, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente atribuído ao seu autor, ou seja, o tipo objetivo somente se cumpre quando, *além de verificada, num primeiro momento, a relação de causalidade material*: 1) a conduta cria ao bem jurídico um risco (perigo) juridicamente desaprovado (não permitido); 2) o risco criado se materializa no resultado concreto; 3) o resultado está abrangido pelo fim de proteção da norma. Significa dizer que existe, coberto pela norma, um risco permitido, socialmente suportado, em relação ao qual não há falar-se em conduta típica, mesmo porque o risco é próprio da vida em sociedade.

Sobre o conceito de *risco permitido*, essencial à teoria, falta clareza. Para Jakobs, permitido é o risco inerente à configuração social e que deve ser irremediavelmente tolerado.[31] Visto assim como uma concreção da adequação social, um contexto de interação, o risco permitido é aquele, de um modo geral, assimilado pela sociedade, o que o difere das situações de justificação, como a legítima defesa, em que o risco de lesão do agressor existe, mas é permitido pelo direito em função do caso concreto.

Como explica o Prof. Paulo Queiroz, quem, apesar de conduzir veículo automotor observando rigorosamente as regras de trânsito, atropela um transeunte, não pratica uma conduta típica, pois, malgrado a relação causal, o agente atua dentro do risco permitido inerente ao tráfego viário.[32] Outras situações de riscos inerentes à vida social e, por isso, permitidos encontram-se nos tráfegos aéreo, marítimo, ferroviário, no funcionamento de instalações industriais, nas intervenções médico-cirúrgicas, nas práticas esportivas perigosas etc.

6. Quando se resolver pela não-imputação objetiva

Aplicando-se os critérios já esposados, surgem aqueles casos em que fica excluída a imputação objetiva, seja porque o sujeito, com sua conduta, não criou um perigo para o bem jurídico, ou porque criou um risco permitido, ou porque diminuiu o risco para o objeto, ou porque não aumentou o risco para o bem jurídico, ou o risco criado não se materializou no resultado típico, ou o resultado, como ocorrido, não se inclui no alcance do tipo.

6.1 Quando falta a criação do perigo

Segundo Roxin, afasta-se a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou

(31) JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. brasileira de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000. p. 35.

(32) QUEIROZ, Paulo. "A teoria da imputação objetiva". *Boletim IBCCrim* 9(103), jun. 2001. p. 6.

de modo juridicamente considerável.[33] Cuida-se aqui dos casos em que o agente provoca a realização de uma atividade normal e não perigosa por parte da vítima, ainda que dessa situação possa resultar um acidente. O exemplo utilizado é o do sobrinho que, no intuito de receber a herança do tio, o envia a um bosque na esperança de que um raio venha a atingir-lhe, causando-lhe a morte. Como houve uma incitação à realização de uma atividade normal – tal qual a de passear por uma cidade grande, ou a de subir escadas, ou banhar-se etc., que contêm riscos mínimos socialmente adequados, aos quais já nos referimos –, não se imputa objetivamente o resultado, ainda que a ação seja causal quanto à lesão a um bem jurídico.[34]

Da mesma maneira, pelo *princípio da confiança*, se o sujeito se porta dentro dos limites do risco permitido, é-lhe autorizado confiar que as outras pessoas também se manterão dentro do perigo tolerado. Com esse postulado resolvem-se os casos em que concorrem distintas condutas perigosas. André Luís Callegari exemplifica: se um motorista *A*, conduzindo seu carro, atravessa um semáforo verde sem tomar qualquer precaução para o caso de algum automóvel efetuar o cruzamento avançando o semáforo vermelho, e o motorista *B* vem a desrespeitar o semáforo e colidir com o primeiro, resultando a morte de *B*, o resultado não pode ser objetivamente imputado a *A*.[35]

Outro princípio igualmente adotado é o da *proibição de regresso*, segundo o qual um comportamento anterior considerado inofensivo não conduz seu autor à responsabilidade por condutas posteriores ilícitas de terceiros. Trata-se da visão normativa do postulado causal da proibição de regresso ao infinito e se volta a resolver questões como a do taxista que conduz o homicida ao local dos disparos, do vendedor autorizado de armas de fogo etc., em que se está diante de fatos normais da vida social, inócuos penais, ainda que tais agentes tenham consciência de que, eventualmente, possa vir a ser praticado um crime.

6.2 Quando falta a realização do perigo

É pressuposto da imputação objetiva que o resultado possa ser considerado a precisa realização do risco penalmente relevante criado pelo autor. Assim, se, embora criado um risco não permitido, o resultado vem a produzir-se como conseqüência de um curso causal imprevisível, o autor não responderá objetivamente

(33) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. espanhola e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 366.

(34) Um dos inegáveis méritos da teoria da imputação objetiva é pôr em relevo o papel da vítima na análise do tipo. Veja-se que, em muitas situações, a vítima assume, conscientemente, o risco permitido, casos em que não se pode atribuir ao agente um possível resultado danoso, conquanto empiricamente se verifique o nexo causal. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*, p. 53-64.

(35) CALLEGARI, André Luís. "A imputação objetiva no direito penal". *RBCCrim* 8(30), São Paulo: RT, abr.-jun. 2000. p. 73-74.

pelo resultado. Comum é o exemplo da vítima de uma tentativa de homicídio que não morre em razão dos tiros, mas de um incêndio no hospital para o qual fora removida. Num primeiro juízo de perigo, constata-se o nexo causal entre a conduta do autor e a morte da vítima, mas aquele responderá unicamente por tentativa de homicídio porque, através de um segundo juízo de perigo, dessume-se que o disparo por ele efetuado "não aumentou o perigo de uma morte num incêndio de modo juridicamente mensurável".[36] Não haverá imputação do resultado morte, porque não correspondeu à realização do perigo criado.

6.3 Quando falta a realização do risco não permitido (ou quando o agente certamente não aumentou o risco já existente)

Sabe-se que a imputação objetiva pressupõe que o agente ultrapasse o limite da autorização (risco permitido) e crie, com isso, um perigo não permitido. Mas se a superação do risco não repercute sobre o resultado em sua concreta configuração, não se pode imputá-lo ao agente. Dá-se o exemplo das operárias de uma fábrica que trabalham com pêlos de cabra chineses para a confecção de pincéis. Se o dono da fábrica não desinfeta previamente os pêlos, como prescrito, antes de as funcionárias manejá-los, vindo estas a morrer por infecção decorrente do contato com ditos pêlos, mas uma investigação posterior conclui que a utilização do desinfetante prescrito seria ineficaz contra os bacilos, o resultado morte não pode ser imputado ao agente.

A solução encontrada seria puni-lo por tentativa de homicídio, se tivesse agido com dolo, ou isentá-lo de responsabilidade penal (exclusão de imputação), em caso de culpa. É que, se o fabricante tivesse cumprido o dever de cuidado, o evento morte teria ocorrido da mesma forma (o curso dos fatos coincidiria com aquele verificado se o agente se mantivesse dentro do risco permitido). E, ante o *princípio da igualdade*, não se poderia castigar o autor por infração de um dever cuja observância seria inútil.[37]

Se, porém, não se pudesse afirmar com certeza (mas só provavelmente) que o resultado não ocorreria em caso de conduta regular do agente (dentro do risco permitido), a imputação do resultado dependeria de ter a sua conduta aumentado as possibilidades de lesão do bem jurídico, fazendo com que o risco se materializasse no resultado típico. E o agente responderia pelo resultado morte. É a chamada *teoria do incremento do risco*, baseada na afirmação de que a finalidade de proteção da norma de cuidado existe para reduzir o perigo de lesão do bem jurídico, só havendo imputação quando a conduta imprudente, com relação à cuidadosa, acarretar um aumento do perigo para o objeto da ação.[38]

(36) ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 374.

(37) ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 375-376.

(38) CALLEGARI, André L., op. cit., p. 83. Jakobs posiciona-se contra a teoria do incremento do risco, afirmando que "a necessária aplicação do princípio *do in dubio pro reo* deve conduzir à absolvição inclusive nas hipóteses limites de extrema falta

6.4 Quando o resultado verificado escapa ao fim de proteção da norma

A imputação também é objetivamente excluída quando, embora o sujeito haja superado o risco permitido e aumentado o perigo de realização de um resultado que logo se produz, "a extensão punitiva do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo sujeito ao bem jurídico e nem o resultado ou as conseqüências dele advindas".[39] Faz-se uma interpretação teleológica do tipo para perquirir se o resultado concretamente verificado coincide ou não com o tipo de causação de resultados que pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida.[40]

Na verdade, o fim de proteção da norma orienta toda a teoria da imputação objetiva. Assim, o autor só responde pelos danos que causar diretamente ao objeto jurídico, ficando exonerado das conseqüências secundárias que fogem à extensão da incriminação da figura típica.

Em geral, as ações que causem um risco indevido a um bem jurídico protegido incluem-se na zona do injusto, porém, mormente nos crimes culposos, pode acontecer de o resultado ficar fora do âmbito de incriminação da norma.

O exemplo mais elucidativo colhe-se em Roxin: dois ciclistas trafegam, à noite, em suas bicicletas, uma seguindo a outra, por uma rodovia sem iluminação. Em razão da falta de iluminação, o ciclista da frente vem a chocar-se com um terceiro ciclista, que trafega em sentido contrário. Pode-se imputar o resultado ao ciclista que vem atrás, por não haver iluminado o caminho do ciclista que ia à frente? A resposta é negativa, pois a norma que impõe o dever de trafegar com faróis acesos tem como escopo evitar sinistros com a pessoa do próprio condutor, não impondo a obrigação de iluminar bicicletas alheias.[41] Outro exemplo, de Damásio de Jesus: a mãe da vítima de crime de latrocínio, ao ter notícia do fato, sofre um ataque cardíaco e morre. A segunda morte não pode ser atribuída ao latrocida, que só responde pelas lesões jurídicas imediatamente produzidas pelo perigo gerado com sua conduta.[42] É inegável o nexo de causalidade objetiva entre a conduta inicial e o resultado final, todavia a morte da mãe da vítima não se encontra no campo de proteção do tipo incriminador que define o latrocínio.

7. Críticas à imputação objetiva

Muito se discute a utilidade da teoria da imputação objetiva na resolução de problemas jurídico-penais. Entre as críticas que se lhe dirigem, a maior parte

de cuidado", quando a conduta alternativa conforme ao direito não conduza com segurança (mas só possivelmente) à não verificação do resultado.

(39) JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*, p. 84.

(40) CALLEGARI, André Luís, op. cit., p. 79.

(41) ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 377.

(42) JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*, p. 86.

refere-se à fluidez dos conceitos-chave da teoria ("risco permitido", "âmbito de proteção da norma" etc.) e à pretensão de ocupar, desnecessariamente, os espaços do dolo e da inobservância do cuidado objetivo necessário, para a determinação da tipicidade de condutas dolosas ou culposas, respectivamente.

O Prof. Paulo Queiroz, seguindo Gimbernat Ordeig, duvida de sua aplicabilidade prática. Explica que, em relação aos crimes culposos, "risco permitido significa, em última análise, ausência de imprudência, imperícia ou negligência; ausência de culpa, enfim".[43] Tratar-se-ia, portanto, de um supérfluo penal. Já quanto aos crimes dolosos, bastaria recorrer-se ao princípio proibitivo da punição de meras intenções para solucionar-se, por exemplo, o caso do agente que convence o desafeto a praticar esportes violentos ou a tomar um trem e vem a conseguir seu propósito lesivo. Conclui o citado autor: "o surrealismo dos exemplos citados pelos defensores da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo (se é que existe mesmo), de sorte que em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, uma pura especulação teórica desprovida de interesse prático".[44]

Bruno Paranhos censura a base teórica fornecida por Damásio de Jesus para solução do problema do "carrasco frustrado": um autor de estupro seguido de morte é condenado à guilhotina; segundos antes de o carrasco puxar a alavanca, o pai da vítima, que assistia à execução, desfecha um tiro na cabeça do condenado, matando-o. Para o teórico da imputação objetiva, o pai responde pela morte do estuprador por ter realizado uma conduta perigosa juridicamente proibida (atirar na vítima), materializando-se o risco na morte do condenado (resultado normativo), ainda que, fatalmente, o evento ocorresse pela atuação do carrasco. Para o autor da crítica, seria desnecessário recorrer-se ao critério do aumento do risco permitido, resolvendo-se a situação pela interpretação do art. 13 do CP, que pressupõe que uma conduta é causa de um resultado quando, suprimida mentalmente aquela, este não teria ocorrido na forma e no momento em que ocorreu.[45]

Defende-se o Prof. Damásio, argumentando que a teoria não cuida especificamente do dolo, problema a ser apreciado em outra fase. Além disso, aplicar-se-ia a quaisquer tipos de crime, estando especialmente voltada aos delitos contra as relações de consumo, de trânsito, aos de porte de armas de fogo, de transmissão de AIDS, de tóxicos, carcerários, de responsabilidade hospitalar, aos crimes contra as relações de trabalho e o meio ambiente, aos relativos à atividade médico-cirúrgica e à violência policial. Adotá-la, explica, não significaria

(43) QUEIROZ, Paulo, op. cit., p. 7.

(44) Ibidem, p. 8.

(45) PARANHOS, Bruno dos Santos. "Imputação penal objetiva". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 15h07. O próprio Damásio destaca: "a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o *evento in concreto* não teria ocorrido no momento em que ocorreu" (*Direito penal*, p. 218).

abandonar a teoria finalista da ação, mas apenas esvaziar o tipo subjetivo de algumas de suas funções, ampliando-se o tipo objetivo, passando a imputação objetiva a ocupar o primeiro plano na teoria do delito.[46]

8. Reflexões finais

A causalidade, ponto de partida para a atividade do aplicador do direito, sobretudo do direito penal, apresenta, no campo teórico, uma certa imprecisão, o que se tenta solucionar na prática. A adoção da teoria da *conditio sine qua non* oferece um critério objetivo (despido, portanto, de elementos valorativos) que busca isolar a conduta causal, num primeiro momento, para posteriormente aferir-se a presença das características da tipicidade (em que inserto o nexo causal), da antijuridicidade e da culpabilidade. A ação causal poderá, assim, numa análise posterior, ser desprovida de relevância para o direito, por não apresentar as demais características do injusto.

Na maioria dos casos, as soluções em matéria penal não podem apoiar-se no simples estabelecimento de um nexo causal objetivo entre conduta e resultado e na só existência do próprio resultado. Essas características, embora necessárias, nem sempre são suficientes à perfeição do fato típico. Daí porque vem aliar-se à causalidade material, por obra do finalismo, o exame da causalidade psíquica (dolo ou culpa).

Um grande obstáculo encontrado pelas teorias tradicionais respeita à diferenciação entre causa e elemento subjetivo do agente. É justamente no intuito de afastar, num primeiro momento, o exame do elemento subjetivo para a atribuição de uma conduta como obra do agente, passando à adoção de critérios puramente normativos, que ganha campo a teoria da *imputação objetiva*.

Essa doutrina, malgrado acene como solução para diversos casos não resolvidos pelo finalismo, constata-se de âmbito de aplicação assaz reduzido. Esclareça-se que não se trata de uma fórmula para desvendar casos não resolvidos, mas de um novo caminho para solucionar velhos problemas, em muitos casos chegando-se à mesma conclusão que se alcançaria ao caminhar-se pela doutrina tradicional. É que, em geral, os casos solucionados sob a ótica da nova teoria já encontram, no finalismo, um desfecho, seja pela aplicação da teoria causal estampada no Código Penal, seja por intermédio das excludentes de ilicitude, seja pela apreciação do elemento subjetivo, que, afinal, faz parte do tipo. Questiona-se, diante disso, que vantagens traria o esvaziamento da análise do tipo subjetivo para a perquirição da tipicidade.

Se é certo que a teoria da equivalência dos antecedentes, positivada em nosso sistema, situa-se exclusivamente no terreno físico ou material do delito, não satisfazendo à punibilidade, deve-se considerar, ademais, a causalidade subjetiva,

(46) *Imputação objetiva*, p. 146-150.

igualmente relevante. Deveras, o âmbito de aplicação da imputação objetiva parece bem mais nítido nos delitos omissivos, enquanto, para a atribuição de resultados dolosos, continua a exercer papel fundamental o elemento subjetivo do tipo. Os adeptos da teoria da imputação objetiva parecem querer subdimensionar os avanços perpetrados pelo finalismo com a migração do dolo e da culpa para o tipo penal. Mas a doutrina tem seus méritos, centrados sobretudo na tentativa de melhor resolver casos cujas soluções até então apontadas pela jurisprudência não parecem justas.

Em que pesem as críticas, o que se verifica é a crescente preocupação em superar-se a vetusta metodologia neokantiana – que vê no direito penal um sistema fechado e ocupado de meras deduções lógico-formais – pelo método funcional, em que se relacionem a dogmática jurídico-penal, a política criminal e os fins específicos da pena, procurando-se somente responsabilizar quando realmente se justificar a intervenção penal no agir social.[47]

O que não se pode negar é que o problema da causalidade penal correlaciona-se ao da imputação e as indagações a respeito deverão ser aprofundadas a fim de superar-se o rigoroso formalismo até então adotado pelos estudiosos e aplicadores do direito e concretizarem-se os princípios orientadores do direito penal no Estado de Direito.

Bibliografia

ALVES, Roque de Brito. *Direito penal. Parte geral.* 3. ed. ampl. Recife: Inojosa, 1977. vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1.

CALLEGARI, André Luís. "A imputação objetiva no direito penal". *RBCCrim* 8(30):65-86, São Paulo: RT, abr.-jun. 2000.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. "Imputação objetiva e direito penal brasileiro". *Boletim IBCCrim* 9(107):7-9, out. 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DELL'ORTO, Cláudio. "O nexo de causalidade nos crimes preterdolosos". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 15h35.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. 1, t. 1.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, t. II.

(47) Cf. CAMARGO, Antonio Luís Chaves, op. cit., p. 9.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. brasileira de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1.

———. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. portuguesa de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal. Parte geral: com observações à nova Parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Da responsabilidade penal e da isenção da pena*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rocha de. "Relação de causalidade no direito penal". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 14h35.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, Eduardo Magalhães. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1.

PARANHOS, Bruno dos Santos. "Imputação penal objetiva". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23.01.2001, às 15h07.

QUEIROZ, Paulo. "A teoria da imputação objetiva". *Boletim IBCCrim* 9(103):6-8, jun. 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. espanhola e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

———. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. brasileira de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo. Uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

2.2

O DIREITO DE INTEGRAÇÃO E SEUS REFLEXOS JURÍDICO-CRIMINAIS. Estágio atual do Mercosul *

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

SUMÁRIO: 1. Introdução e justificativa – 2. O problema terminológico – 3. Mercosul: estágio atual e perspectivas: 3.1 As fontes de direito do Mercosul; 3.2 Âmbito executivo; 3.3 Âmbito legislativo; 3.4 Âmbito jurisdicional: solução de controvérsias no Mercosul – 4. Reflexos jurídico-criminais: a União Européia (UE) como paradigma – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo procura analisar a questão da influência que eventuais decisões arbitrais tomadas no cenário do Mercosul possam emanar no sistema jurídico interno, mormente o brasileiro, no que tange ao Direito Penal. Nesse sentido, então, uma análise terminológica dos assuntos penais que transbordam as fronteiras do Estado é levada a efeito, bem como é feito um estudo relativo à estruturação orgânica atual do Mercado Comum do Sul, entidade internacional de integração econômica que congloba Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Nesse cenário é que os reflexos penais são inseridos, procurando-se seguir o paradigma da União Européia (naquilo que for possível) como um caminho a ser seguido.

Palavras-chave: Solução de conflitos internacionais – Direito de integração – Direito comunitário – Mercosul – Direito Penal Internacional – Direito Internacional Penal.

1. Introdução e justificativa

Desde que os Estados optaram por uma aproximação coordenada por políticas comerciais comuns, elaborando formas de cooperação e integração em nível econômico, o modelo de soberania[1] clássico veio sofrendo mutações e adapta-

(*) Monografia apresentada ao 4.º Curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico e Europeu, promovido pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra entre janeiro e março de 2001, sob a orientação do Dr. Pedro Caeiro.

(1) Sobre o que se segue, referente a essa temática, consulte-se o interessante artigo de Márcio Monteiro Reis. "Interpretação constitucional do conceito de soberania – As

ções, deixando aquela de ser encarada, no plano meramente interno, apenas como o poder incontrastável de dizer o Direito, ou seja, um poder supremo, insusceptível de sofrer ressalvas ou reveses. Com efeito, os exemplos trazidos pela União Européia demonstram que a escolha pelo modelo da integração estatal força a uma reestruturação da abrangência do conceito de soberania. Tal não pode se dar pela renúncia de certas parcelas do poder soberano, uma vez que a soberania apresenta como características a unidade e a indivisibilidade o que, todavia, não impede a divisão de seu exercício através da distribuição de funções. Essa soberania que não admitiria subordinação a outro poder de mesma natureza, sujeitar-se-ia, entretanto, a uma ordem jurídica criada pelo Estado ou mesmo auto-limitada por este quando assume, nas relações de coordenação decorrentes do Direito Internacional Público clássico, obrigações para si a serem observadas nos planos interno e internacional.

E é no uso desse poder inerente à soberania de auto limitá-la por meio de obrigações assumidas em nível internacional que os Estados membros de organizações internacionais de integração podem acordar que o poder soberano será, em algumas matérias e para alguns efeitos previamente definidos, exercido de forma compartilhada.

"O que se propõe, portanto, não é a perda da soberania, nem muito menos a perda de parcelas de soberania, o que é impossível, pois soberania não é algo que se possa ter em maior ou menor medida." Nessa ordem de valores, o "processo de integração, quando atinge níveis mais avançados, importa na criação dos chamados órgãos supranacionais, os quais são investidos, pelos Estados, de poderes para atuar em campos específicos, em que a soberania de cada Estado membro é compartilhada por todos".[2]

Isso pode também levar a que, no plano internacional, a soberania perca seus caracteres de independência e coordenação, para refletir, em nível comunitário, certa subordinação às decisões tomadas por maioria, dentro do princípio aceito de compartilhamento.

Nesse sentido, ao lado e acima dos vários direitos estatais, encontrar-se-á um direito que se sobrepõem àqueles em esferas que os Estados membros da União houveram por bem compartilhar, em nível de comunidade de Estados, por meio da delegação de sua competência legislativa aos órgãos legislativos comunitários. Tais esferas não são, como já salientado, ilimitadas, vale dizer, não são todos os ramos do Direito (e estes, em todos os seus aspectos) que po-

possibilidades do Mercosul". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 915-954. Também, mas com outra angulação, Patrícia Luíza Kegel. "As constituições nacionais e os limites à integração regional". *Temas de Integração*. 4-7:33-55. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999. Veja-se, ainda, Paulo Borba Casella. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996. p. 210.

(2) Márcio Monteiro Reis. "Interpretação constitucional do conceito de soberania...", cit., p. 939.

dem ser objeto da normativa comunitária. Também é verdade que as esferas de competência tem sido alargadas, a ponto de, hoje, não estarem mais relegadas a matérias de ordem econômico-comerciais. Nesse sentido, conta já a União Européia com uma Carta Comunitária de Direitos Fundamentais, em nível supranacional, matéria esta atinente até há pouco ou ao Direito Constitucional dos vários Estados membros ou ainda, mais recentemente, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esfera que ainda não foi delegada à comunhão de Estados é, sem dúvida, a esfera penal que continua a ser encarada como parcela integrante da soberania em sua acepção clássica.

Dessa forma, a comunidade internacional, amplamente considerada, só tem podido concertar em matéria criminal através dos instrumentos dispostos, historicamente, pelo Direito Internacional Público, área esta que se convencionou chamar Direito Internacional Penal em contraposição ao Direito Penal Internacional que seria a expressão legislativa interna concernente ao âmbito de aplicação espacial das normas em matéria criminal, disciplina afeita ao Direito Internacional Privado e que abarcaria, ainda, temas como a extradição, a cooperação jurisdicional internacional em matéria criminal etc.[3] Tal distinção vem, de há muito, sendo criticada pela doutrina internacionalista. Por esse motivo, e em face das manifestações no sentido da existência de um Direito Penal Comunitário ao lado de um Direito Comunitário Penal, julga-se necessária uma análise ponderada acerca da terminologia mais coerente a ser empregada ao longo desse trabalho. É o que se pretenderá fazer em sua primeira parte.

Por outro lado, não será possível uma maior aproximação aos reflexos jurídico criminais verificados no âmbito do Mercado Comum do Sul (objeto principal da análise que se busca empreender), se não se situar os esforços de integração empreendidos pelos Estados partes em um dos estágios comumente indicados pela doutrina do Direito de integração. Nesse sentido, uma análise histórica e situacional referente ao Mercosul se faz necessária e recomendável e será, portanto, objeto da segunda parte desse estudo.

Por fim, buscar-se-á uma aproximação, através da experiência paradigmática da União Européia aos problemas que possam surgir no campo criminal, tendo-se sempre em conta a já referida reserva soberana em matéria criminal, bem como o fato de o Mercosul não ser dotado, em sua estrutura funcional, de um órgão jurisdicional, mas, tão-somente, contar com a previsão de Tribunais Arbitrais *ad hoc*, o que pode levantar novo problema em relação aos princípios de garantia que o Direito Penal, em seu estágio atual, busca empreender e defender. Buscar-se-á, ainda, proceder a sugestões referentes aos

(3) Nesse sentido, dentre outros, veja-se Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho penal – Parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 112-117, quando este acolhe a tradicional lição de Sánchez de Bustamante. Também: Luis Luisi, no "Prólogo" a *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*, de autoria de Raúl Cervini e Juarez Tavares, São Paulo: RT, 2000. p. 7-8.

problemas suscitados, como caminho a ser seguido no âmbito da Integração na América do Sul.

2. O problema terminológico

A disciplina objeto da controvérsia terminológica "é o resultado da convergência de dois ramos fundamentais do Direito e, em conseqüência, se vê afetado por uma importante dicotomia em suas premissas doutrinárias de base".[4]

Com efeito, penalistas e internacionalistas vinham divergindo relativamente ao alcance da disciplina. Enquanto estes buscavam enxergar no Direito Internacional alguns traços de matéria criminal que obrigasse os Estados contratantes em sua esfera interna, sem demonstrarem preocupação relevante com os problemas da persecução e executoriedade das condenações, nem sequer com problemas de tipificação que levassem em conta bens jurídicos extraterritoriais e/ou universais, aqueles se preocupavam já com a construção de modelos de execução internacional paralelos e em tudo muito semelhantes a seus respectivos modelos internos de repressão penal, sem atentarem ao fato de que as relações internacionais desenvolviam-se apenas por coordenação entre os Estados, enquanto meio de reflexão da soberania em sua faceta externa.

Certamente foi esta dicotomia de tratamento, associada à não consideração da pessoa individual ou coletiva privada por parte do Direito Internacional clássico, que não lhes atribuía direitos ou deveres nem levava em conta a possibilidade de que estes indivíduos ou coletividades lesassem normas de Direito Internacional,[5] que levou a uma dualidade de tratamento da disciplina.

Assim, as aspirações internacionalistas mantinham-se resguardadas sob a denominação de Direito Internacional Penal enquanto que os direitos internos, seara de atuação dos penalistas, estavam abarcados no assim chamado Direito Penal Internacional.

Ocorre que, em verdade, esse Direito Penal Internacional ocupava-se também de relações internacionais entre Estados na medida em que assumia como objeto os meios de cooperação judicial em matéria criminal (como o são as cartas rogatórias, a extradição, a oitiva de testemunhas, a remessa consensual de testemunhas para depor no Estado requerente etc.). Por outro lado, e principalmente após os problemas gerados pelas duas Guerras Mundiais, passam os internacionalistas a desenvolver novo ramo de sua ciência jurídica, qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos que, ao declarar direitos universais, acaba por conceder-lhes certa dignidade forçando ao reconhecimento de que necessitam de meios aptos a sua efetiva garantia. Nesse sentido, surgem os primei-

(4) M. Cherif Bassiouni. *Derecho Penal internacional*. Trad. Jose L. De la Cuesta Arzamendi. Madrid: Tecnos, 1984. p. 77.

(5) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho penal – Parte general*. 4. ed. Trad. Jose Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 105.

ros movimentos de tipificação de condutas que buscam tutelar os direitos de guerra justa e paz, bem assim os direitos de toda a humanidade, o que acontece, entretanto, em nível de mera proposta na medida em que decide a comunidade internacional firmar tratados e convenções que instituem para os Estados partes o dever internacional de tipificar, em nível interno, delitos como o de genocídio, tortura etc. Também é reflexo do Direito Internacional dos Direitos Humanos o reconhecimento de personalidade internacional, para certos e restritos efeitos, a todo ser humano individual que passa, *v.g.*, a ter legitimidade ativa para representar contra os Estados ou Organismos Internacionais em matéria de violação aos Direitos Humanos, quer diretamente (experiência européia), quer de forma reflexa, por meio de autoridades estatais (experiência atinente à Organização dos Estados Americanos).[6]

Esse desenvolvimento doutrinário e legislativo não foi pacífico e encontra, ainda hoje, certas resistências.[7] Todavia, corolário desse desenvolvimento foi a constatação da necessidade de um Direito Penal de alcance global que pudesse responder não apenas às violações aos bens jurídicos globais acima referidos, como também à nova criminalidade que extrapola fronteiras.

As várias tentativas de criação de Cortes Internacionais com competência criminal e as tentativas de delimitação e tipificação de condutas lesivas àqueles bens jurídicos universais culminaram, por fim, na assinatura do Estatuto de Roma que, em seus anexos, redigidos de forma definitiva no final do ano 2000 em comissão especialmente designada pela ONU para esse fim, chega a tipificar condutas em nível internacional, inovando sobremaneira em temas como as violações sexuais tendentes a perpetrar limpezas étnicas, por exemplo.

Saliente-se que, por pouco, não adquiriu esse planejado Tribunal a competência para julgamento de crimes transnacionais como o são o tráfico de drogas e substâncias estupefacientes, o branqueamento de capitais etc., segundo proposta apresentada pela delegação de Trinidad e Tobago que, todavia, não foi acolhida. De qualquer forma, representou a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional um avanço significativo na busca de um aprofundamento das questões penais internacionais.

Essa interpenetração verificada entre os aspectos estanques dos dois subsistemas do Direito Penal em sua vertente internacional, ao vencer o pro-

(6) Também a multiplicação das relações privadas internacionais fez alimentar a simbiose entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado (António Boggiano. "Hacia el desarrollo comunitário del Mercosul desde la experiencia de la Union Europea", p. 55, em *O Mercosul e a União Europeia*, Coimbra: Centro de Estudos Europeus, 1994 p. 49-102). Sobre a importância da utilização do Direito Internacional Público para a harmonização dos sistemas de Direito Internacional Privado, consulte-se, dentre outros, a monografia do autor intitulada *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

(7) Por todos, veja-se, José Francisco Rezek nas várias edições de seu *Manual de Direito internacional público*.

blema da personalidade internacional do indivíduo, ao criar um sistema universal de justiça criminal, ao implementar e aperfeiçoar sistemas cooperativos de repressão delitiva; tudo isso associado aos problemas derivados da correta acepção dos termos Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal em alguns idiomas está a autorizar a utilização de uma denominação única que possa designar satisfatoriamente os fenômenos em apreço, tão interrelacionados como se pretendeu demonstrar. Consagrou-se, assim a denominação Direito Penal Internacional por parte da doutrina, embora persista a dualidade, em alguns casos, por razões metodológicas conforme salienta Cherif Bassiouni.[8]

Por todo o exposto, careceria de necessidade prática distinguir, no âmbito comunitário, entre os efeitos penais internos decorrentes da normatividade adotada pelo Direito de integração e os eventuais acordos comunitários em matéria criminal. Mormente nesse novo ramo do Direito Internacional caracterizado pela supranacionalidade e pelas modificações hierárquicas introduzidas nas fontes legislativas dos direitos nacionais, em que uma decisão tomada pelos órgãos legislativos e/ou executivos comunitários obriga e modifica os direitos internos dos Estados membros da União, segundo o estágio alcançado pelos Estados Europeus, mas não ainda pelos Estados membros do Mercado Comum do Sul, em que não seria possível, em tese, falar-se sequer em Direito Comunitário, quanto mais em Direito Penal Comunitário (nomenclatura que se sugere na esteira dos avanços empreendidos em nível internacional) como adiante se verá.

3. Mercosul: estágio atual e perspectivas

Nasce o Mercado Comum do Sul, em meados da década de 80, na esteira ainda de outros movimentos de integração americanos de que são exemplos a Alalc (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), a Aladi (Associação Latino-Americana de Integração) etc., decorrente dos esforços empreendidos pelos governos brasileiro e argentino no sentido de uma aproximação coordenada tendente a unir esforços em matéria econômica, após anos de desconfiança recíproca.[9] A proposta verificada era no sentido da cooperação bilateral em matéria de política comercial, com possível estruturação de um mercado comum e até mesmo, num futuro longínquo, com a união monetária entre os Estados. Tal aproximação, segundo demonstra a História política e diplomática desses

(8) M. Cherif Bassiouni, op. cit., p. 53.

(9) Para uma verificação histórica das relações entre esses Estados, mais detalhadamente, veja-se Fernando Augusto Albuquerque Mourão. "A problemática do Mercosul". *O Mercosul e a União Europeia*, Coimbra: Centro de Estudos Europeus, 1994. p. 19-41. Também: Paulo Borba Casella. *Mercosul: exigências e perspectivas*, cit.; Elizabeth Accioly Pinto de Almeida. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídica institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

dois Estados não foi feita sem o vencimento de barreiras que pareciam, até então, intransponíveis. Desde os tempos coloniais e principalmente após a independência de ambos os Estados, as administrações responsáveis sempre contenderam relativamente a aspectos fronteiriços recíprocos além do domínio sobre a região que hoje conforma a República Oriental do Uruguai. Brasileiros e argentinos já haviam anexado essa região a seus respectivos territórios. Também as relações travadas quanto ao Estado paraguaio foram tensas ao longo da História. Talvez a última grande guerra no sul do continente americano tenha sido aquela que uniu brasileiros, argentinos e uruguaios contra o Paraguai e que foi responsável pela dizimação de quase a totalidade da população masculina desse Estado.

Foi certamente essa longa história de contendas e aproximações entre Brasil e Argentina, associada ao medo de se verem alijados do processo econômico em nível global, que levou os governos do Paraguai e do Uruguai a buscar uma aproximação diplomática, unindo-se ao processo de integração planejado e que culminou com a assinatura do Tratado de Assunção (1991, mas com entrada em vigor simultânea nos quatro países signatários em 01.01.1995). Prevê esse Tratado que os Estados partes deverão empreender esforços comuns no sentido de estruturarem verdadeiro Mercado Comum dentro de período de tempo pré-definido. Atingir esse patamar implica passar, dentro da evolução verificada pela experiência européia, pela implementação de uma Zona de Livre Comércio interna, com a posterior derrubada de todas as formas de barreiras interestatais e a adoção de uma Tarifa Externa Comum, o que caracterizaria uma verdadeira União Aduaneira para, posteriormente, derrubarem-se as restrições atinentes à livre circulação de pessoas, bens e serviços, caracterizando-se, enfim, o planejado Mercado Comum.

Percebe-se, da leitura do referido Tratado que, posteriormente, veio a ser complementado e emendado pelos Protocolos de Brasília para soluções de controvérsias (1991) e de Ouro Preto (1994),[10] que os Estados do Cone Sul da América, ao mesmo tempo em que pretendiam adiantar seus esforços no sentido de uma maior harmonização de políticas públicas e de integração econômica, com vistas a avançar, em curto espaço de tempo, ao patamar que a experiência européia consumiu décadas, buscavam resguardar suas soberanias e atrelar-se aos mecanismos de coordenação ditados pelo Direito Internacional clássico, ao menos durante o período que se convencionou chamar de primeiro período de transição (que corresponde ao período que vai da consolidação da Zona de Livre Comércio até ao que se pretendia fosse a institucionalização de uma União Aduaneira), mas que já perdura pelo segundo período de transição (correspondente ao período de adoção de uma União Aduaneira imperfeita ou incomple-

(10) Visava esse protocolo atribuir ao Mercosul sua conformação jurídica definitiva, mas que, apesar dos esforços empreendidos pelas delegações estatais, não teve seu objetivo atingido, adiando-se para um futuro não muito distante tal desiderato. Atribui por outro lado, ao Mercosul, personalidade jurídica de direito internacional.

ta,[11] até a verificação da completa União Aduaneira, planejada para vigorar a partir de 2006).

Assim é que não é dotado o Mercosul de instrumentos de supranacionalidade, mas tão somente da adoção de mecanismos de tomada de decisão em nível intergovernamental, o que já representou a qualificação de sua natureza jurídica dentre as organizações internacionais clássicas e não dentre as organizações de cariz comunitário.[12] O que pode parecer à primeira vista passível de críticas, na medida em que renuncia aos avanços da experiência européia,[13] pode, por outro lado, justificar-se pelo número de membros que compõem o Mercado. Com efeito, decisões de ordem supranacional, ao exigirem a maioria de votos, representariam, no âmbito do Mercosul uma decisão tomada por, no mínimo, três votos contra um. Ademais, o empate nas posições estatais seria de difícil, se não impossível, deslinde. Por outro lado, a adoção do sistema de tomada de decisões por consenso, ao largo de representar um empecilho, representa, no âmbito restrito do Mercosul, uma vantagem, na medida em que exprime a satisfação intermitente dos quatro membros e não a eventual insatisfação de ao menos um deles, o que, decerto, representa uma política de relações internacionais que tem se mostrado satisfatória no âmbito da integração sul-americana.[14]

Tal escolha estrutural avançada pelos governos dos Estados partes, se de um lado representa uma maior estabilidade no âmbito das tomadas de decisão referentes às funções executivas internas, apresenta, por outro lado, inconvenientes nos âmbitos legislativo e judicial, conforme se procurará demonstrar.

Com efeito, se o Mercosul, em sua estrutura orgânica atual, não estaria por atravancar as tomadas de decisão em nível executivo interno, é patente que as organizações internacionais clássicas não dispõem, em sua conformação jurídica, de órgãos no âmbito legislativo ou judicial segundo as definições que esses órgãos possam receber nas esferas estatais ou mesmo no âmbito supranacional europeu. Vale dizer: as decisões, no âmbito das organizações internacionais vin-

(11) A adoção de uma Tarifa Externa Comum integral, no âmbito do Mercosul, será alcançada gradualmente, sendo certo que mais de 90% do setor produtivo encontra-se já em União Aduaneira.

(12) Nesse sentido: Werter R. Faria, "Aplicabilidade das normas emanadas dos órgãos do Mercosul". *Temas de Integração* 1-2:7-18.Coimbra: Universidade de Coimbra e Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

(13) Sobre a legitimidade do Mercosul buscar soluções jurídicas desatreladas da experiência européia, consulte-se o interessante artigo de Paulo Roberto de Almeida. "O Brasil e o futuro do Mercosul: dilemas e opções". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13-38.

(14) "Apesar de ser apenas uma esperança, e não uma certeza, o Mercosul constitui uma experiência importante num momento histórico em que as relações internacionais se pautam em movimentos paradoxais de integração e 'balcanização', de globalização econômica e explosão de nacionalismos étnicos ou políticos." (José Eduardo Faria. "Integração e política: o Brasil no Mercosul". *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994. p. 478-496).

culam os Estados partes somente após a intervenção dos poderes legislativos internos segundo o procedimento previsto no âmbito constitucional de cada qual, não sendo, por isso, dotados de auto executoriedade, porém, vinculando-os no plano internacional. Também no que concerne à solução de conflitos, as tomadas de decisão no âmbito das organizações internacionais clássicas para lhos resolver baseia-se, normalmente, na mediação diplomática ou nas soluções arbitrais, esquema em tudo assemelhado ao adotado pelo Mercosul, mas que pode vir a gerar inconvenientes num futuro próximo, conforme adiante se procurará demonstrar.

Por esse motivo, torna-se necessária uma breve análise sobre os órgãos e funções no âmbito interno do Mercado Comum planeado, bem como uma análise acerca de suas fontes de direito, segundo a classificação que vem sendo feita pela doutrina internacional. Posteriormente, tal análise será de fundamental importância para que se possa chegar a uma conclusão satisfatória acerca das possibilidades de existência de um Direito Penal do Mercosul e seu eventual alcance e regulamentação. Bem por isso, far-se-á tal análise desde uma perspectiva atual, com projeções futuras, segundo o verificado pela experiência européia.[15] Antes, porém, proceder-se-á a uma análise das fontes de Direito do Mercosul.

3.1 As fontes de direito do Mercosul

Propõe Maristela Basso[16] uma pirâmide normativa referente às normas emanadas no âmbito do Mercosul e que se subdividiria em fontes de direito originário, fontes de direito derivado e fontes complementares.

As fontes de direito originário seriam o Tratado de Assunção, seus protocolos e anexos, complementados posteriormente pelos Protocolos de Brasília e Ouro Preto. É de se salientar que estas fontes decorrem da vontade soberana dos Estados membros no uso de sua personalidade jurídica de Direito Internacional Público, devidamente reconhecidas pelas legislações internas, constituindo, dessa forma, obrigação internacional a correta verificação de seus postulados. Por outro lado, constituem, em nível interno, a atuação da vontade soberana das nações na medida em que estão previstas nas Constituições de todos os Estados membros as formas de cooperação e integração regional.

Constituem fontes de direito derivado os atos normativos típicos adotados pelos órgãos com capacidade decisória no âmbito de integração e que, internalizados, passam a obrigar os Estados partes, bem assim os atos normati-

(15) Sobre os paralelos entre Mercosul e União Européia, vejam-se os trabalhos de Elizabeth Accioly Pinto de Almeida. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídica institucional*, cit. e António José Fernandes. *União Europeia e Mercosul: dois processos de integração*. Braga: Universidade do Minho e Comissão Europeia, 1998.

(16) Maristela Basso. "O ordenamento jurídico do Mercosul". *Temas de Integração* 4-8:23-32. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

vos atípicos que constituem os regimentos internos das instituições e órgãos de integração, ao lado das recomendações, propostas de decisão encaminhadas pelos órgãos consultivos aos órgãos dotados de capacidade decisória, programas de trabalho acordados etc.

Por fim, as fontes complementares seriam compostas pelos princípios do Direito Internacional geral e regional, do Direito de Integração, as decisões dos Tribunais Arbitrais *ad hoc*, bem como dos Tribunais nacionais e os princípios gerais de Direito comuns aos Estados membros.

Toda essa construção racional brevemente sumariada aqui encontra, todavia, óbices a sua concreta adoção, ao menos no sistema jurídico interno brasileiro, em face da sempre criticada posição da jurisprudência do STF no que se refere à contradição entre uma norma de Direito Internacional anterior e sua revogação por norma de Direito Interno posterior, em adoção pela Corte, após prolongado debate quando do julgamento do RE 80.004, da doutrina monista moderada.[17] No que se refere à República Argentina, tal posição foi modificada pela Suprema Corte nacional antes mesmo da Emenda Constitucional que deu supremacia aos tratados internacionais em nível interno, posição essa decorrente da própria inserção do país no processo de integração.[18] Uruguai e Paraguai, por seu turno, adotaram sempre a tese da supranacionalidade, em virtude da possibilidade que lhes é conferida por suas Constituições nacionais.

A posição brasileira é de difícil solução sem a aprovação de uma Emenda Constitucional[19] que clarifique a vontade do Constituinte insculpida na letra do art. 4.º da Lei Magna. Ainda que se esforce a doutrina internacionalista por conciliar e demonstrar a possibilidade da adoção de posição supranacional, o entendimento do STF impede qualquer avanço por parte da diplomacia nacional. Talvez por isso, tenha Rui Manuel Gens de Moura Ramos afirmado que "se houvéssemos de eleger algum aspecto em que as vulnerabilidades do presente está-

(17) Foge ao âmbito do presente trabalho uma aproximação mais detalhada acerca da dualidade monismo *x* pluralismo. Faz-se, entretanto, menção ao tema em virtude dos reflexos que gera no que concerne ao sistema jurídico brasileiro onde pode acarretar, inclusive, a revogação dos Tratados que instituem o Mercosul por norma jurídica interna posterior.

(18) Comentários da decisão em António Boggiano, "Hacia el desarrollo comunitário del Mercosul desde la experiencia de la Union Europea", cit.

(19) O legislador constituinte brasileiro insculpiu como princípio reitor do Estado democrático de direito a defesa da soberania, mas propugnou a necessidade de integração com os países irmãos da América Latina. A doutrina brasileira debateu-se por largo período de tempo relativamente à necessidade de se modificar a redação de um desses princípios. Chegou-se, todavia, a uma harmonização hermenêutica baseada na questão do compartilhamento da soberania. É um problema, todavia, que se coloca em projeção ao futuro, uma vez que, no presente, os meios de decisão coordenada não põem o problema de forma premente. Nesse sentido: Jurgen Samtleben. "Perspectivas para uma corte do Mercosul e a experiência Europeia". *Scientia iuridica*. Braga: Universidade do Minho, 1996. t. XLV, n. 262-264.

dio organizatório do Mercosul nos parecem mais acentuadas, claramente escolheríamos a fragilidade, no seu seio, da instância jurídica. Com efeito, é na menor atenção até ao presente dada à questão da aplicação do direito da organização, em particular no sistema jurídico interno dos Estados membros, que se nos afiguram encontrar-se as origens de maiores dificuldades para o prosseguimento do processo de integração. Há assim que aceitar que é a este nível irrecusável afrontar o problema da supremacia do Tratado, vértice natural do processo de integração, que antecipa e anuncia questões como a da imediação das suas normas e da sua prevalência, no interior dos sistemas jurídicos nacionais".[20]

3.2 Âmbito executivo

O âmbito executivo no Mercado Comum do Sul é desempenhado por órgãos de representação estatal, composto, na maioria das vezes por pessoas ligadas aos Ministérios da Economia e das Relações Exteriores dos Estados Membros, quando não pelos próprios titulares das referidas pastas de cada um dos Estados partes, o que denota a escolha institucional pela tomada de decisões em caráter intergovernamental e não supranacional, o que se caracterizaria pela independência dos membros desses mesmos órgãos em face de seus governos nacionais, como ocorre com a União Européia.

Chamamos de órgãos de âmbito executivo àqueles órgãos que, dotados de capacidade de decisão e competentes para emanar normas jurídicas, o fazem na esfera de regulamentação das fontes jurídicas de direito originário da organização, ainda que como instrumentos de consecução dos objetivos a ser alcançados pelo Mercosul, ou de caráter meramente opinativo. Fazendo-se um paralelo com a ordem jurídica interna, tratar-se-ia da competência que contam os órgãos integrantes do Poder Executivo de emanar decretos, portarias e resoluções com a intenção de regulamentar o sentido amplo da norma ditada pelo Poder Legislativo ou mesmo indicar caminhos a seguir, como ocorre com o Conselho da República brasileira, por exemplo.

Como não há previsão de supranacionalidade, tais normas regulamentadoras necessitam ser incorporadas aos direitos internos dos quatro Estados membros segundo os procedimentos previstos nas respectivas Constituições, o que se dá, no ordenamento brasileiro, com a intervenção do Poder Legislativo através da ratificação da decisão, vista para esse fim como um tratado internacional, e a posterior promulgação por Decreto Executivo presidencial, sempre que se trate de matéria da competência exclusiva do Poder Legislativo federal.[21] Quando,

(20) Rui Manuel Gens de Moura Ramos, em comentários à exposição de António Boggiano, op. cit., p. 112.

(21) "Entende-se que as normas emanadas do Mercosul que representam encargos econômicos ou obrigações para o patrimônio nacional devem ser objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. Da mesma forma, as normas que ampliam e modificam

por outro lado, a norma emanada por um dos órgãos do Mercosul é pertinente a matéria de competência interna de órgãos executivos, tem entendido a doutrina que basta a emanação de vontade concordante por parte dos órgãos administrativos, como, por exemplo, o Banco Central do Brasil, o que se faz pela expedição da competente norma interna.

O órgão principal no âmbito executivo do Mercosul, e previsto desde a assinatura do Tratado de Assunção, é o Conselho do Mercado Comum, integrado pelos Ministros da Economia e das Relações Exteriores dos Estados membros e que tem como função conduzir a política do processo de integração na forma definida pelo art. 9.º do Protocolo de Ouro Preto, cabendo-lhe a decisão final relativamente aos tratados e resoluções a ser adotados.

Também previsto pelo Tratado fundamental da Organização é o Grupo Mercado Comum, formado por dezesseis representantes, em número de quatro por Estado, com os respectivos suplentes já previamente determinados, ligados no âmbito estatal aos mesmos Ministérios antes mencionados, cabendo aos Ministérios das Relações Exteriores, em conjunto, coordenar os trabalhos do Grupo, órgão executivo por excelência, na medida em que apresenta como funções cumprir as decisões tomadas pelo Conselho, propondo projetos, fixando programas de trabalho, tudo na forma como definido pelo art. 14 do Protocolo de Ouro Preto.

Com a mesma composição do Grupo Mercado Comum, aparece a Comissão de Comércio do Mercosul, com função de coordenar uma política comercial comum entre os quatro países entre si e em relação a terceiros países, com vistas a garantir o pleno e gradual funcionamento da União Aduaneira a ser brevemente alcançada.

Com atribuições de recomendar políticas ao Grupo Mercado Comum, aparece, previsto pelo Protocolo de Ouro Preto, o Foro Consultivo Econômico e Social, composto por representantes da sociedade civil dos Estados membros, em igual número e com função consultiva não vinculativa relativamente ao Grupo.

Por fim, prevista pelo Tratado de Assunção como mero arquivo de documentos e alçada pelo Protocolo de Ouro Preto ao patamar de órgão de apoio operacional do Mercosul, com funções importantes em matéria de harmonização legislativa, aparece a Secretaria Administrativa do Mercosul, dirigida por um nacional de um dos Estados partes com mandato bienal e rotativa a ocupação do cargo, com sede em Montevidéu, Uruguai.

Da integração das funções dos vários órgãos executivos do Mercosul, percebe-se que buscam empreender políticas coordenadas de gestão macro econômica e social, atentas, como devem estar, aos objetivos da Organização e respeitando sempre os princípios que a regem.[22]

as estruturas do Mercosul também se submetem a essa condição." (Maristela Basso. "O ordenamento jurídico do Mercosul", cit., p. 31.)

(22) No sentido da coordenação da política macro econômica, Paulo Borba Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas*, citado, e segundo uma óptica econômica, Laura

3.3 Âmbito legislativo

No âmbito legislativo, conta o Mercosul apenas com a previsão de uma Comissão Parlamentar Conjunta, previsão esta que já vinha do Tratado de Assunção, com a função primordial de implementar políticas de propostas referentes à adoção de meios adequados para a harmonização legislativa e o aprimoramento das formas de transposição das normas adotadas no plano de integração aos diversos Estados membros.

É composta por até 64 membros que representam seus Estados e não sua população. Por esse motivo, a representação é paritária e não proporcional entre os quatro Estados membros, devendo seus integrantes ser escolhidos dentre os parlamentares nacionais, dividindo-se em subcomissões temáticas definidas pelo Grupo ou pela Comissão do Mercado Comum.

Sua função é opinativa, mas prevê-se[23] que seu futuro seja efetivamente legislativo e representativo dos povos integrantes do Mercosul, com eleições diretas e representação proporcional, semelhante à estrutura do Parlamento Europeu.

De certo que a consecução de tal estrutura terá vital importância quando atingir o Mercosul caráter supranacional, capaz de ditar normas obrigatórias *ab initio* aos Estados partes em seus respectivos ordenamentos internos, sem a necessidade de intervenção dos legislativos nacionais ou federais.

De qualquer forma, no âmbito penal, a questão tende a manter-se estável, com a coordenação entre os Estados a reger qualquer tentativa no sentido de harmonização ou unificação legislativa, ainda quando se procure tipificar condutas lesivas a bens jurídicos comunitários, mesmo quando da esperada instituição do Parlamento do Mercosul, o que decorre do não compartilhamento soberano relativo a esta disciplina jurídica.

3.4 Âmbito jurisdicional: solução de controvérsias no Mercosul

O Mercosul demonstrou, desde seu nascedouro, relevante preocupação com as instituições democráticas, chegando-se mesmo a afirmar que apenas a manutenção ininterrupta das instituições com esse cariz seriam capazes de fortalecer e estreitar os laços que unem os Estados partes, integrando-os.

A experiência democrática passa, necessariamente, pela adoção de mecanismos de solução de controvérsias, o que foi alcançado pelos Estados que com-

Goldberg e Fernando Porta. "Resultados y dilemas del proceso de integración en el Mercosur". *Revista de Estudios Europeos* 23/35-52, Valladolid, 1999.

(23) Nesse sentido a proposta de Antônio Rulli Júnior. "Criação do Direito comunitário através do Parlamento do Mercosul e Tribunal Supranacional como garantia da cidadania e dos investimentos nos países da região". *RJTACrimSP* 35/18-31, São Paulo, 1997.

põe a organização, com a assinatura e posterior ratificação e entrada em vigor do Protocolo de Brasília para soluções de controvérsias. O Protocolo prevê a adoção do sistema arbitral *ad hoc* de solução dos litígios que envolvam os Estados membros, precedida, entretanto, e dentro da filosofia de relações coordenadas entre as partes, por negociações entre os litigantes que, se não satisfatórias, serão descortinadas com a mediação do Conselho do Mercado Comum. Persistindo a controvérsia, pode um dos Estados envolvidos recorrer à instalação de um Tribunal Arbitral.[24]

Previsto para ser um esquema de solução de controvérsias com aptidão para vigorar pelo período de transição teve, em decorrência da relutância brasileira para a adoção de esquemas supranacionais no âmbito do Mercosul, sua vigência prorrogada pelo Protocolo de Ouro Preto, esperando-se que se adote, futuramente, um sistema judiciário que o substitua.

O Tribunal arbitral será composto, *ad hoc*, por três árbitros integrantes de uma lista de dez árbitros indicados por cada Estado parte e que resta arquivada na Secretaria da Organização. Será presidido pelo árbitro indicado de comum acordo entre os litigantes ou, na falta do acordo, pelo Conselho do Mercado Comum, que procederá a sorteio, devendo ser o presidente necessariamente nacional de um Estado que não tenha tomado parte no conflito. Completarão o Tribunal dois árbitros representantes dos Estados envolvidos e por eles escolhidos.

Interessa-nos, aqui, iniciar uma verificação acerca da eficácia subjetiva e objetiva das decisões arbitrais, bem assim o papel que desempenham as decisões arbitrais enquanto forma de interpretação e aplicação do Direito de Integração. Tal análise será de suma importância para se demonstrar, na terceira parte do trabalho, as impropriedades do sistema para a criação de efeitos nas esferas penais dos Estados membros, ao contrário do que ocorre na experiência européia relativamente às decisões do TJCE.

Posiciona-se o diretor do *Max-Planck-Institut für auslandisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo, Jurgen Samtleben,[25] no sentido da necessidade de instituírem os Estados membros do Mercosul um Tribunal judicial com competência consultiva obrigatória por parte dos poderes judiciários nacionais, com o intuito de harmonizar a interpretação das normas emanadas pelos órgãos do Mercosul, o que se mostra proveitoso já hoje, na medida em que, incorporadas tais normas aos ordenamentos jurídicos internos, sua aplicação nos quatro sistemas pode ser conflitante em decorrência da interpretação que lhas emprestem os judiciários nacionais. A adoção de um sistema semelhante ao do reenvio prejudicial existente no âmbito europeu seria assaz proveitoso para o

(24) Até o presente momento foram instituídos dois Tribunais Arbitrais *ad hoc*, ambos em 1999 para solucionar conflitos entre Brasil e Argentina. Saliente-se que nenhum deles produziu efeitos na esfera penal.

(25) Jurgen Samtleben. "Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência europeia", cit., p. 322.

deslinde de questões entre os particulares e entre estes e os Estados, sem mexer no problema da soberania estatal e sem a necessidade de se modificar os capítulos referentes às competências judiciais dos órgãos judiciários nacionais em suas respectivas Constituições.

No que respeita à conformação definitiva para a solução de controvérsias entre os Estados, propôs Luiz Olavo Baptista a institucionalização de uma Corte Arbitral permanente. Tal proposta poderia fazer calar os argumentos daqueles que vêem nas Cortes *ad hoc* ofensas ao princípio do juiz natural, mas que não resolvem o problema de fundo que esse trabalho busca enfrentar, na medida em que a arbitragem é sempre reservada aos direitos disponíveis, o que autorizaria os envolvidos a submeterem-se a este tipo decisório. Fá-los-ia calar, mas não resolveria o impasse relativo ao alcance das decisões sobre direitos indisponíveis de cidadãos dos Estados membros, como são aqueles relativos à esfera penal. Com efeito, poderiam tais decisões arbitrais atingir direitos indisponíveis de cidadãos dos Estados membros, conforme se verá na parte subseqüente deste trabalho. A questão que se coloca é saber se tal decisão teria legitimidade para vincular os juízos nacionais, como ocorre na União Européia ou se, ao contrário, atingiriam apenas os Estados em seu âmbito internacional, ou seja, enquanto sujeitos de Direito Internacional Público. E mais: se assim for, qual a eficácia de tal decisão que não vincularia os Estados em nível interno. Claro está, portanto, que a arbitragem é solução apta em matéria eminentemente comercial, que não afete direitos indisponíveis dos cidadãos dos Estados membros. Mas se, todavia, de tal decisão decorrer um gravame à pessoa humana ou a um de seus direitos indisponíveis, passaria a ser meio ineficaz para solucionar, efetivamente, a controvérsia instalada. Nesse sentido, parece-nos que a Corte Arbitral permanente seria uma solução ainda provisória, com capacidade para subsistir durante o período de União Aduaneira associado ao sistema de coordenação estatal encetado. Mas fica patente que a evolução para um efetivo Mercado Comum, com a livre circulação de pessoas requer a adoção de uma Corte Judiciária, com todos os percalços de natureza constitucional que acarretará.

É o que passaremos a exemplificar no âmbito penal no item subseqüente.

4. Reflexos jurídico-criminais: a União Européia (UE) como paradigma

Os problemas de ordem jurídico criminal decorrentes das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (doravante chamado TJCE)[26] decorrem, no mais das vezes, de interpretações relativas à legislação comunitária, quer seja ela original ou derivada, ditadas pela Corte e que, transpostas ao nível meramente interno, acarretam a modificação do significado de um ele-

(26) Sobre o tema, Pedro Caeiro. "Perspectivas de formação de um Direito penal da União Europeia". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 519-532, e a bibliografia ali indicada.

mento que compõe o tipo incriminador. Tal modificação de significado pode dar-se de duas formas: beneficiando os réus, na medida em que excluem a punibilidade de certas condutas que a União entendeu não serem dignas de tutela penal, ou, ainda, prejudicando-os sempre que as normas comunitárias alargaram direta ou indiretamente o alcance da norma nacional através do recurso ao princípio da assimilação.

Uma modificação de caráter benéfico tem o condão de revogar a norma interna, garantindo aos acusados e mesmo aos condenados por condutas enquadradas naquele tipo penal, a absolvição com sua conseqüente colocação imediata em liberdade. A isso se convencionou chamar efeitos penais negativos do direito comunitário que refletem o *jus non puniendi* de que a Comunidade Européia seria titular.

Já a modificação de caráter negativo, prejudicial ao inculpado, geraria o problema de se saber o momento a partir do qual tornar-se-ia gravosa. Vale dizer, adotada certa interpretação pelo TJCE, baseada em legislação comunitária pré-existente ou mesmo superveniente, tornar-se-ia ela obrigatória para os Estados partes; que deveriam aplicá-la internamente através do recurso ao já citado princípio da assimilação, segundo o qual a norma penal interna passa a proteger bens jurídicos similares em nível comunitário, recurso esse que, percebe-se, decorre da inexistência de um *jus puniendi* comunitário autônomo ao lado de bens jurídicos comunitários dignos de tutela penal.[27] Todavia, parece lógico que diante do estágio atual do Direito Penal tal interpretação só tem o condão de modificar o alcance e o sentido da norma incriminadora para as condutas realizadas, em nível comunitário, a partir da data em que tal decisão tenha sido publicada, garantindo-se a ciência a toda a população sob império daquele sistema jurídico nacional. Aqueles que tenham cometido aquela conduta, ora vista como incriminada, anteriormente à alteração de seu sentido e alcance, encontram-se imunes à persecução penal na medida em que não havia norma anterior que lhes impusesse a obrigação de isentar-se de praticar tal conduta, sempre que lesionasse o bem jurídico protegido em nível comunitário.

No âmbito das decisões arbitrais *ad hoc*, pode acontecer de se verificar uma modificação de significado de uma norma penal interna de qualquer dos quatro Estados membros decorrente de uma arbitragem levada a efeito sob matéria eminentemente comercial ou fiscal, *v.g.*, podendo tal modificação apresentar-se de forma benéfica ou prejudicial.

(27) Assim, uma normativa comunitária que imponha aos Estados partes a obrigação de penalizar criminalmente certa conduta em nível interno para proteger um bem jurídico de expressão comunitária pode encontrar em determinado Estado uma norma pré-existente, aplicável para a proteção de bem jurídico similar, porém de expressão unicamente nacional. Nessa hipótese, pode tal norma ter seu alcance estendido para abarcar o bem jurídico comunitário que a União procurou proteger. Caso o Estado em tela não aceite estender, por questões hermenêuticas (*v.g.*), a proteção ao bem jurídico comunitário, pode o TJCE determinar que tal seja feito.

O problema que se coloca, todavia, é o de se saber se tal decisão apresenta-se competente e apta a vincular os judiciários internos (e em que medida) e, ainda, se positiva a resposta a essa primeira dúvida (e ultrapassado o problema da dosagem da vinculação, chegando-se à conclusão de ser possível tal verificação no âmbito criminal), se está tal decisão apta a prejudicar os indivíduos que realizarem a conduta então proibida, uma vez que a decisão em tela, tomada por arbitragem, poderá afetar direitos indisponíveis da população. É esse o problema que se procurará enfrentar no presente tópico.

A decisão arbitral deverá ser tomada segundo as normas de integração e os critérios de princípio traçados pelo bloco de integração do Cone Sul. Tal afirmação faz a decisão arbitral próxima da decisão do TJCE que institua (hipoteticamente) aos judiciários dos 15 Estados membros da UE a obrigação de aplicar, por assimilação, a legislação interna às violações a bens jurídicos comunitários, ou, ainda, àquela decisão que exclua do alcance da norma nacional de certos Estados membros, uma ou mais condutas, por modificar o sentido e/ou o alcance de eventuais elementos normativos do tipo legal de crime. É o que procuraremos demonstrar

Imagine-se, por hipótese, uma decisão tomada por uma Corte Arbitral *ad hoc* no âmbito do Mercosul que determine que certo tributo de importação não deva ser cobrado pelo Estado *W*, relativamente às importações de produtos provenientes dos Estados *X*, *Y* e *Z*, de acordo com as normas instituídas pelos Tratados do Mercosul, e que todas as cobranças até então verificadas foram ilegais, por representar violação das regras de integração acordadas. Imagine-se mais: que no Estado *W*, vários importadores estejam sendo processados criminalmente por sonegação dos tributos ora considerados ilegais.

Diante de uma decisão de tal teor, como deve proceder o Poder Judiciário do Estado *W*? Submeter-se à decisão do Tribunal Arbitral e extinguir a punibilidade de todos os acusados por sonegação desse tributo considerado inexistente, por ilegal? Quer-nos parecer que sim.

A arbitragem tem como pressuposto a submissão dos envolvidos no processo à decisão tomada, seja ela qual for. Assim, decidido pela Corte Arbitral ser ilegal o tributo cobrado, deveria o governo do Estado *W* proceder à revogação de sua lei interna, prevendo meios de ressarcimento àqueles que pagaram o valor cobrado, repetindo o indébito. Se tal decisão for tomada, no âmbito legal, não haveria motivos para se manter os processos crimes em curso.

Se, todavia, o Estado *W* recalcitrar, mantendo em vigor sua lei interna, ao arrepio da decisão que se obrigou a acatar, estaria cometendo um delito internacional. Para esse delito internacional o Mercosul, infelizmente, não previu sanção, mas isso não impede, mas por outro lado obriga, que o Judiciário nacional reconheça a decisão arbitral não apenas no âmbito fiscal, extinguindo os processos de execução civil, como que o faça no âmbito penal, extinguindo a punibilidade por tais condutas, quer sejam comissivas (falsificação de documentos fiscais, *v.g.*), quer omissivas (sonegação dos tributos, *v.g.*), em decorrência da existência de erro de proibição, determinando-se o arquivamento de tais pro-

cessos e a colocação imediata em liberdade dos eventuais condenados anteriormente à decisão arbitral. Assim agindo, estaria o Judiciário do Estado *W*, no âmbito internacional, dando cumprimento à decisão mencionada e, no âmbito interno, fazendo valer os princípios de Direito Penal universalmente reconhecidos como, *v.g.*, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e o princípio do *nullun crime nulla poena sine lege praecisa.*

Tal conclusão, entretanto, estaria a depender, no caso brasileiro e diante da jurisprudência anteriormente referida do STF, da ordem cronológica das leis em questão, vale dizer: é muito provável que, na hipótese de a lei que institui o tributo considerado ilegal pela Corte Arbitral ser posterior aos Tratados que instituem o Mercosul, a Suprema Corte brasileira chegasse à conclusão de que a vontade do Estado brasileiro fora no sentido de revogar os Tratados fundadores do Mercosul, negando, assim, vigência ao Protocolo de Brasília para solução de controvérsias e, conseqüentemente, negando validade à decisão arbitral, sob pena de admitir a adoção da teoria dualista internacional.

Nas hipóteses, portanto, em que a decisão arbitral vem beneficiar os réus em processos crime, parece-nos que o fato de a decisão versar, em princípio, sobre direitos disponíveis do Estado parte na Organização Internacional (em última análise, direitos patrimoniais – fiscais – desse Estado) não impede sua extensão aos processos que envolvam direitos indisponíveis (para aquilo que nos interessa, a liberdade) dos indivíduos, sob pena de se negar vigência aos princípios de garantia que o Direito Penal busca proteger e resguardar. Responde-se, assim, à dúvida primeiramente formulada no presente tópico de forma positiva, reconhecendo-se aplicação das decisões arbitrais no âmbito criminal, sempre que para beneficiar o réu. Chega-se a essa conclusão ao verificar-se que o Estado, ao submeter-se à Corte Arbitral, fê-lo para solucionar um problema atinente a um seu direito considerado disponível (questões de ordem comercial ou fiscal que refletem, em última análise no patrimônio do Estado como sujeito de Direito Internacional).

Hipótese diversa, todavia, é aquela em que a decisão arbitral acabe por ampliar o alcance das normas incriminadoras internas, prejudicando, dessa forma, a indivíduos que não se mostravam aptos, segundo o primitivo alcance de sentido da norma, a figurar no pólo passivo de uma relação processual penal.

Tal pode se dar, *v.g.*, na hipótese em que uma decisão arbitral entenda que certo produto não se encontra ainda em União Aduaneira no âmbito do Mercosul (uma vez que esta se mostra, ainda, imperfeita) e que, portanto, seriam passíveis de tributação heterogênea por parte dos Estados *W*, *X*, *Y* e *Z*.

Imagine-se, então, que a decisão arbitral, provocada pelo Estado *X* determinasse que não poderia o Estado *W* cobrar a alíquota de 15% planejada para vigorar apenas futuramente, já que a lei interna do Estado *W* previa uma alíquota de 20%, superior a do Estado *X*, prevista como sendo de 18%.

Imagine-se, ainda, que o Estado-fisco *W*, que entendia que tal produto (objeto do litígio examinado pela Corte Arbitral) estivesse já em União Aduaneira e

que, portanto, deveria ter seu tributo de exportação cobrado segundo uma alíquota de 15%, decida, ao depois, processar criminalmente os exportadores desse produto que tenham recolhido seus tributos de acordo com tal alíquota prevista para a União Aduaneira e até então tida como apta a vigorar.

Nessa hipótese aventada, a decisão arbitral, ao determinar a não aplicação da norma de integração existente e válida, mas ainda não em vigor, para além de alterar direitos disponíveis do Estado *W* (patrimônio) e dos súditos desse mesmo Estado, estaria pondo em risco, diante de uma interpretação errônea ditada pelos órgãos estatais competentes para a persecução penal, não apenas direitos disponíveis destes súditos (patrimônio), mas também e principalmente, direitos indisponíveis dos mesmos (liberdade).

Diante de uma tal situação que, em abstrato, poderia ser formulada como sendo aquelas situações em que a decisão arbitral ocasiona, por qualquer modo, novas formas de interpretação do sistema jurídico complexo derivado da normativa de integração, com reflexos prejudiciais no âmbito criminal, quer-nos parecer que ao Poder Judiciário desse Estado não resta outra alternativa que não a de negar aplicação a essa interpretação por afetar ela, de forma prejudicial, direitos indisponíveis do cidadão, afastados, *ab initio*, do alcance de qualquer decisão arbitral, exceto daquelas que, por benéficas ao réu, estariam resguardadas sob o manto do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, aqui ampliado para abarcar (no âmbito do Direito de Integração) as decisões arbitrais que modifiquem beneficamente e por interpretação da normativa adotada pelos Estados partes do Mercosul, o alcance das normas incriminadoras internas.

5. Conclusão

5.1 No estágio atual, os Estados que compõem o Mercado Comum do Sul não houveram por bem compartilhar o exercício de suas soberanias internas, preferindo exclusivamente coordená-las com o intuito de alcançar a mais plena e eficaz cooperação econômico-comercial.

5.2 A forma por que estruturaram a Organização Internacional que os congloba assemelha-se, em tudo, à estrutura das Organizações Internacionais Clássicas, inexistindo em seu organograma órgãos capazes de tomar decisões de veio supranacional e capazes de obrigar os Estados partes independentemente de suas vontades internas emanadas por seus Poderes Legislativos.

5.3 Os eventuais conflitos que surjam no âmbito interno do Mercosul serão solucionados por Tribunais Arbitrais instituídos *ad hoc* que proferirão laudo arbitral de obediência obrigatória por parte dos Estados que, todavia, não serão sancionados na hipótese de descumprimento da decisão.

5.4 Tais decisões podem, todavia, afetar a tipificação de condutas penalmente relevantes no âmbito normativo interno dos Estados membros, suprimindo a incriminação (*jus non puniendi* ou efeitos penais negativos da normativa comunitária – âmbito da UE) ou, ainda, assimilando a proteção de bens jurídicos internos

a bens jurídicos comunitários tidos como dignos de tutela penal, mas que não podem ser tipificados pela Organização por faltar-lhe exclusivamente a competência para tanto (UE) ou também o órgão legislativo de cariz comunitário apto a emanar uma norma de tal envergadura (Mercosul).

5.5 No âmbito do Mercosul, as decisões arbitrais versam sempre relativamente a direitos disponíveis do Estado, em nível internacional, não estando, todavia, aptas a repercutir individualmente sobre direitos indisponíveis dos súditos de qualquer dos Estados membros, salvo se para beneficiá-los.

5.6 Conclusão de tal envergadura coaduna-se com os princípios constitucionais penais e atrela-se às posições do Direito Internacional no que respeita à salvaguarda dos Direitos Humanos.

Bibliografia

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídica institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. "O Brasil e o futuro do Mercosul: dilemas e opções". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13-38.

AMARAL, Francisco. "A institucionalização jurídica do Mercosul". *Temas de Integração* 1-1:9-26. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

ARAÚJO, Nádia de. "Solução de controvérsias no Mercosul". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99-141.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho penal internacional*. Trad. Jose L. De la Cuesta Arzamendi. Madrid: Tecnos, 1984.

BASSO, Maristela. "O ordenamento jurídico do Mercosul". *Temas de Integração* 4-8:23-32. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

BLOCH, Roberto D. & IGLESIAS, Daniel O. *Solución de controversias en el Mercosur*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

BOGGIANO, António. "Hacia el desarrollo comunitario del Mercosur desde la experiencia de la Unión Europea". *O Mercosul e a União Europeia*. Coimbra: Centro de Estudos Europeus, 1994. p. 49-102.

CAEIRO, Pedro. "Perspectivas de formação de um direito penal da União Européia". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 519-532.

CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996.

CERVINI, Raúl & TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.

FARIA, José Eduardo. "Integração e política: o Brasil no Mercosul". *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994. p. 478-496.

FARIA, Werter R. "Aplicabilidade das normas emanadas dos órgãos do Mercosul". *Temas de Integração* 1-2:7-18. Coimbra: Universidade de Coimbra e Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

FERNANDES, António José. *União Europeia e Mercosul: dois processos de integração*. Braga: Universidade do Minho e Comissão Europeia, 1998.

FLORES, Renato G. "A avaliação do impacto das integrações regionais". *Temas de Integração* 1-1:51-60. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

GOLDBERG, Laura & PORTA, Fernando. "Resultados y dilemas del proceso de integración en el Mercosur". *Revista de Estudios Europeos* 23/35-52, Valladolid, 1999.

GRASSO, Giovanni. *Comunità Europee e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1989.

———. "La formazione di un Diritto Penale dell'Unione Europea". *Prospettive di un Diritto Penale Europeo*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 1-34.

IGLESIAS, Daniel O. & BLOCH, Roberto D. *Solución de controversias en el Mercosur*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal – Parte General*. 4. ed. Trad. Jose Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KANO, Melissa Carvalho. "Arbitragem nos países do Mercosul". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 481-514.

KEGEL, Patrícia Luíza. "As Constituições Nacionais e os limites à integração regional". *Temas de Integração* 4-7:33-55. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

LUISI, Luis. "Prólogo". *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, de autoria de Raúl Cervini e Juarez Tavares. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Marco Aurélio de. "Direito penal no Mercosul – Uma visão humanística". *RBCCrim* 25/157-163. São Paulo: RT, 1998.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. "Comentários à exposição de António Boggiano". *O Mercosul e a União Europeia*. Coimbra: Centro de Estudos Europeus, 1994.

MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque. "A problemática do Mercosul". *O Mercosul e a União Europeia*. Coimbra: Centro de Estudos Europeus, 1994. p. 103-113.

PIERNAS, Carlos Jiménez. "El incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 7/15-48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

PORTA, Fernando & GOLDBERG, Laura. "Resultados y dilemas del proceso de integración en el Mercosur". *Revista de Estudios Europeos* 23/35-52, Valladolid, 1999.

RAMOS, Christian Lima. "Evolução e perspectivas do relacionamento Mercosul *x* União Européia". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 899-914.

REIS, Márcio Monteiro. "Interpretação constitucional do conceito de soberania – As possibilidades do Mercosul". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RULLI Jr., Antônio. "Criação do Direito comunitário através do Parlamento do Mercosul e Tribunal Supranacional como garantia da cidadania e dos investimentos nos países da região". *RJTACrim-SP* 35/18-31. São Paulo, 1997.

SALA, José Blanes. "La globalización y las regiones: experiencia europea y referencias para el Mercosur". *Mercosul: integração regional e globalização*. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 143-174.

SAMTLEBEN, Jurgen. "Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência Europeia". *Scientia iuridica*. Braga: Universidade do Minho, 1996. t. XLV, n. 262-264, p. 313-324.

SOLA, Juan Vicente. "Un enfoque comparativo entre las normas jurídicas de la Unión Europea y del Mercosur". *Notícias do Direito Brasileiro – Nova série*, 5:19-49. Brasília: UnB, 1998.

TAPIA, Juan Guzman. "Ideas para la organización del órgano jurisdiccional para Mercosur". *Direito comunitário e jurisdição supranacional*. Coord. Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 231-235.

TAVARES, Juarez & CERVINI, Raúl. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A aplicação do Direito comunitário no Mercosul". *Scientia iuridica*. Braga: Universidade do Minho, 1999. t. XLVIII, n. 277-279, p. 51-65.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal – Parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996.

2.3

A MEMÓRIA EM JULGAMENTO:
uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais

LILIAN MILNITSKY STEIN
e
MARIA LÚCIA CAMPANI NYGAARD

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O interrogatório como teste de memória – 3. Falso testemunho e falsas memórias – 4. Os diferentes caminhos dos depoimentos – 5. A qualidade dos depoimentos: uma preocupação antiga – 6. Falsas memórias espontâneas e sugeridas – 7. Os depoimentos infantis – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O funcionamento da memória das testemunhas, vítimas e autores de delitos e a sua implicação jurídica são apresentados através de uma revisão de literatura e apontadas contribuições da pesquisa experimental para aplicação na prática jurídica.

Palavras-chave: Criminologia – Prova testemunhal – Depoimentos infantis – Memória – Falsas memórias.

1. Introdução

O crime faz muitas vítimas e a sociedade ofendida avocou a si o direito de punir os delinqüentes. Abalada a tranqüilidade e estabelecido o conflito, há o interesse de todos em que o culpado seja punido. Isso, porém, não quer dizer que todo suspeito de um ato ilícito deva ser transformado em réu. Parafraseando Malatesta (2001, p. 13), pode-se afirmar que "perante o direito que tem a sociedade ofendida de punir o réu, existe em todo julgamento penal o direito do acusado de não ser punido, se não for réu. O objetivo supremo, por isso, de toda ordem processual que se inspire na defesa jurídica, deverá ser o de conciliar e defender, ao mesmo tempo, esses dois direitos. A conciliação se obtém punindo somente no caso da certeza da criminalidade. E, em verdade, tendo a sociedade ofendida o direito de punir o réu, não tem, contudo, o direito de ver sacrificada uma vítima em seu altar , qualquer que seja, culpada ou inocente".

Assim, a sociedade não deve ter o objetivo de criar um responsável por todo delito, e depois aplicar uma pena. O poder judiciário não pode abrir mão do seu

poder de garantir os direitos individuais, representados pelo devido processo legal e pelo respeito aos cidadãos emanados da Constituição do país.

De acordo com Aury Lopes Júnior, citando Ferrajoli, "é importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses materiais e pré-políticos que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli, é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais" (Lopes Jr., 2001, p. 14).

A figura principal de qualquer drama judiciário é o acusado. Ele tem indiscutíveis direitos que não devem ser exagerados em detrimento da defesa social. Entretanto, a violência social em que vivemos é de tal envergadura que raramente as pessoas se permitem a pensar nisso. Não se pretende discutir aqui a violência, suas origens, nem a maximização do crime realizada cotidianamente pelos meios de comunicação. Tampouco serão abordadas discussões filosóficas, sociológicas ou antropológicas sobre o direito estatal de punir. O foco é aquele lado obscuro da Justiça que aparece quando alguém é acusado, julgado e condenado por um crime que não cometeu. O delito mais grave, que é a condenação de um inocente, deve ser evitado a qualquer custo.

Os depoimentos e as provas testemunhais são freqüentes no direito, pois dificilmente se veria um processo judicial sem testemunho. Quando a liberdade dos indivíduos está em jogo, como no caso do direito criminal, os depoimentos testemunhais, na falta de evidências materiais, adquirem um valor conclusivo na sentença de condenação ou absolvição dos suspeitos. Para elevar ao máximo a verossimilhança da culpa e ser convincente, é necessário que o depoente traga um relato exato do que aconteceu.

Aprende-se desde cedo que a justiça é cega e a deusa grega que a representa, Themis, é tradicionalmente apresentada com uma venda nos olhos. Entretanto, os operadores da lei e os juízes devem manter os olhos bem abertos. Eles não podem cair em armadilhas que façam prevalecer a injustiça.

2. O interrogatório como teste de memória

Apesar do aspecto meramente formal da lei, no exercício do que é justo, entram em jogo as mais variadas emoções e comportamentos do ser humano. Nesse sentido, a Psicologia Cognitiva tem colocado à disposição dos operadores da lei valiosos estudos sobre a natureza do comportamento humano.

Uma testemunha, inquirida pelo delegado de polícia, pelo advogado de defesa, pelo promotor ou pelo juiz, ao relatar o que viu, usa muitos elementos da sua capacidade cognitiva. Os aspectos que influenciam a exposição de fatos vivi-

dos ou testemunhados vêm interessando os psicólogos cognitivistas desde o século passado. Embora a evidência do testemunho ajude no desenvolvimento do processo, ela não é infalível. Até as testemunhas honestas cometem erros.

Nesse contexto, a prova testemunhal é tida como a mais perigosa a ser usada, devido ao seu poder de convicção. Por exemplo, as pessoas acreditam fielmente no depoimento de alguém que aponta o dedo para o acusado e diz tê-lo visto praticar um crime. Depois de julgamentos mal sucedidos, onde erros testemunhais ocasionaram, além de ônus aos cofres públicos, a prisão de inocentes, o sistema judiciário de alguns países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Espanha, entre outros, começou a incorporar em suas práticas recentes achados obtidos por pesquisadores na análise dos aspectos mnemônicos das testemunhas.

Porque é tão importante que um interrogador, seja advogado, promotor, juiz ou delegado de polícia tenha conhecimento sobre a natureza da memória humana? Os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas.

3. Falso testemunho e falsas memórias

No direito criminal, os juristas se preocupam com a captação da exatidão do depoimento. Preocupam-se também com a mentira. Todos sabem que nem sempre os testemunhos são exatos, mesmo quando cooperativos. As deformações trazidas são geralmente atribuídas à passagem do tempo, à imaginação fértil, ao ambiente estressante dos tribunais e delegacias de polícia. Devido a interesses pessoais, outros mentem deliberadamente.

O falso testemunho é crime. Porém, parece não existir uma visão clara, no Brasil, de que nem sempre um falso testemunho é baseado numa mentira proposital. Um falso testemunho pode se originar da recordação de uma falsa memória.

As falsas memórias referem-se ao fato de lembrarmos de eventos que, na realidade, não aconteceram. Isso ocorre porque determinadas informações armazenadas na memória são mais tarde evocadas como se fossem experiências vividas. Esse fenômeno vem sendo observado em pesquisas experimentais, tanto no âmbito da psicoterapia quanto na área jurídica e também em situações do cotidiano (Diges, 1997; Roediger, 2000; Stein e Neufeld, 2002).

Os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais).

Portanto, existem três aspectos a serem considerados na avaliação de um testemunho: a) o relato pode ser verdadeiro; b) o testemunho pode ser falso, fru-

to de uma simulação, ou seja, de uma distorção proposital dos fatos; c) o testemunho pode ser falso, baseado em memórias distorcidas através de processos cognitivos normais, seja de forma endógena ou exógena. O objetivo deste trabalho é chamar a atenção para esse terceiro aspecto dos depoimentos.

4. Os diferentes caminhos dos depoimentos

Muitas vezes, as pessoas são falsamente identificadas, acusadas e presas. Esses casos recebem bastante publicidade, mas são rapidamente esquecidos.

Em março de 1994, o suposto abuso sexual de crianças numa escola infantil de São Paulo provocou a prisão de algumas pessoas e grande alvoroço na sociedade. O caso foi exageradamente explorado pelos meios de comunicação.

Tudo começou quando a mãe de um menino de quatro anos de idade, que freqüentava a Escola de Educação Infantil Base, da cidade de São Paulo, observou atitudes suspeitas e anormais em seu filho. A criança teria se deitado sobre a mãe e simulado movimentos sexuais. Em seguida, outra mãe notou um comportamento estranho no filho e, a partir daí, os diretores da escola foram denunciados à polícia. As denúncias prosseguiram e, no total, três crianças fizeram acusações que iam de abuso sexual à participação de sessões em filmes pornográficos.

Um dos meninos, segundo o laudo pericial de corpo de delito, apresentou lesões anais e isso foi suficiente para o indiciamento e a prisão preventiva dos acusados: o casal proprietário da escola, o motorista, um pedagogo e os pais de outro aluno. Certo de que o crime havia ocorrido, o delegado de polícia responsável pelas investigações transmitiu para a imprensa informações sensacionalistas que logo se transformaram em manchetes. Os acusados foram execrados. Tiveram suas casas pichadas, a escola foi saqueada por populares e uma bomba caseira foi colocada no jardim, sem chegar, entretanto, a explodir.

Passado algum tempo, as notícias a seguir foram veiculadas nos principais jornais brasileiros:

"A conclusão final do inquérito da Escola Infantil Base inocentou os seis suspeitos de abusar sexualmente de alunos da escola. Segundo o delegado que comandou as investigações, em nenhum momento surgiram indícios de que os acusados tivessem praticado abuso sexual." (Jornal *Zero Hora*, 23.07.1994.)

"A Fazenda do Estado de São Paulo foi condenada ontem a indenizar por danos morais e materiais os donos da Escola de Educação Infantil Base. Em 1994, a escola foi fechada sob a acusação infundada de que as crianças eram vítimas de abuso sexual." (Jornal *Zero Hora*, 02.12.1999.)

Constata-se que as vidas de seis pessoas foram destruídas por acusações infundadas. Essa história dramática ilustra os diferentes caminhos que os depoimentos policiais ou mesmo judiciais podem gerar.

Não se quer dizer com isso que o abuso sexual não seja um problema sério. Os traumas sofridos, principalmente por crianças, são inquestionáveis. Casos

de abuso sexual e físico ocorrem com mais freqüência do que se imagina. Nessas situações, é comum que, na ausência de evidências físicas, a única fonte possível de informações é a própria vítima, que na maioria das vezes são crianças.

Nos Estados Unidos, pesquisadores de memória, tais como Loftus (1974), Lindsay (1990), Ceci (1997) e Yuille (1986), constataram que vinha sendo empreendida uma verdadeira batalha emocional em torno da credibilidade dos depoimentos infantis. De um lado, posicionaram-se aqueles que acreditavam na resolução dos casos a partir da relativa credibilidade das crianças pequenas. De outro, os que acreditavam que elas são mais vulneráveis que os adultos e as crianças maiores e assim, muito suscetíveis a sugestões enganosas e facilmente persuadidas por perguntas sugestionáveis (Ceci e Bruck, 1995).

As histórias de abuso sexual começaram a ser questionadas, pois muitas vezes não eram corroboradas por evidências físicas, apesar dos queixosos serem sinceros (Bjorklund, 2000). A partir de 1970, os psicólogos americanos começaram a levar suas contribuições aos tribunais, introduzindo nos procedimentos legais as descobertas feitas em centenas de estudos sobre a natureza da memória.

5. A qualidade dos depoimentos: uma preocupação antiga

Há quase cem anos, os pesquisadores chegaram a algumas conclusões sobre a validade dos testemunhos que são sustentadas pelas pesquisas atuais: o erro é um fator constante nos depoimentos; os erros são menos freqüentes nos relatos espontâneos; as perguntas e as respostas devem ser consideradas em conjunto, pois o valor do testemunho depende de ambas. As perguntas sugestivas devem ser evitadas, pois os adultos e principalmente as crianças são propensas à sugestão. Essas conclusões foram apresentadas no Congress of French Alienists and Neurologists, em Amiens, na França, em agosto de 1911 (Whispple, 1913).

Outro artigo de Whispple (1913) refere-se à revisão feita por Varendonck (1912) de um caso em que uma falsa acusação foi construída contra um homem inocente. Meninas (na faixa etária de 14 anos, de uma escola alemã) acusaram o professor de sérios abusos sexuais contra elas e outras colegas. Os relatos eram detalhados e incriminatórios, mas o professor foi julgado inocente, em parte graças ao depoimento de um perito que, entre outras alegações, demonstrou que o testemunho das meninas era contraditório. Na visão da época, apresentada pelo autor, casos desse tipo interessavam à Psicologia por três motivos: a constatada influência da sugestão sobre a credibilidade e o relato; a contribuição da investigação psicológica para a solução de casos judiciais e a demonstração da discussão sobre a influência dos aspectos sexuais nas opiniões de adolescentes.

O pesquisador alemão Dauber (1912) realizou um experimento com 109 crianças e adultos na cidade de Würsburg referente a coisas familiares da cidade. Foi perguntado aos sujeitos: "O que existe no meio da praça?". Para essa

pergunta, Dauber obteve 2.244 respostas certas e 1.379 respostas erradas. O interessante é que as respostas erradas tendiam a ser iguais: 1.248 das respostas incorretas referiam-se ao mesmo erro. A conclusão foi que os mesmos erros tendem a ser repetidos por diversas e diferentes testemunhas.

Cientistas como Bourdin, Gross, Binet, Gorphe, Stern, Clarapède e os italianos Benussi, Fiorre, De Sanctis, Donà, Altavilla, Ponzo e Mussati realizaram, desde o início do século XX, várias pesquisas sobre memória. Na prática experimental, seja examinando a descrição de objetos, a recordação de fatos presenciados ou de frases ouvidas, estes pesquisadores concluíram que o testemunho sem erro é exceção. O erro ou a imprecisão aparece, em regra, quando se solicita para os sujeitos dos experimentos informações quantitativas e detalhadas sobre, por exemplo, a duração do tempo, as dimensões dos objetos e dos espaços.

6. Falsas memórias espontâneas e sugeridas

O comprovado fenômeno de lembrar de algo que não aconteceu – falsas memórias – tornou-se um dos tópicos centrais de interesse em pesquisa sobre a memória nas últimas décadas, devido a sua implicação, entre outras, na área jurídica. Depois de décadas investigando o poder da falsa informação, os pesquisadores identificaram algumas condições que deixam as pessoas mais receptivas a sua influência. Os indivíduos são particularmente suscetíveis a modificarem suas lembranças com a passagem do tempo; o estresse tem efeitos sobre a percepção e tanto adultos quanto crianças modificam as suas recordações através de sugestões feitas por pessoas influentes.

Algumas falsas memórias são geradas espontaneamente como resultado de um processo normal de compreensão. São ocasionadas por distorções mnemônicas endógenas e são chamadas de falsas memórias espontâneas ou autosugeridas (Brainerd e Reyna, 1995). Por exemplo, você pode se lembrar muito bem que o professor de Direito Penal disse que seria realizada uma prova no dia dois de maio. Na verdade, as palavras do professor foram: "Teremos uma prova logo após o feriado". O dia dois de maio é logo depois de um feriado. Porém existe uma grande diferença entre lembrar-se exatamente do que ouviu do professor e relatar uma inferência consistente com o que você ouviu. Essa distinção é fundamental, principalmente nas ocasiões em que se espera que a pessoa relate suas experiências diretas e nas suas inferências ou teorias sobre o que ocorreu, como no caso de um depoimento policial ou judicial (Ceci e Bruck, 1995).

Outro tipo de falsas memórias pode resultar de sugestões externas, feitas de um modo acidental ou deliberado (Reyna, 1995). O efeito da sugestionabilidade na memória pode ser definido como uma aceitação e subseqüente incorporação de informação posterior ao evento ocorrido, quando da lembrança original do mesmo (Gudjonson, 1986, *apud* Stein e Neufeld, 2000). Nesse caso, as pessoas passam a recordar dos fatos sugeridos como se tivessem sido realmente vividos (Loftus, 1979). É o efeito da falsa informação, fenômeno de base mnemônica e não de base social, como é o caso da mentira.

Os estudos sobre falsas memórias espontâneas utilizam basicamente três procedimentos: (1) os pesquisados (adultos ou crianças) são expostos a um material alvo que deve ser memorizado, como uma lista de palavras, figuras, sentenças, frases formando narrativas, acontecimentos reais ou filmados. Por exemplo, apresenta-se a frase: O delinqüente carregava um revólver; (2) Logo depois, é realizada uma atividade de distração de qualquer tipo, com o objetivo de desviar a atenção da pessoa do material-alvo; (3) Finalmente, a memória é testada: você ouviu exatamente esta frase – O delinqüente carregava uma faca – sim ou não? (Brainerd, Reyna e Poole, no prelo).

Nos estudos sobre falsas memórias espontâneas, geralmente observa-se o seguinte: os indicadores das memórias verdadeiras, como o correto reconhecimento dos alvos, apresentam níveis mais altos do que os índices de falsas memórias. Estas últimas são detectadas pelo reconhecimento de informações falsas, que não fizeram parte da experiência original, porém apresentam relação semântica com os alvos (a pessoa recorda a frase "O delinqüente carregava uma faca" como tendo sido apresentada no material-alvo). Os índices de falsas memórias são, geralmente, superiores àqueles que medem as respostas não mnemônicas, medidas através do reconhecimento incorreto de itens que não apresentam nenhuma relação, seja semântica ou física, com os alvos (p. ex., o delinqüente usava um chapéu).

Em suma, um típico achado nos estudos sobre falsas memórias espontâneas é que, ainda que a memória, para os fatos realmente vividos, esteja preservada (visto que a pessoa recorda a maioria dos eventos-alvos e não apresenta índices elevados de respostas não mnemônicas), ela reconhece fatos não vividos como tendo sido realmente experimentados, ou seja, apresenta falsos reconhecimentos (Brainerd e Monjardin, 1998; Brainerd e Reyna, 1996; Reyna e Kiernan, 1994). Esse efeito do falso reconhecimento ou falso alarme ocorre sem que tenha havido sugestão externa.

Para o estudo das falsas memórias sugeridas é utilizado o clássico paradigma de inferência, adaptado por Loftus (1979). Inicialmente, é apresentado um evento ao participante da pesquisa (p. ex., uma seqüência de slides onde um carro avança uma placa *dê a preferência*), seguida de uma atividade de distração. Após, é apresentada uma sugestão de falsa informação, que pode ser inserida numa entrevista ou narrativa (p. ex., que cor era o carro que avançou a placa de *pare*?). Por último, a memória para o evento alvo é testada (o carro avançou uma placa *pare* ou *dê a preferência*?) (Stein, 1999).

Nas pesquisas sobre falsas memórias sugeridas ocorre, com freqüência, que os índices de aceitação dos alvos são menores quando sugerida uma informação falsa e o número de falsos alarmes para distratores sugeridos é maior do que para distratores relacionados não sugeridos (Monjardin, 1998; Pezdek e Roe, 1995). Portanto, a simples sugestão (intencional ou acidental) de uma informação falsa (placa "pare") pode interferir negativamente na memória para o evento original (placa "dê a preferência"). Uma das pioneiras no estudo das falsas memórias foi Elisabeth Loftus, que iniciou suas pesquisas na Universidade de Washing-

ton, Seattle, em 1970. Suas descobertas continuam intrigantes. De acordo com John Ratey (2001, p. 183), em experimentos recentes, ela pediu aos pais de adultos que fizessem uma lista de alguns incidentes que aconteceram quando seus filhos eram crianças. Em seguida, ela se dirigiu aos filhos e disse que gostaria de comparar as lembranças de incidentes da infância deles com as recordações de seus pais.

Loftus mostrou aos adultos uma lista de acontecimentos reais que haviam ocorrido quando eles eram crianças. Entre eles, inseriu um acontecimento falso: quando pequenos, eles tinham se perdido num shopping center, ficando apavorados, chorando e gritando até que uma pessoa mais velha os achou e entregou aos pais. 25% dos adultos, para os quais foi apresentado esse episódio, concordou que isso realmente tinha acontecido com eles. Alguns sujeitos ainda acrescentaram detalhes à experiência e muitos deles não concordaram com o posterior relato dos pesquisadores de que os fatos tinham sido inventados. Acreditavam fielmente que o falso evento tinha acontecido. Lembravam inclusive de detalhes do episódio e das emoções sentidas quando se perderam no centro comercial!

7. Os depoimentos infantis

Os testemunhos infantis podem ser admitidos como meio de prova. Mas eles merecem ressalvas. De acordo com a opinião de renomados juristas, como Altavilla (1925), Batistelli (1963), Ponte (2000), Pinto (2001), o depoimento das crianças é deficiente e perigoso. O Código de Manu (*apud* Ponte, 2000) já preconizava que só quando o fato tivesse ocorrido em lugar ermo é que a criança poderia ser inquirida. Mas, nesse caso, o juiz deveria equiparar o depoimento dela ao do alienado.

O grande impacto causado pelo julgamento das "Bruxas de Salem" (no século XVII), o mais notório caso envolvendo memórias infantis e o sistema legal, até hoje repercute e incentiva os psicólogos a mergulhar em pesquisas sobre a sugestionabilidade e a memória das crianças. O caso se refere ao julgamento de 20 pessoas que foram condenadas à morte e queimadas em fogueiras devido ao testemunho apresentado por um grupo de meninas que afirmaram ter visto estas pessoas exercerem práticas de bruxarias. Outros casos semelhantes ocorreram na Europa e continuam acontecendo até os dias de hoje. Testemunhos são fabricados e processos judiciais baseados estritamente em fatos errôneos preocupam as autoridades e oneram os cofres públicos.

Os estudos pioneiros, sobre a sugestionabilidade da memória de crianças do francês Alfred Binet (1900), levaram-no a concluir que as crianças respondem com falta de acuidade porque elas esquecem a informação originalmente experimentada. Ainda, as crianças podem se sentir pressionadas a dizer alguma coisa para responder à pergunta feita pelo entrevistador. Ele também estudou os efeitos da conformidade das crianças ao grupo. Assim, num grupo de crianças, a tendência é que a resposta dada pelas primeiras a serem questionadas, geralmente, é repetida pelas últimas crianças.

Ainda naquela época, Lipmann (1911) chamou a atenção para o fato que as habilidades cognitivas das crianças têm forte impacto sobre o seu testemunho. Ele considerou que a qualidade do testemunho das crianças é diferente da qualidade do testemunho dos adultos, principalmente porque elas codificam diferentes aspectos dos estímulos. Lipmann propôs que, ao serem interrogadas por pessoas influentes ou autoritárias, as crianças dão a primeira resposta que lhes vem à cabeça, seja realidade ou ficção, com o único objetivo de dar uma resposta. Para ele, as habilidades cognitivas das crianças colidem com a eficácia do seu testemunho.

A pesquisa atual sobre os efeitos da sugestionabilidade na memória progrediu o suficiente para propor possíveis mecanismos cognitivos responsáveis pelas falsas memórias. Por exemplo, Bjorklund e sua equipe de pesquisadores (1998) apresentaram a um grupo de crianças um vídeo sobre uma cena de roubo. As crianças foram questionadas sobre o vídeo durante seis semanas. Nas entrevistas foi usada tanto a recordação livre, como perguntas sugestivas e testes de reconhecimento. Os resultados desse estudo sugerem que as entrevistas múltiplas, com perguntas sugestivas, levam as crianças com menos de cinco anos de idade a mudar as suas respostas assim como as suas memórias.

Estudando a natureza das falsas memórias em comparação com as memórias verdadeiras, Brainerd, Reyna e seus colegas trouxeram evidências de que a memória para distratores ou falsas informações pode ser mais duradoura do que as memórias verdadeiras (Brainerd e Poole, 1997; Brainerd, Reyna e Brandse, 1995).

Pesquisadores como Foley, Santini e Sopassakis (1989), bem como Johnson, Hashtroudi e Lindsay (1993) concluíram que as crianças têm dificuldade em monitorar a realidade, ou seja, em separar a informação real da informação por elas imaginada. Mazzoni (1998) atribuiu os erros das crianças a sua dificuldade em saber qual é a fonte dos seus conhecimentos. Reyna (1994) investigou a auto sugestionabilidade e atribuiu às crianças pequenas mais sensibilidade aos seus próprios processos de inferência do que as crianças maiores.

Ceci e Bruck (1995) fizeram uma revisão dos relatos que envolviam testemunhos infantis entre meados dos anos 80 até o início da década de 90. Os casos tinham relação com o efeito da sugestionabilidade nos depoimentos infantis. Durante o mesmo período, foram examinados casos em que a confiança dos adultos em suas próprias lembranças infantis foi questionada. Em primeiro lugar, foi constatado que houve um aumento dos casos em que adultos acusavam seus pais, parentes, professores ou líderes religiosos de os terem submetido a abuso sexual durante a infância. A alegação dos promotores de justiça era de que as lembranças reprimidas das crianças teriam vindo à tona depois de tratamentos terapêuticos. Em seguida, o número de casos de memórias reprimidas diminuiu, pois o público já estava advertido dos efeitos das técnicas terapêuticas sugestivas e de alguns mecanismos básicos da memória na infância. Daí aumentou o número de casos judiciais de clientes que começaram a acionar seus terapeutas, acusando-os de serem responsáveis por suas falsas memórias.

As pesquisas mais recentes sobre memória se baseiam em considerações da natureza das representações, do desenvolvimento do auto-conceito (em inglês, *self concept*), do processamento das informações, das habilidades que se desenvolvem gradualmente desde a tenra infância e precisam estar presentes para funcionar como âncora das representações dos fatos (Fivush, 1988; Howe e Courage, 1993; Welch-Ross, 1995).

Leichman e Ceci (1993) utilizaram-se da Teoria do Traço Difuso (Reyna, 1990) para explicar como no desenvolvimento cognitivo as mudanças nos processos de informação afetam as representações dos eventos nas crianças. Nessa perspectiva, as memórias das crianças, principalmente da primeira infância, são mais suscetíveis de serem esquecidas, pois são codificadas em frágeis traços literais, ou seja, através da representação específica dos detalhes da situação em questão. Já as memórias do final da infância são codificadas sob a forma de traços de essência, armazenando o significado e o sentido do evento, sendo mais robustas e mais difíceis de serem esquecidas. Nesse sentido, Leichman e Ceci também salientaram o papel da aquisição das habilidades de linguagem como contribuição para o sistema infantil de representações mnemônicas.

Pode-se dizer que as pesquisas atuais são um eco daquelas realizadas no início do século. Os estudiosos são unânimes em sugerir que é necessário muito cuidado a inquirir crianças pequenas, pois se corre o risco de que a interpretação do interrogador se transforme na própria memória da criança.

8. Conclusão

Do ponto de vista dos psicólogos cognitivistas, as memórias verdadeiras compreendem a lembrança de algo que realmente ocorreu. Já as falsas memórias são a lembrança de algo, que, na realidade, não aconteceu. Elas não são uma simulação, nem tampouco são intencionais. Assim, é lícito sugerir que um falso testemunho pode ser, em alguns casos, baseado em falsas memórias.

Em alguns países, como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Espanha, já foram operacionalizadas mudanças no sistema legal que colocaram em evidência a maneira como as crianças devem ser interrogadas, objetivando a maximização da qualidade dos testemunhos e a minimização da ocorrência das falsas memórias.

Afora o crime de falso testemunho, prescrito em lei, pode-se afirmar que, num depoimento judicial, as lembranças reais, tanto de adultos quanto de crianças, muitas vezes se confundem com outras lembranças, que não são necessariamente uma mera criação fantasiosa, mas ainda sim são falsas em relação ao fato em questão.

Todos contribuímos para manter uma força policial e uma instituição judiciária, que, em tese, seriam os alicerces da nossa proteção. De acordo com Von Ihering (1872), a representação da justiça sustenta numa das mãos a balança

com que pesa o direito e na outra, a espada de que serve para defendê-lo. O jurista italiano Malatesta (Malatesta, 2001) afirma que o direito da sociedade só se afirma com o direito de punir o verdadeiro réu; absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se oprime o direito da sociedade. Se se considera o fim da tranqüilidade social a que deve dirigir-se a pena, descobrir-se-á que a pena só pode servir para tal fim, quando atinja quem é certamente réu. A pena que atingisse um inocente perturbaria a tranqüilidade social, mais que teria abalado o delito particular que pretendesse punir, por isso, todos se sentiriam na possibilidade de ser, por sua vez, vítimas de um erro judicial.

Muitos estudos investigaram a força e também os pontos fracos da memória, mas poucos oferecem sugestões de como as pessoas devem ser interrogadas. A preocupação dos juristas e dos psicólogos com a qualidade dos depoimentos possibilitou o surgimento de técnicas que estão sendo desenvolvidas com o objetivo de alcançar uma maior acuidade dos testemunhos. Nessa perspectiva, Fisher e Geiselman (1992) desenvolveram a "Entrevista cognitiva para adultos" e, Yulle, Hunter, Joffe e Zaparniuk (1993) criaram o questionário "Passos prudentes", especialmente para interrogar crianças. Essas novas técnicas foram criadas a partir de uma revisão de literatura da psicologia e procuram a recriação mental do contexto vivido, buscando maximizar tanto a qualidade quanto a quantidade dos relatos baseados na memória dos entrevistados sobre os fatos.

Não podemos pensar na nossa memória somente quando ela nos prega peças, através do esquecimento. De acordo com Sternberg (2001), podemos definir memória como o meio pelo qual se recorre às experiências passadas para usá-las como informações que venham a ser úteis no presente. Como um processo, a memória se refere aos mecanismos associados à retenção e à recuperação de informações. Os psicólogos cognitivistas identificaram três operações comuns da memória: a codificação, o armazenamento e a recuperação. Na codificação, os dados sensoriais são transformados numa forma de representação mental; no armazenamento, a informação é codificada na memória e na recuperação, a informação armazenada é extraída e usada.

Nós, brasileiros, ainda temos que dar um passo à frente na pesquisa sobre a memória. A nossa realidade, com seus aspectos sociais singulares, representados pela pobreza e desamparo da maior parte da população, faz com que, muitas vezes, a fantasia se torne um refúgio. Porém, manipulando processos específicos, poderemos chegar mais perto do controle de níveis de falsificações de lembranças, sobretudo na aplicação forense, em casos de abuso sexual, guarda de filhos e outros que envolvam depoimentos testemunhais de adultos e crianças.

A pesquisa sobre falsas memórias na área jurídica, além de transpor o paradigma do verdadeiro e do falso testemunho, serve como ferramenta para que delegados de polícia, advogados, promotores de justiça e magistrados, venham a maximizar a elucidação dos mais variados litígios, empunhando com dignidade a espada da Justiça.

Bibliografia

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária, a testemunha, o documento, o perito e o intérprete*. São Paulo: Saraiva, 1946. vol. 3.

———. *Psicologia judiciária, o acusado, o ofendido e os denunciantes*. São Paulo: Saraiva, 1946. vol. 2.

———. *Psicologia judiciária, o advogado, o Ministério Público e o juiz*. São Paulo: Saraiva, 1946. vol. 4.

———. *Psicologia judiciária, o processo psicológico e a verdade judicial*. São Paulo: Saraiva, 1946. vol. 1.

ARANHA, Adalberto. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTELLI, Luigi. *A mentira nos tribunais, estudos de psicologia e psicopatologia judiciária*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.

BJORKLUND, David. *False memory creation in children and adults: Theory, research and implications*. EUA: Lawrence Erlbaum Associates, 2000.

BRAINERD, Charles e REYNA, Valerie. "When things were never experienced are easier to 'remember' than things that were". *Psychological Science* 9(6):484-489, 1998.

BREWER, Neil; POTTER, Rob; FISCHER, Ronald; BOND, Nigel e LUSZCZ, Mary. "Beliefs and data on the relationship between consistency and accuracy of eyewitness testimony". *Applied Cognitive Psychology* 13/297-313, 1999.

BROCK, Paul; FISHER, Ronald e CUTLER, B. "Examining the cognitive interview in a double-test paradigm". *Psychology, Crime & Law* 5/29-45, 1999.

CAVALIERI, Alyrio. *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente: 395 objeções*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CECI, Stephen e BRUCK, Maggie. *Jeopardy in the courtroom: a scientific analysis of children testimony*. Washington, DC: American Psychological Association, 1999.

DIGES, Margarita. *Los falsos recuerdos, sugestión y memoria*. Barcelona: Paidós, 1997.

FARRAR, Jeffrey e BOYER-PENNINGTON, Michelle. "Remembering specific episodes of a scripted event". *Journal of Experimental Child Psychology* 73/266-288, 1999.

FISHER, Ronald e GEISELMAN, Edward. *Memory Enhancing Techniques for Investigative Interview: The Cognitive Interview*. Illinois: Charles C. Thomas Publisher, 1992.

———; ——— e AMADOR, Michael. "Field test of the cognitive interview enhancing the recollection of actual victims and witnesses of crime". *Journal of Applied Psychology* 74(5)/722-727, 1989.

GEISELMAN, Edward. "Commentary on recent research with the Cognitive Interview". *Psychology, Crime & Law* 5, 197-202, 1999.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ISHIDA, Válter. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

KNIJNIK, Daniel. "Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle". *Revista Forense* 353/16-52, 2000.

KÖHNKEN, Guenter; MILNE, Rebecca; MEMON, Amina e BULL, Ray. "The Cognitive Interview: A meta-analysis". *Psychology, Crime & Law* 55/3-27, 1999.

LOFTUS, Elisabeth. *Eyewitness Testimony*. EUA: Harvard University Press, 1999.

——— e KETCHAM, Katherine. *Witness for the defense: The accused, the eyewitness and the expert who puts memory in trial*. Nova York: St. Martin's Press, 1991.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MEMON, Amina e HIGHAM, Philip. "A review of the cognitive interview". *Psychology, Crime and Law* 5/177-196, 1999.

———; WARK, Linsey; HOLLEY, Angela; BULL, Ray e KÖEHNKEN, Guenter. "Eyewitness performance in cognitive and structured interviews". *Memory* 5(5):636-656, 1997.

———; ———; ———; ——— e ———. "Reducing suggestibility in child witness interviews". *Applied Cognitive Psychology* 10/503-518, 1996.

MENDL, Michael. "Performing under pressure: stress and cognition function". *Applied Animal Behaviour Science* 65(3):221-244, 1999.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. São Paulo: Bookseller, 2000.

MILNE, Rebecca e BULL, Ray. *Investigative interviewing, psychology and practice*. West Sussex: John Wiley & Sons, 1999.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEUFELD, Carmen Beatriz e STEIN, Lilian. "As bases da psicologia cognitiva". *Revista da Saúde*. Centro de Ciências da Saúde: Urcamp (no prelo).

PEZDEK, Kathy; MAKI, Ruth; LAVER-VALENCIA Debra; WHETSTONE, Tony; STOERCKERT, Janet e DOUGHERRTY, Tom. "Recognizing added and deleted details". *Journal of Experimental Psychology, Learning Memory and Cognition* 14(3):468-476, 1998.

PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal segundo a jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PONTE, Antônio Carlos. *Falso testemunho no processo*. São Paulo: Atlas, 2000.

RAIMUNDO, José Guilherme. *Inquérito policial, procedimentos administrativos e ação penal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

RATEY, John . *A user's guide to the brain, perception, attention and the four theaters of the brain*. Nova York: Pantheon Books, 2001.

REYNA, Valerie. "Fuzzy trace theory and false memory". In M. Intons Peterson & D. Best (Eds.). *Challenges and controversies: memory distortions and their prevention*. EUA: Wiley & Sons (no prelo).

ROSCH, Eleanor. "Cognitive representations of semantic categories". *Journal of Experimental Psychology: General* 104(3):192-233, 1975.

SCHACTER, Daniel. *The seven sins of memory, how the mind forget and remember*. Boston: Houghton Mifflin, 2001.

SHEPHERD, Eric; MORTIMEER, Anna; TURNER, Vivien e WATSON, James. "Spaced Cognitive Interviewing: Facilitating therapeutic and forensic narration of traumatic memories". *Psychology, Crime & Law* 5/117-143, 1999.

STEIN, Lilian e NEUFELD, Carmen Beatriz. "Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?" *Arquivos de Ciência e Saúde Unipar* 5(2):179-186, 2001.

——— e PERGHER, Giovanni. "Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas que não aconteceram?" *Psicologia, Reflexão e Crítica* 14/353-366, 2001.

STERN, William. "Abstracts of lectures on the psychology of testimony and on the study of individuality". *American Journal of Psychology* 21/270-282, 1910.

STERNBERG, Robert. *Psicologia cognitiva*. São Paulo: Artmed, 2000.

TOGLIA, Michael; NEUSCHATZ, Jeffrey e GOODWIN, Kerri. "Recall accurate and illusory memories: When more is less". *Memory* 7(2):233-256, 1999.

TULVING, Endel e CRAIG, Fergus. *The Oxford handbook of memory*. Nova York: Oxford University Press, 2000.

WIPPLE, Guy Montrose. "Psychology of testimony and report". *The Psychological Bulletin* 10/264-268, 1913.

———. "The observer as reporter: A survey of psychology of testimony". *The Psychological Bulletin* VI(5):152-170, 1909.

YULLE, John; MARXSEN, David e COOPER, Barry. "Training investigative interviews: Adherence to the spirit as well as the letter". *International Journal of Law and Psychiatry* 22/323-336, 1999.

2.4

GLOBALIZAÇÃO E SISTEMA PENAL

RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Globalização: mito ou realidade? – 3. Efeitos sócio-políticos da globalização – 4. Alternativas na globalização – 5. Globalização e sistema penal: 5.1 Sistemas penais e a repressão à criminalidade globalizada; 5.2 Sistema penal e criminalidade organizada: a repressão penal interna; 5.3 Sistema penal e criminalidade tradicional – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: o texto aborda a relação entre o fenômeno da globalização e o funcionamento dos sistemas penais de modo a demonstrar existir uma tendência fundamentalmente antigarantista nas transformações em curso na ordem jurídica, notadamente na esfera penal.

Palavras-chave: Globalização – Estado nacional – Exclusão social – sistema penal – Criminalidade globalizada – Criminalidade organizada – Criminalidade tradicional – Repressão penal.

"Como é bela a humanidade!
Oh! Admirável mundo novo em que vivem tais pessoas!" –
SHAKESPEARE, *A tempestade*.

1. Introdução

A tese central desenvolvida neste trabalho é precisamente a seguinte: o fenômeno multidimensional conhecido por globalização afeta e tem capacidade potencial para vir a afetar ainda mais as bases do sistema penal dos Estados cujas tradições encontram-se firmemente ancoradas, mesmo que em certos casos de modo mais teórico que prático, nos princípios do direito penal liberal que, como se sabe, se pretende garantista e, portanto, fundado no respeito aos direitos humanos, bem como compatível com a vigência do Estado democrático de direito.

Desde logo é importante esclarecer que a presente reflexão não se destina a formular previsões a respeito da futura configuração do direito penal, do processo penal ou do modo concreto através do qual se articulam e funcionam as

agências repressivas estatais como um todo. Também não podem ser encontradas neste trabalho indicações mais aprofundadas de conteúdo prescritivo, até porque o processo denominado – corretamente ou não, isso é o que menos importa – globalização, impede a formulação de propostas perfeitas e acabadas que, atrevidamente, pudessem ser construídas neste limitado esforço de reflexão. Por último, deve ser esclarecido que as idéias aqui expostas não possuem outro objetivo senão o de convidar os leitores a um debate que, não obstante ter-se iniciado, ainda se mostra bastante incipiente. Simplesmente não acreditamos, sobretudo tratando-se da discussão de um tema de tamanha abrangência e complexidade, na possibilidade de obtenção de respostas fáceis baseadas em consensos automáticos.

2. Globalização: mito ou realidade?

Pode-se entender a globalização como um processo real ou simplesmente ideológico. Independentemente da discussão acerca de seu caráter, a globalização influencia os sistemas penais, o que não significa afirmar que o faça da mesma maneira e nem tampouco que produza os mesmos efeitos numa ou noutra hipótese. De toda sorte, mesmo traduzindo um processo real, o fato é que o vocábulo sofreu uma "apropriação ideológica" por parte dos estudiosos do tema, o que significa dizer que a discussão do fenômeno sempre inclui um juízo acerca de seus efeitos, classificados que são em bons ou maus (cf. Jameson, 2001:133). Ocorre que a "apropriação ideológica" é inevitável, na medida em que se trata de um processo que interfere diretamente no cotidiano das pessoas, em todos os campos da vida social, tais como no trabalho, na cultura e mesmo nas relações interpessoais, razão pela qual não se consegue enfrentar os temas a ele vinculados adotando-se de uma postura neutral, asséptica. Em suma, quando se fala de globalização, exige-se uma tomada de posição por parte do emissor.

Para alguns, "globalistas", a idéia de globalização implica, em primeiro lugar, na existência de processos que se desenvolvem em escala verdadeiramente mundial, apresentando múltiplas dimensões. Especificamente no espaço da economia, base material de todos esses processos de mudança acelerada em larga escala, a existência real da globalização estaria comprovada pela constatação da "interdependência global dos mercados financeiros, propiciada pela desregulação e liberação desses mercados" (Castells, 2002:12). A economia, mesmo conservando a sua natureza capitalista, apresentaria como características principais um significativo aumento de velocidade na atividade de alocação de investimentos (movimentação de capitais), um progressivo enfraquecimento dos governos no que tange às decisões sobre políticas monetárias e, por fim, a produção de bens e serviços "globalizada" pelas redes produtivas constituídas pelas empresas transnacionais que, em grande número e empregando centenas de milhões de trabalhadores, produzem, atualmente, 30% do produto bruto global e dois terços do comércio mundial (Castells, 2002:12). Estes dados são reforçados pela constatação de que, no ano 2000, o comércio mundial atingiu a

taxa recorde de 26% do produto bruto do planeta, quando em 1990 ela foi de 18% (Roach, 2001). Castells, como se percebe, está entre aqueles que consideram a globalização um fenômeno real e não apenas ideológico, apesar de continuar a inseri-lo na lógica do funcionamento do sistema capitalista.

Habermas também se situa entre os que encaram a globalização como um processo real, denunciado, segundo ele, pela intensificação progressiva das "relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais", utilizando-se de "redes" (*netzwerk*) baseadas na troca de informações via satélite, navegação aérea e comunicação digital (2001b:84). Habermas admite que esses processos de troca tiveram momentos de intensificação anteriormente, como ocorreu, por exemplo, quando o trem, o barco a vapor e o telégrafo foram inventados no século dezenove. Contudo, ele insiste, o processo de globalização diferencia-se das anteriores expansões capitalistas por algumas características que considera estarem suficientemente demonstradas, tais como: a) a expansão e intensificação do comércio de bens industrializados entre os Estados; b) a ascensão vertiginosa em qualidade e em influência das empresas transnacionais com as suas cadeias de produção mundiais e aumento de investimentos no exterior; c) a aceleração inigualável da movimentação de capital nos mercados financeiros conectados por redes eletrônicas, algo sobre o qual "não existe nenhuma dúvida"; d) a "tendência de autonomização dos circuitos financeiros que desdobram uma dinâmica própria desconectada da economia real". No todo, conclui, o conjunto destes elementos provoca um "considerável aumento de competição internacional" (2001b:85).

Em lado oposto, encontram-se os que entendem ser a globalização não um fenômeno propriamente novo dotado de características específicas, mas tão-somente um processo de integração mundial que, a rigor, teve início antes mesmo do uso do termo no final dos anos sessenta e início dos setenta, inexistindo, assim, originalidade ou importância significativa do conceito como ferramenta para a compreensão da realidade. Quando muito, afirmam que "as mudanças atuais, embora significativas e peculiares não são novidade e não envolvem necessariamente um movimento em direção a um novo tipo de sistema econômico" (Hirst & Thompson, 2001:18). Em suma, esses "céticos" percebem o conceito de globalização como "uma construção primordialmente ideológica ou mítica de valor explicativo marginal" (Held & McGrew, 2001:9). Hirst & Thompson, por exemplo, concebem a globalização como um mito construído por seus defensores. Apesar de reconhecerem que a economia contemporânea encontra-se, na realidade, "altamente internacionalizada", eles demonstram que tal característica pode ser verificada em vários momentos históricos tomando-se como ponto de partida o ano de 1860. E mais: afirmam mesmo que a economia contemporânea encontra-se menos internacionalizada quando comparada com a existente no intervalo entre 1870 e 1914. Além disso, sustentam, contrariando a concepção de globalização como um fenômeno em escala mundial, que, ao invés da mobilidade do capital permitir que ele se dirija em níveis relevantes para os países periféricos, a maior parcela continua a ser empregada como investimento direto externo nos próprios países centrais, economicamente industriali-

zados e desenvolvidos, ao mesmo tempo em que registram que o comércio internacional também continua a ocorrer basicamente entre os Estados Unidos, a Europa e o Japão, sem perspectiva de mudança (2001:14-15).

Em síntese, para os "céticos" não se pode dizer que a globalização seja um conceito significativo no sentido de possibilitar uma explicação da realidade contemporânea. Para eles, seria mais correto falar-se de internacionalização, desmistificando, assim, uma série de afirmações inexatas sobre as características que envolvem o conjunto de atividades econômicas, políticas, sociais e culturais do mundo atual. Tais afirmações, por implicarem num falseamento da realidade, conduzem a conclusões equivocadas, cumprindo, assim, uma função meramente ideológica consistente em convencer a sociedade de que a globalização é, essencialmente, inevitável e, ademais, positiva para o conjunto da humanidade na medida em que sinaliza na direção do desenvolvimento das forças produtivas. É o que se denomina de "pensamento único", princípio legitimador da globalização (Zaffaroni, 2000:12).

O fato é que, independentemente da sociedade encontrar-se diante de um processo inteiramente novo que se desenvolve no interior do capitalismo ou, tão-somente, frente à aceleração de um movimento mais aprofundado em direção à internacionalização da economia, os efeitos decorrentes das transformações apontadas pelos estudiosos do fenômeno, seja ele algo real ou simplesmente uma construção ideológica, produzem conseqüências que não podem absolutamente ser ignoradas. Muito pelo contrário, devemos levá-las a sério, devido à dimensão de seu impacto em nossa existência.

3. Efeitos sócio-políticos da globalização

Belluzzo afirma, em adequada síntese, que o conceito de globalização, freqüentemente considerado um processo benfazejo, encontra-se fundado em duas proposições: a) a globalização implica na homogeneização do espaço econômico tomando como base a racionalização imposta pelo mercado; b) a homogeneização jurídica e cultural entre os povos. Estas duas proposições, ambicionando refletir a realidade, redundariam na produção dos seguintes efeitos: a) a "mercantilização acentuada em todas as esferas da vida"; b) "a universalização da concorrência"; c) "a concentração do poder econômico e político" (2001). É precisamente este último efeito que nos interessa de modo particular para efeito de análise.

No que concerne à configuração e funcionamento do sistema penal, o problema essencial reside precisamente na determinação da função destinada ao Estado na ordem mundial globalizada.

Na sua origem, o Estado moderno apoiou-se, como se sabe, no conceito de soberania, inicialmente ilimitada, posteriormente considerada limitada tanto no plano interno quanto no plano internacional. Esquematicamente, pode-se dizer que, na sua etapa pré-liberal, o Estado nacional restringiu-se, basicamen-

te, a centralizar a administração, a deter a totalidade do processo de criação legislativa e a manter a ordem interna e a segurança externa em face dos demais Estados. Em um segundo momento, correspondente ao apogeu dos Estados liberais, o Estado, ao ser legitimado pela prática democrática, expandiu ainda mais a sua capacidade de governo, inclusive pela expansão da atividade fiscal. Por fim, no século passado, o Estado passou a intervir mais diretamente nos rumos das economias nacionais, o que se deu também através das políticas monetária e fiscal. Porém, nessa evolução, em nenhum momento alterou-se a sua capacidade de determinar, em última instância, a sua política interna e externa. Portanto, em síntese, considerando o plano interno, pode-se afirmar que o poder soberano traduz-se na idéia de que o Estado detém jurisdição sobre os governados no interior de seu território, com a exclusão de outras forças. Soberania é, portanto, um conceito assentado no entendimento de que é o Estado a pessoa que detém o monopólio do exercício da violência legítima, ou seja, violência consentida pelos cidadãos. Porém, a rigor, desde há muito se tem observado o enfraquecimento do poder estatal em muitas esferas da vida social. No plano mundial, inclusive, os Estados já não são os únicos centros de poder, pois o compartilham, por exemplo, com os organismos internacionais multilaterais num crescente processo de interdependência. Desse modo, é, sem dúvida, inegável que o conceito de globalização encontra-se vinculado à noção de Estado fraco, ou melhor, Estado mínimo. Porém, também com relação a este aspecto do problema os estudiosos da globalização não nos oferecem respostas uniformes.

Sob a ótica dos "céticos", um dos mais importantes efeitos produzidos pela globalização é, realmente, a perda ou a diminuição do controle político exercido pelo Estado nacional (falar em diminuição do controle político equivale a dizer que o Estado vê reduzido o seu poder de regular a coletividade, o que ocorre quando disciplina, através de normas exigíveis coercitivamente, os mais variados aspectos da vida nacional). Porém, ao contrário dos "globalistas", que consideram o enfraquecimento do Estado como um fenômeno real, os "céticos" sustentam ser exagerada essa percepção do problema. Os mercados globais, dizem eles, não estão, de modo algum, fora de controle, "ainda que o alcance atual e os objetivos da governabilidade econômica sejam limitados pelos interesses divergentes das grandes potências e pelas doutrinas econômicas que prevalecem entre suas elites" (Hirst & Thompson, 2001:15).

Tomando como verdadeira a tese dos "céticos", é forçoso concluir pela inexistência de uma substancial e decisiva redução do poder de regulação e controle do mercado pelo Estado. Este, mesmo sem continuar a manter a sua soberania de forma integral, ao menos o faz suficientemente para criar o direito e aplicá-lo através das agências criadas com tal finalidade. Em conseqüência, não há razão para que se adote uma postura fatalista diante das vicissitudes provocadas pelo processo de internacionalização da economia realmente em curso. Logo, para os "céticos", seria falsa a tese de que não se pode impedir o Estado de perder a capacidade de regular o mercado e de implementar políticas não determinadas direta e completamente pelas exigências do capital financeiro internacional.

Portanto, enquanto ideologia, o conceito de globalização não expressa um processo "natural" e "irresistível", mas tem por objeto apenas convencer de que os seus efeitos são inevitáveis, não podendo ser combatidos sob pena de terríveis conseqüências.

Por outro lado, encarando o processo de globalização como uma realidade, os "globalistas" admitem que o poder do Estado nacional encontra-se definhando de forma acelerada, o que não significa dizer, de antemão, que esteja definitivamente condenado, mas apenas que muitas de suas funções tradicionais estão sendo modificadas em virtude de sua incapacidade de realizá-las.

Pode-se constatar esse processo de enfraquecimento do Estado nacional verificando-se a sua evolução. A partir da sua constituição sob a forma de Estado monárquico absoluto e durante o seu amadurecimento na direção do Estado social-democrático de direito, verificou-se uma tendência à expansão de seu poder regulador representado, entre outros aspectos, pela existência de "sistemas de governo unificado nos territórios demarcados, administração centralizada, mecanismos concentrados e mais eficientes de administração fiscal e distribuição de recursos, novos tipos de formulação e imposição de leis, exércitos profissionais permanentes, capacidade bélica concentrada e, ao mesmo tempo, relações formais complexas entre os Estados, através do desenvolvimento da diplomacia e das instituições diplomáticas" (Held & Mc Grew, 2001:26). Durante boa parte do século vinte este poder regulador manteve-se em permanente expansão, inclusive no que concerne à capacidade de intervenção interna visando à correção das desigualdades sociais através da arrecadação fiscal. Só a partir dos anos oitenta deu-se uma reversão nessa tendência com a imposição de dificuldades de acesso das massas trabalhadoras ao sistema de seguridade social, ao mesmo tempo em que ocorreu uma diminuição da rede de proteção social montada pelo *welfare state*, em ambos os casos por exigência do capital financeiro que vem impondo ao Estado a desregulamentação dos mercados, política monetária e fiscal antiinflacionária, redução dos impostos diretos e privatização das empresas estatais (Habermas, 2001b:66; Held & Mc Grew, 2001:34-35). Produziu-se, conseqüentemente, um "consistente e inexorável deslocamento dos centros de decisões, junto com os cálculos que baseiam as decisões tomadas por esses centros, livres de restrições territoriais" (Baumann, 1999:15).

Um dos fatores mais importantes que provocam a situação acima descrita é o extraordinário poder das empresas transnacionais. Assinala acertadamente Jameson, que "a característica mais preocupante dessas novas estruturas corporativas globais é a sua capacidade de destruir os mercados de trabalho locais e transferir suas operações para áreas onde a mão-de-obra é mais barata", sem que os trabalhadores tenham condições de resistir, até porque lhes falta uma organização transnacional equivalente. Mas o pior, como esclarece Jameson, é que não se trata apenas de remoção de instalações materiais ou empregos, mas sim de "especulações predadoras com moedas estrangeiras" sinalizando algo bem mais grave, precisamente "a dependência absoluta dos Estados-nação que estão fora do Primeiro-Mundo do capital estrangeiro, sob a forma de emprésti-

mos, apoios e investimentos" (2001:141). Desse modo, para os países periféricos, como o Brasil, uma espécie de chantagem promovida pelo capital financeiro super potencializado pelos avanços nos campos da ciência e da tecnologia – sobretudo na área da ciência e da informação – está em curso e consiste na ameaça de retirar-se sempre que o Estado nacional se atreva a tentar regulá-lo, impedindo a sua livre movimentação através da taxação ou desfavorecendo-o direta ou indiretamente através de medidas que impeçam a maximização dos lucros, como por exemplo, a tentativa de disciplinar as relações entre capital e trabalho, a proteção social da classe trabalhadora, medidas de preservação do meio-ambiente etc. Colocado contra a parede, o Estado tende a ceder, enfraquecendo-se com graves conseqüências sociais. Descrevendo esta situação, assinala Habermas em precisa síntese merecedora de transcrição integral por sua exatidão:

"Sob as condições de uma concorrência global, acionada nos termos de uma 'concorrência de posições', as empresas vêem-se mais do que nunca obrigadas a elevar a produtividade do trabalho e a racionalizar a tal ponto o processo de trabalho de um modo geral que, a longo prazo, a tendência tecnológica de dispensa da força de trabalhadores é ainda mais acelerada. Demissões em massa ressaltam o crescente potencial de ameaça das empresas – sem um lastro local – diante de uma posição geral enfraquecida dos sindicatos que operam de modo ligado aos locais. Nessa situação – marcada pelo círculo vicioso do desemprego crescente, sistema de seguridade social saturado e contribuições se reduzindo, o que esgota a capacidade de financiamento do Estado – medidas de estímulo ao crescimento são cada vez mais impossíveis e tanto mais necessárias" (2001b:100).

Ressalve-se que, para os adeptos do livre mercado, a sua ortodoxia neoliberal permite que considerem os problemas de conteúdo sócio-político produzidos pela globalização como contratempos a serem corrigidos pela própria dinâmica do mercado, desde que seja desejável proceder a tais correções, até porque, segundo eles, é necessário preservar a liberdade do indivíduo de forma mais ampla possível contra o intervencionismo estatal. Em sentido contrário, para todos aqueles que atribuem ao Estado uma função social, diante do fato indiscutível de que a globalização "acelera o processo de concentração do capital e da riqueza" (Belluzzo, 2001), ao invés de distribuí-la, vindo a aprofundar as diferenças sociais e a própria exclusão social, é forçoso admitir que não se trata de um processo benéfico para os países periféricos, povoados que são não por investidores, mas por pessoas que se limitam a vender a sua aviltada força de trabalho.[1] Neste mesmo sentido, assinala Habermas a respeito dos efeitos da glo-

(1) Zaffaroni assinala, inclusive, que, com a globalização, as tradicionais categorias: explorador/explorado cederam lugar às categorias incluído/excluído, ressaltando que o "excluído" não corresponde de modo algum ao "explorado", na medida em que enquanto este último é necessário à reprodução do sistema, o primeiro não, pois é apenas um "descartável social", cuja presença é, inclusive, não apenas "desnecessária", mas até mesmo "incômoda" (2000:15). Zaffaroni tem razão, até porque, na atual conjuntura, o desemprego deixou de ser uma realidade provisória ou

balização que "são indiscutíveis os indicadores de aumento da pobreza e da inseguridade social devido ao crescimento das disparidades salariais, e também são inegáveis as tendências de desagregação social" (2001b:66).

Então, diante do exposto, pode-se indagar: será a eficiência da economia globalizada o motor do desenvolvimento e a garantia de maior justiça social? Os liberais acreditam que sim, sustentando que, a longo prazo, a riqueza produzida pela globalização vai acabar por beneficiar os excluídos, mas a realidade demonstra justamente o contrário, ou seja, que tanto a preservação da cidadania quanto da estabilidade democrática dependem, em última análise, da manutenção da capacidade integral de intervenção do Estado até para reduzir as desigualdades sociais pela via fiscal.

4. Alternativas na globalização

Os desafios impostos pela globalização não são nem um pouco fáceis de serem enfrentados, como se pode deduzir a partir do exame de sua natureza e dos efeitos que produz. Contudo, para lidar com eles adequadamente, deve-se, primeiramente, admitir a sua existência real, ou seja, que existem poderosas determinações a traduzir uma nova configuração do capitalismo mundial e, ainda, que o Estado nacional é uma vítima dessa ordem das coisas.

Para alguns estudiosos do tema, como Habermas, mesmo que se tente a "domesticação" da globalização através do controle do movimento oportunista do capital, o protecionismo mostra-se inviável como estratégia de preservação do poder do Estado. O que se poderia fazer, em suma, apenas como paliativo, seria implementar "uma política antecipadora, inteligente e cuidadosa de adaptação das condições nacionais à competição global", consistente em medidas de política industrial, o desenvolvimento da pesquisa científica, a qualificação e especialização da força de trabalho e, por fim, "uma 'flexibilização' refletida no mercado de trabalho" (2001a:68). Todavia, conclui Habermas, as funções desempenhadas tradicionalmente pelo Estado social "só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada", reconhecendo, entretanto, as dificuldades políticas para a concretização de um projeto tão complexo (2001a:69). De todo modo, segundo ele, a possibilidade de sucesso da proposta está condicionada a uma conscientização dos cidadãos, também no plano global, acerca da necessidade do desenvolvimento da solidariedade num quadro de uma "comunidade internacional"

conjuntural, mas, pelo contrário, estrutural, inerente ao processo de globalização. Em conseqüência, a "exploração do homem pelo homem", denunciada pelos marxistas perde a sua razão de ser, sobretudo porque socialmente muito mais grave é a não-exploração causada pelo permanente excesso de mão-de-obra que leva a exclusão social, ou seja, a própria desnecessidade da existência do trabalhador.

(2001a:73), o que incluiria também a expansão do processo democrático "para além do Estado nacional" (2001b:79).

A proposta de Habermas insere-se, rigorosamente, no campo político social democrático no tocante às alternativas à globalização selvagem. De acordo com Held e Mc Grew, para os social-democratas, "a reconstrução de um projeto social democrático exige a busca coordenada de programas nacionais, regionais e globais que regulem as forças da globalização econômica" para que ela possa servir às populações mundiais, o que depende, segundo eles, de "fortalecer os laços de solidariedade entre as forças sociais, nas diferentes regiões do mundo, que procuram contestar ou resistir aos termos da globalização econômica contemporânea. Tratar-se-ia, em suma, de um construir um 'pacto (social democrático) global' concebido em novos termos" (2001:73-74).

Por sua vez, a esperança de Zaffaroni, construída a partir da premissa de que a globalização é uma realidade irreversível, centra-se na expectativa de que o referido fenômeno levará necessariamente a formação de uma sociedade civil globalizada pela própria revolução tecnológica, o que conduzirá a uma aliança entre todos os excluídos, inclusive a antiga classe média empobrecida tanto nos países periféricos quanto nos centrais, em favor dos direitos humanos (2000:34).

5. Globalização e sistema penal

5.1 Sistemas penais e a repressão à criminalidade globalizada

O impacto provocado pelo processo de globalização nas estruturas nacionais, conforme demonstrado anteriormente, afeta diretamente o desempenho dos Estados tanto no plano interno quanto no internacional, apontando na direção de importantes transformações na configuração e funcionamento dos sistemas penais. Basicamente, o direito penal da globalização é eminentemente prático, "no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade", de modo a responder às exigências dos sistemas penais impotentes na luta contra a criminalidade globalizada (Silva, 1999:64-65).

No âmbito internacional, a globalização acarreta o incremento de determinadas atividades criminosas, algo constatado pelos estudiosos do tema que afirmam que a criminalidade internacional de fato cresce sem parar desde o início da década de 90, tornando imperativo o prolongamento das políticas nacionais de enfrentamento da criminalidade ao cenário internacional (Falletti & Debove, 1998:317). Referindo-se mais especificamente ao espaço da União Européia, Queloz identifica as seguintes manifestações da criminalidade organizada transnacional na Europa: a) tráfico de drogas; b) tráfico de armas e material estratégico (explosivos, urânio); c) tráfico de automóveis e cartões de crédito furtados; d) escravidão de crianças, adolescentes e mulheres para fins de exploração sexual e pornografia; e) tráfico de imigrantes clandestinos (1997:773). Todavia, a este rol pode-se acrescentar a criminalidade financeira, incluindo a lavagem de dinheiro, e a criminalidade política (terrorismo internacional). Saliente-se que

todas estas atividades ilícitas estão muitas vezes interligadas por redes de organizações criminosas, o que torna o seu enfrentamento bem mais difícil.

O extraordinário desenvolvimento das atividades ilícitas transnacionais deve muito à globalização, conforme assinalam os estudiosos do problema. Por tal razão, considero particularmente adequada a utilização da expressão "criminalidade globalizada" para indicar o conjunto dessas formas de delinqüência. Com efeito, em decorrência da globalização, não parece haver nenhuma impropriedade na afirmação de que "um simples movimento dos dedos sobre um teclado de um computador conectado a uma rede de telecomunicações pode bastar para cometer um crime cuja amplitude financeira ou econômica pode ser considerável e cujos efeitos podem fazer-se sentir do outro lado do planeta" (Flore, 1998:133). Mas além da comunicação instantânea mesma, há uma série de outros fatores característicos da globalização, como, por exemplo, a mobilidade das pessoas e bens, a interdependência entre as nações, a abertura dos mercados e fronteiras nacionais, a diminuição da soberania do Estado (Queloz, 1997:766) e mesmo a expansão das operações bancárias internacionais, o volume do intercâmbio entre euromoedas e o aumento do componente "serviços" da economia legal (Cervini, 2000:64-65). Inclusive, particularmente no que concerne à criminalidade financeira, a globalização dificulta o estabelecimento dos exatos limites entre o lícito e o ilícito devido ao fato de que ela implica no crescimento da atividade econômica e das operações bancárias internacionais. Dito de outra maneira, condutas anteriormente consideradas delituosas, tais como monopólio, interferências artificiais no funcionamento do mercado e até certas condutas aparentadas com delitos tradicionais menos sofisticados, tais como a extorsão e a fraude passam a serem consideradas aceitáveis pela nova ordem mundial, "com a particularidade de que são cometidas em proporções macroeconômicas, ou seja, importando em cifras astronômicas" (Zaffaroni, 2000:22).[2] Além disso, considerando-se ainda a criminalidade financeira, torna-se também difícil isolar os fundos provenientes desta ou daquela atividade criminal ante a complexidade do conjunto das atividades financeiras (Falletti & Debove, 1998:320). Em conseqüência disso tudo, "as proibições estatais só servem para aumentar as rendas dos mil tráficos proibidos" (Zaffaroni, 2000:17).

Frente ao sério desafio representando pela criminalidade financeira, lavagem de dinheiro e outras práticas ilícitas por parte das organizações criminosas, facilmente se percebe a debilidade do Estado nacional, incapacitado que está para enfrentá-lo isoladamente. Assim, revela-se essencialmente correta a afirmação de que a investigação e persecução das atividades criminosas globalizadas, "só pode ser concebida de maneira eficaz num plano que ultrapasse as fronteiras nacionais, pela utilização otimizada de todos os instrumentos disponíveis

(2) Afirma Silva Sánchez que o fenômeno da globalização implica na descriminalização de certas condutas porque, caso continuassem a serem tipificadas, configurariam um obstáculo à globalização e à integração supranacional, o que explica, por exemplo, a supressão de barreiras e controles estatais à livre circulação (1999:69).

no quadro da cooperação jurídica internacional" (Flore, 1998:133), na medida em que um Estado isolado "não consegue enfrentar adequadamente formas de criminalidade tão complexas, sofisticadas e moveis como aquelas que se manifestam nos domínios financeiro e mercantil" (Flore, 1998:158).

Todavia, por outro lado, mostram-se consideráveis as dificuldades de implementação de uma política igualmente globalizada para o enfrentamento do problema. Enquanto a criminalidade globalizada conta com o apoio de uma verdadeira rede de proteção, ramificada por todo o mundo, estruturada hierarquicamente, mas com máxima flexibilidade e informalidade, os Estados nacionais enredam-se nas suas próprias legislações, freqüentemente em colisão, e ainda nas diferenças culturais e organizacionais presentes nas agências que compõem os seus sistemas penais.

Além disso, a harmonização legislativa a partir dos diversos Estados, pregada por estudiosos do problema e por políticos, também não se encontra isenta de outra ordem de problemas. Considere-se, inicialmente, que "nem a assimilação nem a harmonização legislativas garantem em nenhum caso a homogeneidade das respostas [ao delito], além de colocar dificuldades de índole constitucional" (Silva, 1999:73). Ademais, a realização da cooperação internacional das agências penais estatais e da harmonização legislativa de fato necessárias ao enfrentamento da criminalidade globalizada, produz um apreciável enfraquecimento de certos princípios do direito interno. Como exemplo pode-se mencionar a perda da importância do princípio da territorialidade que ocorre porque o processo executivo dos delitos não se dá precisamente neste ou naquele território, tornando-se, num certo sentido, mais fluido. Este fenômeno, característico da nova criminalidade internacional é, como reconhece Cervini, uma forma de "transnacionalização" dos delitos como sucedâneo da globalização em seus diversos aspectos (2000:65). A rigor, é mesmo correto afirmar que a criminalidade globalizada vale-se, deliberadamente, da porosidade das fronteiras nacionais – característica da globalização – e da manifesta inadequação das regras de competência do direito nacional para garantir a impunidade, o que logram graças à perplexidade em que se encontram mergulhadas as diversas agências estatais, paralisadas ante a novidade e dimensão dos desafios que lhe são opostos. Assim, o princípio da territorialidade termina por funcionar como uma barreira em favor da criminalidade globalizada contra os interesses do próprio Estado, isto porque, precisamente, o limite da ação estatal "termina na fronteira do país onde desenvolve sua atividade, e toda intromissão policial e judiciária estrangeira está implicitamente rechaçada pela própria definição de Estado soberano" (Cervini, 2000:66).

A despeito de tais problemas, a Europa, cujo processo integracionista vem se ampliando ao longo das últimas décadas, cuidou de criar e desenvolver uma série de medidas envolvendo a cooperação dos diversos Estados no controle da criminalidade globalizada. Neste sentido, merecem destaque as regras de cooperação dos no plano do Conselho da Europa, dos acordos de Schengen e da União européia.

O Conselho da Europa, composto por quarenta países, tem vocações bem mais amplas que o enfrentamento do problema criminal. No seu campo de atuação, porém, a ele compete viabilizar o intercâmbio entre as diversas agências repressivas dos Estados membros, procurando aperfeiçoar a cooperação internacional através da organização de contatos entre os especialistas dos diversos países, aproximando-os. No seu âmbito, constituem exemplos de cooperação internacional em matéria penal: a) a Convenção européia sobre extradição (1957); b) a Convenção européia de ajuda mútua repressiva (1959); c) a Convenção sobre transferência de condenados (1983); e d) a Convenção sobre lavagem, despiste, arresto e confisco dos produtos do crime (1990) (Falletti & Debove, 1998:319).

Aliás, como exemplo das dificuldades de harmonização legislativa para a cooperação internacional mencionadas anteriormente, podemos citar o debate em torno do conceito de "lavagem de dinheiro" ocorrido com relação à última das Convenções mencionadas no parágrafo anterior. Como resultado da discussão, decidiu-se atribuir aos Estados signatários o poder de determinar discricionariamente o sentido legal da definição jurídica da referida expressão. Na França, optou-se por uma definição legal mais ampla de modo a compreender todas as "operações fraudulentas visando falsa justificação do produto de todo ilícito penal", o que representou, no meu entender, um avanço, na medida em que anteriormente a definição de "lavagem de dinheiro" destinava-se apenas a coibir o ilícito decorrente do tráfico de drogas (Falletti & Debove, 1998:320).

São signatários dos acordos de Schengen (1990) a França, a Alemanha, a Bélgica, a Holanda, Luxemburgo, Portugal, Espanha, Grécia e Áustria. Os acordos de Schengen são um típico produto da globalização, na medida em que, por seu intermédio, se permite a livre circulação de pessoas entre os Estados signatários. Porém, para contrabalançar essa liberdade de ir e vir, foram incorporados mecanismos de cooperação judiciária, dentre os quais estão previstos: o direito de observação e perseguição transfronteiriça, a instituição de bancos de dados na polícia e justiça etc., de modo a possibilitar o rápido intercâmbio de informações e análises comuns (Falletti & Debove, 1998:322-323).

Quanto à União européia, pode-se assinalar a existência, dentre os seus objetivos, da cooperação policial e judiciária, envolvendo a luta contra a fraude internacional e o terrorismo (Tratado de Maastricht, título VI) (Falleti & Debove, 1998:336-337).

Por força da necessidade de enfrentamento eficaz da criminalidade globalizada, o processo de cooperação internacional acaba por implicar numa redução do poder de punir do Estado em detrimento da criação e ampliação da jurisdição internacional, digo redução porque o Estado permanece, de toda sorte, com o poder de enfrentar a criminalidade interna tradicional. A globalização, portanto, afeta diretamente, neste aspecto, o sistema penal obrigando-o a adequar-se a políticas determinadas, em última instância, sobretudo no caso dos países periféricos, de fora para dentro, com tudo o que isso representa em termos de perigo aos direitos civis.

Exemplo relativamente recente do que acabamos de afirmar a respeito da preservação dos direitos civis envolve a luta contra o terrorismo internacional, onde os Estados Unidos, mas também outros Estados europeus, têm conduzido a sua política internacional na direção de uma repressão mais rigorosa aos delitos políticos e, por conseqüência, ao cerceamento dos direitos humanos. Representa bem esta tendência opinião expressa pelo próprio Presidente americano conjeturando a criação de tribunais militares extraordinários com jurisdição sobre todo o Afeganistão, mas também sobre todo o Paquistão, para julgar supostos terroristas internacionais, sob o argumento de que os Estados Unidos necessitam de celeridade nos processos para a proteção das fontes e métodos de inteligência, o que não ocorreria num juízo regular. Para se ter uma idéia do que esta proposta representa, basta observar que nos processos instaurados nos tribunais militares extraordinários as garantias processuais dos acusados seriam bastante limitadas. Os julgamentos seriam secretos, as normas processuais flexíveis, inclusive em matéria probatória; inexistiria o direito de interpor recurso de apelação, além de outras restrições. Ante os protestos à proposta ocorridos nos Estados Unidos, o governo alegou, candidamente, não haver motivo de preocupação, uma vez que a criação dos tribunais militares extraordinários seria uma medida destinada a julgar estrangeiros e não cidadãos americanos. Na mesma época, o governo britânico enviou projeto ao parlamento com o objetivo de permitir a detenção por tempo indeterminado de imigrantes suspeitos, deportá-los, encarcerá-los em total isolamento, interceptar comunicações telefônicas, postais e via internet (*El País*, 2001). Compreende-se porque Ramonet conclui que, diante dessa realidade, "o movimento geral de nossas sociedades que tendia na direção de um crescente respeito ao indivíduo e suas liberdades, vem sendo detido brutalmente, tudo indicando que cairemos daqui por diante num Estado mais e mais policialesco" (2002:1).

Se, em termos realistas, temos de admitir que o processo de globalização não pode ser detido, por absoluta impossibilidade dos Estados nacionais adotarem uma política de isolamento e auto-suficiência, devemos aceitar igualmente como irreversível a internacionalização da justiça penal mediante a criação de verdadeiros sistemas penais transnacionais ou, numa primeira etapa, de mecanismos de cooperação entre os sistemas penais nacionais. Certas iniciativas de base democrática podem contribuir para que a justiça penal se globalize e, ao mesmo tempo, mantenha o respeito aos direitos civis. Pode-se imaginar, por exemplo, que a Corte Penal Internacional venha a se constituir, baseada, inclusive, no princípio do juiz natural, em um tribunal realmente independente e imparcial em relação à vontade política dos Estados que aceitem a sua jurisdição.

As limitações político-jurídicas da Corte Penal Internacional criada em 1998 e que, supomos, funcionará em breve, são, entretanto, consideráveis. Basta pensar que a sua competência não inclui a possibilidade de julgar delitos altamente globalizados, como é o caso do terrorismo internacional e do tráfico de drogas. Por outro lado, é preciso lembrar que Estados com enorme peso na vida política mundial, tais como os Estados Unidos, a China e até mesmo o Brasil e Austrália, países possuidores de influência regional, resistem a submeter-se à jurisdição

da Corte, o que reduz substancialmente a sua importância. Particularmente no que se refere aos Estados Unidos, a sua oposição ao Tribunal Penal Internacional explica-se pela sua condição de único império existente no planeta. A política externa americana baseia-se no direito que julgam possuir de definir quem representa o bem e quem representa o mal. Obviamente tal posicionamento exclui de antemão a possibilidade de um funcionário do governo americano ou mesmo um cidadão comum vir a ser submetido aos ditames de um Tribunal Penal Internacional composto, eventualmente, por juízes provenientes de Estados hostis à política americana. Em suma, há uma forte probabilidade de que a Corte Internacional derivada do Estatuto de Roma limite-se a julgar os réus de sempre, déspotas e genocidas da periferia da Europa e confins da África.

Por outro lado, pode-se tentar viabilizar a proteção dos direitos civis através de diplomas legais que sejam fruto da cooperação internacional e pretendam limitar a violência punitiva dos Estados cooperados. Como por exemplo, no âmbito europeu, mais precisamente do Conselho da Europa, a Convenção européia sobre prevenção da tortura e de tratamentos inumanos ou degradantes (1987), fundada declaradamente em valores e princípios comuns aos Estados europeus. Nos termos dessa Convenção, permite-se a fiscalização por especialistas internacionais dos estabelecimentos penitenciários ou de detenção provisória (Falletti & Debove, 1998:321).

5.2 Sistema penal e criminalidade organizada: a repressão penal interna

Como foi dado a perceber no item anterior, a criminalidade organizada interna e a criminalidade organizada internacional, no seu nível atual, correspondem a duas faces da mesma moeda, a criminalidade globalizada.[3] Por conseguinte, todo o conjunto das ações desenvolvidas internamente pelos Estados através do sistema penal encontra-se intimamente relacionado ao desempenho da repressão penal no campo internacional.

No plano interno, no tocante à criminalidade organizada, cujo conceito, aliás, ainda está distante de ser formulado satisfatoriamente em termos dogmáticos, exige-se que o Estado lhe dê um combate sem tréguas.

Na Itália, utilizada desde sempre como exemplo, tem ocorrido um progressivo endurecimento da repressão aos delitos cometidos por organizações crimino-

(3) Segundo Silva Sánchez, "desde o ponto de vista estrutural, as características mais significativas da criminalidade da globalização são duas. Por um lado, se trata de uma criminalidade, em sentido amplo, organizada, ou seja, nela intervém coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja também na forma estrita de organização criminal (...) Desde o ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também político-sociais", acrescentando sua considerável capacidade de corromper funcionários e governantes (1999:70-71).

sas movidas por fins terroristas ou de subversão da ordem constitucional, bem como aos crimes praticados através de força de intimidação com vínculo associativo baseado em sujeição de seus integrantes a *omertà* (lei do silêncio) com a finalidade de facilitar a atividade de associações mafiosas, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e manifestações da criminalidade tradicional, tais como, homicídio, roubo à mão armada, extorsão etc., desde que cometidos no contexto de uma organização criminosa (Pallazzo, 1995:711).

Por força do aumento de intensidade da criminalidade organizada em toda a Europa e não apenas na Itália, verificou-se, neste país, a passagem progressiva de uma legislação eminentemente "simbólica" a outra que se pretende "efetiva", razão pela qual passou-se a utilizar na repressão das atividades criminosas não apenas o direito penal, mas também o direito administrativo. Como exemplo, a evolução da legislação penal no que concerne à lavagem de dinheiro, atividade ilícita vinculada ao tráfico de entorpecentes, ao contrabando de armas ou à criminalidade financeira. Num segundo momento, a legislação italiana não cuidou apenas de combater as condutas que pretendam dissimular a origem de dinheiro, bens ou outros ativos provenientes de qualquer atividade ilícita, tendo sido ampliada para permitir a punição do próprio reemprego do dinheiro ilícito, até porque, como recorda Pallazzo, tal procedimento "permite à criminalidade organizada desestruturar e condicionar a liberdade de mercado" (1995:714-715). Atualmente, inclusive, a legislação incorporou mecanismos de maior controle do sistema financeiro italiano, como por exemplo, a exigência de documentação relativa às operações financeiras superiores a um determinado montante, bem como a obrigação de apontar operações financeiras suspeitas às autoridades, tudo sob a ameaça de imposição de sanções administrativas e penais (Pallazzo, 1995:715).

Merecem destaque na legislação contra a criminalidade organizada na Itália: a) normas que beneficiam os "arrependidos"; b) o confisco de bens ou dinheiro quando o condenado não consiga justificar a sua procedência ou for superior à sua renda; c) a utilização de agentes infiltrados nas organizações criminosas; d) a centralização dos inquéritos instaurados para apurar delitos cometidos por organização criminosa; e) a especialização da polícia e do ministério público (Pallazzo, 1995:718).

A necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada no plano interno afigura-se como indiscutível, na medida em que, dentre outras razões, esse subproduto da globalização, até pela força de coesão ideológica e cultural de suas organizações, "reduz consideravelmente a eficácia dos diversos direitos e sistemas penais nacionais", ao mesmo tempo em que "coloca fortemente a prova os princípios do Estado de direitos, fundado sobre as bases democráticas e no respeito às liberdades individuais" (Pallazzo, 1995:775). Entretanto, apesar de concordar com Pallazzo no que diz respeito aos males acarretados à sociedade pela criminalidade organizada, penso que o remédio a ser ministrado não pode vir a matar o paciente ao invés de curá-lo. Sob o pretexto de proteção do Estado de direito e dos direitos civis não se deve correr o risco de eliminá-

los. Pense-se, por exemplo, no perigo concreto aos direitos civis representado pela associação recorrente no imaginário popular das sociedades européias entre a criminalidade organizada e a idéia de conspiração externa, ou seja, a idéia de que a criminalidade organizada é um "problema social importado do estrangeiro" (máfias sicilianas, turcas, russas, tríades chinesas, yakusa japonesa, cartéis colombianos etc.) (Queloz, 1997:767). Tal atitude mental, bem representativa do eurocentrismo europeu, quando secundada por medidas repressivas de extremo rigor pode resultar precisamente na violação dos direitos civis sobre os quais, em última análise, encontram-se fundadas as sociedades pluralistas ocidentais. No caso italiano, a atual legislação voltada ao enfrentamento da criminalidade organizada, apresenta certas características que desfavorecem as liberdades individuais. Apenas como exemplo, observe-se a inversão do tratamento legal conferido à prisão preventiva. Comumente, a decretação da prisão preventiva dá-se em *extrema ratio*, ou seja, somente quando indispensável diante de prova da insuficiência de quaisquer outras medidas, porém, no que concerne aos delitos vinculados à criminalidade organizada, "esse princípio foi invertido", de modo que, para eles, "aplica-se sempre a prisão preventiva", a não ser que o autor possua elementos a indicar a desnecessidade desta modalidade de prisão provisória (Pallazzo, 1995:719). Pallazzo também se refere a certas medidas de prevenção *ante delictum* que são aplicadas quando a norma processual penal não pode sê-lo devido aos princípios que a informam, como se dá na hipótese da insuficiência de provas para a condenação. Trata-se, portanto, de uma maneira engenhosa de burlar as garantias substanciais e processuais que regem a aplicação do direito penal (1995:719).

Pallazzo, apesar de demonstrar que o rigor da legislação penal italiana representa um real perigo aos direitos civis, parece consolar-se com o que considera inevitável. Segundo ele, referindo-se à legislação contra o crime organizado, continuará a existir "uma tensão entre os conteúdos dessa legislação e certos princípios fundamentais do direito penal", porém, conclui, talvez seja isto "um outro preço a pagar por nossa civilização pós-moderna", o que o leva a considerar provável que o direito penal tende a se orientar na direção de uma "inevitável" dicotomia: de um lado o direito penal destinado ao enfrentamento da criminalidade comum, de outro, o direito penal voltado ao combate da criminalidade organizada. O primeiro conservando as garantias liberais "clássicas", o segundo apenas quando possível. Mas até para isso, segundo Pallazzo, faz-se necessária uma demarcação entre esses dois "modelos" a ser traçada "com um mínimo de segurança e estabilidade" (1995:720). Propondo uma alternativa à dicotomia posiciona-se Silva Sánchez. Para ele, em virtude de uma alteração da natureza dos delitos que servem de referência às construções dogmáticas (homicídio enquanto ato individual para os delitos econômicos), de fato só existem duas opções a serem seguidas: ou se admite uma relativização das regras da parte geral dos diplomas penais para todos os delitos, ou se aceita que, devido à natureza da nova criminalidade, cujas conseqüências jurídico-penais são extremamente graves, seja desativado o sistema geral de regras de vocação garantista

atualmente em vigor. O autor posiciona-se de modo favorável à primeira alternativa (1999:74-75).

5.3 Sistema penal e criminalidade tradicional

Também em relação à criminalidade tradicional os sistemas penais nacionais não deixam de sofrer a influência da globalização. Baumann afirma, e não é absolutamente o único a fazê-lo, que, apesar da redução do poder político dos Estados nacionais provocada pela globalização, permanece de certo modo íntegra a sua capacidade de intervir no plano interno, ou seja, no interior de seu território, com o objetivo de manter a lei e a ordem (1999:111). Tal afirmativa é verdadeira, desde que consideremos, porém, que a atuação do Estado na era da globalização obedece, inclusive no que tange à configuração e funcionamento de seu sistema penal, a uma maior influência do poder externo representado pelo capital financeiro. Dito de outro modo, até a mesmo a política repressiva estatal contra a criminalidade tradicional passa a ser, mesmo que não inteiramente determinada, pelo menos parcialmente e indiretamente fixada de fora para dentro, em decorrência dos efeitos produzidos pela ordem capitalista mundial.

Para o capital financeiro, como vimos, o que realmente importa é a livre circulação de dinheiro e de bens com o mínimo de regras disciplinadoras dessa desgovernada movimentação. Ao Estado cabe tão-somente afastar-se ao máximo da vida econômica propriamente dita. Entretanto, indiretamente, ele deve auxiliar os objetivos supremos do capitalismo atual, fazendo-o, dentro dos estreitos limites orçamentários que lhe cabem, através da atividade repressiva, "policiando e controlando as pressões locais por intervenções estatais mais vigorosas na direção dos negócios e em defesa da população face às conseqüências mais sinistras da anarquia de mercado" (Baumann, 1999:74). A razão de ser da sobrevivência dessa função "clássica" no domínio do Estado prende-se, sem dúvida, a eficiência que sempre demonstrou, sobretudo nos países periféricos, como o nosso, em exercer um controle social feroz que manteve, através dos séculos, as massas disciplinadas. Há, portanto, ao contrário do que muitas vezes possa aparentar, total compatibilidade entre a globalização e a manutenção por parte dos Estados nacionais, do poder de punir a criminalidade tradicional, organizada ou não. Em síntese, os Estados fracos, reduzidos ao mínimo pela globalização, "podem ser facilmente reduzidos ao (útil) papel de distritos policiais locais que garantem o nível médio de ordem necessário para a realização de negócios, mas não precisam ser temidos como freios efetivos à liberdade das empresas globais" (Baumann, 1999:76).

No plano político interno, a globalização torna necessário o exercício de um controle social extremamente rigoroso e repressivo através do sistema penal. O efeito produzido pela globalização sobre o mercado de trabalho, afetando o emprego e as condições sociais de vida do trabalhador, possui uma significativa capacidade de potencializar os processos de criminalização. Não se trata de sustentar, ingenuamente, que a pobreza provoca um crescimento da delinqüên-

cia tradicional, mas sim que a exclusão social favorece a aceleração do divórcio social entre os excluídos – as grandes vítimas do processo de globalização – e os meios anunciados como socialmente legítimos para se alcançarem as utilidades minimamente necessárias a uma existência digna. As massas excluídas tornam-se, então, sob a égide da globalização, ainda mais vulneráveis aos processos oficiais de definição (opção legal pelos bens/interesses valiosos aos setores hegemônicos da sociedade) e seleção (atribuição do *status* de criminoso) levados a efeito pelas agências estatais integrantes do sistema penal.

Este quadro desfavorece visivelmente a adoção de políticas criminais tendentes a minimizar a intervenção punitiva por parte do Estado, posição adotada com veemência pelos setores mais progressistas no campo das ciências criminais, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento da demanda voltada para a exacerbação da violência penal. Constatando este fato, reconhece Silva Sánchez "a existência de uma tendência claramente dominante na legislação no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como a agravação dos já existentes" (1999:17). Concorre para que isso ocorra, o desempenho daquilo que Zaffaroni denomina de "fábricas de realidade", ou seja, os meios de comunicação. Eles amplificam a sensação de insegurança por todas as camadas da sociedade de modo a justificar, inclusive, as ações ilegais porventura cometidas pelo próprio sistema penal, ao mesmo tempo em que lideram campanhas por "lei e ordem" mediante uma série de estratagemas, tais como: reservar uma parcela significativa de sua programação ao jornalismo policial; instigar indiretamente a prática de delitos (fazer "justiça" com as próprias mãos, elogiar a atuação dos "justiceiros" etc.); disseminar mensagens alarmistas ("a menoridade é um estímulo à criminalidade", "ninguém faz nada para combater a criminalidade") etc. (Zaffaroni, 1989:133). Como se não bastasse, os meios de comunicação, devido à "posição privilegiada que ostentam no interior da 'sociedade de informação' e no marco de uma concepção do mundo como *aldeia global*, transmitem uma imagem da realidade na qual o distante e o próximo têm uma presença quase idêntica na representação do receptor da imagem". Em conseqüência, amplia-se uma sensação individual de insegurança e impotência que não guarda absolutamente nenhuma correspondência com o risco objetivo (Silva, 1999:27). Por outro lado, contando com o estímulo dos meios de comunicação e a pressão da sociedade alarmada, os políticos terminam por assumir o papel que lhes é exigido no processo de criminalização primária, também favorecendo, desse modo, a exacerbação da violência punitiva contra a criminalidade tradicional. Atuam, neste sentido, em favor da expansão do direito penal, através, por exemplo, da "criação de novos 'bens jurídico-penais', ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios políticos criminais de garantia" (Silva, 1999:17-18). Evidentemente tais providências legislativas nenhum efeito real benéfico acarretam, muito menos em termos de garantir a segurança da população, e os políticos sabem disso. Ocorre que, como não podem transformar a realidade, por não terem poder para tanto, optam pelo engodo, pelo espetáculo autopromocional. Iludem as massas produzindo leis penais e exigem rigor por parte das demais agências

repressivas estatais. Como afirma Zaffaroni, os políticos "cobram em poucos minutos de televisão a entrega de vidas, liberdade, honra e patrimônio de seus concidadãos, muitos dos quais aplaudem a entrega de seus próprios direitos em troca da ilusão de um papel mal impresso" (2000:28).

A conseqüência dessa estratégia eleitoreira por parte dos políticos, à direita e à esquerda com poucas e honrosas exceções, aliada à desinformação prestada pelos meios de comunicação, é a desmoralização da atividade política. A sociedade termina por perceber a mentira, dando-se conta que os políticos não possuem o poder de combater eficazmente a criminalidade conforme prometem. Em síntese, como produto da farsa da política-espetáculo, temos "políticos desprestigiados por suas péssimas atuações", "partidos sem representatividade" e "o direito desprezado por inútil", tudo isso a permitir a entrada na cena política de atores demagogos e aventureiros (Zaffaroni, 2000:29).

Em conclusão, temos que o aumento da repressão interna em relação à criminalidade tradicional por parte do sistema penal, gera um efeito precisamente oposto ao que dele a sociedade espera, ou seja, provoca ainda mais insegurança, afeta os direitos civis e desestabiliza o Estado democrático de direito. Porém, cumpre efetivamente o papel dela esperado pelo capital financeiro internacional, qual seja, promove a divisão da sociedade civil, opondo supostos interesses conflitantes da classe média e das camadas mais baixas da população ("incluídos" e "excluídos"), estes últimos considerados como "classe perigosa" pelos primeiros, ou seja, como "inimigos" a serem combatidos a todo custo. A cisão social daí resultante debilita o próprio Estado incapacitando-o a se opor eficazmente aos efeitos sociais nocivos da globalização. Portanto, assiste inteira razão a Baratta quando afirma, ao analisar as funções reais do sistema penal, que ele "se apresenta como um subsistema funcional à reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global" (1985:444).

6. Conclusões

A globalização é um processo real e não apenas uma ideologia, não obstante a apropriação ideológica do termo. Porém, independentemente de seu caráter, ou seja, quer se trate ou não de um fenômeno realmente existente, o simples fato da economia se encontrar atualmente num elevado estágio de internacionalização, produz uma série de efeitos socialmente nocivos, dentre os quais, a exclusão social decorrente da redução da capacidade de intervenção do Estado no plano econômico e na implementação de políticas sociais.

A globalização representa o triunfo dos liberais, do "pensamento único", o que significa dizer que ela transfere aos setores progressistas o desafio de propor alternativas consistentes ao domínio inconteste do capital financeiro sobre todas as esferas da vida social. Enquanto processo, a globalização é irreversível no sentido de que não se pode negá-la nem desconhecer os seus efeitos, fechando os olhos para o fato de que ela provoca transformações importantes no Estado nacional e na sociedade. No entanto, tal afirmação não implica em dizer que,

no futuro, a humanidade não possa tomar outro rumo. O fim da história é apenas um mito. Um mito bastante conveniente para a manutenção do *statu quo*.

As propostas social-democratas oferecidas pelos estudiosos para o problema da globalização são tão utópicas quanto quaisquer outras. Acreditar que, seja a partir dos Estados nacionais seja da sociedade globalizada, ocorrerá um disciplinamento da globalização através da regulação do capital, é, atualmente, algo francamente improvável, como demonstra o atual estágio de competição interestatal revelado pela concorrência desenfreada para atrair capitais em detrimento do interesse dos excluídos. Diante disso, não há razão, pelo menos por enquanto, para festejar a possibilidade de criação e funcionamento de instâncias supra-estatais mundiais ou regionais destinadas a implementar de forma efetiva novas relações caracterizadas pela cooperação, solidariedade e justiça entre os povos. O fato é que a globalização, enquanto processo, traduz apenas um determinado estágio do desenvolvimento capitalista, sistema econômico dotado de qualidades que lhe permitem auto-reproduzir-se de maneira notável. Da natureza do capitalismo, em qualquer das suas formas históricas, é o expansionismo, a ampliação incessante dos lucros, algo que se dá através da conquista dos mercados. Na ordem capitalista, portanto, é difícil conceber organismos como o FMI, o Banco Mundial, o Nafta, o G8 ou o Mercosul, como instâncias que possam suprir de solidariedade internacional "as forças sociais, nas diferentes regiões do mundo". A cooperação internacional para regular a globalização, ou seja, para regular a expansão do capital financeiro e os efeitos negativos que produz é, desse modo, algo que só pode vir a ser realizado, num futuro próximo, em escala limitada. Com isso, ainda que, por tendência, os sistemas penais continuarão a se modificar no ritmo e na forma que lhe são impostos, em última análise, a partir das exigências alheias ao interesse dos excluídos e até mesmo das camadas médias da sociedade.

Quando observamos os efeitos da globalização nos sistemas penais podemos concluir, em primeiro lugar, que existe um movimento na direção de uma internacionalização da repressão penal. A globalização, ao mesmo tempo em que incentiva a impunidade dos poderosos, na medida em que lhes fornece os instrumentos tecnológicos de que necessitam para movimentar o produto de suas atividades criminosas, contribui para a descriminalização de condutas tradicionalmente consideradas como delituosas. Enquanto processo determinado pelas exigências do próprio capital financeiro, a descriminalização é considerada algo desejável, mesmo que importe na espoliação de nações inteiras. Quanto ao chamado crime organizado transnacional, creio que devemos concebê-lo como um efeito necessário do processo de globalização. À semelhança do que ocorre com a criminalidade em geral, também a criminalidade globalizada não pode ser erradicada, mas apenas controlada. Contudo, até o seu controle mostra-se de difícil concretização, ante as dificuldades encontradas pelos organismos internacionais dedicados a essa missão, podendo o mesmo ser dito do Estado nacional. Afinal, poderíamos indagar, como enfrentá-la eficientemente se ela é fruto da própria globalização? Porém, o grande perigo com o qual se depara a sociedade vem a ser, até por sua trajetória expansionista, o potencial que a ordem

jurídica mundial possui no sentido de ameaçar os direitos civis em nome de uma suposta eficiência no controle da criminalidade globalizada. Além disso, não parece nenhum absurdo admitir que as restrições às liberdades clássicas pelo direito penal globalizado possam levar, devido ao atual estágio das relações internacionais, a um incremento da atividade punitiva do Estado no âmbito interno, atingindo com isso não apenas o crime organizado, mas a criminalidade tradicional atribuída às massas excluídas.

Com efeito, no interior dos Estados nacionais tem sido constatado pelos estudiosos do problema criminal um progressivo "endurecimento" na forma de atuar dos sistemas penais. Os efeitos extremamente violentos da globalização sobre as massas trabalhadoras, compostas por assalariados empobrecidos e excluídos do mercado de trabalho, tornam mais agudo, inegavelmente, o panorama criminal nas sociedades dependentes. A sensação de insegurança, descontada a sua dimensão real, justificada, é multiplicada graças à ação dos meios de comunicação e dos políticos, atores carentes de poder para transformar o quadro social de forma significativa, mas aptos a influenciar a configuração do sistema penal e seu modo de funcionamento na direção do antigarantismo. Tal postura, em suma, implica num acentuado nível de repressão dos excluídos e na cisão política entre estes e as camadas médias, favorecendo mais uma vez os interesses do capital financeiro, necessitado do imobilismo político nas sociedades periféricas, mesmo ao preço do enfraquecimento do Estado democrático de direito e da negação não apenas dos direitos civis, mas também dos direitos políticos e sócio-econômicos. Assim, providências legislativas no campo do direito penal e processual penal, como por exemplo, a criminalização exagerada de condutas, o desrespeito ao princípio da legalidade na tipificação das condutas ilícitas, a "flexibilização" das sanções penais excessivamente elásticas, a supressão de garantias inerentes ao processo acusatório, o aumento do número de condenações etc., revelam-se medidas adotadas não no interesse da sociedade, até porque são incapazes de garantir a segurança pessoal de seus integrantes, mas sim em benefício da globalização, com tudo o que ela representa.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. "Principi del diritto penale mínimo; per uma teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale". *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, set.-dez., 3, s.d., p. 441-473.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. "Império". *Folha de S. Paulo*. São Paulo. 17.12.2001.

CASTELLS, Manuel. "As entranhas da globalização". *Folha de S. Paulo*. São Paulo. Caderno Mais, p. 12-13.

CERVINI, Raúl. "Criminalidade organizada e lavagem de dinheiro". *Direito criminal*. PIERANGELI, Henrique (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 61-84.

FALLETTI, François & DEBOVE, Frédéric. *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

FLORE, Daniel. "La poursuite des infractions transnationales dans le domaine du droit financier et boursier". *Revue de Droit Penal et de Criminologie*. Bruxelas: RDP, fev., 1998, ano 78, p. 133-158.

HABERMAS, Jürgen. "A constelação pós-nacional e o futuro da democracia". *A constelação pós-nacional. Ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligman Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001b. p. 75-142.

———. "Aprender com as catástrofes? Um olhar diagnóstico retrospectivo sobre o breve século XX". *A constelação pós-nacional. Ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligman Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001a. p. 53-74.

HELD, David & Mc GREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HIRST, Paul & THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão. A economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. 3. ed. Trad. Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 2001.

JAMESON, Fredric. "Globalização e estratégia política". *Contra corrente: o melhor da New Left Review em 2000*. Trad. Maria Alice Máximo. SADER, Emir (Org.). Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 133-158.

PAÍS, El; reportagem do dia 16.11.2001; disponível em <http//www.elpais.es.>. Acesso em 23.01.2002.

PALLAZZO, Francesco. "La législation italienne contre la criminalité organisée". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 4/711-968, Paris: Sirey, out.-dez. 1995.

QUELOZ, Nicolas. "Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée: le cas de l'Europe". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 4/765-788, Paris: Sirey, out.-dez. 1997.

RAMONET, Ignácio. "Adieu libertés"; editorial da edição de janeiro de 2002, p. 1; disponível em <http//www.monde-diplomatique.fr.>. Acesso em 23.01.2002.

ROACH, Stephen. "Terror põe globalização sob ameaça". *Folha de S. Paulo*. São Paulo, Caderno Dinheiro, 30.09.2001.

SILVA Sánchez, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

———. "La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal". *Direito Criminal*. PIERANGELI, Henrique (Org). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 9-40.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

CRIMES SÓCIO-ECONÔMICOS E CRIMES FISCAIS: algumas características

LEONARDO COELHO DO AMARAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito Penal Econômico: limitação do tema: 2.1 Crimes sócio-econômicos: características – 3. Crimes fiscais: 3.1 Do lançamento tributário: dependência de instâncias; 3.2 Bem jurídico imediato e mediato: lesividade e tentativa; 3.3 Conclusão – Bibliografia.

Resumo: No presente trabalho procurou-se avaliar algumas questões bem particulares da chamada criminalidade sócio-econômica e, por óbvio, dos crimes sócio-econômicos. Com efeito, de início cuidou-se da evolução histórica de tal matéria, que na verdade reforçou as diversas políticas públicas de intervenção no meio sócio-econômico. Depois houve a intenção de identificar alguns elementos de ordem objetiva dos variados tipos penais, como forma de se construir dogmas comuns a tais crimes, culminando na análise mais detalhada dos crimes fiscais, sem dúvida alguma o mais destacado exemplo de crime sócio-econômico aqui defendido.

Palavras-chave: Criminalidade sócio-econômica – Direito Penal Econômico – Crimes sócio-econômicos – Interdependência administrativa e penal – Objetividade jurídica complexa – Bem jurídico imediato e mediato – Crimes fiscais – Lançamento tributário – Lesividade – Tentativa.

1. Introdução

Na segunda metade do século passado (em particular a partir das duas últimas décadas) os problemas da criminalidade e da segurança pública ganharam especial atenção aqui no Brasil, como de resto em boa parte do mundo (ocidental), não só entre os profissionais do Direito, mas de quase todos os grupos sociais, haja vista o enorme e descontrolado desenvolvimento econômico, cultural e social proporcionado por diversos fenômenos surgidos naquele período, tais como as guerras, a urbanização e a poluição, a concentração e integração dos poderes político e econômico, a tecnologia da informação e a especialização profissional etc.

Em tal contexto, visando atender as demandas decorrentes de uma nova forma de convivência social e econômica, o Estado de Direito Social surgiu com a

necessidade de intervir cada vez mais nas relações individuais e sociais, normatizando, fiscalizando e punindo aquelas condutas e fatos lesivos aos interesses maiores do próprio corpo social por ele representado. Rompeu-se, assim, com o modelo liberal clássico para se construir uma diferente noção de Estado, desta vez voltado para o (macro) social enquanto instrumento de reforço da tutela dos interesses individuais.

Atualmente observa-se uma crescente "onda" de crimes violentos, o que determina o surgimento de um *sentimento público de insegurança*, com o que as pessoas acabam tornando-se prisioneiras em seus próprios lares, além de afastarem-se do convívio social saudável, com amigos, familiares, vizinhos ou colegas de trabalho etc. Antes, a vida pacata e solidária (pessoal) do meio rural e das pequenas vilas ou cidades, agora a vida estressante, corrida e anônima (impessoal) das grandes metrópoles.

A criminalidade violenta, por certo, chama mais a atenção da população, uma vez que seus efeitos são por ela sentidos e suportados de forma mais próxima, diferente, contudo, de outras formas delituosas, em que os resultados são mais dispersos e, em regra, só mediatamente proporcionam (perigo de) lesões aos interesses dos indivíduos integrantes do organismo social. De fato, conquanto a nítida preferência de variados setores da sociedade (em particular da mídia[1]) pelos crimes violentos, o momento por que passamos apresenta, ainda, uma significativa proliferação de condutas lesivas ao próprio desenvolvimento sócio-econômico que, como conseqüência, contribui para incrementar um amplo processo legislativo no âmbito do chamado Direito Penal Econômico.

Cada época, pois, indica os fins maiores do Direito Penal aplicado naquele momento, com características e objetivos político-criminais próprios. Em tal quadro, de um ponto de vista histórico alternativo, destaca Cervini[2] que o delito, enquanto fenômeno social, muda constantemente de aspecto, segundo certas condições sociais, econômicas, políticas e culturais peculiares, sempre surgindo um "tipo de delincuencia" característico de determinado período da his-

(1) Neste contexto, sobre a especial influência da televisão adverte Franco que "o fenômeno da violência se tornou mais comunicacional do que experimental. A comunicação realizada com tal intensidade banaliza a violência e insensibiliza o espectador para o sofrimento alheio. Além disso, a violência adquire uma importância relevante na medida em que se torna um fator de lucro e, sobretudo, um fator de dimensão política". Ver FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos". *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001. p. 246.

(2) Ante tal constatação, conclui o mestre uruguaio que a criminalidade moderna, "de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global" (CERVINI, Raúl. "Macrocriminalidad económica – Apuntes para una aproximación metodológica". *RBCCrim* 11/56, jul.-set. 1995, nota 15).

tória, que vai transformando-se com as demandas dos tempos e do desenvolvimento cultural da sociedade.

Falar em crimes sócio-econômicos[3] é, neste contexto de transformações, de certa forma dizer sobre uma nova forma de criminalidade. Isso não significa, contudo, que tais delitos fossem renegados pelos doutrinadores ou, mesmo, que as leis penais tratando da matéria sejam recentes na história jurídica nacional[4] e alienígena. No mundo contemporâneo, a criminalidade sócio-econômica já despertava a atenção no final do século XIX, com o surgimento nos Estados Unidos da América das primeiras leis antitruste, como o *Sherman Act* (1890), com o que se pretendeu impor limites ao poderio econômico (e político) de certos grupos empresariais (*Standard Oil/Rockefeller*!) que, então, dominavam praticamente toda a cadeia produtiva de determinadas atividades industriais e comerciais.

Posteriormente, como resultado das graves seqüelas sócio-econômicas advindas da I Grande Guerra Mundial, os países europeus, em particular a Alemanha, buscaram a criação de novas fórmulas jurídicas para o combate a tal espécie de delitos.[5] A marca central dos crimes sócio-econômicos de então estava concentrada na circunstância dos mesmos lesarem interesses jurídicos avaliados sob uma perspectiva eminentemente estatal, fruto por óbvio do pensamento liberal (autoritário/fascista) que predominava naquela época, no qual somente se reconhecia dois *atores* jurídicos, o primeiro mais como um coadjuvante (talvez um singelo figurante) e o segundo como o real ator principal: pessoa (física ou jurídica) x Estado.

No Brasil, desde de 1934 a proibição e punição da usura já era determinada em nível constitucional (par. ún. do art. 117), sendo que a Constituição de 1937 alargou o âmbito do proibido nas relações jurídico-econômicas, para declarar

(3) Prefiro a expressão "sócio-econômico" porque, desta forma, já se indica que tais crimes não se restringem aos *eminentemente econômicos*, como, por ex., os crimes ambientais. Por certo, existem várias maneiras, segundo a preferência de cada autor, de se denominar tais espécies de crimes, mas que aqui prefiro a denominação dada no texto. De um ponto de vista criminológico, costuma-se usar de expressões como "macrocriminalidade econômica" ou "macrodelinqüência econômica". Com um enfoque normativo, o delito costuma ser chamado de crime econômico, sócio-econômico, contra a ordem econômica, ou ainda, de acordo com a política sócio-econômica especificamente protegida, como crimes fiscais, ambientais, falimentares, financeiros, contra os consumidores etc. A respeito, vale conferir a ampla explanação do tema realizada pela ilustre Subprocuradora-Geral da República CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*, 1998. p. 61 et seq.

(4) O açambarcamento da colheita de trigo, *v.g.*, já era previsto como crime desde a antiguidade.

(5) Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manoel da Costa. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 323-324.

os crimes contra economia popular dentre os delitos contra o Estado, cuja competência para julgamento foi atribuída ao Tribunal de Segurança Nacional (Dec.-lei 869 de 18.11.1938). No entanto, tal como se dera no *velho continente*, lembra Pimentel que naquele tempo, sob as influências do Estado Novo, recém implantado com base na *Carta del Lavoro* da Itália fascista, a economia popular era vista como um bem do Estado, uma espécie de patrimônio público integrado ao domínio do *ditador*, diferente dos atuais crimes sócio-econômicos, em que se procura resguardar, implícita ou explicitamente, interesses da coletividade, como sujeito diverso e autônomo do Poder Público.[6]

De fato, Lyra, ainda na década de 1960, apontava sua aguda percepção, sob uma perspectiva criminológica, para aquelas condutas criminosas praticadas por pessoas requintadas e bem relacionadas social, política e economicamente, com efeitos perversos contra interesses de toda a coletividade e que se colocavam à margem da aplicação da lei penal (clássica), pois que esta estaria situada como uma espécie de armadilha a "beira-mar para colher o crime que não compensa". O saudoso mestre, segundo destacado por seu dileto discípulo Araújo Jr., já naquela época demonstrava sua preocupação com essa nova forma de criminalidade, em especial, com aquelas condutas ofensivas ao meio ambiente.[7]

Ultrapassando alguns dogmas jurídico-penais estabelecidos pelo pensamento político-liberal (individual), em que a lei penal (Direito Penal clássico) era preferencialmente direcionada, seja no plano legislativo, quanto na sua aplicação concreta pela justiça criminal, à proteção daqueles bens jurídicos (individuais) tradicionais, como o patrimônio (público ou privado), a vida, a integridade física ou a honra, etc., o Direito Penal (especial) atual vem se transformando para voltar sua orientação às condutas que causam danos, potenciais ou efetivos, à coletividade como um todo, mesmo assumindo uma função muito mais *simbólica* do que propriamente *preventiva*. Fatos estes normalmente ocorridos no âmbito das relações sócio-econômicas vale dizer, de um lado os agentes econômicos (individuais), de outro a sociedade e o Estado com suas políticas sócio-econômicas, instrumentos dos quais faz uso para intervir nas atividades produtivas e sociais, tudo conforme os ditames de justiça social e dignidade humana que lhe são impostos hodiernamente (p. ex., arts. 1.º, III, e 3.º, I e III, CF/1988).

A opção pelo tratamento penal de tais condutas, por sua vez, despertou, como ainda desperta, uma série de controvérsias entre os estudiosos da matéria, existindo grupos pregando questões diretamente opostas entre si.

Em conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) no ano de 1993, por exemplo, pregando a desnecessidade de uma

(6) Cf. PIMENTEL, Manuel Pedro. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 149. A respeito dos movimentos históricos que levaram a Estado a intervir no meio econômico, inclusive com a estipulação de normas penais, ver FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 169 et seq.

(7) LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, nota 6, p. 31.

intervenção penal clássica nesse campo, ante seu caráter de *ultima ratio*, sustentou Hassemer a necessidade de se elaborar um novo "Direito da intervenção", agrupando normas de natureza administrativa com outras penais, a fim de adequar a legislação às reivindicações da sociedade atual, destacando para tanto que a criminalidade moderna ultrapassa o indivíduo, enquanto fonte primária dos bens jurídicos protegidos, como o corpo, a vida, a honra e o patrimônio, para alcançar, também, bens jurídicos supraindividuais, coletivos ou difusos marcados profundamente por serem "vagos, muito vagos, muito genéricos".[8]

Tal pensamento, provocado na realidade pelas inúmeras dificuldades de se adaptar (acriticamente) a dogmática penal clássica às novas espécies de crimes sócio-econômicos, em face de alguns princípios de Direito Penal consagrados (*v.g.* a responsabilidade penal da pessoa jurídica e os dogmas clássicos da conduta típica ou da culpabilidade do agente, a técnica legislativa utilizada com preferência pelo (ab)uso de elementos normativos e normas penais em branco, a taxatividade, a lesividade e a intervenção mínima), não vem obtendo maiores adesões, tanto que praticamente em todo o mundo ocidental, o Brasil inclusive, os Estados passaram a criminalizar condutas lesivas à ordem sócio-econômica de maneira cada vez mais freqüente.

Contra aquele discurso, por seu turno, Buján Perez enxerga certa influência de um ideal elitista/classista, com o que, ao mesmo tempo em que se prega a manutenção do alcance limitado da lei penal às condutas clássicas tão-somente lesivas a interesses jurídicos individuais, de outra forma acaba-se por privilegiar mais ainda a seletividade do atual sistema penal, "que sirve sólo para castigar a los setores de poblácion sociológicamente más desfavorecidos".[9]

Por sua vez, as idéias *minimalistas* da "Escola de Frankfurt", puxadas pela já citado Hassemer, ao pregarem também a criação de outras esferas de controle social (extrajurídico) para a solução dos conflitos próprios da criminalidade econômica, receberam forte crítica de Dias, quando ao referir-se às "forças autoreguladoras do mercado", simplesmente declara a "ironia de pedir o remédio ao causador da doença".[10]

Sem querer afirmar que a lei penal deva ser utilizada sempre e em qualquer situação, não há como deixar de considerar, porém, que o surgimento de interesses jurídicos de cunho coletivo ou supraindividual, fenômeno próprio das constituições *sociais*,[11] resultou no fortalecimento de um entendimento tenden-

(8) HASSEMER, Wilfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal". *RBCCrim* 8/45, out.-dez., 1994.

(9) BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico – Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 26-27

(10) DIAS, Jorge de Figueiredo. "O Direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'". *RBBCrim* 33/48-50, jan.-mar. 2001.

(11) A carga ideológica que fundamenta determinado texto constitucional pode ser observada, com apoio do contexto sócio-político da época, pelos diferentes objetivos (li-

te a legitimar a utilização do instrumento penal, posto que a lesão de tais interesses pode atingir profundamente amplos setores sociais, permitindo, em conseqüência, a estruturação de uma base sólida à idéia de prevenir aqueles resultados danosos à comunidade como um todo, com a antecipação da tutela penal para as situações de *perigo* de lesão aos bens jurídicos mencionados.

Os crimes de perigo (abstrato ou concreto), neste ambiente, tornaram-se praticamente regra, quando no tempo das *codificações* apareciam só excepcionalmente. Sob uma perspectiva criminológica, há até algum sentido nesta expansão dos crimes de perigo, pois que os fenômenos econômicos e sociais ocorridos no século que passou (*v.g.* energia nuclear, poluição, biotecnologia ou tráfego de veículos) de fato transformaram a sociedade em uma autêntica *sociedade de risco.*

De se considerar, ademais, a influência da doutrina político-criminal da "Novíssima defesa social", que vem exigir, segundo o exuberante magistério de Araújo Jr., um "tratamento bifronte para a criminalidade", partindo-se para a descriminalização dos delitos menos graves, "enquanto para as novas e graves infrações à economia e contra os demais direitos difusos, bem como para a criminalidade estatal, (abuso de poder, corrupção etc.), recomenda a via oposta, isto é, a da criminalização, destacando, entretanto que os Estados não deverão recorrer a leis de emergências, que importem naquele terrorismo penal a que se referiu Heleno Fragoso e possam violar as conquistas do Direito Penal liberal, como, por exemplo, o princípio da legalidade".[12]

No plano normativo, por óbvio, o Brasil, como país periférico que é, sempre recebeu fortes influências de tais entendimentos *legitimadores* da utilização do instrumento penal para combater a criminalidade sócio-econômica, tanto que a própria Constituição Federal vigente, ampliando neste ponto o que os textos anteriores também já previam, exige a implementação de tal via (arts. 173, § 5.º, 192, § 3.º, e 225, § 3.º), num fenômeno chamado por Batista de "imposição constitucional de tutela penal" ou, agora de acordo com Luisi, de "indicações constitucionais criminalizadoras".[13]

beral x social), o que por sua vez acaba contaminando a legislação penal. Antes a própria noção de Carta Magna levava à limitação do poder estatal frente aos direitos individuais (liberdade, propriedade, vida etc.) da pessoa. Hoje, ante a constitucionalização de direitos sócio-econômicos, reforçando a tutela daqueles individuais, garantiu-se a legitimação do poder político quando da elaboração dos instrumentos jurídicos capazes de realizar os ideais de *justiça e bem estar* sociais. A respeito, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. IV, p. 342-345.

(12) ARAÚJO JR., João Marcelo. "Os grandes movimentos de política criminal". In LYRA, op. cit., p. 156-157.

(13) BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 90. LUISI Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 41-43.

Não se deve questionar, assim, a legitimidade da tutela penal, pois que não só o quadro normativo, como também as realidades históricas da vida sócio-econômica acabam revelando a necessidade de se reforçar a proteção de determinados bens jurídicos supraindividuais por meio do instrumento penal. O importante, neste momento, é procurar novas fórmulas para se promover tal tipo de tutela jurídica, sem que se tenha de abrir mão de conquistas históricas que garantam às pessoas a limitação do exercício do poder punitivo do Estado Social moderno.

A necessidade de estabelecer um pensamento crítico à forma e particularmente à técnica legislativa com que se tem utilizado a lei penal no combate à criminalidade econômica, surge com o intuito de criar, a partir daquele, um conjunto normativo baseado antes de tudo no respeito às garantias fundamentais da pessoa, por mais que o quadro real demonstre uma certa impunidade no âmbito da criminalidade econômica, muita atrativa para os discursos políticos/eleitoreiros de plantão, mas que urge serem descartados por um Direito Penal que, conforme adverte Bitencourt, "não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais".[14]

Qualquer abordagem que se pretenda fazer sobre os crimes sócio-econômicos, neste sentido, deve partir de uma base construída sobre os princípios que fundamentam o Direito Penal posto por um Estado Social Democrático. Em tal ambiente, por certo, repleto de imprecisões e subjetividades próprias da *alta* capacidade de transformação do complexo sócio-econômico, é necessário estar sempre alerta para a avaliação crítica da norma penal em face de regras como a legalidade (estrita), a lesividade ou ofensividade, a exclusiva proteção de bens com fundamento constitucional, a taxatividade, o *in dubio pro reo* ou o *non bis in idem*, a culpabilidade ou a proporcionalidade.

2. Direito Penal Econômico: limitação do tema

A procura de uma definição aceitável do que venha ser esse Direito Penal Econômico vem provocando algumas discussões sobre a necessidade de se encontrar uma base dogmática e normativa capaz de dar corpo e autonomia disciplinar a tal matéria.

De início, discute-se se essa matéria deveria ser entendida mais como um sub-ramo do chamado Direito Administrativo Sancionatório. Tal perspectiva, entretanto, é um resquício ideológico (socialista ou fascista) da maneira com que o Estado moderno passou a intervir, cada vez mais, nas relações sociais e individuais, já que esse *dirigismo estatal* começou de forma mais intensa e nítida por meio da utilização de normas meramente administrativas,

(14) BITENCOURT, Cezar Roberto. "Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco". *RBCCrim* 11/127, São Paulo, 1995.

acompanhadas, é certo, por algumas poucas normas penais, geralmente previstas em leis especiais, ou seja, fora do corpo normativo básico insculpido no Código Penal.

Posteriormente, avalia-se na verdade se o Direito Penal Econômico não poderia constituir uma disciplina autônoma e independente tanto do Direito Administrativo quanto do Direito Penal clássico, estruturando novas espécies de infrações, um misto de crime e infração administrativa, como se observa das *contra-ordenações* portuguesas[15] ou até das tradicionais contravenções penais, rebaixadas da categoria de delito para meras infrações. Neste caso, o tal "Direito da intervenção" proposto por Hassemer parece ter exercido forte influência, em que se procuram meios alternativos e menos drásticos do que a sanção penal para a punição das infrações contra a ordem sócio-econômica, inclusive com o rompimento de barreiras profundas impostas pela teoria do delito fundada no conceito de ação *culpável*.

Contudo, não se pode desconhecer que na maioria dos países ocidentais, inclusive no Brasil, a opção político-criminal foi no sentido de incriminalizar condutas lesivas à ordem sócio-econômica, tornando-se muito freqüente a produção de leis penais abordando a matéria. Repare-se que na década de 1990 o legislador brasileiro teve nítida preocupação com a criminalidade sócio-econômica, já que promoveu ampla reforma da legislação correlata, como se viu com as leis dos crimes contra as ordens tributária e econômica, contra o meio ambiente ou de lavagem de dinheiro. Em tal situação, a controvérsia apontada perde sentido, pois que seria impossível negar que o Direito Penal Econômico nada mais é do que o próprio Direito Penal, só que com algumas circunstâncias que o distingue à vista dos crimes a que se ocupa.

O ponto central assenta-se, pois, na idéia de um Direito Penal *clássico* frente a um Direito Penal *especial*, ou mais especificamente, de *crime tradicional* x *crime sócio-econômico*, mas com absoluto respeito aos dogmas garantistas construídos ao longo dos dois últimos séculos. O Direito Penal Econômico serve para sistematizar um conjunto de preceitos e dogmas aplicáveis em determinadas categorias de crime, facilitando, outrossim, a efetivação do respeito aos princípios fundamentais da pessoa.

(15) Observe-se que em Portugal, o chamado Direito de Mera Ordenação Social, muito embora tenha surgido como uma maneira de se *flexibilizar* os rigores dogmáticos do Direito Penal clássico, vem demonstrando um amplo incremento no campo de sua incidência, inclusive com o agravamento das sanções próprias das contra-ordenações ou ilícitos de mera ordenação. Por sua vez, tal situação também provocou o reforço da tutela das garantias individuais com o aproveitamento de uma série de dogmas próprios do Direito Penal clássico, como a causalidade, a culpabilidade e a legalidade estrita. Sobre tal tema, ver PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade". *Direito penal económico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 215 et seq.

Limita-se o Direito Penal Econômico, pois, ao estudo dos crimes sócio-econômicos ou simplesmente econômicos como preferem alguns, servindo-se de um enfoque (político criminal) crítico para a constatação e avaliação de certas particularidades que lhes são próprias, embora a eles também seja útil a dogmática construída para a análise dos crimes tradicionais. Parece supérflua ademais qualquer discussão relacionada à necessidade (ou não) de se inserir no corpo normativo do Código Penal os delitos sócio-econômicos, posto que, por certo, exigirão eles sempre um conjunto de regras próprias, tais como causas especiais de exclusão da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade[16] ou aspectos relacionados à imputação objetiva das condutas típicas.

O conceito dado a tal matéria por Pimentel, segundo o qual o Direito Penal Econômico "seria um sistema de normas que defende a política econômica do Estado",[17] ante o critério exposto acima, não parece ser seguro o suficiente, uma vez que manifesta um certo ideal individualista/liberal, colocando o Poder Público como sujeito exclusivo de bens jurídicos que na realidade interessam, ainda que mediatamente, a toda a sociedade. A ordem jurídica sócio-econômica estrutura-se sob um assento *valorativo* que impõe a intervenção estatal no ambiente sócio-econômico para além da mera regulamentação e fiscalização da concorrência e da competição legal dos processos produtivos e seus respectivos atores, como se observa de políticas públicas visando à tutela da arrecadação fiscal ou do meio ambiente, sendo que no último caso, paralelamente acaba por incentivar o surgimento de outros segmentos econômicos (*v.g.*, reaproveitamento econômico do lixo e novas tecnologias *limpas*).

Na realidade, não se pode esquecer que as tais políticas sócio-econômicas do Estado Social moderno visam primordialmente garantir a efetiva satisfação de direitos supraindividuais e assim as mais elementares garantias individuais, inclusive com o reforço da lei penal como instrumento de sua tutela. Num Estado Democrático de Direito, o compromisso é para com a dignidade humana e não para com interesses eminentemente estatais e patrimoniais de determinados setores da vida política e econômica da sociedade.

Urge esclarecer, neste ponto, o que se entende por esse tal Estado Democrático de Direito. Neste caso, transformações históricas levaram ao estabelecimento de um Estado vinculado a consecução de suas tarefas sociais, estas, porém, segundo Morais, reforçadas por uma nova função de promoção da "qualidade de vida" dos indivíduos, passando a ordem legal a atuar com um "conteúdo de *mudança do status*, a *lei* aparecendo como um *instrumento de transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital

(16) Exemplo de tal situação é o que se dá no plano normativo com as figuras delituosas da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) e da sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), ambas incorporadas ao CP vigente, juntamente com um conjunto de regras próprias quanto à extinção da punibilidade dos crimes ou aplicação alternativa da pena pecuniária.

(17) PIMENTEL, Manuel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 21.

da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutuando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser *coletividades difusas* a partir da compreensão da partilha comum de destinos".[18]

Quando se tutela, por exemplo, as ordens econômica e financeira, ou ainda o meio ambiente, busca-se com isso antecipar o âmbito de proteção jurídica aos direitos fundamentais da pessoa e não simplesmente, embora também o faça, resguardar os interesses do Poder Público ou de determinados atores econômicos. A lei penal, neste caso, cumpre também seu papel *transformador*, servindo para valorizar *eticamente* preceitos sócio-econômicos constitucionalmente reconhecidos como necessários para alcançar o ideal maior de justiça social.

Entretanto, apesar da necessidade da lei penal como reforço da tutela de bens supraindividuais, não se deve perder de vista um referencial humanitário básico, pois que sua missão, vale lembrar Ramos, "não é, de modo algum, a de reprimir condutas consideradas lesivas sob a ótica do Estado. Antes disso, o Direito Penal serve para garantir, a todos os cidadãos, o respeito ao seu *status quo*, parta de onde partir a ameaça de lesão".[19] O Direito Penal Econômico surge, assim, não com o intuito principal de promover as políticas sócio-econômicas demandadas ao Estado, mas especialmente o de estabelecer, tal como ocorre no Direito Penal clássico, o contorno garantista necessário para a compreensão segura dos crimes sócio-econômicos, de maneira a impedir o surgimento de um Direito Penal *inquisitorial* e *autoritário*.

2.1 Crimes sócio-econômicos: características

Se o Direito Penal Econômico, enquanto disciplina especial do Direito Penal clássico, ocupa-se do estudo dos crimes sócio-econômicos, não haveria como escapar ao dever de procurar, ainda que de maneira aproximada, elementos objetivos e subjetivos dos variados tipos penais que pudessem agrupar algumas espécies delituosas sob tal denominação.

Para a definição do que se pode entender por crimes sócio-econômicos, a doutrina aponta uma série de critérios em que se avaliam aspectos que partem da criminologia até os eminentemente jurídicos/penais, apesar de todos servirem, caso sejam utilizados de uma forma sistematizada e coerente, para a elaboração de algumas questões capazes de permitir um satisfatório entendimento acerca de tal conceito.

(18) MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 80-81 (itálico no original).

(19) RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 51.

De fato, analisando os estudos dos portugueses Dias e Andrade,[20] como também do espanhol Buján Perez,[21] pode-se perceber quatro diferentes formas de se alcançar a identificação dos crimes sócio-econômicos.

A primeira, com matriz criminológica, segue a problemática suscitada pelo conceito de *white-collor-crime* de Sutherland, o qual era visto basicamente sob o enfoque da *posição sócio-econômica* do agente do delito. Tal idéia, porém, não pertence inteiramente ao passado, haja vista que ainda hoje muitos autores definem o crime sócio-econômico como aquele praticado por determinadas pessoas, empresários, comerciantes ou banqueiros, por exemplo. A figura do *criminoso do colarinho branco*, conquanto se apresente como uma tentadora proposta para o famigerado Direito Penal do autor, não merece ser totalmente desprezada, pois que um significativo número de crimes sócio-econômicos pode ser, de fato, classificado como crime próprio, como se dá, dentre outros, com alguns delitos contra o sistema financeiro (administrador, gerente ou diretor) ou contra a ordem tributária (contribuinte).

Ainda sob uma perspectiva criminológica, costuma-se também identificar o crime sócio-econômico como aquele praticado por meio de uma pessoa jurídica, num contexto denominado por Buján Peres de "criminalidad de empresa". Com efeito, essa espécie de crime chama mais a atenção quando praticado através de uma empresa, o que inclusive contribui para a notória dificuldade de se alcançar e punir os responsáveis pela prática das condutas típicas, como ainda para se impessoalizar a relação autor e vítima,[22] atenuando, via de regra, a repulsa social contra tais ilícitos..

Ocorre que o critério citado não satisfaz questões decorrentes, por exemplo, das chamadas sociedades de fato ou de *empresas informais*. É insuficiente, ademais, para os casos em que os crimes sócio-econômicos são praticados por pessoas físicas, sem a utilização de empresas, como se percebe de crimes como os ambientais ou contra a ordem tributária.

De qualquer forma, a chamada *criminalidade de empresa* serviu para que se pudesse construir novos dogmas penais, como se observa da altamente controvertida questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além disso, tal espécie de crime, quando praticado por meio de empresa, exige uma legislação

(20) Op. cit., p. 332-338.

(21) Op. cit., p. 58-70.

(22) É inegável que a complexidade do mundo dos negócios empresariais é um fator importante na análise do crime sócio-econômico, mesmo porque, certo ou errado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se consagrada na lei dos crimes ambientais. A distância, entretanto, entre autor do crime e eventuais vítimas diretas faz com que se perceba uma certa inércia social, diferente do que ocorre, por exemplo, com a reação da sociedade, também da mídia, ao cometimento de crimes violentos. A respeito, ver GOMES Luiz Flávio. "Sobre a impunidade da macrodelinqüência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem". *RBCCrim* 11/166-174, jul.-set. 1995.

processual mais adequada, conquanto certa e considerável parte da jurisprudência brasileira já venha *flexibilizando* algumas regras da lei em vigor, como se dá com a chamada *denúncia genérica*.[23]

O terceiro critério para a identificação do crime sócio-econômico, influenciado por certo pelo que restou afirmado *retro*, baseia-se numa percepção mais processual da matéria, com o que se prega, ante a complexidade de tal delito, a construção de novas regras processuais, inclusive com a criação de órgãos repressivos especializados, destinadas a permitir um melhor aproveitamento na coleta de provas (quebra dos sigilos bancário e fiscal, *v.g.*) ou com a possibilidade de inversão do ônus probatório. Tal discurso, entretanto, não seria suficiente para o fim a que se destina, bastando verificar que outros crimes, que não os sócio-econômicos, também podem exigir uma especialização dos órgãos de repressão ou da criação de novas fórmulas processuais para produção probatória e para o cumprimento das penas aplicadas, sendo o tráfico de drogas e a corrupção exemplos desta afirmação.

(23) O STF vinha admitindo até com certa facilidade a denúncia genérica em caso de *crimes societários* (sócio-econômicos), mas atualmente orientação diversa vem sendo formada, conforme se percebe das seguintes decisões: "*Habeas corpus* – Crime contra a ordem tributária – Crime de autoria coletiva ou conjunta: exportação de madeira serrada de *pinus elliottii* como se fosse *pallets*, para desfrute da imunidade do ICMS – Trancamento da ação penal: inépcia da denúncia e falta de justa causa – 1. A denúncia, nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração genérica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, desde que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do STF quanto ao art. 41 do CPP – No caso, a denúncia não é inepta porque descreve o fato típico com as principais circunstâncias, contém os requisitos legais e permite o exercício do direito a ampla defesa; não ofende a lei, nem é obscura ou contraditória. 2. Pedido de *habeas corpus* que não indica quais os sócios responsáveis pela operação impugnada, a fim de excluir os que são a ela alheios. 3. Quando há, em tese, fato penalmente típico e indícios de autoria razoavelmente demonstrados e superficialmente comprovados, há justa causa para a ação penal, onde o órgão acusador deve provar os fatos e a culpa dos denunciados. Entretanto, se em precedentes com decisões administrativas favoráveis a empresa ficou entendido que os produtos, pelas suas dimensões, são *pallets* de *pinus elliottii* e que, por não constarem da lista de produtos semi-elaborados, são considerados produtos industrializados imunes do ICMS nas exportações, art. 155, X, *a*, da Constituição, há razão suficientemente relevante que abala a justeza da causa patrocinada contra os pacientes" (STF – HC 71.788-SC – 2.ª T. – rel. Min. Paulo Brossard – *DJU* 04.11.1994). "*Habeas corpus* – Penal – Processo penal tributário – Lei das S.A. e responsabilidade penal objetiva – Falta de inquérito – Denúncia genérica – A Lei das S.A. (Lei 6.404/76) em relação aos atos ilícitos, adota o princípio da responsabilidade individual (pessoal, subjetiva). Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. O inquérito não é condição de procedibilidade para a ação. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo de cada sócio ou gerente ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. *Habeas*

Não obstante, convém acrescer outra forma de identificação dos crimes sócio-econômicos, cujas premissas assentam uma perspectiva jurídico-penal, procurando-se avaliar e vincular os elementos objetivos e subjetivos dos respectivos tipos penais. Visa-se, neste ponto, encontrar elementos dos tipos penais que, por serem específicos e assemelhados, acabem permitindo a construção de algumas regras gerais, a começar pelos bens jurídicos tutelados pela legislação penal econômica.

Segundo este pensamento, os crimes sócio-econômicos aproximam-se entre si pelo fato de lesarem (mediatamente) bens jurídicos de cunho supraindividual, inclusive para que possam ser diferenciados de outros crimes que afetam tão-somente interesses de natureza puramente individual. Tais interesses supraindividuais, por sua vez, possuem assento constitucional na condição de valores sociais a serem tutelados por um Estado Democrático de Direito, servindo, assim, para legitimar e ao mesmo tempo delimitar a utilização do instrumento penal.[24] Ocorre que, em face de suas peculiaridades (abstração e imprecisão), os bens supraindividuais podem assumir várias *fácies*, sem que se possa fixar a exata noção dos interesses que se procura tutelar, o que, em conseqüência, indica a necessidade de se identificar, ainda, qual a política sócio-econômica (imediatamente) anterior que concretiza a intervenção estatal no âmbito das relações sócio-econômicas.

Importante esclarecer, neste momento, que a noção de bem jurídico supraindividual deve vincular-se ao *valor* que lhe dá forma, conforme leciona Tavares, "inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica", não como objeto da própria tutela em si, mas objetivando proteger antes de tudo as pessoas ao limitar o "autoritarismo legalista".[25] A intervenção estatal, no âmbito das relações sócio-econômicas não justifica por si só o reforço do instrumento penal. Exige-se algo mais, é necessário limitar o emprego da lei penal às hipóteses em que ela se mostre necessária para preservar direitos fundamentais da pessoa.

Em tal contexto, conclui-se que, num primeiro momento, a legitimidade do instrumento penal provém de uma anterior legitimação *constitucional* do bem supraindividual, o que se dá no plano da finalidade de resguardar, no fim de tudo, a dignidade humana. Assim, um pouco diferente de Tavares, para a delimitação da incriminação de certa conduta, a legitimidade da tutela do bem supraindivi-

deferido, em parte" (STF – HC 79399-SP – 2.ª T. – rel. Min. Nelson Jobim – *DJU* 01.06.2001 – p. 77).

(24) Como salientado por Prado, os "direitos fundamentais – individuais, sociais, coletivos ou difusos – plasmados no texto constitucional são a fonte e o meio propulsor de inovações e alternativas, visando a ordem jurídica materialmente justa" – cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 71.

(25) TAVARES, Juares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 179-180.

dual é condição prévia, sem o que haveria uma quebra na própria lógica seqüencial dos fenômenos jurídicos. Para se poder avaliar a delimitação, antes tem que existir a eleição *legítima* do objeto da proteção penal.

Feita a pequena ressalva acima, costuma-se distinguir, como faz Buján Perez, os crimes sócio-econômicos em *sentido estrito* daqueles em *sentido lato*. Nos primeiros, tutela-se a "actividad interventora y reguladora del Estado en la economía", ao passo que nos segundos a proteção penal volta-se para os "bienes jurídicos supraindividuais de contenido económico que, si bien no afectam directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, transcienden la dimensión puramente individual, trátese de intereses generales o trátese de interesses de amplios sectores o grupos de personas".[26]

A distinção apontada acima, todavia, parece ser dispensável, desde que se tenha em conta que as diversas políticas sócio-econômicas não se destinam, por si só, a satisfazer interesses próprios do Estado Social (ou do grupo político de plantão), surgem na realidade como instrumentos de intervenção no meio sócio-econômico com o intuito de estabelecer as bases necessárias para o alcance do fim maior de justiça social.A vantagem de tal pensamento está em que permite a visualização de uma questão fundamental. Com efeito, melhor seria falar na tutela de um bem jurídico *strito sensu* (imediato) e de outro bem jurídico *lato sensu* (mediato), o que revela a complexidade dos crimes sócio-econômicos. No primeiro, determinada política sócio-econômica aparece como o interesse direto a ser tutelado pela norma penal, no segundo o interesse supraindividual que legitima o tratamento penal.

Pode-se até com certa facilidade, defender a tese de que as políticas econômicas implementadas pelo Estado também interessam à comunidade como um todo, particularmente considerando que ele não deve ser visto como entidade por si só independente e autônoma, titular exclusivo do direito tutelado, uma vez que a utilização daqueles instrumentos objetiva garantir o proveito e a tutela dos direitos coletivos ou supraindividuais consagrados pela ordem constitucional vigente.

Visto desta forma, a criminalidade sócio-econômica atinge amplos setores da sociedade, o que levou Araújo Jr. a discorrer que "ordem econômica, não é, ontologicamente, distinta da tributária e da financeira. As duas últimas são, apenas, espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, a 'ordem econômica'. Nesta, incluem-se aspectos fiscais; cambiais; falimentares; financeiros; relativos aos sistemas de processamento ou comunicação de dados; à dignidade, liberdade, segurança e higiene no trabalho; aos abusos do poder econômico, à livre concorrência, à economia popular e às relações de consumo. Grande parte da doutrina, a Proposta italiana e o Código Penal alemão entendem que na or-

(26) Op. cit., p. 33. Ver também CONDE, Francisco Muñoz. "Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica en el Proyecto de Código Penal español de 1994". *RBCCrim* 11/8-9, jul.-set. 1995.

dem econômica estão contidos, também, os crimes contra o meio ambiente. Esta é a nossa opinião".[27]

Nem sempre a tutela penal prevista pela própria norma revela a atuação estatal no domínio eminentemente econômico (fauna ou flora, ordenamento urbano ou patrimônio cultural), o que de nenhuma forma descaracteriza o crime como sócio-econômico. Como apregoado por Araújo Jr., os crimes ambientais, conquanto visem especificamente a tutela de um bem jurídico supraindividual (art. 225, *caput*, CF),[28] imediatamente também objetivam resguardar uma série de políticas públicas voltadas ao uso racional dos recursos naturais e à imposição de um conjunto de condutas exigidas dos agentes econômicos. Importa destacar, uma vez mais, a complexidade dos crimes sócio-econômicos, todos com dois bens jurídicos diversos, conquanto interligados, o primeiro (imediato) vinculado à determinada política pública do Estado Social, outro (mediato) legitimando ou fundamentando aquele, voltado à função promocional das normas constitucionais que exigem *justiça social*.

Não obstante, por óbvio, impossível confundir a situação em que, senão de maneira demasiadamente distante, a conduta típica não ultrapassa a esfera do individual ou de um interesse predominantemente estatal. É o que se percebe nas hipóteses dos crimes contra a propriedade *material* (patrimônio público e privado) ou *imaterial* (marcas e patentes) e também do contrabando ou da corrupção, aqueles praticados no âmbito das licitações públicas etc. Não há como aceitar, aqui, a existência de uma suposta ofensa (perigo de lesão) à concorrência leal exigida dos atores econômicos pela ordem jurídica.[29] Isto porque, se assim fosse, todos os crimes sócio-econômicos apresentariam idêntica objetividade jurídica (a tutela da *livre concorrência*), pois que quem sonega tributos, não observa a lei trabalhista ou previdenciária, ou simplesmente comercializa produtos receptados, com certeza age no mercado com absoluta, conquanto imoral e ilegal, vantagem sobre os demais concorrentes.

(27) Cf. ARAÚJO JR., João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995. p. 39-40.

(28) Oportuna a lição de Derani em que se destaca com precisão este duplo aspecto do meio ambiente: "No momento em que se procura normatizar a utilização do meio ambiente, trabalha-se com dois aspectos de sua realidade. O primeiro considera o meio ambiente enquanto elemento do sistema econômico, e o segundo considera o meio ambiente como sítio, um local a ser apropriado para o lazer ou para as externalidades da produção, tornando-se depósito dos subprodutos indesejáveis desta produção. Procura-se normatizar uma economia (poupança) do uso de um bem, e determinar artificialmente (sem qualquer relacionamento com as leis de mercado) um valor para a conservação de recursos naturais. Estes são os meios encontrados para 'integrar os recursos naturais ao mercado'". DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 106-107. Não bastasse, a própria Constituição Federal escancara esse aspecto *econômico* da questão ambiental, como se vê dos arts. 170, VI, e 174, § 3.º.

(29) Ver art. 170, IV, da CF, em que se consagrou a livre concorrência como fundamento da ordem econômica.

A identificação dos crimes sócio-econômicos pelo critério do bem jurídico merece ampla aceitação, desde que o mesmo não seja visto somente como o critério legitimador da incriminação, mas em particular como delimitador da utilização indevida do instrumento penal e desde que conjugado com aqueles critérios já citados e, ainda, por outra questão, também de cunho jurídico-penal, fundamental para tal desiderato. Isto se deve ao fato de que tal forma de avaliação leva a uma noção extremamente ampla dos crimes sócio-econômicos, o que poderia criar uma situação ainda mais confusa e própria para o cometimento de abusos aos direitos fundamentais da pessoa.

A técnica legislativa empregada na elaboração dos crimes sócio-econômicos é com certeza sua mais destacada característica, o que, por sua vez, permite que se avance na matéria para procurar uma forma de colocar algumas limitações à noção por demais ampla dos crimes sócio-econômicos até então apresentada. Os tipos penais (abertos) elaborados, neste caso, apresentam algumas circunstâncias de caráter objetivo que os aproximam, de forma a possibilitar a elaboração de dogmas específicos a tais delitos.

Com efeito, na construção normativa dos crimes sócio-econômicos constata-se a utilização em larga escala de elementos normativos extrapenais e, em particular, das conhecidas normas penais em branco, como ainda diversas cláusulas genéricas, o que acabou valorizando e atraindo a participação de órgãos estatais estranhos ao aparelho repressivo clássico. Ibama, Anatel, Bacen, COAF, Receita Federal (estadual ou municipal) e o CADE, juntamente com os órgãos repressivos clássicos, promotores, delegados e juizes criminais, assumem um papel vital para a eficácia da tutela penal da ordem sócio-econômica, já que a modelagem típica dos crimes em questão serve-se de um substrato fático absolutamente diverso daquele que normalmente suporta os delitos clássicos.

Crimes clássicos como o homicídio, o roubo e a corrupção, a injúria e o estupro partem de substratos fáticos que desde há muito tempo são repudiados pela *ética social* e *individual*. Crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro ou até mesmo contra o meio ambiente, por seu turno, apresentam-se como instrumentos de reforço de uma *ética social* exigida pelo texto constitucional, o que, por óbvio, nem sempre coincide com a consciência ética das pessoas.[30] Trata-se do fenômeno da *eticização* do Direito Penal, brilhantemente anunciada por Rodrigues, quando afirma que "nunca tanto como nas últimas décadas se assistiu a um fenómeno de neo-criminalização, que mais não significa do que a comprovação de que o direito penal serve para a implantação e a vigência de novos valores".[31]

(30) Aqui, deve-se chamar a atenção para a questão da culpabilidade, especificamente no que se refere à potencial consciência da ilicitude do ato, o que em relação àqueles primeiros delitos não revela maiores indagações.

(31) "Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal". *Direito penal económico europeu*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. vol. II, p. 482.

O substrato fático dos crimes sócio-econômicos, em tal contexto, na verdade é antes de tudo *normativo*, vale dizer, sustenta-se na anterior violação de regras de clara natureza administrativa que visam a implementação dos valores sócio-econômicos consagrados na Lei Maior. O Estado Social,[32] ante os desafios impostos pelas normas constitucionais, lança o instrumento penal, subsidiariamente às demais normas extrapenais, com o fim de alcançar os objetivos a que se destina, ainda que com algum caráter autoritário, próximo até do velho *direito penal da moral*.[33]

Assiste, pois, toda razão a Buján Peres ao aduzir ser conveniente "retener a la idea de que se trata de delitos que presuponen ya la existencia de un ilícito extrapenal (administrativo, tributario, civil, mercantil o laboral), con relácion al cual el Derecho penal tiene la teórica misión de reforzar su tutela, sancionando como infracción penal los ataques más intolerables para los bienes jurídicos socio-económicos implicados".[34]

Tal característica, dentre nós, não passou despercebida, já tendo sido destacada por Salomão ao discorrer acerca da necessidade da anterior compreensão da disciplina jurídico-econômica do fato, num processo por ela denominado de "fenômeno da superposição", em que "os tipos delituosos econômicos não incidem diretamente sobre fatos, mas, antes sobre normas jurídicas que regulam situações de fato".[35]

Essa disposição para servir como reforço na tutela dos bens jurídicos supraindividuais, como se percebe, revela a natureza subsidiária da lei penal e de certa forma determina uma revisão na matéria da chamada independência de

(32) Percebe-se, neste ponto, um sinal efetivo daquilo que José Luis Bolzan de Morais chama de "caráter transgressor" do Estado Democrático de Direito ao impor "um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado". *Do direito social...*, cit., p. 81.

(33) A sonegação fiscal, neste sentido, demonstra uma certa contradição, uma vez que a escassa *repulsa social* é evidente e quase sempre justificada pelas mazelas públicas. Ademais, não se desconhece que o sistema tributário, para garantir uma espécie de *colchão* social à desigualdade social inerente ao regime capitalista de produção, visa garantir o financiamento das despesas com os serviços públicos impostos ao Estado Social, mas acaba também financiando aqueles gastos determinados por *vaidades* do administrador público (sem falar na *corrupção*), em particular os agentes político. Em tal situação, difícil combater no Brasil a tese defendida por Martins no sentido de que a "imposição fiscal é norma de rejeição social", cf. *Crimes contra a ordem tributária*. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: RT, 1995. p. 17-19.

(34) Op. cit., p. 62-63.

(35) SALOMÃO, Heloísa Estellita. "Tipicidade no direito penal econômico". *RT* 725/414.

instâncias administrativa e penal. Atente-se que certos crimes sócio-econômicos, para a constatação segura de sua tipicidade material e não meramente formal, dependem da prévia comprovação da existência da prática de uma infração administrativa.

Através de uma análise que tome por base a visão sistemática e integrada daqueles critérios jurídico-penais apresentados para a identificação dos crimes sócio-econômicos, já seria possível indicar certas características que lhes são próprias: a) objetividade jurídica complexa (bens imediato e mediato) de cunho supraindividual; b) tipo penal aberto (elementos normativos e normas penais em branco); c) interdependência entre normas administrativas e penais.

Quanto a primeira característica, por exclusão não podem ser considerados crimes sócio-econômicos, os delitos cujo bem jurídico tutelado não ultrapasse a esfera de predominância dos interesses individuais ou estatais, como ocorre com os delitos patrimoniais ou contra a Administração Pública, tanto os praticados por funcionários públicos, quanto por particulares.

A inexistência, ainda, da segunda característica impede que crimes com tipos penais claros ou certos, sem a presença de elementos normativos inerentes à própria tipicidade material da conduta delituosa, sejam considerados como crimes sócio-econômicos, vez que sua interpretação dispensa total ou parcialmente a avaliação de questões de natureza administrativa. Atente-se, neste ponto, que alguns crimes ambientais (art. 42, Lei 9.605/98 – "soltar balões *juninos*", *v.g.*) dispensam complementação por meio de normas administrativas, o que por óbvio lhes impede de serem considerados como delitos sócio-econômicos. Mesmo alguns crimes contra os consumidores (*v.g.*, arts. 70 e 71, Lei 8.078/90), ante a ausência de elementos normativos que exijam complementação jurídica extrapenal, não se enquadram no conceito de crimes sócio-econômicos aqui proposto.

A terceira característica dos crimes sócio-econômicos, por sua vez, é condição inafastável para a elucidação do problema, pois que, além de decorrer da própria lógica garantista da subsidiariedade penal, somente com a interação das normas administrativas e penais é que se pode consolidar uma base sólida para a compreensão de tal fenômeno típico. Ora, não há como imaginar um crime sócio-econômico sem que ao mesmo tempo possa-se afirmar também a ocorrência de uma infração administrativa, conquanto seja o inverso possível. Essa ilicitude administrativa anterior, porém, muitas vezes só é apurada, ou seja, materializada por meio da intervenção de uma determinada entidade estatal estranha ao aparelho repressivo penal clássico, sem o que não se teria sequer condição para avaliar a lesividade da conduta típica em relação aos bens jurídicos (imediato e mediato) tutelados.

Veja-se, por exemplo, o que acontece com os chamados crimes fiscais, em que cabe tão-somente à Administração Tributária atestar a existência do tributo sonegado, cuja análise será aprofundada adiante. Na grande maioria dos crimes financeiros, por sua vez, somente o Banco Central poderá concluir se a instituição financeira estaria agindo em desacordo com as normas que re-

gem tal atividade. Em certos crimes ambientais, por fim, cabe aos órgãos públicos competentes (federal, estadual ou municipal) confirmar a existência da infração ambiental, sem o que não haveria como atestar a lesividade dos delitos ambientais.

Com isto não se pretende afirmar uma suposta *dependência absoluta* entre instâncias administrativa e penal, como que o reconhecimento da tipicidade da conduta pudesse ser defina por órgão estatal diverso do juízo criminal. A este, por óbvio cabe a aplicação da lei penal. Contudo, ante o caráter subsidiário da norma penal, só se pode avaliar a tipicidade (lesividade) de uma conduta criminosa, caso ela revele também uma anterior ilicitude *administrativa*, quando então entram em ação entidades estatais que não integram o sistema repressivo clássico. Daí não se aceitar que autoridade administrativa (*v.g.*, delegado de polícia ou promotor de justiça) diversa daquela competente para fiscalizar certa política sócio-econômica possa materializar a infração administrativa coincidente ao respectivo delito.

É certo que, para não alongar essa questão que será mais bem explicitada adiante, o juiz criminal não está obrigado a seguir a conclusão da autoridade administrativa, quanto à ocorrência da infração administrativa. Mas é também certo, que o juiz criminal não poderá, fora do âmbito de sua jurisdição, atestar a materialidade da infração administrativa. A técnica legislativa utilizada para a descrição das condutas lesivas à ordem sócio-econômica, remetendo a tipicidade material das mesmas para uma anterior *ilicitude* administrativa, apesar da controvérsia relativa a uma eventual forma de *burla* ao princípio da legalidade estrita, indica, outrossim, a necessidade de se obedecer, no plano de atuação das diferentes entidades estatais, as competências de cada uma expressamente previstas na Lei Maior.

Com a divisão dos Poderes Políticos, inclusive com a distribuição de competência dentre os órgãos que os compõem, é possível estabelecer certos limites à aplicação da lei penal no âmbito das relações sócio-econômicas. Assim, parece não ser aceitável que um delegado de polícia (ou a perícia técnica) possa atestar a materialidade de um tributo sonegado ou até mesmo o juiz (ou o representante do Ministério Público) possa afirmar, por exemplo, a materialidade de uma infração econômica (cartel, *v.g.*), sem que o CADE, previamente, tenha reconhecido a anterior ilicitude administrativa.

Os delitos sócio-econômicos podem ser, pois, conceituados como aqueles crimes (típico, ilícito e culpável) *complexos* (bens imediato e mediato) e *abertos* (elementos normativos e normas penais em branco), com assento fático, em face do caráter subsidiário da lei penal, em infrações de ordem administrativa, cuja prévia materialização é condição para se apurar a tipicidade e a lesividade das condutas praticadas em concreto.

Observando-se, pois, cumulativamente, tais características na legislação brasileira pode-se detectar facilmente alguns crimes sócio-econômicos, normalmente previstos em leis penais especiais, mas também no próprio Código Penal:

– Crimes contra a ordem tributária (inclusive a sonegação e a apropriação indébita previdenciárias);

– Crimes contra a ordem econômica;

– Crimes contra o sistema financeiro (inclusive a lavagem de dinheiro);

– Crimes contra o meio ambiente;

– Crimes contra as telecomunicações.

Todos os crimes são complexos no que se refere à objetividade jurídica, seus tipos penais estão impregnados por elementos normativos e normas penais em branco, como também apresentam uma íntima relação com as infrações administrativas previstas na legislação anterior que modela os substratos fáticos/normativos que lhes são próprios. Neste trabalho, contudo, limitarei minha análise aos crimes fiscais, os quais permitem uma fácil visualização das razões até aqui aduzidas.

3. Crimes fiscais

Para facilitar ou encurtar a denominação de tal delito, prefere-se chamá-lo de crime fiscal ou simplesmente de sonegação fiscal, muito embora a expressão escolhida pelo legislador (contra a ordem tributária) seja útil por indicar, ainda que imprecisamente, o bem jurídico imediato tutelado pela lei penal.

Na busca da identificação dos crimes fiscais, por sua vez, não basta a avaliação dos delitos previstos em lei penal especial (arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90), devendo-se ir além para alcançar, também, algumas espécies previstas no próprio Código Penal vigente (arts. 168-A e 337-A[36]). Isto porque tais crimes apresen-

(36) É intencional a exclusão do crime de descaminho já que não o considero um crime fiscal, embora o mesmo tenha algum vínculo com a questão tributária. O que predomina em meu modesto entendimento, entretanto, no campo de sua objetividade jurídica é o interesse na tutela da regulamentação estatal no controle da entrada, saída e comercialização em território nacional de produtos ou mercadorias, especialmente aquelas produzidas em outros países. Note-se que a opção pelo tratamento unitário do descaminho e do contrabando, este último baseado na proibição da mercadoria, indica uma certa sintonia entre ambos. A proibição da mercadoria, como sabido, pode ser relativa ou absoluta. No primeiro caso, diz respeito a produtos que circunstancialmente são proibidos de serem importados, exportados ou comercializados, como já ocorreu com automóveis e computadores até o final da década de 1980. Quando absoluta a proibição, normalmente se recorre a um tratamento penal especial, como se dá, por exemplo, no tráfico internacional de drogas. O contrabando, ao recair sobre mercadorias com proibição relativa, assume uma espetacular capacidade de modificação, sensível às mudanças, portanto, das regras de políticas macro-econômicos. O descaminho, por seu turno, acaba permitindo a tipicidade de outra conduta que retrata não uma mera *sonegação fiscal*, mas antes uma *burla* às normas aduaneiras referentes ao controle da entrada e saída de mercadorias. Tanto

tam características bem semelhantes, tanto no que se refere aos bens jurídicos tutelados, quanto à nítida interdependência com as normas administrativas que lhes dão conteúdo material.

Os crimes fiscais, tal como se verá, não podem ser vistos como meras espécies de delitos de *falsidade* (material, ideológica ou até estelionato), ainda que a fraude ou o ardil esteja no centro da maioria de suas modalidades. A possibilidade, assim, de concurso com outras espécies delitivas, deve ser afastada, ante a especialidade dos crimes fiscais, tanto sob o enfoque objetivo, quanto pelo subjetivo.

Tais delitos possuem formas e objetividade próprias que levam à necessária avaliação dos efeitos da "superposição" normativa no âmbito da própria tipicidade material das condutas típicas, como também da lesividade das mesmas frente aos bens jurídicos (imediato ou mediato) tutelados.

3.1 Do lançamento tributário: dependência de instâncias

Verificando a técnica legislativa empregada para a construção dos tipos objetivos dos crimes fiscais, de longe os que mais se amoldam à noção aqui defendida de crimes sócio-econômicos, observa-se que seus respectivos substratos fáticos encontram-se assentados numa mesma *normatividade administrativa* que os antecede, haja vista que todos dependem da prática de uma anterior infração de cunho tributário. Daí porque, Derzi chega a ser incisiva ao afirmar que "não pode existir crime tributário de qualquer espécie que, simultaneamente, não configure transgressão de dever tributário, ilícito fiscal".[37]

A atuação do instrumento penal, neste campo, é subsidiária e deve obedecer à concretização de algumas questões fiscais antecedentes, a começar pela própria existência de um tributo *devido*, para só então, proceder-se à verificação da ilegalidade no cumprimento da obrigação tributária decorrente, vale dizer, de pagar a quantia correspondente à entidade estatal tributante. O tributo, conquanto não represente um fato da *vida natural*, trata-se de espécie normativa (art. 3.º, CTN) com suficiente força para se apresentar como algo da *vida real*, ainda mais porque dele depende a subsistência do Estado Social e, conseqüentemente, da própria noção de nação soberana e democrática de direito.

é verdade, que as espécies equiparadas dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 334, CP, reforçam a idéia de que o objetivo da norma limita-se à tutela de um interesse estatal específico, voltado, em particular, ao controle da comercialização de mercadorias *clandestinas* de procedência estrangeira, que não se confunde com o interesse meramente arrecadatório fiscal. Esta matéria, porém, recomendaria um trabalho exclusivo, o que não se visa neste ensaio. Ainda que com estas ressalvas, ver por todos, MACHADO, Agapito. *Contrabando e descaminho*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 202-204.

(37) DERZI, Misabel Abreu Machado. "Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária". *RBCCrim* 31/205, jul.-set. 2000.

É óbvio que jamais se admitiria falar em sonegação fiscal sem que o sujeito ativo do delito tivesse obrigação de pagar qualquer uma das espécies de tributos. Uma professora universitária que vendesse seu automóvel particular, não teria que pagar ICMS sobre o valor do negócio, posto que não reveste a condição de comerciante e como tal de contribuinte do imposto. O recebimento de uma determinada quantia a título de indenização por dano moral ou material não se adequaria ao fato gerador do imposto de renda, como ainda, inexistindo uma relação de trabalho qualquer (trabalhadores autônomos, celetistas, estatutários, empresários etc.), não haveria que se falar em apropriação indébita previdenciária. Inexiste em tais hipóteses uma infração tributária, quanto mais uma ameaça de lesão à arrecadação tributária (bem jurídico imediato) ou às funções extrafiscais do tributo (bem jurídico mediato).

O substrato fático dos crimes fiscais parte, portanto, da normatividade própria do tributo, cuja compreensão leva à constatação da mais importante, sem dúvida alguma, característica do tais delitos, de modo a deixar evidente de que se tratam de crimes sócio-econômicos. Neste complexo emaranhado de normas tributárias, para o que aqui interessa, ganha especial relevância o instituto do *lançamento tributário* (art. 142, CTN) que se concretiza por meio de um "procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

Esclarecedora, por oportuna, lição de Seixas Filho, ao revelar as funções do lançamento tributário de "*representar* o fato gerador como ocorrido, *aplicar* a norma jurídica tributária enquadrável ao mesmo e *liquidar* o valor do tributo em uma escritura oficial que documentará o dever tributário que será exigido do contribuinte ou, eventualmente, do responsável tributário".[38]

O lançamento tributário, como se percebe, não passa de um procedimento de cunho administrativo, com o qual a entidade estatal tributante *materializa* não só a existência de determinado tributo, mas também permite a identificação no caso concreto, ainda que de maneira indiciária, dos seguintes elementos objetivos do crime fiscal: sujeitos ativo e passivo; extensão da lesão ao bem jurídico imediatamente tutelado; o *modus operandi* da sonegação apurada.

Quanto ao primeiro elemento, aparecendo a relação tributária decorrente da ocorrência do fato de gerador de determinado tributo, já é possível identificar os sujeitos ativo e passivo do crime fiscal. Através do lançamento tributário, a autoridade administrativa deve apurar qual ou quais tributos foram objeto da sonegação, o que, também, acarreta na identidade do sujeito passivo do delito fiscal: a entidade estatal tributante (níveis federal, estadual e municipal). Não bastas-

(38) SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário – A função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 98, (itálico no orginal).

se, ainda em tal procedimento, é possível identificar, mesmo que por indícios, vez que a condenação criminal é privativa do juiz, eventual autor ou co-autores do crime fiscal. Aqui, o sonegador (sujeito ativo) confunde-se com o *devedor* do tributo e o Estado (sujeito passivo) com o *credor* de tal obrigação pecuniária.

De maneira clara, pode-se afirmar uma vez mais a íntima relação entre a norma tributária e a norma penal, haja vista que se na obrigação tributária o sujeito ativo é o Estado e o passivo o contribuinte (de fato ou de direito), no fato delituoso fiscal há uma inversão lógica na situação, com aquele primeiro passando a figurar como sujeito passivo e o segundo como ativo do crime.

O lançamento tributário ocupa sem dúvida alguma posição de destaque em tal tema, porque revela a necessidade de se flexibilizar a tão decantada independência entre as instâncias administrativa e judicial. É certo que tanto o administrador público quanto o juiz possuem, cada qual no âmbito da distribuição constitucional de suas respectivas competências, específicas funções para o bom funcionamento do Estado Social. Mas é justamente em decorrência desta distribuição de (poder) deveres públicos que se assenta o estreito vínculo entre as instâncias mencionadas. O juiz, muito embora no exercício de sua jurisdição possa dizer o contrário, jamais poderá materializar a existência de um tributo, já que a competência para o lançamento tributário é exclusiva e indelegável da autoridade administrativa/fiscal.[39]

Por outro lado, presta-se o lançamento tributário para também atestar outro elemento de fundamental importância, vale dizer o resultado (jurídico) da conduta típica do crime fiscal. As diferentes espécies de delitos fiscais, com exceção do *controvertido* art. 2.º da Lei 8.138/90, podem ser tranqüilamente classificadas como crimes de dano, ou seja, exigem uma efetiva lesão à arrecadação tributária.

Torna-se, em tal quadro, imperiosa a avaliação do resultado dos crimes fiscais, ainda mais considerando a agravante especial do *grave dano* à coletividade prevista para os delitos da Lei 8.137/90 (art. 12, I) ou a atenuante do *pequeno dano* específica para os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuições previdenciárias (arts. 168-A e 337-A, CP). Ora, se a própria lei induz à idéia da possível *valoração* do dano, pode-se facilmente imaginar a ocorrência de danos *grandes*, *médios*, *pequenos* ou ainda *insignificantes*. A quantificação de tais valores monetários, todavia, é de competência exclusiva da Administração Tributária.

O lançamento tributário, como se constata, serve na realidade como uma espécie de *laudo técnico* necessário para confirmar a própria existência mate-

(39) Neste sentido, o já citado Aurélio P. S. Filho: "Na medida em que o lançamento tributário é, na verdade, um ato jurídico privativo da autoridade fiscal, não menos verdadeiro é que acertar e liquidar o valor do tributo não é privativo da autoridade fiscal, podendo fazê-lo o contribuinte, o juiz na ação declaratória, e por que não, o juiz na ação anulatória ou nos embargos", op. cit., p. 106.

rial do crime fiscal (*corpus delicti*), muito embora não tenha ele caráter absoluto, pelo menos em relação ao Poder Judiciário. O contribuinte, por óbvio, exercendo sua garantia constitucional de acesso ao Judiciário, pode demandar a Fazenda Pública em juízo, visando não só a declaração da inexistência do fato gerador da obrigação tributária ou a inexigibilidade do crédito correspondente, como ainda o reconhecimento do valor realmente devido.

Por último, serve o lançamento tributário para a materialização das condutas típicas, sejam aquelas do núcleo dos respectivos tipos penais, quanto as de meio ou modo que modelam as primeiras. Como tais delitos possuem um substrato normativo anterior, a vinculação para com a ilicitude tributária não se limita à obrigação *principal* de pagar, mas também outras obrigações *acessórias* (fazer ou deixar de fazer – art. 113, CTN).

Repare, neste sentido, as figuras penais do art. 337-A e do art. 1.º da Lei 8.137/90. Em seus núcleos constata-se as ações (alternativas) de *suprimir* ou de *reduzir* tributo.[40] Ao lado destas, os tipos objetivos apresentam também uma série de condutas (comissivas e omissivas) que modelam aquelas nucleares. Tais circunstâncias de meio traduzem, na realidade, fórmulas genéricas de desobediência das obrigações tributárias acessórias à de pagar o valor do tributo devido. Do contribuinte ou contribuintes de determinados tributos, em face das modalidades de lançamentos tributários específicos (por declaração ou por homologação), exige-se uma série de condutas positivas (declarar as rendas obtidas no ano fiscal anterior ou escriturar livros contábeis) e negativas (não utilizar notas fiscais inidôneas ou não omitir informações) que se encaixam com perfeição naquelas circunstâncias de meio dos crimes fiscais mencionados.

Para a consumação destes crimes fiscais, como se vê, não basta a prática das condutas previstas como meio das ações de suprimir ou reduzir tributo, apesar de ser suficiente para a materialidade de infrações administrativas/tributárias e assim possibilitar a punição (multa) do infrator. A consumação daqueles delitos só ocorre com a efetiva sonegação, vale dizer, quando o valor do crédito tributário não tiver sido total ou parcialmente pago pelo contribuinte/agente, conquanto dependente da prévia constatação pela Administração Tributária das violações das obrigações tributárias acessórias.

Tal circunstância reforça uma vez por todas o vínculo entre infração fiscal e crime fiscal, de forma a colocar a matéria tributária como prejudicial da penal. Se aquela se encontra *sob judice* perante a Administração Tributária a avaliação da questão criminal deve ser atrasada ou suspensa, caso já exista ação penal em curso, haja vista a técnica com que se preferiu tipificar o delito fiscal. Em jogo, aqui, a segurança jurídica, necessária ademais para o próprio desenvolvimento de toda atividade sócio-econômica.

(40) A leitura a ser feita, aqui, deve tomar por base o comando *primário* da norma, já que só a lei poderá *criar*, *suprimir* ou *reduzir* tributo. O proibido, por certo, é não pagar total ou parcialmente o valor do tributo devido, mediante a prática das condutas *fraudulentas* de meio.

Daí porque, ante tal quadro, de se afastar qualquer indagação do procedimento administrativo tributário (lançamento tributário) ser ou não uma condição (representação fiscal) ou um pressuposto (justa causa) da ação penal. Por estar afeta à própria tipicidade do crime fiscal, a matéria abordada no âmbito da Administração Tributária apresenta-se como prejudicial (obrigatória[41]) e, como tal, capaz de impedir a propositura da ação penal ou, caso esta seja proposta, a condenação proferida pelo juiz criminal. Nem se diga, também, que haveria neste caso prejuízo ao exercício da ação penal (pública incondicionada) em face do tempo que normalmente se exige para a finalização do procedimento administrativo, pois que o prazo prescricional não corre enquanto não definida a anterior questão tributária (art. 116, I, CP).

3.2 Bem jurídico imediato e mediato: lesividade e tentativa

Lado outro urge que se proceda, também, uma verificação do real significado dos bens jurídicos tutelados pela norma penal fiscal que, aliás, não podem ser diferentes daqueles a que se destinam toda a legislação tributária. Imediatamente, parece não haver dúvida de que a arrecadação tributária apresenta-se como objeto jurídico de tal crime. Mediatamente, por sua vez, protege-se ainda as funções constitucionais dadas ao tributo, visto não só como meio de recolhimento de recursos financeiros para a estruturação do Estado, mas principalmente em face de sua natureza extrafiscal, como instrumento de intervenção na economia e de distribuição da riqueza nacional.

De fato, normalmente a idéia de tributo encontra-se vinculada à arrecadação de receitas pelo Estado para fazer frente às despesas decorrentes do cumprimento de seus inúmeros deveres constitucionais, tais como a segurança interna e externa, justiça ou diplomacia etc. Todavia, a importância do tributo, conforme expressado corretamente por Salomão,[42] supera tal órbita evidente-

(41) As questões prejudiciais (arts. 92 a 94, CPP), que podem ser obrigatórias ou facultativas, referem-se a matérias extrapenais que, nas palavras de Oliveira, "*integram*, como *elementar*, o tipo penal imputado ao réu" – OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 217-220. Entretanto, não se pode perder de vista que o CPP, face ao tempo em que foi editado, encontra-se desatualizado e, como tal, incapacitado para as questões prejudiciais próprias de determinados crimes sócio-econômicos. No que se refere aos delitos fiscais, considerando a exclusividade da competência da Administração Tributária para proceder ao lançamento do tributo, esta prejudicial só pode ser considerada como *obrigatória* (art. 92, CPP) e não como *facultativa*.

(42) *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2001. p. 101-102. Atente-se, ademais, que tributo pode ser visto como uma obrigação pecuniária genérica, nos termos da definição do CTN, apresentando assim algumas espécies tributárias. No momento, em face do atual texto constitucional, ainda segundo a autora citada, admite-se cinco espécies de tributos: impostos, taxas, contri-

mente mais adequada a um Estado liberal, pois que no Estado Social, em especial o Democrático de Direito, o tributo procura desenvolver *funções tributárias* bem mais abrangentes, seja quando utilizado como instrumento de política econômica (incentivos e desestímulos fiscais) ou quando voltado à (re)distribuição da riqueza.[43]

Imediatamente, tal como ocorre com a norma tributária, a lei penal promove a tutela da arrecadação de recursos financeiros. De forma mediata, porém não menos importante, visa a lei penal proteger as funções extrafiscais do tributo que ultrapassam o interesse da entidade estatal tributante para atingir, também, o interesse da sociedade de que o Estado alcance o fim constitucional de proporcionar à pessoa uma qualidade de vida fundada na preservação de seus direitos fundamentais.[44]

Este bem jurídico mediato, diferente do imediato que exibe a característica de um interesse meramente estatal (arrecadação fiscal), possui natureza supraindividual com fundamento constitucional (art. 3.º, CF), como acentua Salomão, preso aos "objetivos fundamentais do Estado, elegendo como um deles a construção de uma sociedade solidária", como também "à consecução de objetivos elencados no mesmo dispositivo constitucional: construir uma sociedade livre, justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos".[45] De se acrescentar, ademais, uma série de imposições constitucionais voltadas à efetivação de direitos sociais básicos, tais como a seguridade social (saúde pública, previdência e assistência sociais), educação gratuita e de qualidade etc., normas que escancaram as funções extrafiscais do tributo como bem jurídico (transindividual) *legitimador* da utilização do instrumento penal em tal campo de ilicitude.

Em face deste caráter *complexo* (e pluriofensivo), num primeiro instante, o resultado do crime fiscal deve demonstrar um dano efetivo ao bem jurídico imediato. Depois, há que se verificar também se o interesse jurídico mediato foi colocado numa situação de perigo de lesão, o que deve ser feito tomando-se por

buições de melhoria, contribuições especiais (sociais e de intervenção no domínio econômico), além do empréstimo compulsório.

(43) É certo que a Constituição vigente não indicou expressamente a necessidade do reforço penal em matéria tributária. Ocorre que, a legitimidade *constitucional* da tutela penal em tal caso encontra-se implícita, especialmente se observados os fins primeiros do Estado nacional (art. 1.º, CF). A respeito, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 79-81.

(44) É possível, como adverte Tavares, "que o interesse fiscal do Estado seja erigido em bem jurídico, não simplesmente, por causa do poder público, mas como condição de sobrevivência, ou melhor, padrão de vida da pessoa humana" – cf. *Teoria do injusto penal*, cit., p. 182.

(45) *A tutela penal...*, cit., p. 183.

base a lesão ao interesse jurídico imediato. Daí porque de extrema importância a abordagem de tal questão, especialmente quando se depara na criminalidade sócio-econômica com as figuras dos crimes de *perigo abstrato*, os quais permitem presumir a ocorrência de um resultado juridicamente lesivo dos delitos.

A apuração do resultado significativamente lesivo à arrecadação tributária permite, desta forma, proceder ao *desvalor do resultado* da conduta típica, separando-a da mera representação de uma infração administrativa anterior e (re)afirmando o caráter de *ultima ratio* da lei penal. Repare-se que o legislador nacional já procura dar os primeiros passos para a utilização de um critério quantitativo explícito para a diferenciação entre infrações fiscais e crimes fiscais.

Com efeito, o inc. II do § 3.º do art. 168-A do CP vigente, após as alterações e acréscimos da Lei 9.983/2000, vem sendo apontado como um reconhecimento expresso do princípio da insignificância penal,[46] correlato da própria natureza subsidiária e fragmentária da lei penal. Tal entendimento, conquanto tentador, parece não resistir, dentre outros preceitos fundamentais, ao princípio do juízo natural, pois seria o mesmo que admitir que a vinculação da relevância da ofensa ao bem jurídico ficasse à mercê da Administração Previdenciária, como se coubesse a ela definir as condições para que o juiz pudesse constatar a hipótese do crime de *bagatela*.

Veja-se que a questão é controvertida, mas nem por isso merece ser dispensada de uma análise, ainda que não tão profunda como seria necessário, particularmente levando em conta a própria distribuição de competências constitucionais. Se para a constatação da insignificância penal fosse exigido o estabelecimento de uma quantia determinada, não poderia ela advir, em hipótese alguma, de um ato administrativo qualquer.[47] É forte neste ponto, a impressão de se estar diante de uma espécie de burla à regra da legalidade (e do juízo natural) que em matéria penal possui contornos mais estreitos e rígidos.

Na Espanha, como relata Buján Pérez, o legislador penal optou por indicar nas estruturas objetivas dos crimes contra a "Hacienda pública y la Seguridad social", um limite quantitativo para "deslindar el delito de la simple infracción administrativa".[48] Como lá, o Estado brasileiro também se assenta num sistema

(46) Cf. GOMES, Luiz Flávio, para quem a hipótese normativa, ainda que expressamente indicada como um pressuposto objetivo para o perdão judicial ou para aplicação somente da pena de multa, revela um reconhecimento expresso da insignificância penal de tal modo que não haveria razão sequer para o oferecimento de denúncia. Cf. *Crimes previdenciários*. São Paulo: RT, 2001. p. 65-69.

(47) Tal norma não indicou expressamente o valor mínimo a ser considerado como pressuposto para o perdão judicial. Atualmente, cabe à autarquia previdenciária, por meio de ato jurídico (administrativo) próprio, a fixação da quantia mínima para se propor a ação de execução fiscal. No que toca à questão penal, me parece evidente a burla à garantia da reserva legal.

(48) *Derecho penal económico – Parte especial*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 239-242.

democrático e de direito, havendo nítida separação entre os poderes políticos constituídos. Em matéria penal, cabe somente ao Legislativo federal proceder a elaboração das figuras criminosas, dispondo com a maior precisão e clareza possíveis sobre os elementos essenciais à limitação do poder punitivo.

O inc. II do § 3.º do art. 168-A do CP, neste contexto, merece ser interpretado com moderação e com um grande senso crítico, ainda mais porque surgido com a Lei 9.983/2000, que causou uma significativa quebra na sistemática lógico-jurídica até então mantida no *codex*. De fato, os efeitos negativos de tal lei ultrapassam, em muito, eventuais resultados positivos em termos de uma tutela penal efetiva, sendo de se notar a separação pretendida pelo legislador, no que se refere à posição dos crimes no Código Penal, entre a apropriação indébita previdenciária e a sonegação desta mesma espécie de tributo prevista no art. 337-A.[49]

Ora, para a sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP) passou-se a indicar duas formas diversas de avaliação do resultado lesivo da conduta típica. Inicialmente, tal como se dera com a apropriação indébita previdenciária, a norma aponta também um critério quantitativo para servir como um pressuposto objetivo do perdão judicial ou da aplicação exclusiva da pena de multa (§ 2.º, II). Depois, desta vez atenuando a pena ou permitindo a aplicação alternativa da pena de multa, a própria norma indica um certo valor (R$ 1.510,00 – § 3.º), mas ainda assim servindo como uma condição objetiva para a concessão do benefício.

Neste último caso, cuidou a norma de indicar a *base de cálculo* de certas contribuições previdenciárias incidentes sobre salários ou quaisquer remunerações pagas a empregados ou trabalhadores autônomos, limitando, outrossim, o âmbito de sua incidência, uma vez que existem outras contribuições devidas à Previdência Social com referências diversas daquela base (receita ou faturamento – art. 195, I, CF).

De novo, não se deve afirmar que o legislador penal expressamente reconheceu hipóteses de insignificância penal. Sabe-se que tal princípio, na verdade expressão de outra regra fundamental, a da lesividade ou ofensividade penal, ante sua própria natureza não é capaz de concretizar-se de maneira rígida

(49) Sem falar no § 3.º do art. 297 do CP, em que pela força *criadora* da norma simplesmente se elevou à mesma categoria situações de falsidade ideológica com outras de falsidade material. Não se pretende neste ensaio, aprofundar as distorções *lógico-sistemáticas* provocadas pela Lei 9.983/2000 no sistema adotado pelo Código Penal vigente. Todavia, parece que Heloisa Estellita Salomão possui certa razão ao advogar a inconstitucionalidade do tratamento penal diferenciado dado às condutas envolvendo sonegação das chamadas contribuições previdenciárias e aquele previsto para a sonegação das demais espécies tributárias, o que é reforçado quando se avalia as hipóteses de extinção da punibilidade previstas para uma e outra forma de sonegação – cf. "Crimes previdenciários". *RBCCrim* 36/336-348, out.-dez. 2001.

ou determinada. Pelo contrário, enquanto princípio que é, apresenta uma certa inexatidão e ausência de determinação justamente para que possa ser adaptado caso a caso.

Destarte, cabe lembrar, com Mañas, que ao "realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal".[50]

Ainda nas hipóteses em que os valores das contribuições previdenciárias sejam superiores aos limites previstos nos arts. 168-A e 337-A do CP, seria possível imaginar a inexistência de um resultado jurídico capaz de lesar significativamente a arrecadação de tais tributos, ameaçando, conseqüentemente, o funcionamento da Previdência Social. Veja-se o caso daquele empresário que sonegou, em termos quantitativos, um pouco mais do que o mínimo estabelecido pela norma. Suponha-se a situação em que o agente sonega dois mil, quinhentos e dez reais, ao invés dos dois mil e quinhentos reais estipulados pela autarquia previdenciária como mínimo para a propositura da ação de execução fiscal. Em todo caso, o princípio da insignificância penal, por sua própria natureza, não tem como ficar prezo a regras rígidas.

Destaca-se, neste ponto, a relevância do *desvalor* do tributo sonegado. Pode ser que determinada quantia, isoladamente, seja considerada como um significativo desfalque à arrecadação tributária, configurando assim um dano ao bem jurídico imediato. Com isto, seria possível atestar também o perigo de lesão ao bem jurídico mediato, considerando que condutas típicas como tais revelariam um *incremento* do risco de comprometimento às funções extrafiscais do tributo sonegado.

Agora, apreciando-se o inverso, caso a quantia sonegada fosse pouca, causando uma pequena lesão à arrecadação tributária ou, também, quando não houvesse qualquer crédito tributário sonegado, jamais se poderia admitir sequer o perigo de ofensa ao bem jurídico imediato tutelado pela norma penal fiscal, o que dizer da possibilidade de qualquer perigo de lesão ao interesse jurídico mediato.

Ante tal situação, a figura penal prevista no art. 2.º, V, da Lei 8.137/90, na modalidade de *divulgar* programa de processamento de dados, somente de maneira muito distante poderia causa algum dano ao bem jurídico imediato, ou seja, à arrecadação tributária, menos ainda em relação ao interesse jurídico mediato.

(50) MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância penal como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

Neste caso, é evidente a ausência de lesividade na conduta típica, cuja conseqüência seria a absoluta inconstitucionalidade da norma.

Ademais, ainda em relação a tal figura penal, a divulgação de programas de informática capazes de disponibilizarem dados fraudulentos ao fisco pode ser feita por qualquer pessoa, dispensando (absurdamente) a condição de sujeito passivo da obrigação tributária. O perigo de lesão à arrecadação tributária, nesta situação, só poderá ser admitido se se utilizar a mais absoluta presunção. Além do que, a ofensa ou mesmo o perigo (concreto) de lesão ao bem jurídico imediato só será causado por uma pessoa que possua o dever de pagar determinado tributo e jamais um terceiro (fora das hipóteses de concurso de pessoas, por óbvio) que não possui qualquer obrigação tributária (principal ou acessória).

Da mesma forma, a figura do art. 2.º, III, da mencionada lei penal especial. O núcleo do tipo objetivo é composto por ações múltiplas e alternativas (exigir, pagar ou receber) voltadas à obtenção de uma vantagem indevida decorrente do aproveitamento de parcelas de incentivo fiscal dedutíveis ou deduzidas de tributos. Repare-se que no caso da cobrança indevida de certo percentual sobre tais parcelas dedutíveis a possibilidade de lesão à arrecadação tributária continuaria muito distante, já que o prejuízo ao bem jurídico imediato só se concretizaria quando da utilização indevida de tais benefícios para a redução dos valores de certos tributos. A inconstitucionalidade da norma penal em questão também parece ser induvidosa.

Restam, ainda, duas outras figuras típicas do art. 2.º da Lei 8.137/90, cuja ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado é evidente. O sujeito que utiliza um programa de informática capaz de gerar informações falsas para a Administração Tributária (inc. V) ou lança mão de outras variedades de fraudes materiais ou ideológicas com o fim de não pagar o valor do tributo devido (inc. I), não causa necessariamente qualquer ofensa efetiva à arrecadação tributária. São condutas que se sustentam antes de tudo na violação de obrigações acessórias (art. 113, CTN) previstas na legislação tributária, capaz unicamente de permitir a caracterização de infrações administrativas/tributárias.[51]

Para a concretização de seu resultado lesivo, o crime fiscal exige, para além de um dano *significativo* à arrecadação tributária, um perigo de lesão ao bem jurídico mediato, relacionado às funções (político-econômicas) extrafiscais do tributo. Este perigo, por óbvio, só pode ser avaliado caso haja lesão efetiva ao bem jurídico imediato. Do contrário o *perigo* de lesão à arrecadação tributária, em relação ao objeto mediato da tutela passaria a ser visto como o *perigo do perigo* de ofensa.

Pelo que foi dito, poder-se-ia alegar, em contrário, que as figuras típicas do art. 2.º, II, da Lei 8.137/90 e do art. 168-A do CP, consideradas por muitos como crimes de mera atividade ou de perigo abstrato, também deveriam revestir a etiqueta de inconstitucionais, ainda mais quando comparados à vedação de prisão

(51) A respeito, ver SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 193 et seq.

por dívida. Todavia, a estrutura típica de tais delitos, por si só, afastaria tal alegação, já que são eles crimes de dano, em que a consumação se dá com uma efetiva e significativa ofensa à arrecadação tributária.

Conquanto existam diversas questões a serem abordadas sobre estes crimes, para o que interessa neste trabalho, importa notar que ambos apresentam objeto material e os sujeitos ativos e passivos são bem determinados, justamente em decorrência do primeiro elemento objetivo. Impostos ou contribuições previdenciárias surgem como os elementos sobre os quais recaem as condutas dos tipos penais, sem o que não haveria de admitir a tipicidade das mesmas.

Tributo como mencionado *retro*, é uma fórmula jurídica com a qual se representa materialmente uma obrigação pecuniária. O não cumprimento desse dever de pagar, em conseqüência, gera sempre um desfalque materialmente perceptível à arrecadação tributária. Independe, aqui, que o sujeito ativo do crime fiscal não seja o contribuinte de fato do tributo sonegado, mas um terceiro indicado pela lei tributária como responsável pelo recolhimento na *fonte* dos tributos devidos por aquele (contribuinte de direito).

Os mencionados crimes, normalmente confundidos, diga-se de passagem, com a *apropriação indébita*, são delitos de dano, havendo, pois, efetiva lesão à arrecadação tributária e o perigo de ofensa ao bem jurídico mediato.[52] São delitos *omissivos impróprios*, portanto, já que apresentam resultado materialmente apreciável pelo valor da obrigação tributária não cumprida, além do sujeito ativo exigir a qualidade de contribuinte (de direito ou responsável tributário).

Convém esclarecer, por oportuno, que a matéria até aqui exposta levaria indubitavelmente a elucidação do cabimento da forma tentada do crime fiscal. Quanto aos delitos equiparados à apropriação indébita, o desconto anterior do valor de determinado tributo (imposto ou contribuição previdenciária) exigido do sujeito pela legislação tributária/previdenciária sobreposta, não poderia constituir-se em ato de execução da omissão tipicamente relevante, ou seja, de dei-

(52) A confusão quanto a tais modalidades delitivas, por certo decorre de uma interpretação errônea acerca da natureza dos crimes em relação às condutas típicas. Durante bom tempo, quando ainda vigorava o art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, boa parte da doutrina e da jurisprudência passou a classificar tais crimes como *omissivos próprios*, o que por mim foi defendido por mais de uma vez – *v.g.* Reflexões acerca das causas especiais de extinção da punibilidade dos novos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária <www.ibccrim.org.br> – editoria Direito Penal das Empresas. Contudo, avaliando a matéria, passei a compreender que estes crimes apresentavam características que não seriam adequadas à noção dos delitos omissivos próprios. Estes, como se sabe, são crimes comuns e sem resultado material. Já os crimes fiscais ora abordados, pelo contrário, são próprios (contribuinte de direito) e apresentam resultado lesivo concreto (valor não repassado). A estrutura típica dos delitos indica um evidente exemplo de crime *omissivo impróprio*, só que específico e autonomamente previsto pelo legislador penal, sem a necessidade, portanto de aplicação da regra *geral* do art. 13, § 2.º, do CP.

xar de pagar aos cofres públicos os créditos tributários decorrentes da prática do fato gerador da obrigação tributária, pois em tal situação estaria o agente agindo conforme a lei.[53] A tentativa, assim, parece não ser possível, ainda mais porque a violação do dever de agir (de pagar) ocorre de maneira unissubsistente ou instantânea, sem possibilidade de ser fracionada na busca do *iter criminis*.

No que se refere aos delitos fiscais do art. 1.º da Lei 8.137/90 e do art. 337-A, CP, por seu turno, a tentativa num primeiro momento mostra-se cabível, visto que não seria difícil imaginar com perfeição o *caminho do crime*. As circunstâncias de meio previstas em seus incisos, certamente permitiriam a contextualização de diferentes situações em que, por motivos alheios à vontade do agente, a sonegação do tributo não chega a se efetivar. O erro do contador ao preencher a guia de recolhimento de determinado imposto, fazendo que o valor realmente devido fosse entregue ao fisco ou, ainda, quando o agente fosse submetido à fiscalização tributária antes de atingir seu objetivo de lesar a arrecadação tributária, mesmo que anteriormente os contribuintes tivessem praticado condutas fraudulentas, representam possibilidades em que se admitiria a tentativa do crime fiscal.

Ocorre que, convém relembrar, a tutela penal da arrecadação tributária não se sustenta somente no interesse meramente estatal que, como se sabe, sempre tende a beneficiar exclusivamente a pretensão arrecadatória inerente ao *poder de tributar* do Estado Social. A legitimidade do tratamento penal de tal questão só se faz presente caso o objetivo seja também e principalmente proteger um interesse maior da sociedade, a quem no final se destina toda a gama de serviços ou prestações estatais na esfera sócio-econômica, financiadas via tributação.

Não se prioriza a tutela do Estado enquanto ser próprio e desvinculado aos interesses da sociedade. Pelo contrário, a tutela penal surge como reforço a uma série de normas extrapenais predispostas a fornecerem ao Estado os recursos necessários para o custeio de políticas sócio-econômicas voltadas a incrementar a qualidade de vida da pessoa humana.

O crime fiscal, assim, não se consuma com a simples lesão efetiva à arrecadação tributária, bem jurídico imediato. Esta é condição para que se possa avaliar a lesividade (perigo) ao bem jurídico mediato, o risco de que fossem prejudicadas concretamente as funções extrafiscais do tributo. É certo, como destacado por Buján Perez, que a ofensa ao interesse supraindividual só poderia se dá no plano do *perigo*, especialmente em face da imprecisão e da amplitude conceitual de sua noção jurídica.[54] Em concreto, várias condutas isoladas ou não, lesivas à arrecadação tributária poderiam até resultar num perigo concreto ou

(53) Na situação inversa, em que não houvesse o cumprimento da obrigação acessória imposta ao contribuinte de direito do tributo, por ex. o empregador que deixasse de escriturar o desconto da contribuição previdenciária incidente sobre o salário do empregado e deixasse de recolher o valor de tal tributo à Previdência Social, o tipo penal cabível seria aquele do art. 337-A, II, do CP.

(54) *Derecho penal económico – Parte general...*, cit., p. 98-100.

até mesmo numa ofensa real às funções extrafiscais do tributo, com efeitos perversos na qualidade de vida das pessoas. Todavia, há que se admitir, também, que sem dano (relevante) ao bem jurídico imediato, a avaliação do perigo de lesão ao bem mediato passaria a ser regido exclusivamente por *presunções* de caráter absoluto, inadmissíveis por um Direito Penal que se quer ver *garantista*.

Não custa repetir que a normatividade própria do tributo indica sempre uma obrigação de pagar determinada quantia. Esta, por sua vez, decorre sempre da ocorrência de um fato gerador rigidamente previsto em lei. Se inexiste tal dever, qualquer outra ação ou omissão, ainda que fraudulenta, resulta da inobservância de diferente espécie de obrigação tributária (acessória), o que, neste caso, se equivaleria à figura do *crime impossível*, ante a absoluta ineficácia do meio (art. 17, CP).

De nada adiantaria ao comerciante, por exemplo, falsificar o livro de entrada de mercadorias em seu estabelecimento se, ao final do mês, não vendeu qualquer mercadoria e assim não tinha ICMS a pagar. Da mesma maneira, seria absolutamente impossível falar em tentativa de crime fiscal, se o contribuinte dolosamente omitisse na declaração anual de ajuste do imposto de renda, o recebimento de determinada quantia de natureza indenizatória, já que tal parcela estaria fora da hipótese de incidência do tributo. Ainda que em ambos os casos os agentes visassem lesar a arrecadação tributária, a inexistência da obrigação de pagar impossibilitaria a concretização de tal resultado, gerando apenas infrações decorrentes da inobservância de obrigações tributárias acessórias.

A existência do tributo *devido* e *não pago*, na realidade, guardada a devida proporção, parece com a declaração judicial de falência nos denominados crimes falimentares. Tal circunstância normalmente aparece como condição objetiva de punibilidade.[55] Todavia, com ela não se confunde, posto que por definição, tributo revela sempre um valor a ser pago e o não cumprimento de tal obrigação necessariamente repercute num dano materialmente apreciável à arrecadação tributária, sendo assim um elemento do próprio tipo do injusto dos crimes fiscais.

Suprimir ou reduzir tributo significa somente não pagar o valor devido pelo contribuinte/agente. Da mesma forma, nos crimes fiscais omissivos impróprios (apropriação indébita *tributária/previdenciária*), o sujeito/contribuinte de direito deixa de pagar (obrigação tributária principal) tributo originalmente devido por terceiro/contribuinte de fato, mas que, obedecendo a um sistema especial de arrecadação por substituição tributária, acaba resultando sempre numa lesão apreciável ao bem jurídico imediato. As ações ou omissões típicas, como se observa, recaem sobre um fato *normativo* que revela o descumprimento (doloso) da obrigação tributária de pagar certa quantia. Tal resultado lesivo decorre da anterior existência de um tributo devido, sendo este, pois, o elemento objetivo central do injusto típico dos crimes fiscais.

(55) A respeito, ver TAVARES, Juarez. *Teoria...*, cit., p. 203-204.

Na verdade, as espécies tributárias, para além de serem elementos normativos constantes dos crimes fiscais, são ainda objetos materiais dos delitos e, por tratarem da representação de um valor monetário certo, também revelam o conteúdo material das condutas típicas. Impossível sonegar *zero* real! Ou se sonega alguma quantia, ou não será possível dizer da ocorrência de um tributo devido!

Os crimes fiscais, comissivos ou omissivos (impróprios), são sempre crimes de dano quanto ao bem jurídico imediato. Após a constatação de tal lesão, é que se pode avaliar o perigo de dano a que foi submetido o bem jurídico mediato. A ofensa à arrecadação tributária, por sua vez, sempre haverá de ser alcançada pelo dolo do agente, tanto que não seria possível esquecer neste momento, de que as diversas normas penais mencionadas tratam de formas agravadas ou atenuadas quando ocorrem determinadas quantias efetivamente sonegadas.

Quanto se observa tais circunstâncias agravantes ou atenuantes, baseadas em critérios quantitativos, é que se apresenta ainda mais evidente a constatação de que o resultado lesivo dos crimes fiscais entranha-se de maneira íntima e inafastável com a própria tipicidade material dos delitos. Este dano à arrecadação tributária não pode ser confundido, assim, com uma das chamadas condições objetivas de punibilidade.[56]

Ademais, imagine-se o seguinte quadro. Como sabido, o pagamento do tributo sonegado (ainda que haja normas diversas para os crimes da lei especial e os do Código Penal) antes do oferecimento ou do recebimento da peça acusatória provoca relevantes efeitos na punibilidade dos crimes fiscais. Pouco importa, aqui, que o agente tenha ou não agido de maneira espontânea, como também fraudando, *v.g.*, os livros contábeis de sua empresa. Sem o surgimento da obrigação tributária, porém, não haveria tributo e, conseqüentemente, um crédito tributário a ser pago, a não ser aqueles valores decorrentes de multas impostas por violação de obrigações tributárias acessórias.

Em se admitindo a forma tentada dos crimes fiscais, ante aquele contexto, o agente de um delito consumado acabaria recebendo um tratamento legal mais benéfico do que a pessoa que supostamente só *tentou* lesar a arrecadação tributária, porque para ele haveria um valor a ser pago e assim extinguir a punibilidade do delito. Nem se diga, ainda, que haveria um crédito a ser pago ao fisco em decorrência das multas eventualmente aplicadas pela Administração Tributária, pois que, por expressa definição legal, a obrigação de pagar própria do tributo decorre sempre de um *ato lícito* e nunca de um ilícito (art. 3.º, CTN).

Atente-se, por oportuno, que o art. 1.º da Lei 8.137/90, ao se referir à supressão ou redução de tributos e *qualquer acessório* jamais pretendeu alargar o con-

(56) Em tal contexto, ganha especial importância a questão do erro, já que, havendo o desconhecimento do dever de pagar quantia certa ao fisco, ainda que escusável ou evitável, a conclusão será pela completa atipicidade da conduta imputada ao contribuinte (art. 20, CP), considerando que inexistem formas culposas de crimes fiscais.

ceito próprio de tributo previsto na lei tributária, enquanto obrigação *compulsória, pecuniária e decorrente de ato lícito*. Pelo contrário, tal *acessório* diz respeito unicamente a determinadas parcelas monetárias que integram o valor principal do tributo devido, como é o caso dos juros moratórios e da própria correção monetária da quantia sonegada.

Como se vê, em face do caráter *pluriofensivo* do crime fiscal, com o que se exige sempre uma afetação material ao interesse jurídico imediato e outra potencial ao bem jurídico mediato, como também da próprio tipicidade objetiva de tal delito, a tentativa, creio eu, parece não ser cabível. O contrário, por óbvio, seria o mesmo que, uma vez mais, admitir em relação ao interesse mediatamente tutelado, a figura delituosa representada pelo *perigo do perigo*.

Contudo, de se dizer que aquelas condutas fraudulentas que modelam as ações nucleares dos crimes fiscais podem se adequar ao tipo penal de diferentes crimes, como por exemplo, a falsidade material ou ideológica de documentos (arts. 297 e 299, CP), muito embora duvidosa a capacidade de tais fraudes ofenderem efetivamente a fé pública.

3.3 Conclusão

Do que restou dito sobre os crimes fiscais, pode-se constatar que, sem dúvida alguma tais delitos representam com perfeição crimes sócio-econômicos. São crimes próprios (do colarinho branco), normalmente praticados por meio de empresa (empresariais), buscam reforçar a tutela de um interesse imediatamente estatal (arrecadação tributária) e também de um bem mediatamente supraindividual (as funções extrafiscais do tributo), sendo que este último serve ainda como fonte de legitimação da tutela penal, além da técnica legislativa dos tipos penais abertos, com o que a questão normativa tributária aparece como prejudicial à criminal.

A absoluta independência das instâncias administrativa e judicial, em tal quadro, é questionável, haja vista que cabe exclusivamente à autoridade tributária afirmar a existência de um tributo devido e não pago. Posteriormente é que o juiz criminal também poderá atestar a ocorrência da obrigação tributária, como ainda poderá negá-la, reconhecendo a atipicidade da conduta imputada. Mas num primeiro momento, de maneira exclusiva e indelegável, só a autoridade tributária possui o *poder-dever* de dizer sobre a existência de um tributo.

O lançamento tributário ou o procedimento administrativo em que se reveste funciona, pois, como uma espécie de *laudo técnico* necessário para a identificação da própria tipicidade material do crime fiscal. A avaliação da tipicidade material do crime fiscal, em tal situação, fica dependente da prévia conclusão da autoridade tributária pela ocorrência do fato gerador do tributo sonegado.

Essa prejudicialidade da matéria tributária serve também para avaliar, além da existência do tributo, o valor do crédito devido ou para a identificação dos

sujeitos ativo e passivo do crime fiscal. Resolvidas tais questões pela autoridade tributária competente, é que se poderá começar o processo de adequação da conduta praticada ao tipo delituoso previsto pela lei penal fiscal, especialmente no plano subjetivo (dolo).

Daí a necessidade de se aguardar, em concreto, o exaurimento da instância administrativa/tributária para o início de qualquer ação penal pela prática dos diferentes crimes fiscais. Não por se tratar de uma condição objetiva de punibilidade ou, ainda, de pressuposto da ação penal, mas porque nenhuma outra autoridade pública, que não a vinculada à Administração Tributária, possui o *poder-dever* de afirmar a existência do tributo devido, objeto material dos delitos fiscais.

É certo que os Tribunais pátrios vêm evitando afirmar a flexibilização de tal independência entre as instâncias administrativa e penal, o que, aliás, não poderia ser diferente, ante a tradicional tendência do Poder Público sempre evitar a perda de parte de seus *poderes constitucionais*. Exemplar em tal situação, acórdão do colendo STJ, relatado pelo culto Min. Félix Fischer, cuja ementa merece ser transcrita:

"Penal e processual penal – *Habeas corpus* – Crime contra a ordem tributária. I. Não se trata, aqui, acerca de eventual condição de procedibilidade para a atuação do *Parquet*, mesmo porque foi a denúncia oferecida e recebida, não obstante estarem sendo os débitos apurados em sede administrativa. Tampouco versa a questão sobre a vinculação ou submissão do Poder Judiciário às decisões tomadas administrativamente. Todavia, o reconhecimento, pela própria Administração – a detentora exclusiva do poder-dever de verificar a ocorrência do fato gerador e lançar o crédito – da inexistência, em relação às operações apuradas no processo criminal, de qualquer responsabilidade de natureza tributária, pode fazer desaparecer a justa causa. II. A legislação penal-tributária tem dado destaque ao efetivo recolhimento do valor do tributo. Isso fica evidente com o advento do art. 34 da Lei 9.249/95, pelo qual se extingue a punibilidade se promovido pelo agente o pagamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia. *Writ* deferido."[57]

Ora, *permissa venia*, não há razão alguma para fugir da constatação de que existe de fato um vínculo inseparável entre as instâncias administrativa e penal no que se refere aos delitos fiscais. O próprio relator do acórdão transcrito chega a levantar uma questão interessante, ao comparar a situação da pessoa que tivesse efetivamente sonegado tributo, frente à especial causa de extinção da punibilidade decorrente do pagamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia, com a de outra pessoa que, não havendo um crédito fiscal firmado pela Administração Tributária, estaria impedida de usufruir o benefício da extinção da punibilidade mencionada.

(57) HC 18.005-RS, 5.ª T., j. 26.03.2002, *DJU* 20.05.2002. No mesmo sentido, cf. RHC 8.335-SP, *DJU* 14.07.1999 e RHC 8.762-DF, *DJU* 28.02.2000.

Destarte, não há que se falar simplesmente em ausência de justa causa para a ação penal, vez que assim se estaria colocando a decisão administrativa como singelo pressuposto da ação. Na realidade, sendo o tributo elementar do tipo objetivo dos crimes fiscais, cuja constatação da materialidade é de competência exclusiva da Administração Tributária, a tal da independência de instâncias não pode ser vista mais de forma absoluta, mas tão-somente relativa, o que, por sua vez, demonstra o contrário, ou seja, a interdependência das instâncias administrativa e penal.

Em outras palavras, o juiz criminal ou o representante do Ministério Público podem até afirmar a existência de um tributo devido. Neste caso, porém, se já existir a prévia comprovação do fato pela Administração Tributária, de forma a impedir a possibilidade inversa. Podem, também, negar a conclusão do órgão administrativo, mas não possuem competência para atestar, independentemente deste último, a ocorrência de um fato gerador tributário.[58]

Por outro lado, o objeto da tutela penal do crime fiscal, como qualquer outro delito sócio-econômico, divide-se em dois interesses interligados, mas com significados diversos. Num primeiro instante, busca-se a proteção da arrecadação tributária, como forma de reforçar o financiamento da máquina estatal (sem falar de algumas despesas supérfluas dos governantes mais megalomaníacos). Ao mesmo tempo, legitimando a utilização da lei penal, protege-se as funções extrafiscais do tributo, enquanto instrumento garantidor das políticas públicas necessárias para garantir às pessoas uma vida digna.

O bem jurídico imediato é capaz de sofrer uma lesão material e quantitativamente apreciável. Já o interesse mediato, pela imprecisão própria dos bens supraindividuais, normalmente só pode ser colocado numa situação de perigo de ofensa. A lesão ao primeiro, como fator condicionante da tipicidade do crime fiscal, é também condição necessária para se avaliar o perigo de lesão ao segundo bem tutelado.

Lembre-se que a Lei 8.137/90 impõe a majoração da pena quando o crime fiscal resultar em grave dano à coletividade. O Código Penal, por seu turno, dispõe sobre danos que considera de pequeno valor, para determinar a atenuação das penas dos crimes fiscais/previdenciários nele previsto. Para mais ou para menos, pode-se dizer que o crime fiscal sem exceção provoca sempre um dano à arrecadação fiscal, daí porque não se poderia cogitar, inclusive, de tentativa de tal espécie delituosa.

(58) Vale destacar a Súmula 27 do TJMG com o seguinte enunciado: "O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição ao exercício da ação penal". Observe-se que a Justiça mineira consolidou um entendimento que, *data venia*, desconhece a realidade típica dos crimes fiscais. Como se defende neste trabalho, o tal procedimento administrativo simplesmente aparece como o instrumento de elucidação da matéria tributária que modela os crimes fiscais. Ainda que de ação penal pública incondicionada, os crimes fiscais dependem da constatação da matéria prejudicial, o que é feito no âmbito administrativo.

A antecipação da tutela penal para aquém do dano real ao bem jurídico imediato, como no caso da tentativa e das figuras do art. 2.º da Lei Penal especial, leva à conclusão de que o instrumento penal está sendo usado para combater o *perigo do perigo* de dano ao bem jurídico mediato. Neste caso, estar-se-ia negando o caráter de *ultima ratio* da norma penal em matéria tributária. Assim sendo, a pluriofensividade própria dos crimes fiscais, juntamente com sua íntima vinculação com a matéria tributária que lhe dá sustentação fática, revela que tais crimes não podem ser vistos senão como crimes sócio-econômicos.

Bibliografia

ARAÚJO JR., João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995.

———. "Os grandes movimentos de política criminal". In LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cézar Roberto. "Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco". *RBCCrim* 11/118/127, jul.-set. 1995.

BÚJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho penal económico – Parte general*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998.

———. *Derecho penal económico – Parte especial*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CERVINI, Raúl. "Macrocriminalidad económica – Apuntes para una aproximación metodológica". *RBCCrim* 11/50-79, jul.-set. 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. "Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica". *RBCCrim* 11/7-21, jul.-set. 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'". *RBCCrim* 33, jan.-mar. 2001

———. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manoel da Costa. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DERZI, Misabel Abreu Machado. "Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária". *RBCCrim* 31/201-217, jul.-set. 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos". *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. São Paulo: RT, 2001.

———. "Sobre a impunidade da macrodelinqüência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem". *RBCCrim* 11/166-174, jul.-set. 1995.

HASSEMER, Wilfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal". *RBCCrim* 8/41-51, out.-dez. 1994.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MACHADO, Agapito. *Contrabando e descaminho*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância penal como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: RT, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. IV.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.

———. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: RT, 1973.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade". *Direito penal económico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Juruá, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal". *Direito penal económico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. vol. II.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. "Crimes previdenciários". *RBCCrim* 36/309-350, out.-dez. 2001.

———. "Tipicidade no direito penal econômico. A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal". *RT* 725/407-427. São Paulo: RT, 2001.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário – A função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

3.2

TIPOS DE AUTOR E LEI DE TÓXICOS OU: interpretando democraticamente uma lei autoritária *

LUÍS GRECO

SUMÁRIO: 1. O problema: a pena do art. 12 da Lei 6.368 é crassamente desproporcionada – 2. Uma tese: o art. 12 da Lei de Tóxicos é um tipo de autor disfarçado – 3. Ainda sobre a tese: a teoria dos tipos de autor é uma teoria ligada ao nazismo? – 4. A solução ideal (*de lege ferenda*): reduzir drasticamente a pena do tráfico de entorpecentes, expurgando a agravação pela qualidade do autor – 5. A solução provisória (*de lege lata*): não aplicar a norma do art. 12 aos "não-traficantes" – Bibliografia.

Resumo: O texto sustenta uma tese básica: que a legislação brasileira de antitóxicos, ao se estruturar sobre as figuras do traficante (art. 12) e do usuário (art. 16), tipifica não ações, e sim modos de ser, é direito penal não de fato, e sim de autor; e uma tese secundária: que o direito penal de autor é uma manifestação autoritária, que teve seu auge na época do nacional-socialismo. Dessas duas teses deriva a conclusão do estudo: que a doutrina deve esforçar-se por interpretar a Lei de Tóxicos segundo os cânones de um Estado liberal e democrático. E daí se chega à principal proposta concreta do trabalho: restringir a aplicação do dispositivo do art. 12, com suas penas draconianas, somente àqueles que realizem as atividades ali descritas em caráter habitual e com intuito de lucro.

Palavras-chave: Tóxicos – Direito penal de autor – Direito penal nacional-socialista – Tipos de autor – Culpabilidade pela conduta de vida.

1. O problema: a pena do art. 12 da Lei 6.368 é crassamente desproporcionada

O art. 12 da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), que descreve o crime de tráfico de entorpecentes, é duplamente assustador. Primeiro, porque a descrição da conduta proibida mais parece um dicionário: "importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda

(*) Na verdade, a conclusão básica deste trabalho – a de que o art. 12 da Lei de Tóxicos não se aplica às pessoas que realizem ações nele elencadas sem caráter de habitualidade e intuito de lucro, não é minha, mas de Marcelo Henrique Teixeira Pereira, que foi meu aluno na cadeira de Sociologia Criminal, no 1.º semestre de 2001, na

que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" – isso sem falar nos dois parágrafos, que igualmente não economizaram na utilização de verbos. Contudo, mais assustador que o tipo acima citado é a pena que se comina a quem realize quaisquer dos verbetes do dicionário: *reclusão, de 3 a 15 anos, e multa.*

Curiosamente, a pena cominada – repita-se, 3 a 15 anos de reclusão e multa – é superior à da participação em suicídio (art. 122, CP: 2 a 6 anos, se o suicídio se consuma, 1 a 3, se permanece em fase de tentativa, só resultando lesões graves) e da lesão corporal chamada gravíssima, que é a de que resulta, por exemplo, aborto ou perda de um membro (art. 129, § 2.º: 2 a 8 anos). A pena parece análoga a crimes como as lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3.º: 4 a 12 anos), o abandono de incapaz com resultado morte (art. 133, § 2.º: reclusão, 4 a 12 anos), os maus tratos com resultado morte (art. 136, § 3.º: reclusão, 4 a 12 anos), o roubo e a extorsão (arts. 157 e 158: reclusão, 4 a 10 anos e multa).

Qual seria o motivo de punir com pena análoga à de uma extorsão ou de lesões corporais seguidas de morte uma ação como a de "guardar" tóxico, se quem pratica esta última conduta não parece estar, em princípio, lesando bem jurídico algum?

O motivo, costuma-se dizer, é a saúde pública. Os crimes da Lei de Tóxicos, ao contrário dos que acima referimos, tutelam não bens jurídicos individuais, mas supra-individuais. E – prossegue o discurso – aquele que pratica uma das condutas do art. 12 lesiona, ou ao menos põe em sério perigo, a saúde pública, bem de interesse de todos os cidadãos.[1]

Mas tal argumentação não convence. Isso porque os outros crimes que tutelam bens jurídicos supra-individuais nada menos valiosos que a saúde pública não prevêem penas tão severas. Assim, por exemplo, o incêndio (art. 250), a explosão (art. 251), a inundação (art. 254) são punidos com 3 a 6 anos de reclusão. Um crime bem próximo, em conteúdo de desvalor, ao crime de tráfico de entorpecentes é o do art. 278 do CP: "fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal". E, mais uma vez, a pena é consideravelmente menor: detenção, de 1 a 3

Faculdade de Direito da UFRJ. A ele, portanto, meus agradecimentos e meus votos de que ainda dê muitas contribuições à evolução da ciência do direito penal!

(1) Vide, p. ex., Damásio de Jesus. *Lei de tóxicos anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12; Celso Delmanto. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 16. Note-se, de passagem, que o bem jurídico "saúde pública" tem sido cada vez questionado pela doutrina moderna: cf., p. ex., M. Köhler. "Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht". *ZStW* 104 (1992), p. 3 et seq.; Frisch. "An den Grenzen des Strafrechts". Küper/Welp (Eds.). *Festschrift für Stree u. Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller; 1993. p. 69 et seq. (p. 94).

anos, e multa. Pena similar à do tráfico de entorpecentes recebem somente ações bem mais lesivas e graves, como a provocação de um desastre rodoviário (art. 260, § 1.º: 4 a 12 anos de reclusão).

Em segundo lugar, o argumento não convence também porque várias dentre as ações previstas na norma incriminadora não representam qualquer ameaça à saúde pública. Por mais abstrato que seja o conceito de perigo abstrato adotado, condutas como "ter em depósito", "guardar" ou "trazer consigo" substância entorpecente em nada prejudicam o referido bem jurídico. Portanto, considerações que digam respeito ao valor do bem jurídico não justificam a exasperação da pena.

Logo, em virtude destas duas considerações, permanece sem resposta a pergunta quanto ao motivo da cominação de tal pena para as condutas do art. 12 da Lei 6.368/76.

2. Uma tese: o art. 12 da Lei de Tóxicos é um tipo de autor disfarçado

O que teria, então, levado o legislador a cominar penas tão graves para a realização do tipo do art. 12 da Lei de Tóxicos?

Algo que seja capaz, a uma só vez, de explicar as duas aporias acima levantadas: primeiramente, por que o legislador pune o tráfico de entorpecentes com pena análoga à do desastre ferroviário; e, além disso, por que o legislador aplica tais penas inclusive sobre condutas que não geram qualquer perigo para a saúde pública.

A resposta é simples: *o art. 12 se aplica a traficantes*. Isto, aliás, é confirmado pelos próprios comentadores da lei (ou pelos poucos deles que sequer julgam necessário explicar o porquê de uma pena tão severa): "A pena privativa de liberdade foi novamente exacerbada comparando-se os textos de 1940, do Dec.-lei 385 e da Lei 5.726. Justifica-se a exacerbação em virtude da distinção feita em relação àquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, agora punido com detenção. Foi deixada grande margem de discricionariedade ao juiz para a fixação da pena, a fim de que possa o magistrado apenar diferentemente o pequeno e o grande traficante".[2] Ou seja, a Lei de Tóxicos estrutura-se sobre esta distinção entre o traficante (art. 12) e o usuário (art. 16). O art. 12 se aplica a este primeiro grupo de pessoas que, aos olhos da lei, é composto de indivíduos sumamente abjetos, que enriquecem às custas do vício e da miséria alheia ou que pelo menos contribuem para que os outros continuem no caminho da perdição. "Guardar substância entorpecente" é, aos olhos do legislador, uma ação tão grave quanto causar um desastre ferroviário, porque quem a comete é uma pessoa imoral, que explora a debilidade alheia, fazendo dela expediente para a própria locupletação. Quem guarda tóxico não é punido

(2) Vicente Greco Filho. *Tóxicos. Prevenção – Repressão*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 95.

porque guarda, mas porque trafica. A finalidade desta norma incriminadora estaria, assim, menos em prevenir atos do que em punir traficantes; ao punir inclusive condutas socialmente neutras, tem em vista personalidades socialmente nocivas.

Noutras palavras: a norma do art. 12 só aparentemente descreve ações proibidas. Na verdade, ela busca é a figura do traficante. *Não se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias ações mencionadas.* Ocorre que, ao arrolar entre elas condutas não-ameaçadoras para o bem jurídico saúde pública, o legislador se traiu, mostrando que não quer proibir só ações, mas personalidades, autores.

Talvez se diga que a quantidade de verbos utilizada pelo legislador seria justamente uma prova do contrário – de que ele quer proibir ações, e não autores. Contudo, se analisarmos qualquer dos verbos constantes no art. 12 isoladamente, mesmo um dos que parece mais grave, como o "importar", fica claro o seguinte: quem importa uma vez tóxico (e o direito penal de fato pune somente a ação isolada) não causa o mesmo dano à sociedade que quem provoca desastre ferroviário. O conteúdo de injusto do art. 12, o desvalor de ação e de resultado nele contido, não é, de modo algum, comparável ao do art. 260, § 1.º, do CP (desastre ferroviário). Isto faz concluir que, ao lado do desvalor do ato e do desvalor do resultado, este injusto tem por conteúdo uma terceira espécie de desvalor: um *desvalor de personalidade.*

O problema está em saber se o direito penal do Estado Social de Direito, que é um direito penal de fato, pode permitir-se aumentar a pena com base num suposto desvalor da personalidade.

3. Ainda sobre a tese: a teoria dos tipos de autor é uma teoria ligada ao nazismo?

A resposta é óbvia: é claro que não.

O legislador, ao proibir o traficante, não foi, nem quis ser, original. Seguiu a teoria dos tipos de autor, não por acaso fruto daqueles anos dourados que foram a década de 30 na Alemanha. O direito penal de fato era alcunhado pejorativamente de burguês, liberal.[3] Um direito penal autoritário teria de voltar-se

(3) Uma crítica do direito penal liberal é feita por Dahm/Schaffstein. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933. p. 7 et seq. À p. 32, acusam eles o direito penal liberal de ter se tornado a Magna Charta do delinqüente, esquecendo a sua função de "Magna Charta dos interesses do Estado". Assim, também, Gallas. "Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken". *ZStW* 53, (1934,) p. 11 et seq. (p. 22), para quem a "garantia da hegemonia do direito do Estado (Rechtsherrlichkeit des Staates) é a função primordial da Justiça penal".

para o autor, situá-lo dentro da comunidade nacional, compreendê-lo como um órgão que insiste em não cumprir a sua função dentro do organismo, que viola um fundamental dever de fidelidade. Assim, entre os Princípios Nacional-Socialistas para um novo Direito Penal alemão,[4] pode-se ler: "O direito penal nacional-socialista edifica-se sobre o dever de fidelidade do povo".[5] "Tarefa do Estado nacional-socialista é atingir com uma punição justa e expiatória o violador da fidelidade, que através dessa violação saiu da comunidade".[6] E na justificativa deste último princípio, diz-se: "É lugar comum que a defesa da comunidade do povo, a luta contra o inimigo do povo (Volksfeind) e a pessoa nociva para o povo (Volksschädling), contra o criminoso e a criminosidade (Verbrechertum), e a educação dos companheiros do povo para que se tornem membros úteis da comunidade, sejam a exigência autêntica e fundamental do nacional-socialismo".[7] "O decisivo é muito mais o direcionamento das bases do pensamento jurídico-penal para a vontade e o valor do autor em relação à comunidade".[8]

Começam, assim, a florescer trabalhos que se interessam pelo autor, esquecido pelos penalistas liberais, que construíram uma teoria do crime só com base na idéia de fato.

O neokantiano Erik Wolf, em 1932, publicava um pequeno livro, no qual definia: "o autor, em sua essência, é um membro pessoal da comunidade jurídica com uma disposição de ânimo decadente".[9] Wolf, contudo, admitia ser o direito vigente um direito penal de fato,[10] o que seria uma conseqüência de uma "época liberal temerosa do arbítrio judicial".[11] Contudo, os objetivos liberalizantes da lei não teriam sido alcançados, pois o juiz, ao aplicar os tipos de ação previstos na lei, em regra os complementaria com tipos de autor:[12] "(...) sabe-se que em todos os tipos estão presentes elementos 'normativos' e 'subjetivos' (...). Se esta conclusão, no sentido da normatividade de todos os elementos do tipo, está correta – e, hoje em dia, ela praticamente não é mais questionada – então deve-se abrir espaço à concepção de que o juiz, já na análise do tipo, tenha de realizar em todos os casos uma valoração subjetivo-normativa, ao invés de um ajuizamento ou verificação objetivo-cognitivo. Esta valoração, po-

(4) Hans Frank (Ed.). *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*. 2. ed. Reichsrechtsamt der NSDAP, 1935.

(5) É o 3.º princípio; vide *Nationalsozialistische...*, p. 12.

(6) É o 6.º princípio; vide *Nationalsozialistische...*, p. 13.

(7) *Nationalsozialistische...*, p. 25.

(8) Dahm. *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 18.

(9) Erik Wolf. *Vom Wesen des Täters*. Tübingen: Mohr, 1932. p. 16.

(10) Wolf. *Vom Wesen...*, p. 20.

(11) Idem, ibidem, p. 21.

(12) Idem, ibidem, p. 22.

rém, não é possível sem recorrer à disposição interna daqueles envolvidos no fato, sem conhecimento e compreensão de suas 'valorações paralelas' dos elementos dos tipos, em síntese: sem um conceito material de autor".[13] "Uma ação libidinosa não se pode verificar sem uma complementação do tipo de ação legal pelo tipo judicial de autor".[14]

Mezger, em 1938, para justificar a punição mais grave de pessoas de personalidade degenerada, formula o conceito de culpabilidade pela conduta de vida. Após louvar a idéia do tipo de autor, escreve: "Nós reconhecemos, isso sim, que de acordo com a única concepção hoje defensável, a pena diz respeito à 'essência do autor', e não unicamente a seu ato isolado. A lei, em seu novo § 20a, do StGB (Código Penal alemão), aponta de modo inegável nesta direção. Com efeito, o novo parágrafo diz: a culpabilidade penal do autor não é só sua culpabilidade pelo ato individual, mas também sua culpabilidade por toda a sua condução de vida (...)".[15] Formulou este autor também a idéia da inimizade ao direito (Rechtsfeindschaft), que existiria "quando o autor demonstra, através de seu ato, uma disposição global de ânimo 'que é incompatível com uma concepção sadia do justo e do injusto'".[16] Esta inimizade ao direito permitiria punir por dolo aquele que não agiu dolosamente, por faltar-lhe a consciência da ilicitude.[17-18]

O finalista Welzel, penalista preferido dos autores nacionais, em 1941, vai buscar em Aristóteles uma fundamentação para a culpabilidade pela personalidade. Cita Welzel algumas passagens centrais do filósofo grego, como: "As ações que se praticam numa determinada direção fazem de uma pessoa aquilo que ela é. (...) Aquele que com plena consciência pratica ações que o fazem injusto, torna-se injusto livremente; mas, por outro lado, não poderá deixar de ser injusto quando bem o quiser, tampouco quanto o doente poderá tornar-se são, se a sua doença for voluntária, por ter ele levado uma vida incontinente e não ter seguido os médicos. No início, era-lhe possível não ser doente, agora, não lho é mais (...). De modo similar, o injusto e o incontinente eram originalmente livres para não vir a tornar-se o que são, de maneira que eles são o que são por sua livre vontade. Após, contudo, não são mais livres para deixar de sê-lo".[19] Formula,

(13) Wolf. *Vom Wesen...*, p. 23.

(14) Idem, ibidem, p. 24.

(15) Mezger. "Die Straftat als Ganzes". *ZStW* 57 (1938), p. 675 et seq. (p. 688).

(16) Mezger. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949. p. 45.

(17) Mezger. *Moderne Wege...*, p. 43.

(18) Mezger era um dos defensores da chamada "teoria do dolo", para o qual a consciência da ilicitude seria um dos pressupostos do agir doloso: "el actuar doloso exige, según el correcto criterio, el conocimiento de la significación antijurídica de la acción" (*Tratado de derecho penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. vol. II, p. 139).

(19) Welzel. "Persönlichkeit und Schuld". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: DeGruyter, 1975 (orig. 1941), p. 185 et seq. (p. 210-211).

então, Welzel suas próprias considerações: "Com isto, a teoria da culpabilidade de autor está completa. (...) A culpabilidade é aqui o deixar-se levar, em sentido geral: o deixar-se-tornar-algo-'ruim'. A culpabilidade de autor é mais grave que a culpabilidade pelo ato".[20]

Mas é Dahm, penalista da chamada Escola de Kiel, o núcleo do direito penal nazista, quem vai formular o mecanismo mais elaborado para se levar em consideração a personalidade do autor na teoria do delito: o tipo normativo de autor. Para Dahm, o sentimento popular é a matéria prima da qual o legislador molda as suas normas: "Nós acreditamos que a comunidade do povo ou da família em si já compreendem ordenações da vida plenas de sentido, que trazem em seu âmago uma lei, um direito interior. (...) Os juízos valorativos do legislador assim como os conceitos da ciência jurídica devem refletir esta realidade plena de sentido".[21] "Conceitos como o furto e o roubo, a injúria e a traição ao povo, a tentativa e a culpa, não são produtos artificiais do legislador, mas idéias dotadas de historicidade, vivas na consciência do povo e com relevância para a vida da comunidade, com as quais tanto o juiz, quanto o legislador, devem contar".[22] Assim, o princípio da legalidade se relativiza, não só a favor, mas também contra o réu: "Ainda onde a formulação legislativa do tipo de delito seja em essência completa e correta, o recurso às idéias de ato e de autor subjacentes às descrições legais podem fazer surgir restrições ou extensões do tipo e fornecer diretrizes para a interpretação".[23]

Para Dahm, os tipos não proíbem só ações, mas modos de ser. "O tipo de autor representa aqui 'uma idéia de personalidade', uma 'imagem de homem', a representação viva que faz o povo do assassino, do ladrão, do receptador, do proxeneta".[24] Deve-se punir por furto não aquele que subtrai coisa alheia móvel com fim de assenhorar-se, mas aquele que for, em sua essência, um ladrão. A essência do ladrão corresponderia à imagem que dele existe no são sentimento do povo.

A teoria dos tipos de autor chegou a ser consagrada pelo legislador do III Reich, em especial no campo do direito penal de guerra. Duas leis de 1939 puniam a figura difusa do indivíduo "nocivo para o povo" (Volksschädling), bem como a do "criminoso habitual".[25]

Bem se vê que a teorização de Dahm, por recorrer ao são sentimento do povo, não está em condições de atender às exigências de garantia e de determinação

(20) Welzel. *Persönlichkeit...*, p. 211-212.

(21) Dahm. "Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft". *ZStW* 52 (1938), p. 225 et seq. (p. 251).

(22) Dahm. "Der Methodenstreit...", p. 252.

(23) Idem, ibidem, p. 253.

(24) Idem, ibidem, p. 257.

(25) Vide Roxin. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C. H. Beck, 1997. § 6/10. vol. I.

impostas pelo Estado Social de Direito ao direito penal.[26] Contudo, ela tem um aspecto positivo, que não pode ser esquecido: permitir que se interprete o direito nazista contra o nazismo, excluindo do alcance do tipo aqueles grupos de autores que, aos olhos do legislador, nele não deveriam estar compreendidos.[27]

4. A solução ideal (*de lege ferenda*): reduzir drasticamente a pena do tráfico de entorpecentes, expurgando a agravação pela qualidade do autor

O remédio para uma lei ruim não é a interpretação, mas a sua revogação e substituição por uma lei boa. O melhor que poderia o legislador fazer seria justamente respeitar a idéia do Estado Social de Direito, que exige um direito penal de fato e recusa o direito penal de autor. Para um direito penal de fato, a culpabilidade é uma culpabilidade pelo fato, e não pela condução de vida, nem pela personalidade; o injusto é desvalor da ação e desvalor do resultado e carece de uma componente de desvalor da personalidade. Logo, será impossível punir ações só porque são comumente praticadas por traficantes, apesar de não perigosas para a saúde pública. E igualmente não se justificará punir uma mesma conduta com penas que oscilam entre 3 e 15 anos. Se o traficante deve ser punido,[28] que o seja com uma pena bem mais reduzida, proporcional à carga de desvalor de ação e de resultado do injusto por ele realizado. Esta proporcionalidade deve ser

(26) Veja-se a crítica de Ferrajoli. *Diritto e ragione*. 2. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 489-490; Muñoz Conde, in Muñoz Conde/García Arán. *Derecho penal, Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 236: "El derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitária del mismo".

(27) Nesse sentido, também, Roxin, *Strafrecht...*, § 6/12, que considera a teoria dos tipos normativos de autor útil como instrumento de interpretação restritiva dos tipos (ou seja, admite sua aplicação *in bonam partem*), desde que haja arrimo nas finalidades da norma.

(28) Não se discutirá, no âmbito deste trabalho, que tem por objeto unicamente o campo de aplicação de um artigo da Lei de Tóxicos, se o direito penal é realmente um instrumento adequado para solucionar o problema das drogas. Há respeitáveis defensores da opinião contrária, como Maria Lúcia Karam. "Novos caminhos para a questão das drogas". *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 17 et seq.; Salo de Carvalho. *A política criminal de drogas no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 255; Zaffaroni. "Política criminal en materia de drogas en la Republica Argentina". In Díez Ripollés/Laurenzo Capello (Coordenadores). *La actual política criminal sobre drogas – Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 117 et seq.; Chambliss. *Power, politics and crime*. Colorado: Westview Press, 1999. p. 80 et seq. Interessante a opinião de Michael Bock. "Abgründe der Drogenpolitik. Ein Beitrag zur Interdisziplinarität des Nichtwissens". Albrecht etc. (Eds.), *Festschrift für Günther Kaiser*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, vol. I, p. 699 et seq., para o qual incumbe aos penalistas e criminólogos, primariamente, esclarecer ambos os lados – tanto os pró-criminalização quanto os contra – a respeito dos insuficientes fundamentos empíricos em que se baseiam (p. 713 et seq.).

medida em especial em face de outros crimes do Código Penal, podendo-se ter uma certeza: traficar entorpecente jamais será tão grave quanto lesões corporais seguidas de morte ou desastres ferroviários. Talvez se objete: quem vende tóxicos, porém, causa inúmeras mortes, o que tornaria sua conduta mais desvaliosa. Que responda, então, pelos homicídios, que se configurarão nos casos em que o consumo da droga não represente uma auto-colocação responsável em perigo, que exclui a imputação objetiva.[29] Porém, puni-lo por mortes que só remotamente pode vir a causar seria o mesmo que punir os fabricantes de carros pelos homicídios a que o tráfico rodado dá causa.

5. A solução provisória (*de lege lata*): não aplicar a norma do art. 12 aos "não-traficantes"

A mãe "traz consigo", em sua bolsa, quantidade de maconha para entregar ao filho viciado. Ao encontrar o filho, efetivamente lhe "entrega" o tóxico. Um sujeito "guarda", em sua casa, um pouco de cocaína que um amigo ali esqueceu. Certa pessoa "guarda" maconha destinada a ser presenteada a amigos.[30] Outra "traz consigo", sem autorização legal, substância entorpecente.[31] Alguém aconselha ("induz ... alguém a usar entorpecente" – art. 12, § 2.º, I) a outrem que use maconha, quando quiser relaxar, outro diz ao amigo que, para gozar a noite na boate, nada melhor que ficar ligadão cheirando cocaína. Um indivíduo adquire tóxicos para uso próprio e de amigos ("fornecer, ainda que gratuitamente)".[32] Por fim, uma pessoa reúne viciados em sua residência, para consumo de tóxicos nela escondidos.[33]

Enfim, se estas figuras dificilmente se compreendem na idéia autoritária da qual partiu o legislador (o traficante, ou seja, sujeito ganancioso e mesquinho,

(29) Sobre o problema do homicídio na venda de tóxicos, tratando o caso como uma contribuição a uma auto-colocação em perigo, não punível, vide Schünemann. "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?". NStZ 1982, p. 60 et seq. Faz o autor ressalva unicamente para as hipóteses de autoria mediata (p. 63), com o que parece espelhar a opinião hoje majoritária. Para um quadro desta, vide Roxin. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, § 11/91 et seq.; Jescheck/Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 574; entre nós, Juarez Cirino dos Santos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 114.

(30) É o caso referido por Azevedo Franceschini. *Tóxicos*. São Paulo: Leud, 1980. p. 218, n. 368, no qual se decidiu pela condenação na pena do art. 12.

(31) Caso constante no livro *Entorpecentes – Série jurisprudência Adcoas*. 2. ed. São Paulo: Esplanada, 2000. p. 232. Decidiu o TJ-AC, obviamente, no sentido da condenação no art. 12.

(32) Outro caso referido por Azevedo Franceschini. *Tóxicos...*, p. 222, n. 381. Resultado: condenação pelo art. 12.

(33) Cf. Azevedo Franceschini. *Tóxicos...*, p. 223, n. 384. Para variar, também se condenou no art. 12.

que suga o sangue de pobres viciados), elas também não poderão se enquadrar no tipo do art. 12, que é um tipo de autor disfarçado. Se o legislador quis ser autoritário, fazendo uso de um mecanismo nazista para punir além do que seria legítimo em um Estado Social de Direito, interpretemos democraticamente essa norma autoritária, ao menos para restringir a sua aplicação aos casos em que realmente exista um "traficante".

O que faz de alguém, contudo, um *traficante*? Temos de tatear um pouco porque, obviamente, um direito penal de autor, como o que se está a interpretar, é sempre impreciso e autoritário. Ainda assim, talvez seja possível enumerar dois elementos que devem estar presentes para que se possa falar em um traficante. Em primeiro lugar, o sujeito deve praticar os atos não esporadicamente, mas com certa freqüência: este requisito objetivo é a habitualidade. Com isso, todos aqueles que praticaram um dos verbos capitulados no art. 12 uma única vez ficam excluídos do alcance deste dispositivo. Mas se exigirmos unicamente a habitualidade, a mãe que sempre compra a droga para depois entregá-la ao filho nele estaria abrangida. Daí porque é preciso um segundo elemento, de índole subjetiva: o intuito de auferir vantagem econômica. *Traficante é só quem pratica, com habitualidade e intuito de auferir vantagem econômica, as condutas descritas no art. 12.* A habitualidade, é claro, deverá ser comprovada, não se presumindo unicamente pela realização de uma das ações. Sem este elemento objetivo (habitualidade) e este outro subjetivo (intuito de auferir vantagem econômica), não há como chamar alguém de traficante, donde decorre: sua conduta não se enquadra, em absoluto, no art. 12.

Logo, permanecerá impune esse "traficante eventual", esse "não-traficante", aquela pessoa que comete uma das condutas capituladas no art. 12, sem caráter de habitualidade ou sem intuito de lucro? Sem essas elementares, o agente poderá, no máximo, ter a sua conduta punida como participação (isto é, auxílio, induzimento ou instigação) ao tipo do art. 16. Ou seja, a pena a ser-lhe aplicada será, no máximo, a pena do autor do art. 16 (6 meses a 2 anos e multa), que possui o domínio do fato, pena essa que, em regra, há de inclusive ser mais reduzida, em atenção à natureza acessória da participação. Com efeito, a participação não tem conteúdo de injusto (desvalor da ação e de resultado) completamente autônomo, mas em parte derivado, acessório, ao injusto em que se participa.[34] Logo, não pode lhe ser cominada moldura penal superior ao ato principal.

Estas considerações, contudo, são válidas unicamente *sub conditione*. E sob uma condição que, particularmente, não considero preenchida: a de que o art. 16 seja tido como constitucional. A punição do uso de tóxicos, conduta que provoca meras auto-lesões e não ultrapassa o limite da privacidade do envolvido, viola frontalmente a Constituição, mais precisamente os arts. 1.º, III (dignidade

(34) Sobre o fundamento de punição da participação (tópico, aliás, segundo sei, *jamais* discutido entre nós), que, para a doutrina dominante, está em ser a participação um ataque acessório ao bem jurídico, cf. Roxin. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 11. ed. Berlin: DeGruyter, 1992. § 26/27.

humana), 5.º, *caput* (liberdade), 5.º, VI e VIII (liberdade de consciência), e 5.º, X (intimidade, vida privada). Um Estado de Direito que mereça este nome justamente abdicou de uma das prerrogativas do Estado Autoritário: a de arvorar-se em juiz do bem-estar dos cidadãos. Logo, um direito penal que respeite a liberdade do cidadão de escolher o que é melhor para si, que o trate como um adulto responsável pelos próprios atos, não pode condená-lo por ter ele escolhido um caminho diferente do que se costuma seguir.[35] Assim, se o art. 16 é inconstitucional e o uso de drogas, bem como todos os atos preparatórios a ele relacionados, são atípicos, a participação em tais fatos atípicos tampouco poderá ser punida.

Em síntese: a conduta de contribuir para o consumo de tóxicos sem ser traficante (isto é, sem habitualidade ou intuito de lucro) poderá receber dois tratamentos. Aqueles que considerarem constitucional o art. 16 a punirão como participação neste artigo. Aqueles, como eu, que o consideram inconstitucional, a considerarão atípica.

Dentre as soluções possíveis *de lege lata*, esta parece ser uma das mais satisfatórias do ponto de vista político-criminal.[36] O art. 12 da Lei 6.368/76 deve ser lido como tipo de autor que é, acrescentando-se-lhe as elementares não escritas das quais partiu o legislador ao fixar uma pena tamanhamente grave. Isso não significa que, estando presente este elemento não escrito, a norma nazista e sua pena terrorista serão boas e legítimas. Na verdade, o que se conseguirá é tornar estes corpos estranhos dentro do Estado Social de Direito algo um pouco menos ilegítimo. E isto talvez já seja um passo no sentido de uma maior humanização do direito penal.

Bibliografia

AZEVEDO FRANCESCHINI. *Tóxicos*. São Paulo: Leud, 1980.

BARATTA. "Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas". In Díez Ripollés e Laurenzo Capello (Coordenadores). *La actual política criminal*

(35) Cf., principalmente, os citados estudos de Köhler. *Freiheitliches Rechtsprinzip...*, p. 26 et seq. e Frisch. *An den Grenzen...*, p. 94. Alguns autores já começam a falar em um direito fundamental à utilização de drogas: assim, Baratta. "Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas". In Díez Ripollés / Laurenzo Capello (Coordenadores). *La actual política criminal sobre drogas – Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 19 et seq. (p. 35): ("derecho del drogadicto a ser considerado como un individuo autónomo y responsable"); próximo, Thomas Szaz. *Our right to drugs*. New York: Praeger, 1992.

(36) Sobre as relações entre direito penal e política criminal, de uma perspectiva funcionalista, vide Roxin. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e meu estudo "Introdução à dogmática funcionalista do delito", *RBCCrim* 32/120 et seq. (2000) (p. 135 et seq., em especial a nota 61, à p. 136). Criticamente sobre o funcionalismo, Tavares. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 52 et seq., 143 et seq., 153 et seq.

sobre drogas – Una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 19 et seq.

BOCK, Michael. "Abgründe der Drogenpolitik. Ein Beitrag zur Interdisziplinarität des Nichtwissens". In Albrecht etc. (Eds.). *Festschrift für Günther Kaiser*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. vol. I, p. 699 et seq.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CHAMBLISS. *Power, politics and crime*. Colorado: Westview Press, 1999.

CIRINO DOS SANTOS. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

DAHM. "Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft". *ZStW* 52 (1938). p. 225 et seq.

———. *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935.

——— e SCHAFFSTEIN. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

ENTORPECENTES – Série Jurisprudência Adcoas. 2. ed. São Paulo: Esplanada, 2000.

FERRAJOLI. *Diritto e ragione*. 2. ed. Roma: Laterza, 1998.

FRANK, Hans (Ed.). *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*. 2. ed. Reichsrechtsamt der NSDAP, 1935.

FRISCH. *An den Grenzen des Strafrechts*. In Küper e Welp (Editores). *Festschrift für Stree u. Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 69 et seq.

GALLAS. "Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken". *ZStW* 53, (1934,) p. 11 et seq.

GRECO, Luís. "Introdução à dogmática funcionalista do delito". *RBCCrim* 32/120 et seq., 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos. Prevenção – Repressão*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

JESCHECK e WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio de. *Lei de tóxicos anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. "Novos caminhos para a questão das drogas". *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 17 et seq.

KÖHLER, M. "Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht". *ZStW* 104 (1992), p. 3 et seq.

MEZGER. "Die Straftat als Ganzes". *ZStW* 57 (1938), p. 675 e ss.

———. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. Berlin-München: Duncker & Humblot, 1949.

———. *Tratado de derecho penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. vol. II.

MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 11. ed. Berlin: DeGruyter, 1992. § 26.

———. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C. H. Beck, 1997. vol. I.

SCHÜNEMANN. "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?". *NStZ* 1982, p. 60 et seq.

SZAZ, Thomas. *Our right to drugs*. New York: Praeger, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WELZEL. "Persönlichkeit und Schuld". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: DeGruyter, 1975 (orig. 1941), p. 185 et seq.

WOLF, Erik. *Vom Wesen des Täters*. Tübingen: Mohr, 1932.

ZAFFARONI. "Política criminal en materia de drogas en la Republica Argentina". In Díez Ripollés e Laurenzo Capello (Coordenadores). *La actual política criminal sobre drogas – Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 117 et seq.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

PSICOLOGIA JURÍDICA: uma relação entre psicologia e mundo jurídico

GUGLIELMO GULOTTA*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Compensações e diferenças entre direito e psicologia – 3. Limitações legais à utilização da psicologia no processo penal – 4. Razões epistemológicas do ostracismo dos juristas – 5. Divisão da psicologia jurídica – 6. Áreas de aplicação da psicologia jurídica – 7. A realidade processual – 8. No umbral do ano 2000 – Bibliografia.

Resumo: no presente artigo são apresentadas as possíveis relações entre direito e psicologia bem como as já existentes. Mostra-se o processo como "encenação" e a grande relevância que a psicologia jurídica tem neste contexto; faz-se a divisão em sub-áreas desta, indicando qual a utilidade de cada uma. Por fim, o autor lança desafios a serem vencidos na assimilação maior, por parte do direito, das várias facetas da psicologia.

Palavras-chave: Psicologia – Psicologia jurídica – Processo – "Encenação" – Psicólogo – Realidade processual.

1. Introdução

A psicologia jurídica, com origem no início do século, somente hoje está assumindo sua dignidade científica de forma autônoma. No decorrer de um processo, as contribuições da psicologia poderiam ser de grande utilidade, mas, até o momento, a sua intervenção em âmbito jurídico tem sido limitada, restringindo-se a poucos casos. O auxílio do psicólogo-jurista, entretanto, tem se tornando cada vez mais importante e seus campos de aplicação mais vastos, sendo, pois, grandes as esperanças de uma colaboração sempre mais harmônica entre juízes, advogados e psicólogos.

A psicologia jurídica é uma disciplina que aplica a psicologia ao mundo legal e forense. Embora a sua história na Itália tenha começado no início do sécu-

(*) Tradução feita por Ana Paula Zomer Sica, Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Criminologia pela Universidade Estadual de Milão, Itália. Diretora de Comunicações do Grupo Brasileiro da AIDP. Revisão técnica de Alberto Silva Franco, Presidente de Honra do IBCCRIM.

lo, somente nestes últimos anos ganhou oficialmente os bancos universitários, adquirindo legitimidade científica autônoma. O trajeto-caminho foi tortuoso e certamente ainda existem muitas estradas a percorrer. Basta pensar que, com a só exceção da Universidade Católica de Milão, esta matéria não é ensinada em nenhuma outra faculdade do país (Patrizi, 1996).

2. Compensações e diferenças entre direito e psicologia

Tanto o direito como a psicologia se ocupam prevalentemente do comportamento humano: o primeiro, entre outras coisas, indica o que é proibido e o que é lícito, bem como fornece ao juiz elementos concretos para individualizar responsabilidades; a segunda, por seu turno, explica a motivação dos comportamentos e dos conflitos, diagnosticando-os sob diferentes pontos de vista.

Os juristas e os psicólogos representam duas comunidades de estudiosos que, embora tratem de dois campos conexos (e, no que tange ao juízo sobre o comportamento, praticamente idênticos), inspiram-se em pressupostos diversos, que, ao invés de predispor a um diálogo integrativo, tendem a enfatizar uma pretensa e recíproca incompatibilidade.

No meu ponto de vista, o cerne da questão é que o jurista não deve resolver problemas epistemológicos conexos à sua disciplina, na medida em que, sendo o direito um produto do homem, as normas e as regras que ele propõe se autojustificam, e todo o seu esforço conceitual dirige-se à hermenêutica, ou seja, à interpretação destas mesmas normas. Os psicólogos, por sua vez, confrontam-se sobre problemas filosóficos básicos, tentando, inclusive, estabelecer quais as regras que governam o comportamento humano.

3. Limitações legais à utilização da psicologia no processo penal

O legislador e a magistratura, na grande maioria das vezes, não aceitam de bom grado que seja chamado um especialista para diagnosticar a personalidade e o comportamento humano, tarefa que consideram confiada à sua experiência e sensibilidade.

Se uma pessoa é, por exemplo, acusada de homicídio, o juiz deve verificar, entre outras coisas: a) se cometeu o fato; b) em quais circunstâncias de tempo e lugar; c) o seu relacionamento com a vítima, em especial no momento do fato; d) o porquê cometeu aquele ato; e) a consciência e a intenção do homicida; f) se era capaz de entender e de querer no momento do homicídio. É fácil perceber que os itens *c*, *d*, *e*, e *f* também dizem respeito ao psicólogo.

E lógico, entretanto, que o ordenamento jurídico quer que seja o juiz, com as garantias que lhe são atribuídas, quem decida, e teme que um especialista da diagnose do comportamento possa desautorizá-lo. Por tal razão o Código de Processo Penal italiano, no seu art. 220, veta a chamada "perícia psicológica", ou seja, aquela destinada a avaliar o caráter e a personalidade do imputado. O absurdo é, porém, que um parecer técnico de tipo psicológico é previsto no pro-

cedimento referente a menores de idade, e não têm havido lamentos quanto a uma possível desautorização do juiz por parte do psicólogo nestes procedimentos... Para os adultos, entretanto, a insustentabilidade desta situação evidencia-se pelo fato de que o Código Penal, em seu art. 133, obriga o juiz a considerar, no cálculo da pena, entre outros, os motivos do crime e o caráter do réu.

Exsurge, pois, evidente que o legislador teme que o psicólogo, ocupando-se de várias áreas que também são de competência do juiz penal, e colocando-se ao lado deste no julgamento, possa, finalmente, inutilizar a pretensão punitiva do Estado. De outra parte, como já se disse, a atividade do psicólogo encontra grande espaço junto ao Tribunal para menores, o que se deve a razões "paternalistas", não sendo possível admitir-se que tal fato seja devido à crença de que o menor é "mais recuperável" do que o adulto já que o art. 27 da Constituição italiana, sem distinguir entre menores e adultos, expressamente proclama que a pena deverá tender à reeducação dos condenados. Do ponto de vista lógico, esta distinção entre a intervenção do psicólogo no Tribunal de menores e a sua falta de participação nos tribunais para maiores não tem qualquer justificação.

4. Razões epistemológicas do ostracismo dos juristas

Há ainda o elemento da desconfiança. Este nos leva a examinar as incongruências da outra comunidade em exame, ou seja, a dos psicólogos. A desconfiança do jurista nasce do conjunto de antinomias nas quais a psicologia se debate em relação a assuntos reciprocamente incompatíveis. Com efeito, a psicologia contemporânea oferece quase sempre paradigmas alternativos de interpretação dos fatos que representam diferentes perspectivas de avaliação (Marhaba, 1976).

Exemplificando, se o estudo da subjetividade humana pudesse ter lugar na psicologia científica, seria interpretado de duas maneiras absolutamente inconciliáveis, uma afirmativa, chamada "subjetivismo" e outra negativa, ou seja, o "anti-subjetivismo", ou "teoria do comportamento" ou "behaviorismo". O dissídio, pois, entre a perspectiva mecanomórfica e a antropomórfica, leva, de um lado, a privilegiar o estudo da natureza do homem, desprezando o senso comum, e de outro, a considerar, o mesmo homem, como entidade toda particular na natureza, constituindo o senso comum precioso índice objetivo da estrutura psicológica humana que permite a penetração em sua essência através de situações da vida quotidiana. Uma antinomia fundamental é, por exemplo, aquela pela qual na perspectiva mecanomórfica o homem é, como outros objetos da natureza, determinado e sujeito à lei de causalidade que governa o universo, ao passo que na perspectiva antropomórfica, como pode ser, por exemplo, aquela da psicologia existencial, o indivíduo é essencialmente livre: como disse Sartre "o homem é aquilo que faz daquilo que se deu conta"; Enquanto a perspectiva subjetivista é mental, a comportamental rejeita o conceito de mente, considerando-o uma construção hipotética absolutamente inútil para fins de pesquisa e de interpretação da conduta humana. A mente seria uma "caixa-preta", impossível de ser conhecida, da qual se pode prescindir para fins científicos. Para a

psicoanálise a exposição à violência e à agressividade pode ter um efeito liberatório e, portanto, neutralizante, para o behaviorismo e para os representantes da "aprendizagem social" é o meio através do qual o indivíduo aprende a ser violento. A neurose e a psicose são doenças que têm origem na falta de metabolização de experiências infantis, diz a psicanálise; para os behavioristas trata-se de uma inadequação ao ambiente derivada da aprendizagem e/ou do condicionamento; para outros, ainda, conceituar doença mental significa concretizar uma metáfora: os doentes são aqueles que não têm sintomas e que, conseqüentemente, estão dormindo; os chamados neuróticos e psicóticos são pessoas que simplesmente acordaram para os conflitos que a sociedade lhes coloca.

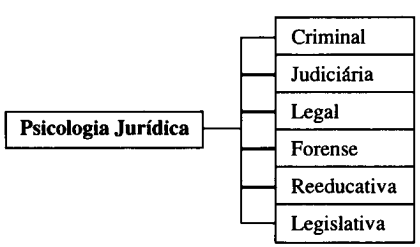
Como pode o jurista, que, como já dissemos, não deve enfrentar tais problemas epistemológicos, mas, somente os hermenêuticos, aceitar esta situação sem que seja convenientemente explicada? Como pode desamarrar-se com a ajuda da psicologia, num código que lhe fala de "capacidade de entender e de querer", de "consciência e vontade", de "estados emotivos e passionais" e que presume a existência do livre arbítrio?

Quando, com ouvidos de advogado, escuto um psicólogo falar em ambiente forense, advirto-o logo das razões da desconfiança em sua relação. O psicólogo omite os limites da sua avaliação, tendendo a ser apodítico e a parecer desavisado que, no estado de nossos e de seus conhecimentos, o que ele diz representa, freqüentemente, uma opinião refutável. Cabe aos psicólogos esclarecer estas antinomias e ter coragem de propô-las num campo de prova terrível como o do processo.

Veja-se, por exemplo, a jurisprudência em tema de imputabilidade: É confusa, desorientada, entre outros motivos, pela co-existência de diferentes modelos de doença mental que o juiz extrai das perícias fornecidas.

5. Divisão da psicologia jurídica

Apesar disso, a matéria possui uma grande vitalidade. No gráfico que segue veremos como pode ser dividida:



Criminal: Estuda o homem enquanto autor de crime e enquanto desviante.

Judiciária: Estuda o homem enquanto imputado e as pessoas que participam do processo (testemunhas, partes lesadas, advogados, juízes).

Legal: Coordena as noções psicológicas que ocorrem na aplicação das vigentes leis civis e penais.

Forense: Concerne às questões para cuja avaliação judiciária é relevante o aspeto psicológico.

Reeducativa: Estuda o homem submetido a uma pena ou a um tratamento, o significado, o valor, a utilidade e eficácia destes.

Legislativa: Contribui para o melhoramento das normas existentes e para a produção de novas normas jurídicas.

A utilização da psicologia no processo pode ocorrer de modo direto ou indireto. As noções de psicologia podem ser utilizadas *diretamente* em algumas categorias particulares, como, por exemplo, na avaliação da personalidade do imputado e da parte lesada; na credibilidade de uma testemunha, na interpretação de uma determinada norma jurídica.

No plano *indireto* a utilização da psicologia é mais sutil e complexa; Oferece a possibilidade de adquirir modelos conceituais e, conseqüentemente, de argumentação, acerca do comportamento humano que podem revelar-se extremamente úteis na avaliação de uma conduta para fins do juízo forense.

Seguem alguns exemplos de utilização:

		Norma e jurisprudência	***Psicologia***		
DIREITO	*SUBSTANCIAL* (diz respeito às sanções e normas referentes a determinados comportamentos e relações inter-subjetivas para rejeitá-las ou sancioná-las)	Publicações obscenas (art. 528, CP)	Perguntas sobre a concreta ofensa à suscetibilidade		
	PROCESSUAL (regula o modo pelo qual deve ser desenvolvido o processo)	*Perícias sobre testemunhas* (art. 196, CPP) *Normas para a audição de testemunhas* (art. 199, CPP)	*Psicologia do testemunho* Técnicas de *cross-examination*	***Direta*** ***Indireta***	***Aplicação***

6. Áreas de aplicação da psicologia jurídica

A psicologia jurídica se aplica quer em âmbito penal (concernente ao complexo de normas que sancionam com penas pecuniárias ou pessoais certas condutas), quer em âmbito civil, que diz respeito às relações entre cidadãos, quer, ainda, no campo da justiça de menores.

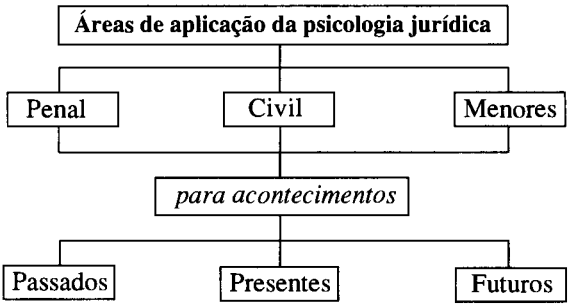
Na área civil os psicólogos empenham-se freqüentemente em questões relativas à guarda de filhos nos casos de separação e divórcio. Inexistindo no pro-

cesso civil as preclusões à perícia que norteiam o processo penal, o uso de consultores psicológicos é comum por parte do juiz que pede luz para estabelecer qual dos dois genitores em conflito pode ser o melhor guarda do filho, observado, exclusivamente, o interesse deste.

Também nas adoções de crianças os psicólogos são comumente chamados a avaliar a idoneidade do casal que a pede.

No âmbito de justiça de menores, como retro citado, o exame psicológico do menor imputado é uma realidade praticamente quotidiana sendo previstos, inclusive, procedimentos nos quais freqüentemente psicólogos empenham-se na repacificação do réu e da vítima.

As situações examinadas sob o enfoque psicológico podem dizer respeito a fatos *passados*, como, por exemplo, a capacidade de entender e de querer à época do fato, *presentes*, *v.g.* a capacidade para estar em juízo do imputado, e *futuros*, como, vale dizer, a periculosidade do réu.



7. A realidade processual

Um processo não se faz sobre aquilo que aconteceu, mas sobre o que *se diz* ter acontecido; portanto, os fatos, na sua reconstrução, são, de alguma forma, construídos.

No processo, a construção e a reconstrução, com os seus respectivos mitos estão presentes: a testemunha, por exemplo, constrói a realidade processual, fazendo-a parecer mais ou menos crível, contando aquilo que pensa ter percebido (a memória não é processo fotográfico do que se percebeu, tanto que os acontecimentos sucessivos, como as questões subjetivas, podem alterar a lembrança). O advogado constrói a realidade processual colocando em dificuldade uma testemunha desfavorável ao seu cliente, induzindo-a a admitir certas circunstâncias e reconstrói a realidade de uma forma mais favorável ao seu assistido. O Ministério Público reconstrói a realidade através da redação da imputação inicial, constrói a realidade processual opondo-se a fatos e interpretações que a contradigam.

Através destes procedimentos os protagonistas do processo escrevem cenas: o imputado, as testemunhas, a acusação pública, e os defensores, com as suas versões dos fatos e, o juiz, com a sua sentença: as pessoas, assim, tornam-se

personagens, os contextos tornam-se cenários. O processo, a bem da verdade, não é feito, e sim celebrado.

As partes interpretam esta "encenação" da qual advogados e juízes têm parcialmente a direção, embora estes também representem. O grau de "encenação" é exatamente proporcional à ambigüidade da situação a julgar o raio de interpretações possíveis. Utilizar a perspectiva teatral não significa sustentar que teatro e vida sejam a mesma coisa, mas sim, que aqui se representa não apenas no teatro, mas também na vida (Goffman, 1975). Ela possui uma função tanto "explicativa" como "constitutiva".

Do ponto de vista explicativo, a metáfora dramatúrgica ajuda a decifrar o que ocorre em um determinado contexto.

A cenografia, que, no nosso caso, é fornecida pela sala onde se desenvolve o procedimento, com seus escritos, símbolos, cadeiras de juízes mais altas que as normais, togas, perucas dos advogados ingleses e rituais como "Vossa Excelência", servem para confirmar os conteúdos recíprocos e as distâncias adequadas dos papéis demarcados que o próprio mobiliário distingue.

Pode-se, assim, compreender, por exemplo, a trama, ou a "encenação" da defesa, observando como os personagens se colocam (por exemplo, o advogado de prestígio que fala com segurança, desafiador, o réu afável e elegante, as suas testemunhas precisas e documentadas) e aquela da parte lesada (por exemplo, o advogado de pouca fama, mas com grande participação sócio-emotiva, a vítima perturbada, as suas testemunhas indignadas e solidárias). Isto tudo no que tange à construção da realidade no processo enquanto "palco". Entretanto, também na reconstrução do evento originário esta perspectiva pode ser útil.

Pode contribuir, por exemplo, na elaboração da "sintaxe dos comportamentos humanos" traçando o "trajeto das opções" a que, em cada parte da história, um determinado personagem é fatalmente submetido "para evidenciar aquela que poderia chamar-se de lógica energética, vez que essa colhe os personagens no momento em que decidem agir" (Barthes, 1982).

A função constitutiva da metáfora dramatúrgica explica, por seu turno, como, para atingir determinados objetivos, que, no nosso caso são, normalmente, a condenação, a absolvição e a credibilidade; as pessoas, enquanto atores sociais, controlam, a título protetivo, o estilo das suas emoções (o que contamina as suas atividades). Isto enquanto o indivíduo, no seu agir social, tende a controlar as impressões que se têm dele dentro de um contexto altamente ritualizado e finalizado como aquele processual, no qual estão em jogo muitos interesses vitais para os indivíduos. O fato de que as pessoas não apenas agem, mas também representam, comporta um notável comprometimento na reconstrução do fato.

O processo, a vida e o recitar profissional se interpenetram em vários níveis.

Arturo Zampaglione, no jornal *La Repubblica* de 23-24.02.1992, escreveu sobre o processo realizado nos Estados Unidos contra John Gotti, acusado de ser o mandante de homicídio de um mafioso, líder de uma família rival. O seu comportamento processual lembra o do ator Robert De Niro no filme *Os intocáveis*. As suas declarações parecem trechos tirados daquele filme.

Seria possível dizer que os filmes espelham fielmente a realidade de *Cosa Nostra*. Aliás, Henry Hill, um mafioso arrependido que vive na Flórida com uma nova identidade, mencionou num jornal que quando fazia parte daquelas organizações, freqüentemente assistia a filmes como *Mean Street*, (que ele próprio havia assistido cinco vezes) para observar como os atores se vestiam, falavam etc. Gotti, ainda no mesmo artigo, referiu-se ao fato de que, em audiência, comporta-se mais como ator do que como réu.

Salvatore Lo Cascio, co-réu no processo, chegou a repetir, em audiência, um trecho igual ao de um filme: "Neste país temos garantias constitucionais. Está escrito ali na parede. Diga-lhes para ir ali e lê-las". No filme *Al Capone*, Rod Steiger disse: "Neste país temos uma Constituição. Nunca ouviram falar da Constituição? Aconselho-os a voltar ao escritório e lê-la".

Os jornais *Il Corriere della Sera* e *La Repubblica* de 11.03.1995 retrataram o caso da prisão de um *boss* mafioso que havia interpretado, na vida real, o papel do chefe de uma organização mafiosa no filme *Il Giudice Ragazzino*, cuja história é a vida e a morte do juiz Rosario Livatino, assassinado pelos componentes da "Stidda", uma organização criminosa calabresa.

8. No umbral do ano 2000

Muitas das interpretações da conduta humana feitas no processo puderam ser, ao menos até este ponto, dissociadas de um entendimento científico, porque não é avaliada enquanto fato psicológico real, mas enquanto evento que deve ser examinado com critérios compartilhados pelos operadores forenses que obedecem a uma visão tão comum quanto estereotipada do comportamento humano. Para os anos 2000, inclusive com a nossa colaboração, esperamos que alguma coisa mude.

O que devemos projetar para o futuro vindouro?

Até o momento os psicólogos-juristas especializaram-se ou no âmbito civil ou no penal. Mas, como normalmente acontece quando uma matéria se enriquece e os seus campos de aplicação tornam-se mais vastos, é razoável esperar-se que se constituam novas agregações disciplinares que conduzirão a diferentes especializações. A psicologia familiar forense será o ponto de referência daqueles que se ocuparão de separações, divórcios, adoções, mas, também, de inseminação artificial e outras questões conexas à bioética.

A psiconeurologia forense permitirá aos especialistas em aspectos biológicos e neurológicos da psicologia operar no campo do dano biológico, já considerado como ressarcível pela jurisprudência, não só no que diz respeito aos sofrimentos orgânico/biológicos, mas também tipicamente psicológicos, como, por exemplo, os que se experimentam com a morte de um parente acometido de alguma doença conexa.

A psicosexologia jurídica reagrupará os interesses concernentes às relações entre sexualidade e lei. Substancialmente, trata-se de uma interação entre

sexologia, direito e psicologia. A matéria diz respeito à sexualidade, seja na sua expressão de satisfação da libido (estupro, violência contra menores, pornografia), seja nos seus aspectos reprodutivos (inseminação artificial, aborto, mudança de identidade sexual etc.) (Gulotta, 1997).

No âmbito do direito comercial e do direito da publicidade, a pesquisa psicológica, como já acontece nos EUA, tenderá a estabelecer, por exemplo, se certos produtos e certas propagandas são aptos a enganar, de forma concreta, o consumidor. Uma ulterior perspectiva, que também em outros países é apenas embrionária, dirá respeito às competências psicológicas capazes de estabelecer se certos pr678

odutos, da forma como são inventados, etiquetados, distribuídos, podem causar dano às pessoas. É o caso da psicologia do fator humano (Kurke e Meyer, 1986).

Como bem podemos ver, carne para ser assada há muita. Quem viver verá!

Bibliografia

BARTHES, R. "Introduzione all'analisi strutturale dei racconti". In AA.VV. *L'analisi del racconto*. Milano: Bompiani, 1982.

GOFFMAN, E. *La vita quotidiana come rappresentazione*. Bologna: Il Mulino, 1975.

GULOTTA, G. (Ed). *Trattato di Psicologia giudiziaria nel sistema penale*. Milano: Giuffrè, 1987.

GULOTTA, G. "Psicosessuologia giuridica". In SIMONELLI, C.; PETRUCCELLI, F. e VIZZARI, V. *Sessualità e terzo millennio*. Milano: Franco Angeli, 1997. vol. I.

KURKE, M. I. e MEYER, R. G. *Psychology in Product Liability and Personal Injury Litigation*. New York: Hemisphere, 1986.

MARHABA, S. *Antinomie epistemologiche nella psicologia contemporanea*. Firenze: Giunti Barbera, 1976.

PATRIZI, P. *Psicologia giuridica penale: Storia, attualità e prospettive*. Milano: Giuffrè, 1996.

4.2

POLÍTICAS PÚBLICAS ORIENTADAS À MELHORIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO SOB O ENFOQUE DA FUNÇÃO DA PENA VINCULADA À FUNÇÃO DO ESTADO

PEDRO MARCONDES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Função da pena no Estado Liberal – 3. Função da pena no Estado intervencionista – 4. Função da pena no Estado de Direito Democrático e Social – 5. Políticas públicas orientadas à função da pena no Estado de Direito Democrático e Social: 5.1 A observação biopsicossocial; 5.2 A classificação dos presos; 5.3 Os programas ressocializadores: 5.3.1 O trabalho; 5.3.2 A educação; 5.3.3 A religião; 5.3.4 As atividades esportivas e de lazer; 5.3.5 O contato com o mundo exterior; 5.3.6 Os programas pós-penitenciários; 5.4 Os recursos materiais e humanos imprescindíveis à eficácia das políticas públicas penitenciárias: 5.4.1 Corpo técnico; 5.4.2 Assistência jurídica; 5.4.3 Poder Judiciário e legislação processual penal modernos; 5.4.4 Estabelecimentos penais adequados; 5.4.5 Quadro de carreira do servidor penitenciário; 5.4.6 Terceirização das atividades materiais dos estabelecimentos penais; 5.5 Participação da comunidade – 6. Conclusões parciais – Bibliografia.

Palavras-chave: Estado: Liberal, intervencionista, Democrático Social – Prisão – Função – Condenado – Ressocialização, reintegração, emancipação.

1. Introdução

Este trabalho procura analisar a vinculação axiológica que há entre a função da pena e a do Estado, e a partir daí refletir sobre algumas políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário nacional, ajustadas ao modelo de Estado brasileiro implantado pela Constituição de 1988.

Como um dos mais importantes meios de que se vale o Estado para impor suas normas jurídicas, a pena tem a sua função dependente da que se atribui ao Estado.[1]

(1) PUIG, S. M. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 15.

Destarte, a pena tem uma função relativa, achando-se vinculada à filosofia política.

2. Função da pena no Estado Liberal

O pensamento Iluminista do século XVIII, que teve o seu ápice na Revolução Francesa, com sua divisa liberdade, igualdade e fraternidade, implantou o Estado de Direito Liberal. O Estado de Direito, fundado na vontade geral do povo, por intermédio de seus representantes, é uma reação ao Estado do antigo regime em que o poder se achava nas mãos de uma minoria despótica.

As idéias na obra *Do contrato social* de Rousseau,[2] que os cidadãos subscrevem por questão de utilidade, o pensamento da divisão de poderes do Estado exposto por Montesquieu[3] e o modelo de justiça defendido por Cesare Beccaria[4] possibilitaram o surgimento do Estado moderno e a edificação do Direito Penal liberal. A sobrepujança dada à liberdade ensejou o surgimento da pena privativa de liberdade como a espinha dorsal do magistério punitivo.

Kant e Hegel foram os maiores expoentes na elaboração do Direito Penal liberal. Para Kant[5] a pena funda-se em um imperativo categórico de justiça, não se-lhe admitindo atribuir finalidades preventivas. Nessa visão de homem, o que fundamenta a pena é a exigência ética, com a crença no livre arbítrio.[6] Em Hegel só a pena justa trata o criminoso como um ser racional, a ponto de esse filósofo concebê-la como um direito do criminoso.[7]

O Direito Penal liberal experimentou o seu período mais fecundo com as elaborações doutrinárias de Francesco Carrara,[8] que concebia o crime não como um fato, mas como um ente jurídico, enquanto que ao criminoso não tributava nenhuma relevância na jurisdição penal.

3. Função da pena no Estado intervencionista

As obras de Darwin (*The Origin of Species*, 1859 e *Descent of Man*, 1871) prepararam o clima no qual surgiu e desenvolveu a escola positiva italiana[9] com

(2) ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social*.

(3) MONTESQUIEU. *Espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco.

(4) BECCARIA, C. B. *Dos delitos e das penas*.

(5) KANT, I. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 167.

(6) BRUNO, A. *Das penas*, p. 13.

(7) PUIG, S. M., op. cit., p. 26-27.

(8) CARRARA, F. *Programa do curso de direito criminal*. Trad. José Luís V. de Franceschini e J. R. Prestes Barra.

(9) DIAS, J. de F; ANDRADE, M. da C. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 11.

Cesare Lombroso,[10] Enrico Ferri[11] e Raffaele Garófalo.[12] Essa escola defendia que, para superar a ineficácia do Direito Penal liberal no combate à criminalidade, que aumentava e se sofisticava a partir do último quartel do século XIX, era imprescindível conhecer a personalidade do criminoso. Nesse sentido, a resposta penal deveria ser organizada não em função do crime cometido, mas do estado perigoso do delinqüente, que se tornou o protagonista da justiça penal,[13] negando-se a existência do livre arbítrio e defendendo que a responsabilidade criminal se librava na responsabilidade social ou pelo fato de viver em sociedade.

Nesse cenário, surgiu e desenvolveu a Criminologia clínica que postulou a intervenção do Estado no tratamento terapêutico do homem criminoso, no afã de repersonificá-lo antes de devolvê-lo à sociedade. Foi sob o ideário positivista que surgiram os institutos do sursis, do livramento condicional e da relegação,[14] bem como da legislação especial para reprimir a delinqüência juvenil. Defendeu-se, ainda, que a pena deveria ser substituída por medidas de segurança ou tributar-lhe as mesmas finalidades conferidas a essas medidas. Nessa perspectiva, propugnou-se, também, a adoção da sentença indeterminada em que o magistrado deveria proferir a sentença condenatória e deixar à autoridade administrativa autonomia para fixar a duração da segregação, sob o fundamento de que cada condenado demandava duração de tempo diferente para se recuperar, por similitude ao tratamento terapêutico. Era um Direito Penal mais preocupado com a sua eficácia do que servir aos cidadãos.[15]

No Direito Penal do Estado intervencionista tanto as medidas de segurança quanto a pena tem função fundamentalmente de prevenção de delitos. A prevenção geral buscava-se mediante o terror penal com leis extremamente rigorosas; procurava-se obter a prevenção especial com a intervenção coercitiva do Estado na pessoa do criminoso, na tentativa de erradicarem-se as causas do delito.

4. Função da pena no Estado de Direito Democrático e Social

O Estado de Direito Democrático e Social, numa visão eclética do Estado de Direito Liberal e o Social, não admite a idéia de a pena exercer apenas e tão-somente o propósito de justiça, na visão retributiva moral ou jurídica, e a da

(10) LOMBROSO, C. *L'uomo delinquente: studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie.*

(11) FERRI, E. *Sociologia criminal.*

(12) GARÓFALO, R. *Criminologia.*

(13) BOULOC, B. Pénologie. *Éxecution des sanctions adultes et mineurs*, p. 17.

(14) LAINGUI, A. *Histoire du Droit Pénal*, p. 123.

(15) PUIG, S. M., op. cit., p. 29.

intervenção plena e coercitiva na pessoa do preso, para remodelá-lo. O Estado carece de legitimidade para impor a virtude.[16]

Neste modelo de Estado, a pena procura conciliar retribuição com ressocialização. Todavia, esclareça-se, essa ressocialização não se opera na visão tradicional de índole terapêutica, pelos questionamentos de sua eficácia e legitimidade.[17] Alessandro Barata,[18] com acurada percepção, pontifica que os presos têm direito aos programas que possam ajudar na sua reintegração social e que geralmente lhe foram sonegados antes de sua entrada na prisão, de sorte que a tradicional ressocialização deve ser redefinida como serviços e oportunidades postos à disposição do preso, para que ele, como sujeito participativo, se quiser, deles se valha. No mesmo diapasão manifestam-se Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde,[19] apresentando como opção ao conceito da ressocialização tradicional a "terapia da emancipação social", que consiste no "(...) tratamento dos problemas arraigados durante toda a vida que levaram o recluso a delinqüir, e sempre contando para isto com a sua participação em liberdade, em autonomia". O teor do inc. III do art. 1.º da Constituição de 1988, ao arrolar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, reafirma estas idéias.

O respeito à dignidade da pessoa humana baliza toda política pública, concebendo o preso – antes da condição de criminoso – como pessoa humana, que como tal deve ser tratado. Esse enfoque exige que sejam humanizados os cárceres e dado um sentido positivo ao cumprimento da pena privativa de liberdade. O Estado tem o indeclinável dever de elaborar e executar políticas públicas que diminuam o sofrimento das pessoas condenadas, reduzindo os efeitos criminógenos das prisões e oportunizando os recursos necessários para que, ao obter a liberdade, estejam motivadas e em condições de viver como cidadãos responsáveis. O item 25 das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, adotadas pela ONU, elaboradas em consonância com os postulados da política criminal da Nova Defesa Social e que se ajusta à administração da justiça criminal do modelo de Estado de direito democrático e social, preceitua que: "O tratamento das pessoas condenadas a uma pena ou medida privativa de liberdade deve ter por objetivo, na medida em que o permitir a duração da condenação, criar nelas a vontade e as aptidões que as tornem capazes, após a sua liberdade, de viver no respeito da lei e de prover às suas necessidades. Este tratamento deve incentivar o respeito por si próprio e desenvolver o seu sentido da responsabilidade".

Cabe indagar: quais são as políticas públicas eficazes para atingir esse propósito? A resposta não é simples, posto que estas políticas públicas devem aten-

(16) BETTIOL, G. *Il mito della rièducazione sul probleme della rièducazione del condannato*, p. 38.

(17) SYR, J-H. *Punir et Réhabiliter*, p. 104.

(18) BARATA, A. "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado", p. 258.

(19) HASSEMER, W. e CONDE, F. M. *Introducción a la criminologia*, p. 250-251.

der a peculiaridades legais e éticas, bem como considerar as disponibilidades financeiras do Estado, que tem também outras prioridades.

5. Políticas públicas orientadas à função da pena no Estado de Direito Democrático e Social

Há um certo consenso de que as políticas públicas devem viabilizar uma execução penal individualizada. Esta individualização deixa de ter os contornos dados pela Criminologia tradicional, de índole real, para ajustar-se ao modelo de uma individualização jurídica, que conta também com elementos abstratos. Sem abandonar as contribuições da Criminologia clínica, uma política penitenciária moderna demanda, dentre outras medidas, basicamente.

5.1 A observação biopsicossocial

O conhecimento da personalidade do condenado, para individualizar a execução da pena, é imprescindível a qualquer política pública destinada a prevenir a reincidência.[20] Essa observação do preso, a ser realizada por equipe multidisciplinar, objetiva a obtenção de um diagnóstico criminológico, que precisará o estado perigoso do condenado,[21] e de um prognóstico social, que se exprime em termos de hipótese sobre o futuro comportamento do encarcerado.

Para a realização dessa observação tem sido sugerida a criação de estabelecimentos autônomos, tal como prevê a Lei de Execução Penal (LEP), mas que admite seja essa importante atividade realizada pela Comissão Técnica de Classificação, que deverá existir em todos os estabelecimentos penais (art. 96 c/c os arts. 98 e 6.º). Os arts. 8.º, *caput*, e 9.º da LEP disciplinam o exame criminológico e o de personalidade.

5.2 A classificação dos presos

Enrico Ferri,[22] enfocando o tema, advertiu que a principal causa do aumento da reincidência e da desordem nas prisões é a falta de uma classificação dos presos. A classificação que nos interessa não é a etiológica, mas a classificação penitenciária, que se orienta sobre critérios mais seguros. Os critérios a serem adotados para essa classificação têm dado ensejo a calorosos debates. Vale ressaltar que uma classificação rigorosa, cortada para cada condenado, constituiria uma vida de exceção e não atenderia aos propósitos ressocializadores e nem

(20) CARTIER. M. E. "Les propositions de la Commission d'étude pour la prévention de la recidive". *Prison: sortir avant terme*, p. 102.

(21) PINATEL, J. *La criminologie*, p. 154.

(22) FERRI, E. *Princípios de direito criminal*, p. 356-357.

seria praticável pelo seu exagerado custo. Essa classificação deve ser feita dentro de grupos mais ou menos homogêneos, para orientar os programas ressocializadores e a individualização da execução da pena. Essa classificação pode ser feita por estabelecimentos e no próprio estabelecimento. O art. 5.º da LEP estabelece como critérios para essa classificação a personalidade e os antecedentes do condenado. O art. 5.º, XLVIII, da CF/1988, determina que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado. A Lei de Execução Penal, por sua vez, prevê a separação dos presos por sexo (art. 82, § 1.º), entre presos provisórios e condenados por sentença definitiva (art. 84) e entre primários e reincidentes (§ 1.º do art. 84). Recorrendo às Regras Mínimas para Tratamento dos Presos adotadas pela ONU, verifica-se que, em seu art. 8.º, os critérios são mais amplos: em razão do sexo, da idade, dos antecedentes, dos motivos da prisão, e do tratamento a ser aplicado. É de ressaltar-se, a respeito da classificação dos presos, o modelo norte-americano, que comporta eventuais reclassificações, que se impõem em face das necessidades do preso, e o sistema europeu que se restringe ao diagnóstico inicial.[23] A legislação brasileira adota a posição restritiva.

5.3 Os programas ressocializadores

Em vista do reconhecido efeito criminógeno da prisão, os programas ressocializadores devem centrar-se com prioridade em evitar essa dissocialização dos presos,[24] devendo comportar um modelo social e não médico, motivando os presos a viver conforme a lei, fomentando neles o respeito a si mesmo e desenvolvendo o sentido da responsabilidade.[25] Terão natureza voluntária e o preso deve ser incentivado a participar da elaboração do seu próprio programa. Esses programas são, basicamente, os seguintes.

5.3.1 O trabalho

O trabalho acha-se regido pelos seguintes princípios: 1) não se imporá como castigo; 2) não será aflitivo: 3) propenderá à formação e melhoria dos hábitos laborais; 4) procurará a capacitação profissional do preso, para habilitá-lo à vida em liberdade; 5) será programado em vista das condições pessoais, das aptidões e condições psicofísicas do preso, das tecnologias utilizadas em meio livre, e de acordo com as demandas do mercado de trabalho; 6) deverá ser remunerado; 7) deverá ser respeitada a legislação laboral e de segurança social vigente.[26] O ca-

(23) ALBRGARIA, J. *Direito penitenciário e direito do menor*, p. 131-132.

(24) RODRIGUES, M. A. *Temas fundamentais de execução penal*, p. 21.

(25) ARUS, F. B. "Panorama moderno da pena de prisão", p. 255.

(26) MARCONDES, P. "A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro", p. 135.

ráter aflitivo do trabalho prisional foi abolido com as políticas de humanização da pena.[27] As Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, adotadas pela ONU, destinam os arts. 71 a 76 para disciplinar o trabalho prisional, impondo a sua obrigatoriedade, remuneração e individualização. Na mesma esteira segue a legislação brasileira: o Código Penal (arts. 34, § 1.º; 35 § 1.º; e 36, § 1.º) e a Lei de Execução Penal (arts. 28; 31; 39, V, c/c o art. 50, VI). O trabalho é forma de resgate da dignidade da pessoa do preso. Sem a necessidade de adotar os exageros de John Howard de que "faça um homem trabalhador e será honrado", a verdade é que o trabalho prisional revela-se muito importante para o encarcerado, por evitar-lhe o ócio, conservar-lhe o equilíbrio orgânico e psíquico, viabilizar-lhe a obtenção de rendimentos, e tornar mais fácil a sua reinserção social.[28]

5.3.2 A educação

O Estado deve adotar políticas eficientes para erradicar o analfabetismo do cenário prisional. Ademais, deve pôr à disposição dos condenados uma assistência educacional formativa de primeiro e segundo graus e profissionalizante. Nos congressos internacionais sobre ressocialização do condenado a educação pontifica-se como um dos elementos da maior importância para a prevenção da reincidência,[29] devendo ser inserida no sistema educacional oficial do Estado. As estatísticas criminais têm revelado que a criminalidade encontra a sua maior expressão nos ambientes de maior pobreza intelectual. Desta forma, deve ser incentivada a leitura, para o que todos os estabelecimentos penais devem ser dotados de bibliotecas. Deve ser incentivado o preso a realizar cursos por correspondência e a participar de ciclos de conferências. Para os presos que estão na iminência de obter a liberdade, os telecursos são uma importante opção, em vista da duração significativamente reduzida. No regime semiaberto, esforços devem ser empreendidos para motivar os presos a freqüentar cursos superiores. A assistência educacional no sistema penitenciário é um direito do preso (art. 41, VII, da LEP) e deve atender a uma pedagogia própria de educação de adultos, respeitando-se os conhecimentos previamente adquiridos;

5.3.3 A religião

A assistência religiosa tem reconhecida eficácia na manutenção da ordem e disciplina prisionais, reduzindo a necessidade da utilização da coerção discipli-

(27) RIOS, R. S. *Prisão e trabalho. Uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro*, p. 44.

(28) ARUS, F. B. "Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários", p. 307.

(29) GOULART, H. "A individualização da pena no direito brasileiro", p. 65.

nar. Essa assistência é um direito do preso (art. 41, VII, da LEP), garantindo-se-lhe a liberdade de culto e a posse de livros de instrução religiosa (art. 24 da LEP). Uma assistência religiosa eficaz, deverá atender as preferências de credo de cada preso, possibilitando que o preso procure resolver os seus conflitos internos, motivando-se a amar o próximo como a si mesmo.

5.3.4 As atividades esportivas e de lazer

Como direito do preso estão contempladas no art. 41, VI, da LEP. O esporte na prisão enseja melhoria das condições de saúde física e mental. Devem ser incentivados, especialmente os esportes coletivos, por reduzir os índices de agressividade nas relações interpessoais dos presos. Na medida do possível, convém viabilizar competições esportivas entre presos e funcionário, bem como a comunidade externa. Para que esse elemento ressocializador seja eficaz, urge que os estabelecimentos penais sejam dotados de espaços adequados para as variadas atividades esportivas.

O lazer igualmente exerce um efeito altamente positivo na ressocialização do condenado, constituindo-se em repouso, distração, cultura, e outros.[30]

5.3.5 O contato com o mundo exterior

Se se deseja a reinserção social do condenado, tal como preceitua a parte final do art. 1.º da LEP, e se depreende do inc. III do art. 1.º da Constituição de 1988 ao eleger a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, este propósito somente poderá ser alcançado com medidas que viabilizem a manutenção dos vínculos com o mundo exterior. Em atenção ao princípio da não-exclusão, a população penitenciária continua fazendo parte da comunidade nacional. Deve-se permitir que os presos ouçam rádio, leiam jornais e revistas e assistam televisão. Essa medida constitui uma contra-força ao efeito da prisonização, que leva o preso a assimilar os valores do cárcere e distanciar-se dos valores da sociedade livre, como bem demonstrou Clemmer em suas pesquisas encetadas em 1940.[31] O grau de prisonização varia em vista de condições individuais, sendo mais expressivo, quando a pena é de longa duração, o preso tem uma personalidade instável, há uma ausência de relações com as pessoas do mundo exterior e o preso mantém vontade e capacidade de se integrar aos grupos primários no interior da prisão.[32] Esse fenômeno constitui um forte obstáculo às políticas públicas dirigidas à reintegração social do condenado, de tal sorte que devem ser implementadas medidas para evitar pri-

(30) MIOTTO, A. B. *Curso de direito penitenciário*, p. 501.

(31) LEMIRE, G. *Anatomie de la prison*, p. 18-33.

(32) Idem, ibidem, p. 20-21.

sões com duração desnecessariamente longas, assistir o preso psicologicamente, viabilizar as ligações positivas com o mundo exterior e evitar que o preso se envolva demais com outros detidos, para que, assim, o detido possa resistir às pressões assimilantes e guardar uma identidade própria. Neste sentido, dos contatos com o mundo exterior têm relevância as visitas de amigos, de parentes e do cônjuge do preso.

Quanto à visita do cônjuge, tem-se a polêmica visita íntima, e mais especificamente a conjugal, que, apesar de sua significativa contribuição no processo de reinserção social dos condenados, vem se constituindo, nos últimos tempos, em uma eficiente alternativa parra o tráfico de drogas no interior das prisões. A tese dos que defendem ser a visita íntima um direito inalienável do preso, como ser humano, leva a concluir que a sentença condenatória não pode coartar esse direito, para não desrespeitar o sagrado princípio da personalidade da pena ao atingir o cônjuge inocente. De qualquer forma, é oportuno ressaltar que as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, aprovadas em 1955 em Genebra e adotadas pela Organização das Nações Unidas, não consagram expressamente a visita íntima como direito do preso. Na mesma esteira segue a legislação constitucional e infra-constitucional brasileira. A visita íntima tem sido admitida como um favor, uma recompensa, um benefício, concedida ao preso por seu bom comportamento, desde que tenha cônjuge. É desejável que o Estado adote uma política prisional que viabilize os encontros íntimos, atendidas as cautelas de segurança e de moralidade. Essa política não pode deixar de enfrentar a questão das doenças sexualmente transmissíveis e o HIV, e procurará sensibilizar as presas dos inconvenientes de uma gravidez na prisão.

5.3.6 Os programas pós-penitenciários

Os estabelecimentos penais devem prever programas destinados aos que já obtiveram o livramento condicional ou a liberdade plena, para assisti-los na solução dos conflitos mais comuns nesse período crítico de sua reintegração social. Esses programas destinam-se a assistir material e moralmente o egresso, a sua família, bem como atuar na comunidade, para afastar possíveis repulsas à reintegração social que se almeja.

5.4 Os recursos materiais e humanos imprescindíveis à eficácia das políticas públicas penitenciárias

5.4.1 Corpo técnico

É fundamental poder contar com corpo técnico (psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, pedagogos etc.), qualitativa e quantitativamente adequado, para a realização, nos prazos devidos, dos eficientes exames criminológicos e pareceres, que subsidiarão os pedidos de progressão de regimes e de livramento

condicional, bem como para elaborar programas de reintegração social, que serão implementados no interior dos estabelecimentos penais, assim como dirigidos aos egressos.

5.4.2 Assistência jurídica

É indispensável a existência de um quadro de advogados, em quantidade e qualidade, que possibilite prestar a adequada assistência jurídica aos presos que dela necessitam, objetivando a dinâmica da execução penal, em que o preso resgata parte parcela de sua liberdade seqüestrada mediante o seu mérito, a fim de evitar que os presos que cumpriram os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção desses direitos, não permaneçam mais tempo do que o legalmente previsto no regime mais rigoroso. É fundamental a uma execução penal humanizada da pena privativa de liberdade viabilizar a obtenção do livramento condicional, indulto, comutação de pena, remição de pena, progressões de regime e outros direitos do condenado, nos prazos razoáveis.

5.4.3 Poder Judiciário e legislação processual penal modernos

A existência de um Poder Judiciário e de uma legislação compatíveis com a celeridade processual é indispensável no mundo globalizado do terceiro milênio. Todo o empenho do pessoal técnico e dos advogados serão em vão, se, ajuizado o pedido de um direito do preso, a solução judicial eternizar-se. A principal reclamação dos presos radica na excessiva demora na apreciação judicial de seus pleitos, motivado, geralmente, pelo excessivo volume de trabalho aliado a um apego exagerado ao formalismo que vem em prejuízo do mais fraco.

5.4.4 Estabelecimentos penais adequados

O sistema penitenciário deve ser dotado de estabelecimentos penais mais humanizados. A idéia dos grandes estabelecimentos penais está superada, sendo pacífico o entendimento de que as prisões não devem comportar mais de quinhentos presos. As construções de prisões modernas não mais podem atender tão-somente o binômio segurança-disciplina. Esses prédios devem aproximar-se do tipo das construções destinadas a outras finalidade, evitando-se, tanto quanto possível, os tradicionais muros, que deverão ser substituídos por alambrados. Está comprovado que o tipo de arquitetura adotada na construção de uma penitenciária, inclusive a cor utilizada, exercem forte influência positiva ou negativa na política de reintegração social do condenado. O modelo arquitetônico a ser adotado deve revelar o propósito da política pública direcionada a facilitar a inter-relação entre os habitantes da prisão e a sociedade livre.

5.4.5 Quadro de carreira do servidor penitenciário

Os Estados devem editar, por lei, o Estatuto do Servidor Penitenciário – a União deverá adotar idêntico procedimento em vista de que está na iminência de construir penitenciárias federais. Nesses Estatutos devem ser estabelecidos critérios alusivos à seleção e ao recrutamento de pessoal penitenciário, aos cursos de preparação para ingresso na carreira e de aperfeiçoamento destinados às promoções funcionais, aos direitos, deveres e responsabilidades dos servidores e ao regime disciplinar, devendo, ainda, tornar privativo do servidor de carreira do sistema penitenciário o exercício das atividades penitenciárias, superando o atual estágio em que os cargos de direção são preenchidos por critérios eminentemente políticos e que, não raras vezes, são ocupados por pessoas despreparadas quando não de credibilidade duvidosa.

5.4.6 Terceirização das atividades materiais dos estabelecimentos penais

A iniciativa que foi adotada no Estado do Paraná, com a inauguração da Penitenciária Industrial de Guarapuava merece ser refletida. O exemplo de Guarapuava conjuga duas políticas igualmente eficazes: a terceirização das atividades materiais da Unidade e a oferta de pleno trabalho profissionalizante ao condenado. A agilidade com que a empresa privada administra as suas necessidades, ante a inexistência da tentacular burocracia tradicional da máquina estatal, tem sido a causa do êxito dessa novel política penitenciária. Nessa Unidade, com quase três anos de funcionamento, nunca ocorreu homicídio, suicídio, fuga, tráfico de drogas ou posse para uso dessas substâncias, nas modalidades tentada ou consumada. E a reincidência permanece abaixo de 6%, quando a média nacional oscila em torno de 70%.

5.5 Participação da comunidade

É fundamental conscientizar a comunidade de que o crime é um problema comunitário, que nasce na comunidade, traz problemas para a comunidade e que somente pode ser enfrentado eficazmente com o engajamento da comunidade.[33] Nesse sentido, devem ser encetadas medidas destinadas a reduzir os preconceitos da sociedade para com os egressos. Os patronatos penitenciários podem representar essa ponte de ouro entre o egresso e a comunidade, para que se opere a sua reinserção social harmônica, mediante a sensibilização da família, da comunidade e do empresariado de que vale a pena dar uma chance ao egresso, porque somente assim se poderá prevenir a reincidência, com inequívocas vantagens para o egresso e para a comunidade. O Estado, de sua parte, pode contribuir,

(33) GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*, p. 37.

oferecendo benefícios fiscais e tributários aos empresários que derem trabalho aos egressos, durante o período de sua maior vulnerabilidade.

6. Conclusões parciais

No modelo de Estado brasileiro, a pena, a par de sua finalidade retributiva, tem uma função social, consistente em oferecer ao condenado as condições adequadas para que, ao obter a liberdade, esteja motivado e apto a levar uma vida sem reincidência. De outra parte, deve-se advertir que não existe um modelo pronto e acabado de políticas públicas destinadas a essa finalidade.

O termo ressocialização do condenado vem impregnado de um ranço do tratamento terapêutico preconizado pela Criminologia clínica do período positivista. Modernamente, sugere-se reintegração social tal como preconiza Alessandro Barata, em que o preso e a sociedade têm participações, visando uma integração bilateral. Sugere-se, ainda, a designação "terapia da emancipação social", que melhor seria "emancipação social", já que o termo terapia dá uma conotação curativa, com os mesmos óbices já apontados.

Em verdade, todas as políticas públicas direcionadas a oferecer ao condenado as condições para que o seu retorno à sociedade seja menos traumático são válidas, desde que tenham natureza de voluntariedade, respeitem as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos adotadas pela ONU, sejam construídas em atendimento aos preceitos legais e éticos, e não atentem contra a dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento do Estado brasileiro.

Bibliografia

ALBERGARIA, J. *Direito penitenciário e direito do menor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARUS, F. B. "Panorama moderno de la pena de prision". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXX/252-268, Coimbra, 1994.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BARATA, A. "Resocialización o control social – Por un concepto crítico de reintegración social del condenado". *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

BETTIOL, G. *Il mito della rièducazione sul probleme della rièducazione del condannato*. Padova: SCP, 1970.

BITENCOURT, C. R. *A falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.

BOULOC, B. Pénologie. *Éxecution des sanctions adultes et mineurs*. Paris: Dalloz, 1998.

BRUNO, A. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CARTIER, M. E. "Les propositions de la Commision de étude pour la prévention de la recidive". *Prison: sortir avant terme*. Paris: Cujas, 1996.

DIAS, J. de F. e ANDRADE, M. da C. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

FERRI, E. *Princípios de direito criminal. O criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1992.

GAROFFALO, R. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Ped Péricles, 1997.

GOULART, H. "A individualização da pena no direito brasileiro". Dissertação (para concurso à livre-docência de Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.

HASSEMER, W. e CONDE, F. M. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirante Lo Blanch, 2001.

KANT, I. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*. Cidade del México: Universitad Nacional de México, 1078.

LAINGUI, A. *Histoire du Droit Pénal*. Paris: Presses Universitaire de France, 1983.

MARCONDES, P. "A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro". Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Estadual de Maringá, 2001. 236p.

LEMIRE, G. *Anatomie de la prison*. Paris: Economica; Montréal: Les Presses de L'Université de Montreal, 1994.

MIOTTO, A. B. *Curso de direito penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975. vol. I e II.

PINATEL, J. *La criminologie*. Paris: SPES, 1960.

PUIG, S. M. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.

RIOS, R. S. *Prisão e trabalho. Uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1994.

RODRIGUES, M. A. "Temas fundamentais de execução penal". *RBCCrim* 24/11-32, São Paulo, out.-dez. 1998.

ROUSSEAU, J. J. *Du contrat social*. Paris: Flamarion, 1992.

SYR, J. H. *Punir et réhabiliter*. Paris: Econômica, 1990.

4.3

BEHAVIORISMO E CRIMINOLOGIA: CONTROLE DO COMPORTAMENTO DESVIANTE

RODRIGO IENNACO DE MORAES

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória: antecedentes do behaviorismo – 2. Watson e a escola behaviorista de pensamento – 3. O método behaviorista – 4. Objeto de estudo do behaviorismo – 5. Teses fundamentais – 6. Novos sistemas behavioristas – 7. Skinner e o controle comportamental de sociedades: 7.1 O sistema de Skinner e o condicionamento operante; 7.2 Esquemas de reforçamento; 7.3 O determinismo de uma sociedade behaviorista – 8. Behaviorismo e criminologia: 8.1 Controle do comportamento no cárcere – 9. Nota conclusiva – Bibliografia.

Resumo: O behaviorismo, movimento da psicologia do comportamento influenciada pelo avanço filosófico objetivista e mecanicista, pelo funcionalismo e, sobretudo, pela psicologia animal, surge no início do século XX nos Estados Unidos, com a obra de Watson e atinge o ápice na década de 70, sobretudo devido aos estudos de Skinner. A psicologia, à luz do behaviorismo, é uma ciência do comportamento e se ocupa unicamente de atos observáveis de conduta, que possam ser objetivamente descritos em termos de *estímulo* e *resposta*. Aplicado à criminologia, pretende modificar o comportamento criminoso, a partir de esquemas de *reforço positivo*.

Palavras-chave: Behaviorismo – Criminologia.

"Este mundo transformar-se-á se educarem vossos filhos não na liberdade da libertinagem, mas na liberdade do behaviorismo" – J. B. WATSON. *Behaviorism.* 1930, p. 303-304.

1. Nota introdutória: antecedentes do behaviorismo

Na segunda década do século XX, menos de quarenta anos após Wundt[1] ter iniciado formalmente a psicologia, procedeu-se a notada evolução no modelo

(1) A fundação de uma ciência experimental da psicologia é atribuída a Wilhelm Wundt, que reuniu, à luz do espírito positivista, os métodos da ciência natural que estavam

científico, sobretudo nos Estados Unidos, passando-se de uma visão estruturalista para funcionalista.

Embora a psicologia funcional não fosse totalmente objetiva, representou avanço no sentido da objetividade, enfatizando o comportamento e métodos objetivos em desfavor da introspecção. Os funcionalistas reescreveram as regras da psicologia, afastando-se gradativamente dos conceitos estabelecidos por Wundt e Titchener. Essa mudança de concepção foi imperceptível na época em que ocorreu. Aos poucos, o valor da introspecção e a existência de elementos mentais foram sendo questionados, defendendo-se a necessidade de a psicologia manter-se pura.

Neste contexto, em que conviviam ideários estruturalista e funcionalista, eclode, em 1913, uma revolução apresentada como reação a ambas as escolas: o behaviorismo, cujo líder foi o psicólogo americano John Broadus Watson. O behaviorismo assume, então, papel preponderante na vida cultural e social da época, abandonando-se as concepções mais antigas.

Influenciaram o movimento behaviorista o avanço filosófico objetivista e mecanicista, a psicologia animal e o funcionalismo.[2] Dos três, o avanço da psicologia animal, representado sobretudo nos estudos de E. L. Thorndike e Ivan P. Pavlov,[3] merece destaque.

2. Watson e a escola behaviorista de pensamento

Os princípios básicos do Behaviorismo exigem uma psicologia totalmente objetiva – uma ciência do comportamento – que se ocupa unicamente de atos observáveis de conduta, que possam ser objetivamente descritos em termos de

sendo utilizados, em meados do século XIX, para explicar os fenômenos mentais e o modelo empirista para a descrição do funcionamento dos sentidos. A partir dos estudos de Wundt, assinalou-se o início da primeira posição sistemática ou escola de pensamento em psicologia: o estruturalismo, hoje relacionado aos estudos de Titchener. Cf. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen. *História da psicologia moderna*. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1994. p. 72 e 75-76.

(2) Cf. SCHULTZ, Duane. *História da psicologia moderna*. São Paulo: Cultrix, 1990. p. 198. A psicologia funcional, como salientou J. B. Watson em artigo publicado em 1913 na *Psychological Review* (A psicologia como o behaviorista a vê), afastou o uso de elementos, no sentido estático dos estruturalistas, acentuando a significação biológica dos processos conscientes e descartando a análise de estados conscientes em elementos isoláveis de introspecção.

(3) Os estudos de Thorndike e Pavlov apresentam formulações semelhantes, partindo-se de uma teoria objetiva e mecanística da aprendizagem, centrada unicamente no comportamento manifesto e mínima referência à consciência ou processos mentais. A aprendizagem deve refletir o estudo do comportamento considerado objetivamente, em termos de ligações concretas entre estímulos e respostas, desconsiderando-se elementos mentais ou a experiência consciente.

estímulo e *resposta*. Os conceitos mentalistas, via de conseqüência, seriam rejeitados. Termos como "imagem", "mente" e "consciência" – remanescentes da filosofia mental – perdiam o significado e as técnicas de introspecção, que pressupunham a existência de processos conscientes, eram irrelevantes.

J. B. Watson usou as descobertas e os métodos da psicologia animal como base para o desenvolvimento de uma ciência do comportamento (aplicável tanto ao homem quanto aos animais). A psicologia, na interpretação do behaviorismo, é uma ciência puramente objetiva e empírica. Seu objetivo é *a predição e o controle do comportamento*. Desprezam-se, por isso, os termos *consciência*, *estados mentais*, *mente*, *conteúdo* e, principalmente, *verificação introspectiva*. O comportamento é compreendido em termos de *estímulo* e *resposta*, em termos de formação de hábito, integrações de hábito etc.

3. O método behaviorista

O behaviorismo tem como ponto de partida o fato observável de que os organismos, tanto humanos quanto animais, ajustam-se ao meio ambiente a partir do equipamento hereditário e do hábito. Em segundo lugar, alguns estímulos levam os organismos a apresentar as respostas. Conhecendo-se a resposta, portanto, é possível predizer o estímulo; dado o estímulo, é possível predizer a resposta.

O objetivo fundamental do behaviorismo é obter conhecimentos precisos sobre os ajustamentos (adequação ao ambiente por hábito individual ou respostas hereditárias) e os estímulos que os provocam.[4] Sob o prisma do behaviorismo, a psicologia deve ser uma "ciência do comportamento" – e não o estudo introspectivo da consciência. Um ramo experimental, demonstrável empiricamente, um ramo objetivo da ciência natural.

Buscam-se métodos gerais e particulares pelos quais seja possível controlar o comportamento e não apenas a descrição ou explicação de *estados de consciência*. Assim, tão logo a psicologia consiga, com o behaviorismo, obter dados sobre o comportamento experimentalmente, o jurista, assim como o educador, o médico etc., todos poderiam utilizar estes dados de maneira prática em suas atividades.

Portanto, somente são admitidos métodos objetivamente demonstráveis: observação; reflexo condicionado; relato verbal (de forma restrita); testes. Os resultados são tratados como comportamento por amostragem e não como medidas de qualidades mentais, haja vista o combate à introspecção. A análise do comportamento é objetiva, reduzindo-se a unidades elementares de ligação *estímulo-resposta*. O pesquisador estabelece as condições do experimento e ob-

(4) WATSON, John B. "Psychology as the behaviorist views it". *Psychological Review*, 1913, p. 20.

serva como o sujeito responde a essas condições: o homem passa a ser visto como *objeto* de observação, "uma máquina estímulo-resposta".[5]

4. Objeto de estudo do behaviorismo

O objeto de estudo (ou dados primários da psicologia) deve ser, segundo a concepção behaviorista, itens de comportamento – movimentos musculares ou secreções glandulares. Como ciência do comportamento, deve tratar unicamente de atos que podem ser descritos objetivamente em termos de estímulo e resposta; formação de hábitos, integração de hábitos. Todo comportamento, humano ou animal, pode ser descrito em termos objetivos, sem recorrer a conceitos e terminologia mentalistas, cumprindo a finalidade de predizer a resposta, dado o estímulo, e predizer o estímulo antecedente, dada a resposta.[6]

Uma vez reduzido ao nível de estímulo e resposta, o comportamento poderia, então, ser compreendido, antevisto e, principalmente, controlado objetivamente, em detrimento de variáveis mentais que não podem ser demonstradas.

5. Teses fundamentais

Todas as áreas do comportamento são tratadas em nível objetivo, numa visão mecanicista de *estímulo-resposta*. Convém registrar, a título ilustrativo, alguns destes conceitos.

Há a negação do *instinto*. Os aspectos do comportamento que parecem instintivos são, na verdade, respostas socialmente condicionadas, em negação à existência de capacidades, temperamentos ou talentos hereditários. A influência irresistível do ambiente é enfatizada.[7]

Se não há instinto, capacidades ou talentos herdados, o indivíduo adulto será o produto do condicionamento do comportamento durante a infância, assumindo a *aprendizagem*, portanto, posição fundamental.

As *emoções*, na ciência behaviorista, são respostas corporais a estímulos específicos. Cada emoção separada envolve seu padrão particular de mudanças no mecanismo geral do corpo, sobretudo nos sistemas visceral e glandular.[8] Rejeitam-se os processos conscientes de percepção da situação e o estado de sentimento, afirmando-se que a emoção pode ser compreendida como situação objetiva de estímulo, em resposta corporal manifesta e mudanças viscerais internas.

(5) SCHULTZ, Duane, op.cit., p. 232.
(6) SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 233.
(7) WATSON, J. B. apud SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 235.
(8) WATSON, J. B. apud SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 236.

Schultz anota que Watson baseou o seu estudo em três emoções fundamentais; *medo*, *cólera* e *amor*:

"Watson acreditava que o medo, cólera e amor são as únicas respostas emocionais não aprendidas. Todas as respostas emocionais humanas restantes são construídas a partir dessas três, através do processo de condicionamento. Achava ele que as respostas emocionais básicas podem ligar-se, através do condicionamento, a vários estímulos ambientais que originalmente não eram capazes de suscitá-las."[9]

Até o advento do behaviorismo, defendia-se que os processos de *pensamento* ocorriam no cérebro, na ausência de movimentos musculares e, portanto, inacessíveis à observação e demonstração empírica. Watson, com sua "teoria periférica de pensamento", reduz o pensamento a um comportamento motor implícito.

6. Novos sistemas behavioristas

As críticas ao behaviorismo watsoniano são muitas e variadas. Certo é que a principal e duradoura contribuição de Watson, que autoriza sua inclusão entre os grandes vultos da história da psicologia, foi a perspectiva de uma ciência do comportamento completamente objetiva, inaugurando uma nova ordem de pesquisa: o behaviorismo metodológico.

Ao atingir o apogeu, grafando o seu nome como uma Escola, e antes que enfrentasse o declínio de sua aceitação, o movimento foi de fecunda produção científica. Assim, alguns psicólogos, desenvolvendo abordagens próprias e sendo menos radicais com relação a enfoques divergentes, mas mantendo-se fiéis ao método experimental de uma psicologia vista como a ciência do comportamento, passaram a ser chamados *neobehavioristas*:[10] como Edwin Holt[11] (1837-1946), Albert Weiss[12] (1879-1931) e Karl Lashley[13] (1890-1958).

(9) SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 237.

(10) SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 248.

(11) Holt não concordava com a completa rejeição da consciência e dos fenômenos mentais. Sugeriu que a consciência deveria estar relacionada com o realismo epistemológico, segundo o qual os objetos existem tal como são percebidos. A forma heterodoxa de behaviorismo de Holt habilitou-o a usar grande variedade de fontes e interessar-se por problemas fora da corrente principal do behaviorismo norte-americano. Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 248-249.

(12) Para Weiss, todo o comportamento era passível de análise e redução a entidades físico-químicas. Compreendida na física, a psicologia não se deveria ocupar de entidades metafísicas, como a consciência. Ao lado de uma forte acentuação dos componentes biológicos do comportamento, o homem é biológico, mas também social ("biossocial"). Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 250.

(13) Aluno de Watson na Universidade Johns Hopkins, Lashley defendia uma psicologia cada vez mais objetiva, opondo-se ao estudo da consciência através da intros-

A partir de 1920, o movimento behaviorisra começa a se ramificar, originando subsistemas, sobretudo com a influência do *operacionismo*.[14] Edward C. Tolman (1886-1959) elaborou um sistema de behaviorismo intencional, conjugando termos, em princípio, contraditórios. Porém, Tolman manteve-se fiel à metodologia behaviorista, rejeitando um retorno à *consciência* na psicologia e à introspecção do estruturalismo.[15] O comportamento, para ele, é uma função de *variáveis independentes*. As causas iniciadoras de comportamento e o próprio comportamento resultante final devem ser suscetíveis de observação objetiva e de definição operacional. As causas iniciadoras do comportamento consistem em cinco variáveis independentes: estímulos ambientais; pulsão fisiológica; hereditariedade; treinamento prévio; idade.[16] Tolman agrupou as variáveis intervenientes em três principais categorias:

"(1) *sistemas de necessidades* – a privação fisiológica ou a situação de pulsão fisiológica (...); (2) *motivos de crença e valor* – os quais representam a intensidade de preferência por certos objetos-metas e a força relativa desses objetos-metas na satisfação de necessidades; e (3) *os espaços de comportamento* – o comportamento tem lugar no espaço comportamental do indivíduo."[17]

Com relação à *aprendizagem*, Tolman propôs uma teoria cognitiva, negando a influência do reforço ou recompensa. Para ele, a execução continuada de uma tarefa constrói relações entre os sinais no meio ambiente e as expectativas do organismo.

Para Edwin Guthrie (1886-1959), adepto da abordagem behaviorista da psicologia, a ciência devia ocupar-se apenas de eventos observáveis objetivamen-

pecção, mas acreditava que as conexões estímulo-resposta do condicionamento não representavam a melhor abordagem acerca do comportamento. Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 251.

(14) Para o *operacionismo*, que surge mais como princípio geral do que como Escola de pensamento, a validade de uma descoberta científica ou interpretação teórica depende da validade das operações usadas para se chegar a essa descoberta ou interpretação. A sua finalidade é tornar a terminologia científica mais precisa e objetiva. Todos os conceitos desprovidos de referenciais físicos devem ser rejeitados.

(15) O princípio fundamental do sistema de Tolman é a introdução da noção de *comportamento intencional*. A intencionalidade no comportamento, todavia, poderia ser definida em termos comportamentais objetivos, sem recorrer-se à introspecção. Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 257.

(16) Entre essas variáveis independentes observáveis e até certo ponto controláveis e a variável dependente observável (comportamento-resposta final) há um conjunto de fatores inferidos e não-observados, as *variáveis intervenientes*, que são as determinantes reais do comportamento. A variável interveniente é o que se passa no interior do organismo e que provoca uma dada resposta em reação a um dado estímulo. Essa variável interveniente não pode ser objetivamente observada e, por conseguinte, não pode ser aferida cientificamente, a menos que seja relacionada diretamente com a variável experimental (independente) e a variável de comportamento (dependente).

(17) Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 259.

te. Defensor do condicionamento, propôs uma teoria da aprendizagem baseada no princípio da *contigüidade*, explicando o fortalecimento de respostas aprendidas a partir do *condicionamento simultâneo*:

"(...) toda aprendizagem ou modificação do comportamento depende exclusivamente da contigüidade de estímulo e resposta. Assim, se um estímulo evoca uma vez determinada resposta, estabelece-se (...) uma associação E-R. Em essência, é uma situação de *aprendizagem por um ensaio* (...). Repetição e reforço não constituem parte essencial. A sua (...) lei formal de aprendizagem estabelece o seguinte: 'uma combinação de estímulos que acompanhou um movimento tenderá, ao repetir-se, a ser acompanhada por esse movimento' (1935, p. 26)."[18]

Clark Leonard Hull (1884-1952) destacou-se pela investigação sistemática e grande dedicação metodológica, de uma forma até então não experimentadas em psicologia, desenvolvendo uma teoria do comportamento baseada nas leis de condicionamento de Pavlov.

Com a publicação de *Principles of Behavior* (1943), Hull descreve um quadro teórico de referência[19] abrangente do comportamento, a partir do método hipotético-dedutivo, tendo assumido posição de destaque e influência proeminente na área da aprendizagem, nas décadas de 40 e 50 do século XX.[20]

Todo esse ideário behaviorista, aqui agrupado como *sistema*, demonstra a importância dos trabalhos de Watson ao propor o *behaviorismo metodológico*. Esse quadro ilustra a transição para o *behaviorismo radical*, desenvolvido por Skinner, a partir de um programa para o *controle comportamental da sociedade* e da introdução de técnicas de *modificação de comportamento*. Nos dias atuais, a obra de Skinner representa o referencial teórico do behaviorismo para os trabalhos em psicologia.

7. Skinner e o controle comportamental de sociedades

Burrhus Frederik Skinner (1904-1990) nasceu e foi criado numa pequena cidade da Pensilvânia, tornando-se o mais importante e influente behaviorista

(18) Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 263.

(19) O comportamento humano envolve interação contínua entre o organismo e o meio ambiente. Os estímulos objetivos externos e as respostas comportamentais objetivas são fatos observáveis. Essa interação, entretanto, opera num contexto mais amplo, não definível absolutamente em termos observáveis E-R. Esse *quadro de referência* mais amplo é a adaptação biológica do organismo ao meio. Não se concede espaço, mantendo-se fiel ao estudo objetivo da psicologia do comportamento, para noções mentalistas (consciência, intenção etc.).Considerava o comportamento automático e cíclico, passível de redução à terminologia das ciências exatas, a partir de uma imagem mecanicista do homem. Cf. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 273-274.

(20) Cf. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 273.

do mundo contemporâneo. Em sua principal proposição, um reflexo é a correlação entre um estímulo e uma resposta e nada mais.[21] Seu interesse, antes de explicar o comportamento, é descrevê-lo.

7.1 O sistema de Skinner e o condicionamento operante

Skinner defende um sistema estritamente empírico, sem um quadro teórico de referência, partindo de um positivismo estrito através do método indutivo. Trabalha com o comportamento observável: a tarefa da investigação científica consiste em estabelecer relações funcionais entre as condições antecedentes de estímulo controladas pelo experimentador e a resposta subseqüente do organismo.[22]

Na situação de condicionamento proposta por Pavlov, um *estímulo* conhecido é relacionado a uma *resposta*, sob condições de *reforço*. Skinner denominou *comportamento respondente* a resposta comportamental suscitada por um estímulo específico e observável. Já o *comportamento operante* ocorre sem quaisquer estímulos externos observáveis.[23] Assim, a resposta é aparentemente espontânea, não se relacionando a qualquer estímulo observável conhecido. Isto não quer dizer, como anota Schultz, que não exista definitivamente um estímulo evocador da resposta, apenas nenhum estímulo é identificado quando ocorre a resposta. A abordagem mais eficiente de uma ciência do comportamento, segundo Skinner, é o estudo do condicionamento e extinção dos comportamentos operantes.[24]

Skinner, no que foi seguido por outros estudiosos, realizou muitas pesquisas sobre problemas de aprendizagem. Seus estudos incluíram, entre outros temas, o papel da punição na aquisição de respostas, o efeito de diferentes esquemas de reforçamento, a extinção da resposta operante, o reforçamento secundário e a generalização. Trabalhou com animais e também com seres humanos, seguindo a mesma abordagem básica da *caixa de Skinner*.

O *comportamento operante* no homem envolve a solução de problemas, reforçada por aprovação verbal ou pelo conhecimento de ter sido dada a resposta correta.

(21) Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 276.

(22) O comportamentalismo descritivo estrito proposto por Skinner tem sido chamado de *abordagem do organismo vazio*. Cf. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 280.

(23) No laboratório de I. Pavlov, o cão nada pode fazer senão responder ao estímulo oferecido pelo experimentador, não agindo "por conta própria"; o *comportamento operante* do rato na *caixa de Skinner* ("aparelho de condicionamento operante") é instrumental na obtenção do estímulo (alimento), não recebendo a recompensa alimentar (estímulo reforçador) enquanto não oferece o comportamento adequado (acionar a alavanca). Cf. SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 278.

(24) SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 278.

7.2 Esquemas de reforçamento

A pesquisa inicial de Skinner demonstrou o papel necessário do *reforçamento* no *comportamento operante*. Na *caixa de Skinner*, toda vez que o rato aciona a alavanca (resposta correta) tem seu comportamento reforçado com o recebimento de alimento.[25]

Porém, como no mundo dos comportamentos reais nem sempre o reforçamento é tão consistente e contínuo como no "mundo da caixa", Skinner concentrou seus esforços na influência comportamental exercida pelo *reforçamento intermitente*. Suas pesquisas demonstraram que quanto mais curto for o intervalo entre reforçamentos, mais rápida é a resposta. Além disso, a freqüência de comportamentos também afeta a extinção da resposta. Além do esquema de reforçamento de intervalo fixado, existe também o *reforçamento de razão fixa*, em que o reforçamento é aplicado depois de um número determinado de respostas.[26]

7.3 O determinismo de uma sociedade behaviorista

Procurando desenvolver uma "tecnologia do comportamento", Skinner pretendeu formular um programa de controle do comportamento, transpondo os resultados obtidos em laboratório para a toda a sociedade.[27] Numa visão mecanicista e determinista, em oposição à idéia de livre-arbítrio, apoiada em experimentos de condicionamento, o behaviorismo de Skinner defende a possibilidade de controle do comportamento humano pelo uso apropriado do reforçamento positivo:

"Se quisermos desfrutar das vantagens da ciência no campo dos assuntos humanos, devemos estar preparados para adotar o modelo de comportamento (...) devemos pressupor que o comportamento é ordenado e determinado. Devemos esperar descobrir que aquilo que o homem faz é o resultado de condições que podem ser especificadas e que, uma vez determinadas, poderemos prever e até certo ponto determinar suas ações."

"Não se deve deixar a questão da liberdade pessoal interferir com a análise científica do comportamento humano (...) Não podemos esperar vantagens aplicando os métodos da ciência ao comportamento humano se, por alguma estra-

(25) A única área em que Skinner vê diferenças entre o rato e o homem é a do *comportamento verbal*. Cf. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ Sydney Ellen, op. cit., p. 284.

(26) SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 281.

(27) Em 1948, Skinner publicou um romance, intitulado *Walden Two*, em que descreve uma comunidade rural de 1.000 pessoas, onde todos os aspectos da vida, desde o nascimento, são "controlados" pelo reforçamento. V. *Walden Two: uma sociedade para o futuro*. São Paulo: Ed. Universitária.

nha razão, nos recusamos a admitir que o nosso objeto de pesquisa possa ser controlado."[28]

O programa de Skinner para uma sociedade cujo comportamento é controlado em termos de *reforço positivo* existe apenas na ficção, mas o controle ou modificação do comportamento de pessoas e pequenos grupos é muito difundido. A propósito, a *modificação do comportamento* mediante o reforço positivo é técnica usual nas escolas, prisões etc. O objetivo, no âmbito do presente trabalho, é mostrar como o reforço positivo poderia ser usado para transformar comportamentos desviantes indesejáveis (crimes) em comportamentos socialmente aceitáveis. A técnica de modificação do comportamento desviante atuaria nas pessoas da mesma forma como o aparato de condicionamento operante é manipulado para modificar o comportamento de ratos: *reforçando o comportamento desejado e não reforçando o indesejado.* Convém desde já ressaltar que, no modelo skinneriano, não se usa a punição: ninguém é punido por não exibir o comportamento desejado; as pessoas são reforçadas (ou recompensadas) quando seu comportamento sofre mudanças positivas.[29]

8. Behaviorismo e criminologia

Historicamente, o principal meio empregado pelo homem para controlar o comportamento dos outros homens, a exemplo do que sucedeu com Adão e Eva ao provarem o fruto da árvore proibida, cedendo à tentação da serpente, é o castigo.[30] Essa tendência permanece uníssona até meados do século XX, quando Skinner, publicando *Waden Two*, esboça, a partir da ficção, uma sociedade modelada pelo apoio positivo.[31] Já em 1971, publica uma proposta para a utilização da *tecnologia do comportamento* para modelar uma sociedade culturalmente livre de punições: *O mito da liberdade* (*Beyond Freedon and Dignity*).

Para Skinner, o mentalismo não somente interfere com a busca de explicações científicas do comportamento como também não é prático, no sentido de que nos impede de solucionar problemas sociais como o crime.[32]

No decorrer dos tempos, instrumentos os mais variados foram e continuam sendo empregados no intuito de modificação, influência, controle ou alteração

(28) SKINNER, J. B., 1953, p. 6-322, apud SCHULTZ, Duane, op. cit., p. 284-285.

(29) SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 286.

(30) Gênesis 3, 16-24.

(31) GEISER, Robert L. *Modificação do comportamento e sociedade controlada.* Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 10.

(32) A respeito das concepções behavioristas sobre *responsabilidade*, *mérito* e *culpa*, v. BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo – Ciência, comportamento e cultura.* Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 191-200.

do homem. Primordialmente, a força; gestos ameaçadores e até a força física. Num segundo estágio, talvez palavras; apelos emocionais, diálogo, argumentos lógicos. Na medida em que a complexidade das relações se expande, a modificação do comportamento é institucionalizada: sistemas legislativos, governos, religião, educação. Não obstante, em última análise, quando as instâncias falham, o controle do comportamento permanece vinculado ao emprego da força, por meio da punição. Nesse sentido, Geiser:

"Quando tudo o mais fracassa, os homens ameaçam, condenam, castigam, batem, torturam, impõem penalidades, matam, e justificam-se alegando agir no interesse de pessoas obstinadas, que não querem modificar o seu comportamento para adequá-lo ao que a sociedade delas exige. Embora a humanidade tenha sido recoberta por um verniz de civilização, conservamos vários traços do nosso passado primitivo."[33]

A partir das concepções de Skinner, o behaviorismo liberta-se das demonstrações empíricas do laboratório e lança-se no sentido da modificação do comportamento social. O homem não governa sua alma e não é senhor do seu destino, podendo ser controlado por forças ambientais fora de sua percepção e sem o seu consentimento consciente. Precisamos, nestes termos abordados (*O mito da liberdade, 1971*), de uma *tecnologia do comportamento*. O mito da nossa autonomia, de sermos livres agentes para determinar nosso próprio comportamento impede a solução dos problemas sociais.[34] J. V. McConnell, psicólogo experimental, anota o seguinte:

"(...) podemos combinar privação sensorial com drogas, hipnose e a hábil manipulação de recompensas e punições para obter o controle quase absoluto sobre o comportamento do indivíduo (...) Prevejo o dia em que conseguiremos converter o pior dos criminosos num cidadão decente, respeitável em questão de meses – ou talvez menos que isso. O perigo é que poderemos também fazer o

(33) GEISER, Robert L., op. cit., p. 14.

(34) No âmbito da aplicação do behaviorismo à criminologia, do ponto de vista prático, as ações meritórias seriam reforçadas pela comunidade, ações condenáveis seriam "punidas". Se é pragmática a punição dos comportamentos inadequados, também assim deveria funcionar com o reforçamento dos comportamentos desejáveis. O Poder Público gerenciaria o comportamento social com maior eficiência se tomasse decisões sobre *reforço* e *punição* com maior transparência, abertamente. A eficiência seria maior quanto maior fosse o fortalecimento do comportamento desejável com *reforço positivo*, em detrimento de *métodos aversivos*. Controle do comportamento por meio de ameaças e *punições* pode funcionar a curto prazo, mas resulta em rebeldia e desafeto a longo prazo. Um comportamento anti-social modelado por uma longa história de reforço não pode ser alterado, muitas vezes, com a superposição de uma nova contingência artificial de reforço. Prevenir o crime, em muitas circunstâncias, é prover uma história de reforço para o comportamento de "respeito pelo bem jurídico". Assim, as intervenções que ignorarem a história de reforço do comportamento criminoso tende ao insucesso. Cf. BAUM, William M., op. cit., p. 199-200.

oposto, naturalmente: transformar qualquer cidadão decente, respeitável, num criminoso."[35]

Verifica-se, sobretudo a partir das idéias do behaviorismo skinneriano sobre o controle comportamental da sociedade, uma crescente aplicação da "tecnologia científica" ao campo da modificação do comportamento, notadamente de criminosos presos. Técnicas de modificação do comportamento que agem diretamente sobre o sistema nervoso, normalmente irreversíveis como a psicocirurgia, aplicada no "tratamento" de criminosos violentos, as drogas, estimulação elétrica do cérebro. Técnicas que exigem, note-se bem, pouca ou nenhuma participação ativa do sujeito, o que faz com que ele se sinta mecanicamente controlado, além de violentar a sua convicção de que controla o próprio comportamento.[36]

Entre as técnicas já indicadas para tratamento e modificação do comportamento criminoso, ainda que indiretamente relacionadas às concepções "tecnológicas" do behaviorismo radical de Skinner,[37] destacam-se a psicocirurgia, o eletrochoque e as drogas: a) hormônios de *antitestosterona*, que objetivam a castração química do sujeito, normalmente indicadas para criminosos sexuais; b) *prolixin*, tranqüilizante que provoca náusea crescente utilizado na terapia aversiva; c) *anectina*, derivada do curare sul-americano, veneno usado em pontas de flechas, que bloqueia a transmissão neural para os músculos do corpo, inclusive os do diafragma, vitais para a respiração – o intervalo de trinta a sessenta segundos em que a pessoa fica sem respirar causa sensação de sufocação e afogamento e profundo sentimento de terror.[38]

Na prática do sistema penitenciário dos Estados Unidos, como se verá, alguns programas de modificação de comportamento foram vistos, pelos próprios prisioneiros, como "psicogenocídio", devido ao objetivo real de "amansar" prisioneiros violentos com técnicas psicológicas. As técnicas empregadas eram parecidas com a lavagem cerebral, baseadas, com alguma reserva, nos princípios da teoria skinneriana.[39]

(35) McCONNELL, J. V. "Criminals can be brainwashed – now". *Psychology Today Review*, abr. 1970, p. 74, apud GEISER, Robert L., op. cit., p. 77-78.

(36) GEISER, Robert L., op. cit., p. 16.

(37) É importante registrar que Skinner era um humanitário, que tinha por meta uma vida melhor para as pessoas e a sociedade, apesar da natureza mecanicista do sistema que propôs. Assim, as técnicas empregadas na prática institucional, adquirindo contornos punitivos, não podem ser atribuídas ao sistema skinneriano. V. SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 287.

(38) Impotente, a pessoa ouve uma preleção acerca do seu comportamento violento e agressivo, com sugestões de que, se tal comportamento persistir, será submetida a novo tratamento. Combinação de castigo e condicionamento clássico. Cf. GEISER, Robert L., op. cit., p. 76.

(39) Em 1962, Edgar Schein sugeriu que a lavagem cerebral, a exemplo da que teria sido empregada pelos chineses em prisioneiros de guerra americanos no Vietnã, para

As técnicas de modificação de comportamento usadas nas prisões americanas transformaram-se em formas de punição. Os resultados revelaram a capacidade inerente ao sistema carcerário de tomar qualquer medida parcialmente terapêutica e transformá-la em punitiva. Em defesa dos enunciados da modificação comportamental preconizada pelos behavioristas, anota-se que os conflitos verificados são atribuídos em maior parte às falhas do sistema carcerário – e da justiça – do que propriamente aos programas de modificação do comportamento no plano teórico.[40]

8.1 Controle do comportamento no cárcere

O behaviorismo, já o dissemos, influenciou profundamente a psicologia norte-americana e, ainda hoje, representa importante referencial para a ciência do comportamento – fato que se verifica também no Brasil. Porém, sobretudo nos Estados Unidos, a aplicação de métodos científicos para controle do comportamento no sistema penitenciário merece destaque, pela tentativa de desenvolvimento de programas de tratamento a partir da modificação de comportamento e, em igual proporção, pela polêmica que o tema suscitou – e ainda suscita.

Referência bastante ilustrativa é a veiculada pelo cinema, que (com fidedignidade ou não) transportou para a ficção a idéia-chave das técnicas de controle do comportamento desviante. O filme *A laranja mecânica*, dirigido por Kubrick, advém do romance *A Clockwork Orange*, de Anthony Burgess.[41] Diante do es-

solução dos problemas dos detentos das prisões americanas: "lavagem cerebral não em termos de política ética e moral, mas sim em termos de modificar deliberadamente o comportamento e as atitudes de um grupo de homens que possui o controle quase completo do ambiente em que vive a população cativa". A lavagem cerebral é uma coleção de técnicas com diversas variações, podendo usar reforços positivos para amoldar o comportamento. Por outro lado, pode envolver também privação sensorial e social, seguida de reforço para o comportamento desejado, mas também dolorosa super-estimulação sensorial, com a cessação do estímulo dependendo do comportamento correto. A sensação de isolamento e abandono que resulta da lavagem cerebral deixaria a pessoa confusa e hiper-sugestionável. O apoio de antigos padrões de comportamento é dramaticamente enfraquecido pelo afastamento dos colegas, da família e daqueles a quem estima. O prisioneiro é levado a crer que aqueles a quem respeita são indignos dessa consideração e precisa desconfiar deles. Privado do seu apoio (reforço), mostrar-se-ia ansioso por adotar as ponderações e aceitar os reforços de quem executa a lavagem cerebral. O prisioneiro é reforçado, contanto que adote o novo e desejado comportamento, criando artificialmente uma situação em que a ambigüidade e os padrões estão ausentes ou confusos; a pessoa torna-se, em geral, receptiva a quem lhe oferece um quadro de referência alternativo. Cf. GEISER, Robert L., op. cit., p. 74.

(40) GEISER, Robert L., op. cit., p. 78.

(41) O livro *A laranja mecânica* foi publicado em Nova York por W.W. Norton Inc. no ano de 1962 e também na Europa. Na América do Norte, ao contrário do que ocor-

cândalo e até ameaças de morte ao diretor, e a pedido dele próprio, o filme foi retirado de cartaz na Inglaterra pela Warner Bros., permanecendo proibida a exibição no Reino Unido de 1973 a 2000. O filme quer tratar da violência juvenil e do tratamento "imposto" ao jovem Alex.[42]

No filme, o tratamento consiste em uma lavagem cerebral empreendida por uma espécie de condicionamento aversivo (punitivo?), ao fim do qual o delinqüente não consegue cometer os atos a que foi condicionado a não fazer: sente ânsias, vômito, dores e vertigens. Alex não pode mais praticar atos anti-sociais, ainda que tenha o desejo de cometê-los.[43]

reu na Europa, o livro "perdeu" seu capítulo final. Kubrick não teve notícias desse capítulo a tempo. A versão que lhe chegou às mãos era a americana, sem o capítulo 21. Mesmo o filme tendo sido realizado na Inglaterra, só veio a descobrir o "capítulo fantasma" após o término do trabalho cinematográfico. Nada muito relevante para Kubrick que se disse satisfeito com o final da versão americana e que não a mudaria. No capítulo final (capítulo 21 – ou capítulo 7 da parte III), Alex aparece com mais idade, renuncia a seus modos violentos, casa-se e tem filhos. Torna-se, assim, um "indivíduo respeitável e produtivo" à sociedade. Cf. BELO, Warley Rodrigues. "*A laranja mecânica* – Comentários criminológicos sobre a violência juvenil". Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 09.06.2001.

(42) Mantemo-nos infensos, aqui, à discussão sobre eventuais aspectos funcionais da violência e da criminalidade para a sociedade (macro-social), concebidos inicialmente por Emile Durkheim (DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 6. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1972. p. 58) e desenvolvidos por pensadores como Maffesoli (MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da violência*. São Paulo: Vértice, 1987. p. 55), Zaffaroni e Pierangelli (ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 312), numa crítica coincidente com a moderna crítica da Criminologia ao Direito Penal positivo (v., ainda, a respeito, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – Introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999).

(43) Alex foi incluído em um novo modelo de "reinserção social" porque cometera atos de ultra-violência: o "Ministro da Justiça", em revista ao pátio onde Alex estava preso, julgou-o petulante, violento e anti-social, portanto apto à nova versão de tratamento. Aí está o aspecto utilitário, social, planificado da violência individual de Alex. O próprio "Ministro da Justiça" vai ao encontro de Alex para saber de seu pronto restabelecimento de saúde no hospital depois que ele se joga pela janela. O Ministro (leia-se *poder dominante*) interessado na recuperação do delinqüente, em especial daquele delinqüente, que havia rompido com o velho tratamento de recuperação e iniciado um novo tratamento Warley Belo vê aí um *ciclo de violência*: Alex contra a sociedade e a sociedade contra Alex, defendendo o acerto de sua afirmação de que a violência é funcional: identificação dos valores da sociedade contra os atos de Alex e uma renovação (ou inovação) no mecanismo de "domesticação do criminoso". W. Belo, sem se prender, como nós, à análise do método, expõe que uma das conseqüências apontadas dos atos de "*ultra-violence*" praticados por Alex redundaram em uma renovação. "O sistema de recuperação de delinqüentes se

No plano real, "longe" da ficção, o primeiro trabalho de modificação do comportamento com delinqüentes adultos, numa "prisão de segurança máxima", foi feito na penitenciária de Draper, em Elmore, Alabama. Cuidava-se de um programa de *economia de fichas*, baseado no *reforço positivo* ao preso que colaborava com a manutenção do estabelecimento, com a organização pessoal e de acordo com o desempenho no trabalho ou nos estudos. Os pontos conquistados, representados por *fichas*, eram gastos com TV, sinuca, cigarros, cinema etc. Após a experiência da penitenciária de Draper, a técnica se espalhou para a maioria dos estados norte-americanos e tornou-se referência ao sistema federal.[44]

Em 1964, na prisão de segurança máxima em Somers, Connecticut, foi desenvolvido um programa de tratamento destinado aos criminosos sexuais. Aos pedófilos eram projetadas, numa tela, fotos de crianças nuas tiradas de revistas pornográficas. Ao olharem as imagens, recebiam um choque através de eletrodos presos à parte interior das coxas. O choque, apesar de baixa intensidade, liquidaria as fantasias sexuais, a partir da associação com a sensação de mal-estar (não necessitaria ser doloroso). A finalidade é associar *crianças como objetos sexuais* à emoção do *medo*: contracondicionamento aversivo.[45]

Os precursores do método imaginaram a técnica aplicada em ampla escala. Em outras instituições prisionais, processos e métodos baseados nos mesmos postulados foram empregados. A maior parte dos programas constituiu-se de

modificou por decorrência de Alex". A violência, no dizer de Belo, é ambígua: cria e destrói. O "tratamento" de "domesticação" é a finalização de um longo ciclo. Para o autor, no behaviorismo, tal como interpretado no filme, há "uma certa ingenuidade na crendice de ser, o homem, condicionável tal como os animais". BELO, Warley Rodrigues, op. cit.

(44) Embora o programa funcionasse, de modo geral, problemas administrativos, como distorções e abusos cometidos por agentes penitenciários, ocasionaram seu fim. Cf. GEISER, Robert L., op. cit., p. 64.

(45) Cuida-se de *contracondicionamento* porque sua finalidade é condicionar uma resposta negativa (aversiva) a um estímulo que, por *condicionamento* anterior, provocava uma resposta (ou abordagem) positiva. Quando a foto de criança é substituída pela de uma mulher, o choque cessa. Essa técnica de *modificação de comportamento* é mais próxima do modelo clássico de condicionamento proposto por Ivan Pavlov do que do *reforço negativo* de Skinner, haja vista que o choque não cessa em virtude de qualquer comportamento do preso. O processo é de *condicionamento respondente*: sua finalidade é condicionar uma resposta agradável a um estímulo que anteriormente provocava uma resposta negativa. A primeira parte, cujo propósito é eliminar o comportamento criminoso indesejado, não passa de um modelo de punição. Os resultados do programa da penitenciária de Somers foram considerados bons: após 12 semanas de tratamento, nove dos quinze delinqüentes que o iniciaram receberam livramento condicional. Embora todos fossem reincidentes, 11 meses após, nenhum dos egressos submetidos ao tratamento havia sido preso pela prática de qualquer outro crime. Cf. GEISER, Robert L., op. cit., p. 62-63.

variações em torno do tema familiar. Para o controle em ampla escala dos detentos, economia de fichas, ou sistemas estratificados, onde recompensas em forma de privilégios e maiores confortos aumentavam na medida em que o preso atingia níveis mais elevados no sistema de "tratamento"; para a modificação do comportamento individualizado de presos determinados, o *condicionamento aversivo*.[46]

Com base no modelo institucional da penitenciária Patuxent de Maryland,[47] foi iniciado, em 1972, o Start (tratamento especial e treinamento de reabilitação), programa idealizado como protótipo para a modificação do comportamento nas prisões federais norte-americanas, a partir do Centro Médico Federal para prisioneiros em Springfield, Missúri. Prisioneiros extremamente agressivos eram introduzidos num ambiente estratificado em vários níveis, cada qual com responsabilidades e privilégios respectivos. Efetivamente, o programa era iniciado em confinamento solitário, a partir do qual o detento devia conquistar certa liberdade, modificando o comportamento de acordo com o regulamento da penitenciária. Era, então, positivamente recompensado com a transferência para o nível seguinte, com mais conforto. Para alcançar o terceiro e último nível, deveria demonstrar capacidade para controlar o comportamento agressivo. O programa foi abandonado em 1974, em meio a acusações de seleção e transferência forçada dos participantes, punições cruéis e violação a direitos constitucionais.[48]

Os programas de controle de comportamento, da forma como foram empreendidos nos Estados Unidos, berço da psicologia comportamentalista objetiva,

(46) GEISER, Robert L., op. cit., p. 64-65.

(47) Patuxent de Maryland, fundada em 1955 como prisão reabilitativa modelo, era um misto de hospital psiquiátrico e instituição prisional, um centro de tratamento total chefiado por um psiquiatra. O programa de tratamento era um sistema gradativo de quatro planos, com as costumeiras recompensas para o comportamento socialmente aceitável. A exemplo da pesquisa de laboratório, onde os animais em estado de privação (fome etc.) são mais inclinados a emitir comportamento reforçável, o programa estabeleceu seu primeiro nível no confinamento solitário (poço de segregação). A partir daí, qualquer conquista do prisioneiro lhe pareceria boa: uma cela de 1,80m por 2,7m, sem qualquer contato com o mundo exterior, com ventilação, iluminação e aparelho sanitário deficientes, onde permanecia por trinta a sessenta dias, até que o prisioneiro "estivesse disposto a pedir ajuda". Na medida que o prisioneiro se esforçava para ascender ao nível mais elevado, adquiria privilégios como mesas de sinuca, TV, direito de pintar e decorar a própria cela etc. Apenas os prisioneiros do terceiro e quarto níveis poderiam pleitear o livramento condicional. Em 1971, o Tribunal de Maryland condenou o programa de modificação de comportamento de Patuxent, cujas bases serviram de modelo para o Start, por suas punições cruéis. Um dos prisioneiros que se recusaram a cooperar, ficou no confinamento solitário durante 8 anos, embora sua sentença não ultrapassasse 5 anos. Cf. GEISER, Robert L., op. cit., p. 69.

(48) GEISER, Robert L., op. cit., p. 66.

passaram a ser questionados sistematicamente, pela opinião pública através da imprensa e, inclusive, judicialmente por associações defensoras dos direitos humanos (como a ACLU – União das Liberdades Civis Americanas, em inglês), que vislumbraram nos programas oficiais uma forma de "controle mental". Técnicas como a psicocirurgia, terapia aversiva e o uso de modificadores químicos ou drogas sofreram, então, forte oposição aos processos de modificação do comportamento nas prisões.[49]

Ainda hoje, embora com mecanismos diversos, a abordagem comportamentalista permanece como referencial para os programas de "recuperação" de criminosos. Modernamente, ganham terreno as *teorias da aprendizagem social* (ou sócio-comportamentalistas), em que se nota "uma ênfase mais flexível nos processos cognitivos";[50] mentalistas portanto. O comportamentalismo permanece vivo, mas se apresenta hodiernamente de uma forma distinta daquela promovida nas décadas que sucederam o manifesto de Watson até a morte de Skinner, em 1990. A despeito da existência de um núcleo leal à tradição comportamentalista radical skinneriana, detecta-se a evolução do comportamentalismo tendo em vista a emergente abordagem dos aspectos cognitivos, como se vê nos trabalhos de Albert Bandura e Julian Rotter.[51]

9. Nota conclusiva

O sonho de uma sociedade sem violência, guerras e miséria, inspirado no *Walden Two* skinneriano, a partir de uma vida programada socialmente, fez dos behavioristas verdadeiros *modificadores de comportamento*, notadamente através do planejamento e administração de programas para controle do comportamento em determinados ambientes fechados, como a prisão. Aplicando os princípios de aprendizagem baseados nas teorias de condicionamento operante, pretenderam interferir nos problemas sociais, manipulando e programando as pessoas "para o bem".

A experiência norte-americana com os programas de modificação do comportamento demonstrou, na prática, que certos presos eram capazes de reagir muito bem ao sistema gradativo e ao *reforço positivo*. Outros, como sucedeu no programa de Patuxent de Maryland, precisaram ser trancafiados por longos perío-

(49) Embora os programas de modificação comportamental fossem voluntários, sem a adesão ao "tratamento", os prisioneiros não receberiam livramento condicional. GEISER, Robert L., op. cit., p. 63.

(50) BRUNER, J. S. apud SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 288.

(51) Para maior aprofundamento do estudo acerca do desafio cognitivo no âmbito do comportamentalismo, remetemos o leitor aos capítulos 9 e 15 da *História da psicologia moderna*, de Duane Schultz e Sydney Ellen Schultz, op. cit., p. 288-292 e 400-404.

dos, às vezes em celas totalmente escuras, sujas, infestadas de baratas; precisaram dedicar-se aos *reforços negativos*.[52]

Percebe-se que, na prática, os postulados de Skinner foram deturpados. Privar alguém de reforços positivos é uma das definições skinnerianas para o castigo. Reforços negativos são meio de fuga; sair de uma dessas celas poderia até ser visto como reforço negativo, mas colocar alguém numa delas, sem dúvida, é punição. Os problemas enfrentados pelos modificadores de comportamento foram vários: falta de cooperação dos prisioneiros, opinião pública, funcionários correcionais – o uso do castigo enraizado no sistema. Vários dos programas foram utilizados pela Administração como artifícios dos detentores do poder para manutenção da ordem e do *statu quo*.

A modificação do comportamento é uma técnica de mudança eficiente, até certo ponto, quando operada devidamente, com voluntários apenas e reforços positivos; mas pode ser igualmente poderosa quando corrompida e empregada de maneira repressiva.[53]

A crítica às práticas adotadas pelos programas de modificação de comportamento originários do sistema penitenciário norte-americano, principalmente na década de 70 do século XX, estenderam-se à própria concepção teórica do behaviorismo skinneriano. Porém, é ilustrativo o trecho de correspondência enviada, pelo próprio Skinner, à revista *Time*, em abril de 1974:

"Seu debate acerca da modificação do comportamento nas prisões me atribui um excesso de crédito – se for essa a palavra justa – pelas práticas vigentes. Jamais recomendei o uso de choques elétricos, drogas que produzem náuseas ou vômitos, ou da psicocirurgia. Preocupo-me com o ambiente da prisão e mesmo assim apenas com os seus aspectos compensadores..."[54]

Diante dos programas empreendidos nos Estados Unidos, muitos questionamentos eclodiram e continuam atuais – mormente em atenção ao confronto entre o nosso ordenamento constitucional inaugurado em 1988 e a verificação prática de nosso sistema penitenciário e juízo de execução penal: qual a extensão dos direitos à igualdade, privacidade, dignidade, devido processo em relação aos presos? Os presos têm direitos civis básicos que impedem sejam utilizados como "recompensas" num programa de modificação de comportamento – instalações físicas e alimentação adequadas etc.? Até que ponto pode o programa institucional "forçar" um detento a modificar seu comportamento sem o seu consentimento ou cooperação? Pode haver consentimento livremente manifestado num ambiente coercitivo como o da prisão? Qual o fundamento da prisão: punição ou recuperação? O que é recuperar, tornar simplesmente mais "dócil"? Recuperar para qual sociedade?

(52) GEISER, Robert L., op. cit., p. 70.

(53) GEISER, Robert L., op. cit., p. 71.

(54) *Time*, 01.04.1974, p. 5, apud GEISER, Robert L., op. cit., p. 77.

Sob certas condições, em contextos sociais fechados, como a prisão, poderíamos admitir que a modificação do comportamento criminoso, a partir das teorias de Skinner, traga resultados satisfatórios – mas raramente em contextos sociais abertos, naturais. A modificação do comportamento encontraria sua limitação na própria estreiteza do método behaviorista, não se tratando, pois, de um problema circunstancial, mas estrutural. A visão mecanicista do homem, como uma máquina que interage em termos de *estímulo-resposta*, a ignorância da reciprocidade entre o homem e o sistema social em que se insere; sua limitação, enfim, para controlar a multiplicidade de fatores externos que atuam sobre o indivíduo numa sociedade aberta, além da desconsideração de fatores introspectivos, sem questionar o aspecto ético da modificação do comportamento pelas técnicas empregadas, revelam a limitação do Behaviorismo como referência ao estudo da criminologia.

Talvez, como anota Robert Geiser, fôssemos mais capazes de resolver alguns dos nossos problemas sociais se considerássemos mais o ambiente do que as pessoas que nele vivem. É bem possível que a revolta e violência, na sociedade e nas prisões, seja menos o resultado da ação de criminosos violentos do que reações a um sistema violento. Punição gera frustração, a qual, por sua vez, leva a ataque aos punidores. No ambiente da prisão, em especial, a punição desmedida gera comportamento anti-social e reação violenta por parte dos presos.[55]

Como bem adverte Warley Belo:

"A violência nos remete a um instinto, quase que perceptível, de recusa, resistência, insubmissão. O preso rebela porque se recusa a ter determinado tratamento penitenciário, o povo rebela porque não lhe é prestada a devida assistência, há violência porque é a forma de se externar algum tipo de inconformismo. Falamos de desejo de viver fora dos parâmetros impostos, falamos de resistência ao padrão do comportamento social."[56]

Os postulados behavioristas, notadamente skinnerianos, permanecem válidos, pensamos, ao afastarem a ênfase punitiva e a autorizarem, sob certa medida, a modificação do comportamento.

Como quer que se vejam as intenções de Skinner, quer o consideremos um salvador ou um escravizador de seres humanos, não se pode negar o alcance de sua influência sobre a psicologia[57] e suas implicações nas diversas áreas do conhecimento – como é o caso da criminologia. A grande questão continua sendo mais *deontológica* que *científica*, no que se refere às limitações éticas para aplicação do conhecimento. Assim como não podemos responsabilizar Einstein pelo lançamento de bombas atômicas contra vítimas indefesas, não podemos condenar Skinner pelos excessos cometidos pelos *modificadores de comportamento*: afinal, quem controla os controladores?

(55) GEISER, Robert L., op. cit., p. 80.

(56) BELO, Warley Rodrigues, op. cit.

(57) SCHULTZ, Duane e SCHULTZ, Sydney Ellen, op. cit., p. 286.

Bibliografia.

BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo – Ciência, comportamento e cultura.* Porto Alegre: Artmed, 1999.

BELO, Warley Rodrigues. "*A laranja mecânica* – Comentários criminológicos sobre a violência juvenil". Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 09.06.2001.

GEISER, Robert L. *Modificação do comportamento e sociedade controlada.* Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

SCHULTZ, Duane. *História da psicologia moderna.* 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1990.

——— e SCHULTZ, Sydney Ellen. *História da psicologia moderna.* 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1994.

WATSON, John B. "Psychology as the Behaviorist Views It". *Psychological Review.* 1913.

4.4

MONSTRUOSIDAD, ANOMALÍA, INTERÉS: TRES FIGURAS DEL DELINCUENTE

SERGIO E. TONKONOFF

SUMARIO: 1. El delincuente: mito y poder – 2. Monstruosidad: el delincuente y la lógica de la soberanía – 3. Anomalía: el delincuente y la lógica de la normalización – 4. Interés: el delincuente y la lógica del seguro – 5. El delincuente: metáfora y mito.

Resumen: La figura del delincuente es un poderoso mito de la vida cotidiana. Su sola evocación trae a la mente imágenes de salvajismo, demencia o perfidia. Quien trasgrede la ley penal, se piensa, "es" delincuente: su acto lo ha convertido en un ser de nuevo tipo o, acaso, ha revelado su identidad "verdadera". Postularemos aquí que tres "tipos" o "figuras" son centrales en los modos de representación (moderna y tardomoderna) del delincuente: la del monstruo, el anormal, y el ofensor racional. Abordaremos el discurso jurídico – político de Thomas Hobbes, el discurso antropológico de Cesare Lombroso, y la trama discursiva configurada por las llamadas "criminologías de la vida cotidiana", intentando una "genealogía" de estas figuras y de las lógicas que las sostienen.

Palabras-clave: Mito – Delincuente – Monstruo – Anormal – Ofensor Racional – Hobbes – Lombroso – Criminologías de la vida cotidiana – Soberanía – Normalización – Seguro.

1. El delincuente: mito y poder

Recuperando una perspectiva existente en ciertos pensadores "clásicos" se ha enfatizado que, cada vez con mayor intensidad, en las sociedades contemporáneas, el control del delito se halla subordinado a prácticas sociales orientadas a la construcción de consenso.[1] Esto es, más relacionadas con control del conjunto social que con el mínimo grupo de infractores efectivos de la norma jurídica.[2] Desde esta perspectiva resulta posible una lectura del castigo pe-

(1) MELOSSI. "La gaceta de la moralidad" en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* 3, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1990. GARLAND, D. *Punishment and modern society*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

(2) Entre los "clásicos" esto aparece claramente expresado en Durkheim, para quien el castigo "no sirve, o sólo sirve secundariamente, para corregir al culpable o

nal en clave "semiológica": allí, en las representaciones del delito, del delincuente y de la pena, es posible leer las marcas de diversas estrategias de control social, político y cultural.

En este sentido, y específicamente en relación con las representaciones sociales del delincuente, Dario Melossi ha podido formular recientemente que "de hecho, cada ambiente cultural produce un determinado 'conocimiento' del delincuente que atraviesa diferentes formas discursivas, de los tratados científicos a los periódicos, de los medios televisivos a los relatos ficcionales. Tales representaciones ejecutan una tarea en la sociedad que consiste, entre otras cosas, en orientar la moralidad pública".[3]

Siguiendo esta dirección creemos posible postular que si las representaciones sobre el delincuente son capaces de "atravesar diferentes formas discursivas" y funcionar como operador en la construcción de hegemonías sociales y políticas, es porque las mismas se encuentran míticamente constituidas.

En el marco de la crisis de las ideologías "positivas", el delincuente, vuelve a ser un feroz enemigo. En el entramado discursivo que bosqueja su multifacético perfil tiende a prevalecer el elemento afectivo y empático: aquí, el lenguaje analítico de la argumentación racional cede ante una amalgama de figuras apta para construir un nuevo lenguaje, esta vez sintético, que nombra e intenta conjurar al delincuente. Aberración, demencia o villanía, el delincuente es alguien a quien ha de temerse. Su sola evocación instituye un universo de significación de formas totalizantes, esencialistas, del delito. Ontologización de la acción delictiva que procede por deslizamientos de sentido, encadenándose, por ejemplo, según la serie: desviación – maldad – peligrosidad – delincuencia.

Todo sujeto trasgresor de ciertas normas penales es objetivado, entonces, en torno a la combinación de fragmentos heterogéneos de discursos (médicos, jurídicos, estéticos, políticos y morales) que lo separan de los demás, y lo ubican sobre un difuso territorio donde se agitan las imágenes del salvajismo, la enfermedad y la perfidia. Así, reeditando el inmemorial maridaje entre mito y poder, los agentes oficiales y no oficiales de control social construyen activamente a los adversarios de los que habrán de defenderse.

Ahora bien, si es cierto que el delincuente "pertenece al acerbo mitológico del presente",[4] ¿cómo acometer su "genealogía"?; ¿descomponer los estratos de sentido que encierra su figura?; ¿cómo destejer la enmarañada trama que lo

para intimidar a posibles seguidores. Desde este punto de vista, su eficacia es legítimamente cuestionable y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, de modo tal que mantenga toda su vitalidad en la conciencia colectiva". DURKHEIM, É. *De la division du travail social*. Paris: PUF, 1967. p. 108 (*La división del trabajo social*. Madrid: Alianza, 1989).

(3) MELOSSI, D. "Changing representations of the criminals". *British Journal of Criminology* 40/297, 2000.

(4) La expresión es de ENZENSBERGER, H. *Política y delito*. Barcelona: Seix Barral, 1966.

vuelve un poderoso operador de control social?; ¿cómo desandar el camino de su eficacia totalizante?

Creemos posible comenzar a trascender la mera indicación de la presencia del mito del delincuente en los actuales discursos sobre la ley y el orden señalando, en el espacio de representación que el mismo instituye, la presencia de tres figuras: la monstruosidad, la anomalía y el interés.[5] Figuras estas que refieren a tres discursos que creemos fundamentales en la moderna (y tardo moderna) comprensión de la cuestión criminal.

Nos referimos al discurso jurídico – político de Thomas Hobbes; al discurso antropológico de Cesare Lombroso; y la trama discursiva configurada por las llamadas "criminologías de la vida cotidiana".

Postularemos que la figura de delincuente construida por la lógica de la soberanía Hobbesiana es la del "licántropo". Aquí, delincuente es quien transgrede la ley, pero transgredir la ley es romper el pacto. Así, quien delinque "actúa hacia atrás": su crimen, distinto de la inmediatez de su acto, consiste en desandar el camino que ha puesto fin a la guerra de todos contra todos, actualizando una lupificación siempre posible en los individuos asociados contractualmente.

La segunda figura que nos proponemos abordar es la del delincuente tal como ésta es construida en el discurso de Cesar Lombroso y la Scuola Positiva Italiana. En el límite, este es, también, un discurso sobre monstruos. Sin embargo, su marco de referencia ya no será la ley sino la norma. El centro de definición se ha desplazado aquí del acto a la conducta. Todo delincuente constituye una irregularidad respecto a una regla fisiológica, psicológica o moral: todo delincuente es un anormal.

Abordaremos, finalmente, un tercer espacio de representaciones del delincuente vinculado a las llamadas "criminologías de la vida cotidiana". Ésta, a diferencia de las anteriores, aparece como una figura abstracta, no encarnada. Ni bestia humana, ni loco moral, se trata, mas bien, de una cifra en las estadísticas de sociedades donde altas tasas de criminalidad se han naturalizado. El rostro de este delincuente, de tenerlo, sería ligeramente distinto al de su víctima. Nos encontramos frente a un individuo libre y responsable. Nos encontramos frente a un delincuente entendido como "ofensor racional".

Nos proponemos analizar estos retratos "típico-ideales" del delincuente en relación con las constelaciones discursivas que los sostienen, articulándolos con diversas nociones de naturaleza humana y orden social (tanto como con el significado de la ley penal al interior de dicho orden), en el intento de dar cuenta de persistentes lógicas vigentes en nuestras sociedades a la hora de imaginar, explicar y exorcizar la "cuestión criminal".

(5) Habría, al menos, un cuarto estrato de sentido, periódicamente emergente, tanto en la opinión publica como en el discurso criminológico, que quedará afuera del alcance del presente ensayo: el delincuente como héroe / innovador en lucha contra un orden social injusto y sofocante. Ver MELOSSI, D. "Changing representations of the criminals", cit.

2. Monstruosidad: el delincuente y la lógica de la soberanía

Sin duda es posible presentar a Hobbes como "fundador" del positivismo jurídico. Carl Schmitt así lo ha hecho.[6] En lo que refiere a los crímenes y a los castigos, esto significa definir al delincuente como aquel que viola una ley preexistente a su acto. A esta violación corresponderá una pena también previamente establecida. Presentado de este modo, el delincuente aparece, en la luminosa tradición moderna del contrato social, como un infractor cuya única entidad "real" es jurídica y cuyo único atributo diferencial es la comisión de un acto proscrito por una norma vigente.

Sin embargo, frente a cada infracción a la ley descubierta, potencias oscuras se movilizan: nunca el delincuente es un insípido infractor y pocas veces el es castigo un ejercicio neutral y mesurado. Pero, estas potencias oscuras que agitan la figura de un delincuente monstruoso y de un castigo feroz, acorde a la desmesura de la naturaleza criminal, ¿emanan solo de la irracionalidad de las pasiones (el odio del damnificado, su sed de venganza)?. Esos poderes sombríos que tensan la medida del castigo que la ilustración penal supo conseguir y tienden a desbordarla convirtiendo a la punición en un espectáculo cruel ¿proceden siempre de otro lugar, diverso a la lógica "clara y distinta" de la razón contractualista? ¿No es acaso el contrato la lógica de la soberanía? Y ¿no es la soberanía *puisance absolute et perpetuelle* como quería Bodin?,[7] ¿o la dimensión del exceso como lo vislumbró Bataille?[8] Entonces, ¿que imágenes terribles, que sentidos "siniestros" se agitan en los arcanos del discurso fundante de la ciudad moderna?

En un muy conocido, y medular capítulo del *Leviathan*,[9] Hobbes establece que el ejercicio de "la fuerza natural" y "el acuerdo voluntario de los hombres", constituyen los dos modos de establecimiento del poder soberano. Al producto de la primera "modalidad", lo denomina "Estado por adquisición"; al segundo, "Estado por institución". El primero es alcanzado por "actos de guerra"; el segundo, a través de un pacto por el cual los hombres reducen (voluntariamente) sus voluntades a una voluntad.

Es tal vez el dominio por conquista (relativamente menos tematizado por los comentadores) el que revele más claramente la lógica de la soberanía que nos proponemos abordar. Se trata de un dominio adquirido por el vencedor a

(6) SCHMITT, C. *El Leviathan. En la teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Buenos Aires: Struhart, 1990.

(7) BODIN, J. *Los seis libros de la República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

(8) BATAILLE, G. *Lo que entiendo por soberanía*. Barcelona: Paidós, 1996.

(9) HOBBES, T. Leviathan. "O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil". México: Fondo de Cultura Económica, 1990. Cap. XVII: "De las causas, generación y definición de un Estado". [Contrastado con la edición al cuidado de C.B. McPherson, Nova York: Penguin, 1985.]

través de un curioso pacto por el cual el vencido, para evitar su muerte, queda comprometido a que "en cuanto a su vida y la libertad de su cuerpo, el vencedor tendrá uso de ellas a su antojo".[10] Luego, el vencido es un siervo. No es pues, para Hobbes, el mero hecho de la fuerza, la circunstancia por la cual el dominado asume la condición de siervo, sino que a esto se suma su decisión de pactar. Es decir: el vencido no queda obligado a la servidumbre porque ha sido conquistado, sino porque comparece y se somete al vencedor.

El resultado de esto es, tanto en este caso como en el del pacto voluntario entre iguales, la generación de "aquel gran Leviathan". Este monstruo tetrafronte que, en palabras de Schmitt, enlaza "la totalidad mítica que suponen los términos "dios", "hombre", "animal", y "máquina";[11] y que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de los hombres a la concordia. Monstruo, entonces, cuya emergencia tiene lugar con ocasión del miedo: el temor de los hombres a un tercero más poderoso en la "soberanía por adquisición", y el temor mutuo de los hombres en estado de naturaleza en "soberanía por institución".

El miedo (en primer lugar el miedo a la muerte) constituye el sustrato irracional de un pacto al que sólo se accede, sin embargo, a través de la razón (es ella quien "sugiere adecuadas normas para la paz"). Es que los hombres en estado de naturaleza no son lobos puros. E inversamente, no perderán su condición esencialmente antisocial una vez ingresados en la civilidad estatal.

Es, precisamente, la subsistencia de este estado de naturaleza siempre operante como potencia, el fundamento legitimante de la soberanía jurídico – política: sólo la espada puede ligar las palabras a las cosas y sujetar a los hombres a sus promesas. Pero esta protección, para ser absoluta, exige de una obediencia absoluta. El paso que va desde el *homo homini lupus* del estado de naturaleza, al *homo homini deus* de la sociedad civil, exige la institución de un Leviathan que funcione como legislador único y supremo. Voluntad que crea e impone todo derecho y que, por lo mismo, garantiza incontestablemente la paz, la seguridad y el orden. En adelante todas las transgresiones serán delitos: semillas de rebelión frente la potestad soberana del Estado.

Así, aquel cuyos actos sean considerados atentados contra la paz, ha de ser banido de la comunidad: expulsado por el bando soberano. Escribe Hobbes: "En efecto, del mismo modo que cuando una piedra con su aspereza e irregularidad de forma, quita a las otras mas espacio del que ella misma ocupa, y por su dureza resulta difícil hacerla plana, lo cual impide utilizarla en la construcción, es

(10) "El señor del siervo es, también, dueño de todo cuanto este tiene, y puede reclamarle el uso de ello, es decir, de sus bienes, de su trabajo, de sus siervos y de sus hijos, tantas veces como lo juzgue conveniente. En efecto, debe la vida a su señor, en virtud del pacto de obediencia, esto es, de considerar como propia y autorizar cualquiera cosa que el dueño pueda hacer. Y si el señor, al rehusar el siervo, le da muerte o lo encadena, o le castiga de otra suerte por su desobediencia, es el mismo siervo autor de todo ello, y no puede acusar al dueño de injuria." HOBBES, T., op. cit., p. 166.

(11) SCHMITT , C., op. cit., p. 19.

eliminada por los constructores como inaprovechable y perturbadora: así también un hombre que, por su aspereza natural, pretendiera retener aquellas cosas que para si mismo son superfluas y para otros necesarias, y que en la ceguera de sus pasiones no pudiera ser corregido, *debe ser abandonado o expulsado de la sociedad como hostil a ella*".[12]

La lógica de la soberanía arroja, pues, al trasgresor fuera de la ley. Ahora será el "proscrito": el "banido".[13] Ha ingresado en una zona de indiferenciación entre la ciudad y su "afuera", entre la cultura y la naturaleza: ha devenido *Wargus*, hombre – lobo. Monstruo híbrido, animal y humano, su crimen lo ha devuelto a un estado presocial de existencia.

Es que delincuente es aquel que ha roto el pacto. En tanto miembro de la comunidad se había comprometido a no atentar contra la concordia y el orden de ésta, a cambio de vivir protegido. Pero ha faltado a su palabra. Ha quebrantado un tipo especial de contrato: no el que se establece en un intercambio recíproco entre iguales, sino (tal como se manifiesta claramente en la soberanía por adquisición) el que tiene lugar entre un acreedor y un deudor.[14] Éste lo castigará, pues, con saña tenaz.

Poco importa si el delincuente ha robado con premeditación, si ha matado con alevosía. Poco importa cuan grave haya sido el daño "directo" causado por el infractor. Su crimen difiere de la inmediatez de su acto. Su crimen ha sido acometer contra el orden fundado por el pacto, contra la paz y la justicia que no tenían lugar antes de esta fundación. Ahora deberá pagar. Y si el acreedor puede cobrarse con su vida, es porque la potestad punitiva no responde aquí a un criterio de proporcionalidad retributiva, sino porque la pena se configura, en el modelo de la soberanía, como un *mimus* de la guerra.[15] Guerra que existía antes de que los hombres queden encerrados en el "sortilegio" de la sociedad y de la paz, y que el delincuente ha actualizado con su traición. Así, aquello que se presuponía como exterior (el estado de naturaleza) reaparece al interior como enfrentamiento entre el trasgresor y el soberano, escenificado en el espectáculo ritualizado del castigo.

Quizá por eso Nietzsche ha podido escribir que todos los criminales "actúan hacia atrás".[16] Criminal es quien desanda el camino que ha puesto fin a la guerra

(12) HOBBES, T., op. cit., p. 125. El subrayado es nuestro.

(13) Seguimos aquí a AGAMBEN, G. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida.* Valencia: Pre-textos, 1998.

(14) Ver la prístina descripción de esta lógica en NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral.* Madrid: Alianza, 1997.

(15) NIETZSCHE, F., op. cit.; FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir.* Paris: Gallimard, 1975. [*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* Buenos Aires: Siglo XXI Ed., 1989.]

(16) NIETZSCHE, F. "El viajero y su sombra". *Obras completas.* Madrid: Aguilar, 1966. t. II.

de todos contra todos, actualizando una lupificación siempre posible en los individuos asociados contractualmente. Hombre lobo del hombre, es ahora el habitante paradójico de dos mundos. Su lugar es el de umbral, la zona de tránsito entre la ciudad y su afuera. Pasaje y límite, el topos del delincuente es del estado de naturaleza: fin, pero también principio, del orden jurídico – político. Allí deberá medirse con su doble: la potestad punitiva del soberano. Potestad que habita, también ella, fuera de la ley, y constituye, para Hobbes, su condición de posibilidad.

3. Anomalía: el delincuente y la lógica de la normalización

Frente al cráneo del entonces famoso bandolero Villella, Cesare Lombroso declara haber obtenido la revelación del enigma de la "naturaleza del criminal". Para Lombroso el delincuente nato "... tiene, por naturaleza, una pequeña capacidad craneana, una mandíbula pesada y grande, una gran capacidad orbital, arcos superciliares salientes, un cráneo anormal y asimétrico, barba rala o nula, pero cabellera abundante, orejas salientes, y muchas veces una nariz achatada o encorvada. Los criminales suelen padecer de daltonismo, con frecuencia son zurdos, y su fuerza muscular es escasa. Se aprecia en gran numero de ellos la degeneración alcohólica y epiléptica. Sus centros nerviosos suelen estar pigmentados. Se sonrojan difícilmente. Su degeneración moral corre pareja con la física, sus tendencias criminales se manifiestan en la infancia por el onanismo, la crueldad, la inclinación al robo, una vanidad excesiva y un carácter impulsivo. El criminal es por naturaleza holgazán, licencioso, cobarde, incapaz de remordimiento, sin previsión; le encanta tatuarse; su escritura es peculiar, su firma complicada y adornada con floreos; su caló es sumamente difuso, abreviado y lleno de arcaísmos".[17]

He aquí un típico retrato lombrosiano: la caracterización de un delincuente a través de la descripción de un conjunto de anomalías tanto físicas como de conducta. No exactamente hibridez monstruosa sino desviación, irregularidad, desliz de lo no conforme a una norma; que sólo en el límite (representado por el tipo "delincuente nato", del cual Villella encarna un caso) constituye lo monstruoso. Estas descripciones del delincuente, en su mixtura de categorías biológicas y morales, dan cuenta del carácter "epistemologicamente ubesco"[18] de un dispositivo conceptual que enlaza el esquema moreliano de la degeneración con ciertos filones de una sociología spenceriana y un evidente darwinismo social. Tal vez sea posible postular que el suyo es un discurso moral en clave biológico-antropológica (y que es esa la explicación de su enorme eficacia política y repercusión ideológica). Es que para el médico Lombroso el problema es, ante todo, la salud de las sociedades. Sociedades que no son representadas ya como

(17) LOMBROSO, C. *L'homo delincuente*. Milano: Hoepli, 1984. p. 435-436.

(18) Expresión usada por FOUCAULT, M. *Les Anormaux*. Paris: Gallimard Seuil, 1999.

órdenes producidos por contratos sociales, sino como "realidades orgánicas". De allí que para el positivismo criminológico la referencia de las transgresiones no será la ley sino la norma.[19] Se trata, pues, de identificar a aquellos individuos que, sometidos a las fuerzas de la naturaleza y a las leyes de la causalidad, se presentan como patológicamente constituidos. Serán estos últimos el objeto de este nuevo campo del saber inaugurado por Lombroso: la antropología criminal o, simplemente, la criminología.

Tal como lo ha señalado Gabriel Tarde[20] dos líneas de explicación se cruzan en *L'homo delincuente*: la que refiere al delincuente como un "salvaje" habitando en la civilización (así el crimen es explicado por la hipótesis del atavismo) y la del crimen – locura. Es posible afirmar, sin embargo, que la primera fue subsumida por la segunda a partir del nexo causal de la degeneración. De allí que el "delincuente nato" haya ido "pariendo", en las sucesivas ediciones de *L'homo delincuente*, a los restantes tipos de criminal: el epiléptico, el demente y el ocasional (grupo, este último, que se divide, a su vez, en el pseudo-criminal, el criminaloide, el impulsado por la pasión y el habitual).[21] Entre el delincuente atávico y el habitual, tanto como entre la expiación y la reforma que les corresponden respectivamente, se establece, pues, una continuidad cuya unidad de medida es el grado de degeneración.

Frente a lo que considera la "ilusión metafísica" del libre albedrío, el médico-legista italiano funda una influyente perspectiva etiológica para la comprensión del crimen: la "naturaleza" desviada de determinados individuos es anterior e independiente del orden legal vigente en cada sociedad. Se deberá, entonces, comprender al crimen en tanto "realidad fenoménica" surgida como efecto de las determinaciones antropológicas, sociales, psíquicas y ambientales que constituyen al sujeto delincuente. Cualquier acto de transgresión a las normas penales será, pues, la consecuencia necesaria de una personalidad criminal. El crimen como epifanía: un "síntoma del temperamento orgánico y psíquico de su autor" en palabras de Enrico Ferri.[22]

De manera que el hombre delincuente no será considerado un individuo sano, dotado de libertad y conciencia, sino determinado por las condiciones de una historia natural que tendrá que ver tanto con la degeneración o falta de desarrollo en su conformación orgánica, como con determinaciones del medio en el que se halla inserto. "Natos" u "ocasionales" estos "dementes morales" viven

(19) Sobre la norma como "realidad jurídico natural", ver FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir*, cit., y CANGUILHEM, G. *Lo normal y lo patológico*. México: Siglo XXI Ed., 1978.

(20) TARDE, G. *La criminalité comparée*. Paris: Cujas, 1969.

(21) En la quinta edición de *L'homo delincuente*, hacia 1897, luego de las críticas de Tarde, Lombroso incorpora un grueso capítulo sobre el rol de "causas externas" en la configuración del delincuente.

(22) FERRI, E. *Sociologia criminale*. Torino: Bocca, 1954.

prisioneros de aquellos impulsos que los han constituido, incapaces de contenerse tanto frente a las sugestiones del medio como a la menor ocasión de delinquir. La diferencia entre criminales y no criminales no ha de referirse aquí a las acciones sino a los caracteres materiales del sujeto de la acción: a los motivos de su conducta cifrados en su cuerpo, en la particular configuración de sus instintos, y en el papel determinante de los "factores ambientales" (naturales y sociales) en dicha configuración. Deformación genética, malformación funcional e "historia de vida" permitirán a Lombroso la identificación del anormal con una variedad mórbida del genero humano.

Patologización del crimen, entonces. Sin embargo, esta especie mórbida de los delincuentes no se halla en una relación de disrupción sino de continuidad con el resto de los hombres: no hay oposición sino grado entre normales y anormales. Se establece así un *continumm* normativo cuya unidad de medida refiere a "umbrales de peligrosidad". Con esta noción ("peligrosidad") el positivismo criminológico buscará avanzar sobre las diferentes formas de inadaptación social, asimilándolas la figura del "delincuente natural". Figura que "deslegaliza" la infracción presentándola como irregularidad respecto de una norma fisiológica (el delincuente como aberración natural) psicológica (el delincuente como enfermo mental) o moral (el delincuente como loco moral). En relación a estos tres ejes Lombroso construirá sus famosas tipologías. Es este movimiento de deslegalización de la infracción que le permite constituir al infractor en un blanco de intervención "mas acá" de la ley: lo que era un sujeto jurídico se convierte en un objeto de tratamiento. Ahora el problema no será el del actor responsable sino el del individuo peligroso. En adelante una tecnología de la normalización se hará cargo del delincuente: ya no se trata de suprimirlo sino de curarlo.[23]

4. Interés: el delincuente y la lógica del seguro

Desde mediados de la década de 1970 el entramado discursivo tejido por las teorías de la elección racional, de la actividad rutinaria, del crimen como oportunidad y la teoría de la prevención situacional,[24] han influido de manera creciente en el

(23) FOUCAULT, M. *Les Anormaux*, op. cit.; *Surveiller et Punir*, cit.; *Dits et écrits*. Paris: Galimard, 1994.

(24) Ver, por ejemplo, CIARKE, R. "Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope", in TONRY, M. y MORRIS, N. *Crime and justice: An Annual review of Research*, vol. 4, Chicago: University of Chicago Press, 1983; CLARKE, R. *Situational Crime Prevention: Successful Case Studies*, Nova York: Harrow-Heston, Albany, 1992; CIARKE, R. y CORNISH, D. "Modeling Offenders Decisions: A Framework for Policy and Research", in TONRY, M. y MORRIS, N. *Crime and justice: An Annual review of Research*, vol. 6, Chicago: University of Chicago Press, 1985; HEAL, K. y LAYCOCK, G. *Situational crime prevention: from theory into practice*. London: HMSO, 1986.

diseño de políticas de control del delito. Nos encontramos frente a lo que David Garland ha denominado "nuevas criminologías de la vida cotidiana".[25]

Su común denominador radica en el entendimiento de que el delito es un aspecto normal de la vida tardo – moderna: una eventualidad que en modo alguno remite a lo monstruoso o patológico de un acto o de un actor. Es decir, que la actividad delictiva participaría de un continuo con la interacción social normal. Y es, por tanto, un riesgo que puede ser calculado o un accidente que puede ser evitado. Un hecho cuya explicación remitiría, en cualquier caso, a patrones motivacionales presentes en nuestra cultura, más que a aberraciones morales o patológicas que deban ser objeto de explicaciones específicas.

Estas representaciones del delito como riesgo y del delincuente como "ofensor racional" se encuentran en relación con dos elementos centrales. En primer lugar, se están profundamente penetradas por lo que Ericson y Carriere llamaron "lógica del seguro":[26] si bien el delito es entendido como un conjunto de riesgos, inevitables en cierto grado, estos riesgos son manejables y predecibles en términos de agregación. Por lo cual, la prevención revestirá, desde este punto de vista, mayor importancia que la detección y readaptación del infractor.

El segundo elemento refiere a la concepción de estos discursos respecto de si mismos como saberes científicos que permiten operar la racionalización del riesgo delictivo. Racionalizar el miedo y elegir entre acciones probables para contrarrestar el peligro, son sus tareas. Este discurso criminológico "actuarial" se ha convertido así en una importante fuerza presente en diversas instituciones (públicas y privadas) a la hora de pensar al delincuente y de controlar el delito.[27] Así, parte de la reconfiguración de la organización social en las llamadas "sociedades de riesgo"[28] se halla en relación a un nuevo rol de las instituciones de justicia criminal que ya no intervienen para marcar o normalizar cuerpos individuales, sino para gobernar espacios sociales que ahora buscan regularse en relación a patrones de vulnerabilidad, gerenciamiento y distribución del riesgo. Las palabras clave son aquí, como en otros ámbitos centrales de la organización social tardo-moderna, eficiencia y calculabilidad.

Así, el foco de atención desviación-normalización-orden de las técnicas disciplinarias se desplaza hacia en eje conocimiento– riesgo– seguridad. Es que

(25) GARLAND, D. "The Limits of the Sovereign State. Strategies of Crime Control in Contemporary Society". *The British Journal of Criminology* 36-4, 1996.

(26) CARRIERE, K y ERICKSON, R. "The Fragmentation of Criminology", in Neklen, D. (Ed.). *The Future of Criminology*. London: Sage, 1994.

(27) REICHMAN, N. "Managing crime risks: toward an insurance based model of social control". *Research in Law and Social Control* 8, 1986.

(28) BECK, U. *The risk society*. London: Sage, 1992; BECK, U. "Modern society as a risk society", in: N. Stehr y R. Ericson (Eds.). *The culture and power of knowledge*. Berlin/Nova York: Gruyter, 1992.

el interés se encuentra aquí menos centrado en el "enderezamiento" de los desviados, que en el desarrollo de un conocimiento capaz de monitorear comportamientos potencialmente peligrosos. Ya no se trata, pues, de la expulsión/expiación del sujeto trasgresor, ni de la inclusión/ortopedia del individuo desviado, sino de la constitución de poblaciones con sus respectivas categorías de riesgo. De gerenciar la seguridad en términos de ámbitos espaciales predecibles y de controlar conductas individuales prendiéndolas en su "superficie" (esto es, absteniéndose de realizar complejas indagaciones de índole moral o pretendidamente científicas en relación a los "orígenes" de estas conductas).

La imagen de orden social que aquí se presenta no es la de la comunidad protegida por el poder soberano, ni la de la "ciudad punitiva"[29] disciplinariamente normalizada, sino la de una "sociedad de riesgo" managerialmente regulada. Se trata pues de controlar a los delincuentes según intervenciones más estadísticas y técnicas que morales e individualizantes, más tolerantes a las variaciones que rígidamente normalizadoras. Manipular el ambiente, entonces. Actuar *in situ* más que por separación o exclusión de casos. "Des dramatizar" los conflictos sociales eludiendo el cuestión de la asignación de responsabilidades sobre sus causas, enfatizando sólo en las diferentes opciones técnicas para la "resolución de problemas".[30] Es que estamos frente a una criminología que "se ajusta a nuestra configuración social y cultural –en la cual la amoralidad, la inseguridad generalizada y la exclusión forzada llegan a prevalecer sobre las tradiciones del *welfarismo* y la ciudadania– social".[31]

De este modo, la figura del delincuente que construyen estas "criminologías de la vida cotidiana" es la de aquel cuya conducta transgresora de la ley corresponde a una evaluación racional del costo –beneficio de la acción delictiva. La explicación de ésta acción no remitirá, pues, a la monstruosidad o a la patología sino al comportamiento de un simple *homo economicus*.

El sujeto delincuente es asimilable aquí a un consumidor oportunista e inescrupuloso cuyo libre acceso a ciertas áreas del espacio social debe ser limitado. Así, Cornish y Clarke, por ejemplo, describen al delincuente como un "situational man", dotado de capacidad racional y de deseos en busca de satisfacción, que es responsable de sus actos (aunque, ciertamente, carezca del autocontrol).

Para estos autores la posibilidad de intervención efectiva frente a este tipo de infractor radica, pues, en considerarlo como un "economic decision maker": "los ofensores buscan beneficiarse a si mismos a través de su comportamiento

(29) La expresión es de COHEN, S. *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press, 1985. [*Visiones del control social*. Barcelona: PPU, 1988.]

(30) SIMON, J. "The ideological effects of actuarial practice". *Law and Society Review* 22, 1988.

(31) GARLAND, D., op. cit., p. 462.

criminal; esto involucra el tomar decisiones y elegir, no importa cuan rudimentario pueda ser este proceso en algunas ocasiones; y ese proceso exhibe una dimensión de racionalidad, aunque constreñida por los límites del tiempo y la disponibilidad de información".[32]

Así, se entiende que no sólo la decisión de cometer el acto delictivo está presente en un crimen, sino también la oportunidad en términos de tiempo y de espacio. De allí que estos criminólogos prescriban intervenciones preventivas dirigidas no tanto a los ofensores individuales, como a las potenciales víctimas, a las situaciones en que estás son vulnerables y a las rutinas de su vida cotidiana que crean oportunidades para potenciales delincuentes. Circuitos cerrados de televisión, iluminación en las calles, vigilancia comunitaria son algunas de las técnicas actuariales de control del delito recomendadas en este sentido.

Si positivistas como Garófalo creían necesario intervenir sobre las anomalías que constituían a la personalidad delincuente, ya que la ocasión no hace al ladrón sino que le permiten manifestar lo que de naturalmente delictivo hay él, las "criminologías de la vida cotidiana" buscarán intervenir casi exclusivamente sobre tal "ocasión" independientemente de cual sea la naturaleza del infractor.

5. El delincuente: metáfora y mito

Robert Nisbet, a quien ciertamente no puede acusarse de heterodoxia, escribe: "bajo el acto creador, en cualquier ciencia, física o social, yacen una forma y una intensidad de imaginación, y una utilización de la intuición y de lo que Sir Hebert Read ha llamado 'la imaginación icónica', cuya naturaleza no difiere de lo que descubrimos en el proceso creativo de las artes".[33]

Al abordar los tipos delictivos construidos por el discurso de Thomas Hobbes, Cesare Lombroso y las criminologías "realistas" contemporáneas, hemos intentado dar cuenta de la "imaginación icónica" que los trasunta. Es que los recursos retóricos en la teoría social no sólo producen la configuración de los rasgos visibles del objeto que el discurso construye, sino que, también, permea en ellos un cierto tono emotivo y una intención cierta. Así, "la metáfora del ajedrez, por ejemplo, utilizada para explicar la guerra, acentúa sus rasgos típicos de juego de destreza, en tanto que suprime sus características más horrendas. Una buena metáfora produce, por este medio, 'cambios en las actitudes'".[34] Las metáforas

(32) CIARKE, R. y CORNISH, D. *The reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. Nova York: Springer Verlag, 1986. p. 1.

(33) NISBET, R. *La sociología como forma de arte*. Madrid: Espasa-Calpe, 1979. p. 21.

(34) TURBAYNE, C. *The Myth of Metaphor*. New Haven: Yale University Press, 1962. p. 21.

del hombre lobo del hombre, del delincuente natural y del ofensor racional, utilizadas para significar a los transgresores de la ley penal, parecen dar cuenta de ello acabadamente.

Diremos, a riesgo de simplificar en demasía las cosas que, siguiendo al ya citado Turbayne,[35] pueden reconocerse "etapas en la vida de una metáfora"; y que esto es válido tanto para las metáforas producidas por la teoría social como para las elaboradas en cualquier otro campo de la vida social. La primera etapa consiste, pues, en dar un nombre a algo que pertenece a otra categoría; la segunda se produce cuando el uso de esta paridad se generaliza, pero todavía a modo de comparación; la tercera tiene lugar cuando su uso como comparación se olvida y ya no es reconocida como tal. Estas últimas son "metáforas muertas". De este modo, aquello que comenzó siendo apertura y vínculo termina en la clausura de sí mismo como lenguaje-objeto.

Existe una amplia (y por demás compleja) relación entre la metáfora (en tanto recurso retórico menor) y el mito (entendido como creencia a gran escala). Si bien es cierto que el desarrollo de un mito no puede explicarse solamente a partir de cambios de pequeña gradación en la estructura del lenguaje,[36] no lo es menos que discursos como las teorías sociales que nos ocupan han sido productivos de "mitologemas" que han impregnado el lenguaje corriente con amplias consecuencias en relación al modo en que los hombres piensan a las sociedades en las que viven y se piensan a sí mismos en ellas. De acuerdo con esto, ha podido escribirse que "cuando las metáforas de la ciencia se hacen más amplias y compulsivas, [y se las identifica con lo real] entonces funcionan como mitos".[37]

En relación al tema que nos ocupa, el de Hobbes es quizá el caso mas ilustre,[38] pero dista de ser el único. También Lombroso y la Scuola positivista y sus nociones de "individuo peligroso" y "delincuente natural" han impregnado tan-

(35) Ver también NIETZSCHE, F. "Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral". *Obras completas*. Madrid: Aguilar, 1966. t. III.

(36) Se han ocupado del tema, entre otros, CASSIRER, E. *El mito del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997; y STEINER, G. "EL milagro hueco". *Lenguaje y silencio*. México: Gedisa, 1990. También, en parte SOREL, G. *Reflexiones sobre la violencia*. Montevideo: Actualidad, 1961.

(37) BRUYN, S. *La perspectiva humana en sociología*. Buenos Aires: Amorrortu, 1972. p. 163.

(38) En relación a Hobbes como productor de mitos modernos: "Es característico de todos estos enfoques del problema de la autoridad, según la teoría del contrato social, que provengan de supuestos acerca de la naturaleza humana considerados como artículos de fe, pese a pretender cada uno de ellos una racionalización científica (que más a menudo se asemeja a una racionalización teológica)" ELLIOTT, W. y McDONALD, N. *Western political Heritage*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1950, citado por BRUYN, op. cit. Ver también AGAMBEN G., op. cit.

to el sentido común como las prácticas judiciales. Lo mismo puede afirmarse de la "lógica del seguro" presente en las "criminologías de la vida cotidiana".

De modo que, en la conciencia de la imposibilidad de "demostrar" nuestro postulado general en relación con espacio de representación mítica que configura el delincuente, cuanto menos hemos intentado "mostrar" un conjunto de poderosas "metáforas muertas", así como las "lógicas" (por cierto, mitológicas) en las que se hallan insertas. Metáforas éstas, concurrentes en la construcción de las representaciones con las que nuestra cultura nombra al delincuente.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

POLÍCIA, DIREITO E PODER DE POLÍCIA. A POLÍCIA BRASILEIRA ENTRE A ORDEM PÚBLICA E A LEI

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Redemocratização, segurança pública e polícia no Brasil – 3. Polícia e violência policial – 4. Polícia Civil e investigação criminal – 5. Entre a ordem e a lei – 6. Poder de polícia – 7. Qual modelo de polícia e de policiamento? – 8. Anotações para uma conclusão futura – Bibliografia.

Resumo: O estudo da relação entre polícia e direito representa uma das muitas facetas dos desafios que a democracia enfrenta no Brasil. Durante o processo de redemocratização do país, um amplo quadro de direitos e garantias passou a ser parte integrante do edifício jurídico brasileiro, conformando a nova ordem constitucional. Uma ampla reforma institucional, sobretudo na justiça criminal, passou a ser necessária. Contudo, as instituições que compõem o complexo penal ainda não completaram esse processo de reforma. Durante a última década, enquanto a reforma não era realizada, houve agravamento das condições de vida de uma grande maioria, forte degradação das principais capitais e o crescimento do crime violento. A dramática conjunção de instituições não adequadas à realidade democrática e do agravamento do crime abriu espaço para o retorno da retórica da suposta incompatibilidade entre os preceitos e garantias constitucionais e a prática das instituições policiais. A análise desse problema demanda colocar a polícia em uma perspectiva histórica e teórica. O presente artigo procura ser uma memória e um balanço da discussão. A solução do problema exige levar adiante as reformas das instituições, bem como assumir o compromisso com as garantias constitucionais e com a expansão da cidadania no Brasil.

Palavras-chave: Polícia – Direito – Poder de polícia – Violência policial – Polícia comunitária.

1. Introdução

Um dos maiores especialistas em estudos sobre a polícia nos Estados Unidos, Hermnan Goldstein, assinalou que a polícia, pela natureza de sua função, é uma anomalia numa sociedade democrática. Essa afirmação causou estranheza, pois, desde a criação da famosa polícia metropolitana de Londres, os historiadores têm demonstrado convicção contrária. Para estes, a moderna polícia, cujo mandato emana da lei, é uma construção democrática, em contraste com a

polícia do *ancien régime*, cujo mandato emanava da vontade real.[1] Goldstein afirma que a polícia está investida de uma considerável porção de autoridade, em contraste com o sistema democrático de governo, no qual a autoridade é cedida com relutância e, por isso, deve ser fortemente controlada. A forma específica da autoridade policial – prender, realizar buscas, deter e usar a força – pode perturbar a liberdade e a privacidade individuais. Essa autoridade é delegada a indivíduos e instituições cujas práticas não são submetidas à revisão ou controle rigorosos. A polícia, numa democracia, deve impedir que as pessoas cometam danos umas às outras; criar uma sensação de segurança; facilitar a movimentação de pessoas e bens; resolver conflitos e proteger os direitos – eleições livres, liberdade de opinião e de reunião – dos quais depende a liberdade democrática (Goldstein, 1990). Outros autores concordam com essas afirmações e ressaltam que a democracia é contraditoriamente dependente de sua polícia, para manter um grau de ordem social, controle e de segurança que possibilite o exercício da

(1) Alguns princípios da Polícia Metropolitana de Londres demonstram a inflexão que distancia uma polícia democrática de uma polícia inquisitorial e mostram a modernidade dos preceitos fundadores daquela polícia, conforme seu proponente, Robert Peel em 1829: "1. Prevenir o crime e a desordem, como uma alternativa a sua repressão pela força militar e pela severidade da punição legal; 2. Reconhecer sempre que o poder da polícia para cumprir suas funções e tarefas depende da aprovação pública para sua existência, suas ações e seu comportamento, e de sua habilidade em assegurar e manter o respeito público; 3. Reconhecer sempre que para assegurar e manter o respeito e a aprovação do público significa também assegurar a certeza da cooperação do público na tarefa de assegurar a observação das leis; 4. Reconhecer sempre que a extensão desta cooperação do público diminui proporcionalmente a necessidade do uso da força física e a compulsão para atingir os objetivos policiais; 5. Buscar e preservar o favor público, não através da intromissão na opinião pública, mas ao mostrar constantemente absoluto serviço imparcial à lei, em completa independência política e sem observar a justiça ou injustiça da substância de leis específicas; e pela oferta pronta de serviço individual e amizade para todos os membros do público sem discriminação de riqueza ou posição social, pelo pronto exercício da cortesia e amigável bom humor, e pela oferta pronta de sacrifício na proteção e preservação da vida; 6. Usar força física somente quando o exercício da persuasão, do conselho ou do aviso não fizer efeito para a obtenção a cooperação pública de tal maneira necessária para assegurar a observação da lei ou para restaurar a ordem; e usar somente o mínimo grau de força física que é necessário em muitas ocasiões particulares para atingir um objetivo policial; 7. Manter em qualquer circunstância um relacionamento com o público que dê realidade à tradição histórica que a polícia é o público e que o público é a polícia; a polícia é somente um grupo do público que é pago para prestar atenção integral às tarefas que cabem a cada cidadão, no interesse do bem-estar e existência da comunidade; 8. Reconhecer sempre a necessidade de se ater estritamente às funções executivas da polícia, e evitar de, mesmo aparentemente, usurpar os poderes do judiciário ou vingar indivíduos ou o Estado, e de autoritariamente julgar a culpa e punir o culpado; 9. Reconhecer sempre que o teste da eficiência policial é a ausência do crime e da desordem, e não a evidência visível da ação policial ao lidar com eles" (apud Sewell, 1985:17-18; ver ainda Emsley, 1983).

liberdade. A força da democracia reside numa polícia que, ao mesmo tempo, seja eficiente no combate ao crime e no controle social, bem como respeite os direitos fundamentais (Skolnick, 1975; Adorno, 1998).

No Brasil, o mesmo dilema tem sido referido por inúmeros autores (Lemgruber, 1986; Pinheiro, 1984; e Paixão, 1988), não obstante o discurso encontradiço no país segundo o qual haveria incompatibilidade fundamental entre a ordem democrática e a eficiência policial no combate ao crime. Esse dilema pode ser identificado ao longo da história das instituições policiais no Brasil (Moraes, 1986). Consideremos, para o presente artigo, apenas a inflexão ocorrida, na história da polícia, com a Proclamação da República, momento em que foram consagradas a universalidade da lei, as garantias processuais, a igualdade jurídica e a punição legal (Bretas, 1997). Sabemos que a democracia e o Estado de Direito são inseparáveis da noção de direitos individuais. Norberto Bobbio reconhece a importância desses direitos de cidadania, mas critica os autores que buscavam fundamento absoluto para eles: "são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações, e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas" (Bobbio, 1992:20). É claro que nessa discussão, o jurista está pensando na distinção e no conflito entre liberdades e poderes, mas creio que essa questão possa interessar a todos aqueles que desejam discutir os dilemas colocados pela nossa contemporaneidade, ou seja, entre polícia e direito, segurança pública e direitos humanos, discricionariedade e garantias processuais, enfim entre poderes públicos e liberdades individuais. Nesse sentido, cabem as seguintes perguntas: em nossa democracia, os direitos de cidadania são capazes de fundamentar o controle sobre as instituições públicas? Quais são as possibilidades reais de instauração de uma democracia que garanta a todos o exercício de seus direitos de cidadãos e, ao mesmo tempo, submeta as instituições do chamado complexo penal aos controles democráticos? Como criar condições para aumentar a capacidade das nossas polícias para enfrentar o crescimento da criminalidade violenta, respeitando os princípios constitucionais e garantias fundamentais? (Moraes, 1996). Essas perguntas fazem sentido, como bem lembrou um importante antropólogo brasileiro, para quem o problema do Brasil é a "ausência de uma cultura igualitária, niveladora, efetivamente moderna e democrática, onde os direitos individuais seriam contemplados" (DaMatta, 1993:52). Esses direitos serão contemplados mesmo considerando essa suposta ausência de cultura igualitária?

No Brasil, há uma longa tradição crítica que reflete exatamente o problema da ausência de uma verdadeira democracia liberal, que respeite os direitos do cidadão. A democracia, a legalidade e a cidadania seriam consideradas "idéias fora do lugar", na famosa expressão cunhada por Roberto Schwarz. Em *Raízes do Brasil*, Sérgio Buarque de Holanda analisa a influência ibérica em nossa vida pública, cujo índice é o exercício patrimonial dos cargos públicos e a flexibilização da aplicação da lei em decorrência dos laços afetivos, cordiais, que carac-

terizam as relações interelites. Em *Casa-grande e senzala*, Gilberto Freyre afirma que o poder patriarcal desempenhou um papel positivo na história da ocupação do território e na complementação dos papéis políticos que a monarquia portuguesa deixou de cumprir. Esses autores, apesar de suas diferenças, fazem parte de uma corrente analítica que lê a história do Estado brasileiro sob a lente do poder patriarcal e que ressalta a não-autenticidade do liberalismo e do individualismo no Brasil, ideologias exóticas que complicavam o quadro social brasileiro baseado numa legítima confluência racial e social, segundo Gilberto Freyre, ou que dificultavam enormemente a passagem do país de uma monarquia hierarquizada para uma república democrática, segundo Sérgio Buarque de Holanda. Caio Prado Junior, em *Formação do Brasil contemporâneo*, introduzindo na análise a noção de classes sociais, compreendia que o Estado teve um grande papel na formação histórica do Brasil, papel esse até então negligenciado. Ele desenvolveu a idéia de um capitalismo burocrático: o processo de acumulação privada de capital se deu pelo favorecimento direto do poder público às iniciativas privadas. Raymundo Faoro, em *Os donos do poder*, seguindo essa tendência crítica, afirmou que o poder do Estado brasileiro foi historicamente determinado pelo chamado estamento burocrático, e somente em poucos momentos, os poderes locais, os senhores de escravos e as famílias detiveram poderes consideráveis, como na Primeira República, quando a elite governamental foi desarticulada. Independentemente do ponto de vista adotado, a historiografia brasileira demonstra que a longa tradição escravista e o isolamento das províncias permitiram a cristalização de relações sociais cuja base era o poder local. Esse poder local foi ampliado na medida em que a República permitiu a articulação entre o madonismo, o processo eleitoral fraudulento e a dependência dos representantes públicos aos interesses privados. A política, a polícia e o poder judiciário teriam sido influenciados por essa situação de dependência, conhecida como coronelismo (Franco, 1983; Leal, 1975).

Em síntese, e não obstante as peculiaridades de cada autor, as relações pessoais teriam tido mais peso na história do Brasil do que as leis. Estas relações tenderiam a englobar e perverter o mundo público. O Brasil, assim, teria os traços de uma civilização particularista, relacional, não identificada com a impessoalidade e com a igualdade jurídica, substratos da democracia. Por essa razão, no Brasil, haveria um profundo desencanto de eleitores e de políticos, para os quais a política seria apenas uma forma de apropriação privada dos bens públicos. O Estado não representaria a totalidade da população, nem seria uma instituição independente e imparcial. O Estado seria um patrimônio vultoso cuja posse traria ganhos econômicos e simbólicos: "mandonismo, familismo, clientelismo, nepotismo: relações pessoais marcadas pela instrumentalidade que manda tirar vantagem de tudo, sobretudo nas relações entre parentes, compadres e amigos, ou seja, o espaço da casa se refaz, se reproduz, se atualiza instrumentalmente dentro de algum espaço público" (DaMatta, 1993:54). Nossa tradição jurídica, altamente centralizadora e cartorial, contribuiria para a permanência desse quadro de não-autenticidade do discurso dos direitos no Brasil (Dallari, 1991). Sobretudo na medida em que a lei passaria a ser vista, tanto pelas elites quanto pela

população, como algo que não merece crédito, que não tem validade universal, que "o real se escondia sob o formal", que "quando o governo buscava impor o formal, quando procurava aplicar a lei literalmente", o consenso se desfazia como areia do deserto (Carvalho, 1991:159-160).

Para além do debate sobre a consolidação do Estado de Direito e da democracia no Brasil, observando em profundidade as práticas das instituições do complexo penal, constata-se uma preocupante continuidade de atitudes antidemocráticas, em regra baseadas nas desigualdades reais que estruturam o campo das relações sociais. Essas práticas nos lembram que a legalidade, a eqüidade e a objetividade, importantes componentes de uma sociedade democrática, devem ser princípios éticos fundamentais em qualquer instituição da administração pública (Pinheiro, 2001; Donnici, 1990). A discussão que ora se apresenta, é apenas uma maneira de enfrentar esse dilema, não obstante as questões técnicas e profissionais que também têm seu papel nesse debate.

2. Redemocratização, segurança pública e polícia no Brasil

O período conhecido como transição democrática, no Brasil, coincide com uma profunda recessão. Era o fim do chamado "milagre econômico", que deu lastro social e político à ditadura. Os problemas sociais, efeitos da crise econômica e política, tenderam a se agravar durante a transição. Os militares, que durante o ocaso de seu poder, já haviam começado a experimentar um crescimento da criminalidade urbana e faziam vistas grossas às drogas e às armas presentes nas periferias, não investiram, por razões óbvias, no aprimoramento da segurança pública. O recém implantado regime democrático – os governadores foram eleitos em 1982 – emergiu, tendo em sua agenda, o enfrentamento dos problemas sociais e institucionais legados pelos militares (Mingardi, 1992). É importante lembrar que, na transição, novos atores surgiram no cenário político brasileiro. Os movimentos sociais e os partidos de oposição à ditadura conquistaram enorme espaço de reivindicação e, através de árduas lutas, conseguiram consignar um amplo repertório de direitos na Constituição de 1988 (Pinheiro & Souza, 2001). Mesmo assim, a crise social e econômica pressionou a já precária estrutura social do país e, nas grandes cidades, o desemprego e a exclusão social tornaram-se uma espécie de segunda natureza para parcela significativa dos cidadãos. Em vinte anos, houve uma verdadeira explosão das periferias, com conseqüências que podem ser avaliadas agora, no começo do século XXI (Alvito, 1996).

Não bastasse a crise social, durante a transição, os institutos jurídicos tradicionais do direito brasileiro e as práticas da justiça criminal não sofreram mudança imediata. Mesmo dentro do processo de consolidação democrática, ainda subsistiram enormes dificuldades para a implantação do Estado de Direito no país (Pinheiro, 1996). Sem dúvida, o Poder Judiciário e as instituições da segurança pública resistem à democratização, na medida em que não implementam mecanismos de controle externo e continuam alheios aos anseios

da população (Adorno, 1998). Enquanto isso, a década de 1990 experimentou um crescimento das taxas de criminalidade e do sentimento de insegurança, sem precedentes na história recente. As principais regiões metropolitanas do país esgotaram sua capacidade de inserção dos trabalhadores migrantes e dos novos contingentes de trabalhadores jovens e os conflitos econômicos e políticos atingiram níveis impensáveis. Na década, a violência, decorrente da exclusão social, cultural e econômica das populações periféricas, assumiu uma face explosiva: chacinas, homicídios, drogas, seqüestros e toda uma cultura suburbana compõem o atual cenário. As periferias ficaram ainda mais segregadas do conjunto da cidade e a prometida democracia não foi capaz de refazer o pacto social. As cidades ficaram mais fragmentadas e os jovens das periferias continuaram a sofrer com a discriminação e com a exclusão (Soares, 2000). O envolvimento de diferentes atores sociais em projetos comunitários, apesar de permitir o fortalecimento dos laços relacionados ao pertencimento à localidade, não foi suficiente para fazer frente às forças da fragmentação. No conjunto, as cidades sofreram um rápido processo de privatização, que reflete a recusa, ambígua, da validade universal da cidade como local de todos e de cada um. Os muros, portões, grades e os dispositivos eletrônicos de vigilância, bem como a segurança privada, os condomínios fechados e a maior diferenciação social passaram a dar o tom do cenário urbano. As distâncias monumentais, espaciais e sociais, existentes entre os bairros nobres da cidade e os bairros periféricos, na última década, traduziram-se nas muralhas que separam os condomínios de luxo e as favelas (Caldeira, 2001). Tudo isso permitiu a penetração e consolidação do poder do crime organizado, do tráfico de drogas e do contrabando de armas, desafiando a frágil governança democrática e as organizações populares, com o terror que se espalhou dentro e fora dos territórios conflagrados (Benevides, 1983; Pinheiro, 1996, e Paixão, 1988; Leeds, 1999).

As respostas a esses dilemas são ambíguas, pois assinalam a ruptura de uma sociabilidade possível. As comunidades já não conseguem manter os liames da cultura e da tradição popular. Os jovens de periferia não encontram outro meio de inserção senão o envolvimento com o tráfico e com formas diferenciais de sociabilidade (Zaluar, 1999). As classes médias amparam-se na segurança privada ou engrossam o caldo do chamado retorno do penal. Aumenta o apoio à redução da imputabilidade penal de adolescentes; aumento da duração das penas; definição de crimes hediondos; aceitação da pena de morte como *ultima ratio* da punição; aumento das taxas de encarceramento; aumento da violência policial etc. Os responsáveis pela segurança pública parecem inertes diante desse quadro paradoxal (Pinheiro, 2001).

Na última década, as pesquisas voltadas especificamente para instituições policiais e para o tema da violência urbana consolidaram-se. Segundo, Jean-Paul Brodeur (1984), no mundo inteiro, a polícia opõe resistência deliberada a quem deseja conhecê-la. Em parte, isso decorre da ética do segredo e da desconfiança, características de instituições fechadas. A polícia sempre foi objeto de preocupação dos profissionais do direito, com sua visão normativa e pouco afeita à pesquisa empírica. O interesse pela polícia, enquanto objeto de estudos, decor-

re da repercussão da criminalidade, que tende a valorizar a relação entre polícia e criminalidade. O caráter da polícia enquanto instituição social e seu papel na gestão da delinqüência urbana requerem estudos adicionais. A polícia dramatiza sua ação e, assim, mais esconde do que revela (Brodeur, 1984:10).

Numa abordagem normativa, a polícia é tida como parte integrante do sistema de justiça criminal. As polícias, o Ministério Público, os juízes, os tribunais e as prisões fazem parte do complexo penal, e, assim, devem funcionar de forma integrada e buscar atingir os mesmos objetivos. O denominador comum dessas instituições seria a existência de uma agenda, formulada pelos poderes constituídos – governadores e assembléias estaduais –, no que chamaríamos de uma política de segurança pública e de justiça. O objetivo dessa política seria prevenir e reprimir o crime: dificultando a consecução de crime; detendo os criminosos; julgando e obrigando o cumprimento das penas. A polícia também é tida como auxiliar da justiça, principalmente a Polícia Civil já que possui competência para proceder às investigações do inquérito policial. Assim, caberia à Polícia Civil, ao Instituto Médico Legal e à Superintendência da Polícia Técnica as responsabilidades para que, uma vez ocorrido um crime, o criminoso fosse localizado, provas materiais e testemunhais fossem levantadas contra ele e o inquérito fosse encaminhado à autoridade judicial competente, através do Ministério Público. Nos crimes em que há a prisão em flagrante delito ou nos casos de prisão preventiva, a Polícia Civil também tem o papel de efetuar a detenção do criminoso até que o processo passe em julgado, papel esse que, aos poucos, está sendo transferido, no Estado de São Paulo, para os Centros de Detenção Provisória, com dificuldades e demoras. A Polícia Militar realiza o policiamento preventivo, aleatório e com uso do poder de fogo, como meios de dissuasão do crime. O quadro legal das polícias no Brasil não foi alterado e as práticas, legadas do período autoritário, continuam fundamentalmente as mesmas. A Constituição de 1988 manteve a separação de atribuições, de papéis, de estrutura, de funcionamento, de filosofia e de formação entre a Polícia Civil e Militar no país (Moraes, 1996; Pitombo, 1986 e 1998).

As pesquisas, realizadas nos últimos anos, procuraram ultrapassar o formalismo jurídico e, ao fazê-lo, ampliaram o espectro do objeto de estudos. As pesquisas revelaram o problema da definição do papel da polícia na manutenção da ordem, o exercício legítimo da força física, o trabalho de patrulha, a organização interna e até mesmo os serviços de segurança privada (Black, 1980; Neme, 1999, e Ferreira, 2002). Assim, a realidade policial passou a ser vista e estudada não apenas sob a perspectiva da norma, tampouco como braço repressivo do Estado. Ao contrário, a polícia passou a ser vista enquanto instituição concreta, com seus problemas e características.[2] Mas o mundo da polícia e do policial não

(2) Segundo vários autores, nos EUA, tornaram-se comuns as seguintes perspectivas de análise. A primeira é a chamada perspectiva do controle social, segundo a qual a polícia está encarregada de restringir o comportamento humano, principalmente através de uma ação coercitiva. Nessa linha, a sociedade estaria dividida entre elementos criminosos e supostos cidadãos que obedecem as leis. A segunda é a da

é um mundo facilmente conciliável, ele é fragmentário e, muitas vezes, contraditório, como bem lembrou Dominique Monjardet, para quem, o que caracteriza a polícia e, talvez, toda a administração pública, é a conjugação permanente, concorrente e conflituosa de três elementos: 1) prescrição hierárquica; 2) demanda social; 3) comunidade profissional (1991:197).

Donald Black (1980) afirmou que o trabalho da polícia é uma instância da própria lei. No entanto, o quadro jurídico-normativo das instituições policiais é apenas uma das facetas do problema (Grinover, 1991). A instituição possui uma complexidade que vem sendo desvelada pelas pesquisas científicas realizadas tanto no Brasil como em outros países (Moraes, 1996). As pesquisas têm demonstrado que o complexo penal é contraditório; que as instituições que o compõem nem sempre compartilham a mesma agenda e os mesmos preceitos; que as instituições muitas vezes não são suficientemente arejadas; que a formação jurídica de parcela importante das principais lideranças institucionais não permite aos mesmos uma flexibilidade ou mesmo uma visada crítica da tradição; que não há muita comunicação e, portanto, consenso em relação às características principais das políticas de segurança; que as instituições do complexo penal sofrem de problemas estruturais sérios – formação, profissionalização, estrutura administrativa, recursos técnicos, informações, salários etc.; que, muitas vezes, essas instituições carecem de uma cultura jurídica afeita aos preceitos fundamentais do direito; que essas instituições têm dificuldades em operar num contexto de cooperação; que a prática policial fundamenta-se numa espécie de senso-comum e na repetição da rotina cotidiana; que a polícia, na maior parte das vezes, tem apenas uma postura reativa diante do crime e da perturbação da ordem (Bowden, 1978; Goldstein, 1990; Bayley, 1994; Brogden & Shearing, 1993).

Poderíamos abordar o problema das informações produzidas pela polícia, como exemplo de um desses problemas. Os dados estatísticos elaborados a partir dos boletins de ocorrência não expressam o perfil real da criminalidade (Bayley, 1994). A discrepância entre os crimes registrados pelas delegacias e a imensa massa de pequenos e grandes delitos que não recebem nenhum registro, conhecida como cifra negra, permitiu aos pesquisadores investigar empiricamente a polícia, para além de seu papel formal (Reiss Jr. & Bordua, 1967). A chamada quebra do cinturão sanitário da criminalidade, que chamou a atenção de um público mais amplo para o problema da criminalidade, permitiu

perspectiva da lei e da ordem, segundo a qual a atividade policial pode ser dividida em duas diferentes ordens: *enforcing of the law* e *maintaining order*. Segundo essa perspectiva, a liberdade individual seria antinômica em relação aos interesses da comunidade mais ampla na preservação da ordem pública. A terceira é a perspectiva da polícia como sendo extensão da autoridade pública. O policial em suas atividades de *peace or order keeping*, pode preencher o vazio que de outra forma existiria entre autoridade pública e o cidadão (Hahn, 1970/71; Westley, 1970 & Bayley,1985). Caberia acrescentar uma quarta perspectiva, aquela da polícia como extensão do poder judiciário. Pois, "longe de afrontar a letra da lei, o poder da polícia a endossa" (Brodeur, 1984).

colocar à prova a eficácia da ação de efetuar prisões como forma de conter a escalada da criminalidade (Soares, 2000). Mas a cifra negra revela que a prática policial seleciona os registros e os delitos que merecem receber a atenção da justiça criminal. "Apenas ínfima parcela dos crimes perpetrados chega a receber apenação, sendo que destes, tão-somente uma minoria leva os autores ao cárcere" (Thompson, 1983). Diante da falta de uma política penal consistente, a própria polícia induz a pessoa que quer prestar queixa a não registrá-la quando o caso não tem importância, ou quando, evidentemente, a polícia é incapaz de dar-lhe solução adequada. A polícia atua como um juizado de pequenas causas e decide quais casos são ou não são compensadores e interessantes à justiça pública. Às vezes, a polícia assim procede porque se não o fizesse aumentaria ainda mais o fluxo contínuo de detidos nos xadrezes das delegacias ou, por muito, a lotação dos presídios (Oliveira, 1984). A polícia seleciona os casos para não revelar sua incapacidade em resolvê-los. Ação policial implica na criação de uma instância de julgamento não prevista nos quadros legais. Essa instância opera com certa eficácia no controle da pequena delinqüência, mas não deixa rastros nos dados estatísticos. O não registro de determinadas ocorrências, além de desviar o criminoso da trilha capaz de conduzi-lo à condenação, prejudica qualquer atividade de planejamento. Além disso, a seleção que a polícia realiza pode criar um sentimento de impunidade corrosivo, sobretudo quando se trata de crimes cometidos em esferas da chamada alta sociedade. Assim, a criminalidade pode ser definida tanto pelos valores dos policiais, pelos critérios de seleção utilizados pela polícia, quanto pelas transformações dos valores sociais, do crime e do comportamento do criminoso (Paixão, 1988; Ferreira, 2002).

3. Polícia e violência policial

Entre 1964 e 1985, as primeiras pesquisas realizadas por cientistas sociais abordavam problema das práticas repressivas da ditadura militar. Interessava analisar a atuação do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), da Ronda Ostensiva Tobias de Aguiar (ROTA) ou da ação do chamado Esquadrão da Morte (Barcellos, 2000; Bicudo, 1975). No período da transição, a violência policial ganhou importante atenção. A imprensa brasileira relatava casos de violência policial e do envolvimento de policiais com o crime organizado e com a corrupção. Explicações procuravam dar conta das denúncias veiculadas pela imprensa. Por parte dos representantes do governo e da polícia, afirmava-se que a violência policial decorria, em primeiro lugar, do aumento da violência do próprio "marginal" e, em segundo, dos baixos salários e da má formação dos policiais, sendo que os atos ilícitos cometidos pela polícia envolviam apenas uma ínfima parcela dos policiais. Nessa mesma direção, havia uma constante crítica endereçada àqueles governadores eleitos que procuraram reformar as polícias e imprimir um novo padrão de respeito aos direitos humanos nas fileiras das duas instituições policiais. É nessa época que começam a circular, dentro das polícias, opiniões segundo as quais a ação da polícia estava sendo prejudicada pela obrigação dos policiais respeitarem os direitos de presos e de suspeitos. "O

emprego do uso arbitrário da autoridade discricionária, potencial em qualquer polícia, transforma-se em regra. E a polícia passa a considerar a lei como incompatível com a manutenção da ordem" (Pinheiro, 1982:69). Por parte de pesquisadores e juristas, afirmava-se que a violência e a corrupção eram decorrência de um certo legado do regime militar, costumeiramente denominado de "entulho autoritário" (Lemgruber, 1986; Pinheiro, 1996).

Desde então, o problema da violência policial parece apenas ter-se agravado, não obstante sua ampla visibilidade, gerando não somente iniciativas governamentais para a sua redução – criação da Ouvidoria de Polícia, transferência dos julgamentos de mortes provocadas por policiais para a justiça comum –, como também a elaboração de legislação severa para tortura e para discriminação (Neme, 1999). Ainda ressoam na memória coletiva a violência policial cometida na Favela Naval, em São Paulo, e na Cidade de Deus, no Rio de Janeiro. Não é possível esquecer a participação de policiais no Massacre da Candelária, no Massacre de Vigário Geral e no Massacre do Carandiru. Mais recentemente, a mídia nacional e internacional foi surpreendida com a desastrosa ação da polícia do Rio de Janeiro no caso do seqüestro do ônibus e na subseqüentemente morte do seqüestrador por asfixia, quando este já estava sob o poder de policiais. Ao menos nas duas principais capitais do Brasil, a atuação da Polícia Militar é claramente marcada pelas altas taxas de letalidade, lembrando que, ainda hoje, a PM é uma polícia que mata (Barcellos, 2000). A violência policial tornou-se um tema comum e há consenso de que o problema ainda existe, não obstante sua ilegalidade. O problema ganhou até matéria de capa da reticente revista *Veja*, em 01.11.1995. Sob o título "O poder da pauleira e do choque", a reportagem mostrou que a tortura continuava sendo empregada quotidianamente, principalmente o pau-de-arara, o choque elétrico, o telefone, o afogamento e a tortura psicológica. O problema havia sido colocado, no começo dos anos 80, da seguinte forma: "A única fórmula de comprovada eficiência na apuração de um delito e recolhimento de elementos incriminatórios contra o autor está consubstanciada no uso da truculência por parte dos investigadores. (...) A maioria avassaladora dos delitos elucidados o são com base na confissão do autor. O ponto nevrálgico da investigação concentra-se no interrogatório do indiciado ou suspeito. (...) Obter a confissão, pois, de forma quase absoluta, importa em resolver o caso; não consegui-la, deixa-o insolúvel" (Thompson, 1983:82-83).

Seguindo esta pista, as pesquisas procuraram mostrar que, longe de ser apenas um problema adstrito às práticas de maus policiais, a corrupção, a tortura e as mortes devem ser encaradas como desvios funcionais e, nesse sentido, têm um papel dentro do funcionamento dessas instituições. A corrupção e a tortura, correntes e interligadas na ação da Polícia Civil, passaram a ser entendidas como forma de investigação policial. O suposto criminoso é levado à delegacia, às vezes sem saber qual é a acusação, é interrogado, sem direito a um advogado, e é forçado a confessar o cometimento de um ou mais crimes (Chevigny, 1995).

"Tortura, para a polícia civil, é um método de trabalho que visa a 'eficiência' do sistema ou os acertos," comenta o sociólogo Guaracy Mingardi, que descre-

veu assim o método policial: "Dar uns tapas, socos ou pontapés no preso, como faz a PM, pode ser maneira de descarregar a raiva. No distrito, porém, muitas vezes o torturador sequer encosta a mão no preso. Pendura-o no pau de arara e sai da sala, indo bater um relatório, discutir um acerto, ou mesmo tomar um gole no bar. Só volta quando o indivíduo está pronto para falar. Essa não é a atitude de quem libera a raiva, mas sim de alguém com a agenda cheia. É claro que existem os sádicos, que gostam de ver o sofrimento do preso, mas mesmo assim aquilo continua sendo um negócio. Depois da confissão, ainda que o indivíduo continue detido por muito tempo, ele é relativamente bem tratado. O mesmo policial que o pendurou, e aplicou choques elétricos, permite a visita da namorada, arranja uns gramas de maconha etc." (Mingardi, 1992:143-144). Essa descoberta está relacionada ao método de investigação da polícia, corroborado por outros estudos.[3]

Em relação às mortes provocadas em ações policiais, fica também claro, como revelam os dados divulgados pela Ouvidoria de São Paulo, que há um uso sistemático dessas práticas como uma justiça rápida e sumária, pois há um perfil recorrente das ações em que as mortes ocorrem. O perfil das vítimas, os horários, o número de tiros e o local em que os projéteis penetram nos corpos das vítimas revelam um padrão mórbido. E demonstram uma forma de ação que está longe de poder ser atribuída ao maior poder de fogo ou à maior agressividade do criminoso, ou ainda à ausência de outras opções de ação para os policiais que atiram.

4. Polícia Civil e investigação criminal

O primeiro Código processual foi promulgado em 1832, o segundo apareceu apenas em 1942 e, ainda hoje, continua em vigor. O processo manteve a Polícia Civil como a instituição cuja função privativa é instaurar o inquérito policial (diligências, inquirições e investigação). O inquérito fornece elementos (provas) para a denúncia como também prefigura a responsabilidade do indivíduo (culpa), mediante interrogatório (inquirição) com vistas à convicção de

(3) Nas pesquisas realizadas nos EUA, essa constatação vem sendo repetida: "in a very important sense, police work does not rest on solving crimes through an inductive process of investigation beginning with evidence that leads ultimately to a violator. Rather, crimes are most often solved through a process of attaching persons known as violators to known violations". (Reiss Jr & Bordua, 1967:42). "Despite what television has led us to think, detectives do not work from clues to criminals; they work from known suspects to corroborating evidence. Detectives are important for the prosecution of identified perpetrators and not for finding unknown offenders" (Skolnick & Bayley, 1986:05). "A identidade de um culpado é descoberta pela denúncia e não pela investigação policial. A denúncia provém a) da vítima; b) de testemunhas; c) de um informante a serviço da polícia; d) pelo próprio infrator, quando freqüenta as malhas da justiça ou pelo seu modo de agir ou de vida" (Brodeur, 1984:21).

autoria (confissão). O delegado de polícia, que preside o inquérito, deve reduzir todas suas diligências e inquirições a termo escrito, registrado em cartório, e formular um resumo-parecer, ao final dos autos do inquérito, para fornecer elementos de convicção e fundamentar a decisão favorável à denúncia. O indivíduo permanece em suspeição, deve provar sua inocência e nada temer (Lima, 1989; Pitombo, 1998).

A nossa tradição jurídica reconhece que o inquérito policial é desprovido de valor condenatório. As provas testemunhais – inquirições, interrogatórios, confissões – realizadas pelas autoridades policiais devem ser refeitas em juízo para produzirem o desejado efeito legal. Já as provas materiais, os indícios técnicos do crime – autoria, exame de corpo de delito, perícia em armas ou objetos recolhidos no local do crime – não necessitam ser refeitas. A polícia não só elabora uma verdade sobre as ocorrências criminais, na fase inicial do inquérito, pois a investigação é sua atribuição privativa, como também depende dela parcela substancial do levantamento dos fatos que incriminarão ou não um indivíduo (Pitombo, 1998). Essa situação permite o surgimento de um persistente conflito entre a esfera policial, que valoriza a rapidez e a convicção da culpabilidade, e a judicial, que valoriza as garantias legais, a presunção da inocência e os prazos para a defesa (Lima, 1994). Cabe ao Ministério Público e ao juiz a responsabilidade de avaliar se a investigação foi conduzida dentro da lei (Correa, 1983).

A competência policial, na condução do inquérito, sucede de uma tradição inquisitorial, de suspeição e de segredo. Ela contradiz o preceito legal do ônus da prova. A competência da polícia sobre o inquérito é uma forma de poder discricionário e sucede da crença de que a polícia é a única barreira que há entre a sociedade e os criminosos. O indiciado em inquérito não é considerado portador dos direitos que protegem os demais cidadãos (Moraes, 1986). O quadro jurídico brasileiro sanciona esse poder discricionário. A lei guarda, em seu interior, princípios e regras contrárias à democracia liberal.[4] Kant de Lima explorou bem este dilema legal ao afirmar que "a definição ambígua de atribuições contraditórias à mesma instituição marca sua existência com um 'permanente' estado de 'liminaridade'". Essa ambigüidade entre princípios e funções "faz com que a polícia, extra-oficialmente, adjudique e puna criminosos, de forma puramente inquisitorial". A Polícia Civil, em sua prática de investigação, articula

(4) Em seu *Código do Processo Penal anotado*, ao comentar a competência policial sobre o inquérito consignada pelo art. 4.º, Damásio de Jesus acrescenta a seguinte nota: "Decidiu o TJSP que o inquérito policial 'é um procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, por essa feição, não pode estar a salvo do controle de sua legalidade. Por meio dele é que são oferecidos os elementos que servem à formação da *opinio delicti*. Se ditos elementos não compõem um fato típico, ao menos em tese, não há como manter o constrangimento que dele decorre. Sem o que o procedimento da autoridade administrativa deixaria de ser discricionário para ser arbitrário'". Ou seja, na própria definição do inquérito policial está implícita a idéia de que ele é problemático, já que não comporta plena legalidade, mas apenas uma presunção de discricionariedade.

justiça, lei e ordem dentro de uma complexa cultura de trabalho que valoriza o poder inquisitorial e o segredo (Lima, 1989).

Os sistemas legais, informados por concepções democráticas, têm como pressuposição fundamental que "o espaço público e sua ordem passam a ser representados como um lugar de negociações de diferenças, onde todos devem se subordinar às mesmas regras, de forma igual. Neste espaço público, toda identidade, para ter direito à sua diferença, publicamente reconhecida, tem de se explicitar de acordo com regras conhecidas, em uma negociação de resultados previsíveis. Corolário disso é que toda explicitação gera responsabilidade: tudo o que é dito em público é válido; em público só se dizem coisas que podem ser claramente ditas, pois produzem efeitos nas relações entre os indivíduos, todos submetidos a estas mesmas regras, da clareza e da literalidade" (Lima, 1989:71). O sistema jurídico americano representaria esse modelo. Numa sociedade do tipo hierárquico, como a sociedade de castas, as células básicas da sociedade não se assentam sobre o indivíduo, mas sobre os grupos aos quais aqueles se vinculam. Dessa forma, são os grupos que emprestam identidade aos indivíduos trazendo consigo direitos, mas também obrigações. O Brasil valorizou os direitos individuais ao mesmo tempo em que se manteve preso aos valores de uma sociedade hierárquica. Procurando contrastar o modelo jurídico americano, *acusatorial*, e o brasileiro, *inquisitorial*, afirmou Kant de Lima: "O modelo inquisitorial, ao contrário do modelo do *due process of law*, supõe a desigualdade das partes na sociedade e institui um procedimento de averiguação preliminar, sigilosa, da verdade antes de proceder a qualquer tipo de acusação pública. Tal procedimento é justificado pela necessidade de resguardar a reputação do acusado, mas também para proteger o acusador desvalido diante do poderoso ofensor, o qual pode tomar sérias represálias contra ele se a acusação tiver de ser tornada pública. (...) Nossa tradição jurídica associa a origem e inspiração de tal procedimento a fórmulas eclesiásticas, consagradas no procedimento penal da *inquisitio*, ou inquirição. Sabedor de algum fato desabonador, o *ordinário* inicia e conduz investigações sigilosas; consideradas procedentes as suspeitas, chama o provável culpado e o interroga. Se o acusado confessa e a infração é de pouca importância, é repreendido. Se não confessa, ou se a infração é grave, é remetido para a instância propriamente judicial. Diz-se que o simples comparecimento do acusado à presença da autoridade já é uma punição, pois evidencia de público que está envolvido em alguma infração (Lima,1990:472-474).[5]

(5) Roberto Kant de Lima foi o primeiro a qualificar o processo penal brasileiro: "Ora, surpreendentemente, enquanto a cultura jurídico-político-constitucional insiste em afirmar a *isonomia* perante a lei e a acusatorialidade do processo – expressa no Brasil pelo *princípio do contraditório* –, o exame das disposições legais brasileiras, das práticas judiciais e policiais e dos textos da cultura jurídico-processual revela ênfase em princípios inquisitoriais, os quais (...) se justificam teoricamente apenas em civilizações tradicionais ou em sociedades hierarquizadas, em que a desigualdade de direitos e deveres é explícita e substantiva. (...) Observa-se, assim, claramente, a representação hierarquizada que o Código de Processo e a legislação

O processo de investigação policial, que compõe os autos do inquérito, desde o primeiro contato da vítima ou do indiciado com a delegacia até a inquirição de testemunhas, está, portanto, recortado por mecanismos inquisitoriais. A punição é o objetivo a ser alcançado pela polícia. Mas há uma enorme gradação de fatos e ações, entre o primeiro contato do policial com o criminoso e a punição, que precisa ser submetida a escrutínio. A análise dos inquéritos policiais ressalta as diferentes acepções do conceito de justiça, os diferentes níveis de intervenção das autoridades criminais e visões de mundo que se chocam (Pitombo, 1998). O inquérito revela as vicissitudes das autoridades policiais na tentativa de fazer valer sua interpretação do mundo da ordem e da desordem. Vistas fora do seu contexto de origem, as práticas institucionais parecem ser marcadas pela irracionalidade, violência e ineficiência. Mas as ações policiais têm sua racionalidade. A polícia enfatiza a ilegalidade e a conciliação como mecanismos básicos de ação numa sociedade que carece de regulamentação no âmbito de sua esfera pública. Esse problema não passou despercebido pelos juristas: "É um inqualificável abuso que as autoridades policiais, nas diligências do inquérito, por ocasião das perguntas ao réu, perguntas que elas só podem fazer no caso de flagrante delito, segundo o disposto nos arts. 132 do Código do Processo e 42, n. 3, do Dec. 4.824 de 1871, – em vez de se limitarem a interrogar sobre as argüições feitas pelo condutor e testemunhas, estendem-se em perguntas sugestivas, capciosas e tormentosas; e sobe de ponto o abuso, quando essas autoridades policiais, fora do caso do flagrante delito, em vez de se limitarem ao auto de qualificação, nos termos do art. 171 do Regulamento 120 de 1842, se arrogam o direito de proceder a um interrogatório formal do réu, como se já estivesse formada a culpa! Esse não foi o pensamento liberal do legislador de 1871" (Almeida Jr., 1920).

5. Entre a ordem e a lei

O cotidiano da polícia descortina uma sociedade cujas regras estão muito distantes dos preceitos jurídicos. Em situações de conflito, ou em situações nas quais o indivíduo usa os serviços públicos, as regras universais não são referência para a conduta. Para fazer valer seus direitos, o indivíduo tem de ser reconhecido como *pessoa*, como gente, isto é, ter relações, ser amigo de alguém influente. Os direitos tornam-se, assim, privilégios. O espaço público, neste

subseqüente fazem da sociedade, dividindo-a em 'pessoas' especiais, dignas de exceções e privilégios, e 'indivíduos' comuns, indignos deles, quando estão sendo acusados de cometer a mesma infração. O tratamento diferenciado, presente em nosso processo, desde as Ordenações do Reino, não se extingue em nosso regime republicano, que permanece conferindo privilégios a título de direitos: pois são concedidos não em função do caso – que poderia ter até um caráter universal –, mas em função da pessoa, do grupo a que o indivíduo pertence. Ou seja, a mesma ação, praticada por indivíduos diferentes, acarreta tratamento diferentes" (Lima, 1990:476-481).

sentido, não seria o espaço do exercício da cidadania, seria sim o espaço da luta aberta entre fortes e oprimidos, em que as regras de direito não teriam sua validade reconhecida. Como bem notou Antônio Luiz Paixão, "Legalidade para as 'pessoas civilizadas' e ordem para os 'marginais': esta parece ser a lógica institucional que produz o controle social no Brasil" (Paixão, 1988:179). O espaço de atuação da polícia seria, assim, um espaço de *extralegalidade*, que corresponde a uma cultura oficial no Brasil, que rebaixa uma parcela da população a um estado de pré-cidadania. Os *despersonalizados* buscam emprego, dignidade, respeito ou, simplesmente, ser tratados como cidadãos pela polícia. As práticas da polícia, oriundas do exercício do *poder de polícia,* parecem ser reflexos das carências de capital econômico, social, cultural e jurídico. A pré-cidadania de muitos não deixa espaços que não passem pela violência e pelos favores (DaMatta,1990).

O núcleo do poder de polícia revela uma ininterrupta tensão entre legalidade e ordem social (Paixão, 1988; Bowden, 1978). Embora a polícia tenha um mandato definido em lei, sua ação quotidiana põe em choque a defesa das liberdades individuais e as necessidades sociais de uma justiça rápida e eficaz (Skolnick, 1975). A polícia, de uma forma geral, afirma que o sistema judiciário, com suas regras formais e com o seu acento na defesa dos direitos, não seria suficientemente eficaz no combate ao crime comum. A polícia, por sua vez, em sua ação quotidiana e dispondo de um conhecimento empírico acumulado ao longo de anos de combate contra o crime, teria desenvolvido maiores condições de fazer frente à criminalidade (Lemgruber, 1985). Assim, ao lidar com o crime, os imperativos da manutenção da ordem, colocados como superiores aos princípios do direito, seriam suficientes para justificar uma ação mais rigorosa e um maior poder discricionário por parte da polícia. Evidentemente, o argumento segundo o qual a "polícia costuma ser muito ineficiente quando se dispõe a trabalhar dentro da legalidade" é falacioso, porque a manutenção da ordem pública e o cumprimento da lei não podem ser excludentes ou incompatíveis, pois isso tornaria a democracia inviável (Paixão, 1988). As pesquisas permitem observar que os policiais estão mais vulneráveis às pressões de parcela da sociedade por uma justiça imediata; os policiais, pela característica de seu trabalho, estão mais suscetíveis a se envolverem em atos que à primeira vista podem ser considerados contrários às determinações legais: prisões para averiguações, acertos, grampos, vigilância. Às vezes, a proximidade ou intimidade do policial com o chamado mundo do crime, cria uma cultura ambígua que pode facilitar ao policial ultrapassar o umbral que separa, nem sempre de forma muito nítida, o lícito do ilícito. A polícia enfrenta constantes dilemas morais, éticos e jurídicos, muitas vezes compactuando com uma justiça sumária, tanto como crítica ao desempenho da justiça (que dificulta e desfaz seu trabalho) ou como afirmação de valores corporativos (a instituição é mais importante do que o policial) (Monjardet, 1991; Hall, 1987).

A polícia não deve ser entendida como um estado dentro do estado, nem um simples braço do estado. Ela não é uma instituição isolada do contexto social, nem uma instituição que é instrumental para uma pequena elite profissional. O

formalismo jurídico tem impedido a compreensão de que lei nem sempre pode ser observada de forma coerente (postulado da coerência); não é possível, também, imaginar que as leis penais sejam da mesma natureza que as leis civis (postulado da uniformidade). É difícil compreender, dentro do formalismo, qual lei deve ser estritamente obedecida ou quais ações devem ser ativadas após uma lei ser violada (postulado da decisão). Outro problema a ser considerado é a suposta identidade de sentido das expressões que a linguagem jurídica utiliza (postulado da univocidade semântica). A polícia deve ser compreendida como instituição complexa, que tem suas práticas, sua interpretação da lei, seus valores. Uma simples violação da lei deve, nesse sentido, ser colocada em perspectiva social pela polícia e pela administração da justiça, pois a lei tem suas próprias ambigüidades (Brodeur, 1984:24-36).

O conceito de desvio organizacional, utilizado pelas ciências sociais americanas (Ericson, 1981), demonstra que as ilegalidades cometidas por policiais podem ser fruto das leis e de suas lacunas, das características operacionais da polícia, e da subcultura organizacional. Embora a polícia seja "acusada de distorcer a aplicação das leis estatuídas e dos princípios e dispositivos constitucionais", a análise da literatura especializada revela que "a polícia representa na realidade uma gradação extra-oficial de autoridade, que serve para complementar o sistema judicial oficial. As práticas policiais são um complemento do sistema judicial e não uma violação ou uma degradação dele". As práticas policiais são também extensão das contradições do sistema social brasileiro, que valoriza a hierarquia e não a igualdade (Lima, 1994).

6. Poder de polícia

A discussão anterior demonstra que é inerente ao trabalho policial, nas atividades de vigilância e na investigação criminal, uma certa liberdade frente aos ditames legais (Paixão, 1988; Oliveira, 1984). O conceito que permite compreender as ações discricionárias da instituição policial é o poder de polícia (Cretella Jr., 1999). A discrição implica que a ação policial individual se enquadra num *medium* entre a lei e a moral, entre liberdades e poderes. O poder discricionário da polícia, portanto, não se define apenas como poder arbitrário, baseado simplesmente na livre escolha individual. Ele seria decorrência de uma estrita delegação da própria lei. E o policial, ao agir em conformidade aos preceitos legais e como sujeito moral, teria uma margem de manobra, dentro da qual, não incorreria em atos de ilegalidade. Embora se reconheça que o policial individual tenha livre escolha, dentro da lei, ela é condicionada pelas regras administrativas e ocupacionais, portanto, embora de forma remota, dentro do princípio mesmo da legalidade (Ericson, 1981).

A chave dessa discussão parece residir na expressão poder discricionário. A discussão está presente nas pesquisas realizadas pelos americanos, mas carece de aprofundamento na cena brasileira. A literatura internacional consigna a palavra *discretion*. Consultando o dicionário, discrição, tradução literal daque-

la palavra, em português, dá ênfase a dois sentidos diferentes: a) discernimento, sensatez, qualidade de quem sabe guardar segredo, prudência, circunspeção, modéstia, recato e decência, daí o substantivo discreto; b) à vontade, sem restrições. Discricionário, o adjetivo que decorre de discrição, somente se refere ao sentido consignado pelo item "b", sendo a discricionariedade a substantivação de discricionário. Em inglês, *discretion* aparece com três sentidos distintos: a) precaução, julgamento correto, prudência, sagacidade (que está contido nos sentidos presentes no item "a" da palavra discrição em português); b) liberdade de ação ou liberdade no exercício de um julgamento (que corresponde ao sentido do item "b", do conceito em português); c) o ato ou a liberdade de decidir de acordo com a justiça e com a razão; idéia que o indivíduo faz daquilo que é correto e próprio, sob determinadas circunstâncias (este sentido não encontra correlato em português). *Discretionary* significa exercitável ou deixado sob discrição (*discretion*); não controlado por lei, mas sim pela discrição, pelo julgamento livre de alguém. Se tais definições não decorrem de uma insuficiência de dicionário, pode-se, ao menos, fazer uma distinção importante. Discrição em inglês refere-se a uma complementaridade necessária entre norma legal e ação individual, decorrente de uma livre escolha ou do julgamento racional do indivíduo, em função de um determinado objeto, problema ou dilema moral. Em português, discricionário decorre simplesmente da ausência de restrições ao livre julgamento e à ação individuais.

Ou seja, o poder discricionário, na tradição de língua inglesa, corresponde a uma mediação entre lei, moral e ordem social, baseada na razão ou na precisa disposição de um determinado objetivo: "A regra da lei ou o princípio de legalidade supostamente operam no sentido de reduzir a arbitrariedade da ação da polícia. O ideal está corporificado na frase 'O nosso é um governo de leis, não de homens', mas a realidade é que o nosso é um governo de homens que usam leis. O aparato de controle inteiro tornou-se caracterizado pela individualização, que significa que um largo espectro de regras pode ser usado para justificar qualquer disposição particular que um oficial julga apropriada para seu interesse organizacional. O que alguns caracterizaram como regras 'extralegais' não se mostram extralegais de forma alguma, mas estão construídas diretamente na lei para legitimar decisões particulares" (Ericson, 1981). Em outros termos, as ações discricionárias da polícia devem estar relacionadas aos princípios consignados nas leis, não havendo contradição entre ordem social e direito. As ações que não corresponderem a essas exigências são consideradas simplesmente arbitrárias.

Há um erro grave ao considerar discricionariedade como sinônimo de arbítrio. Para evitar esse erro, o poder de polícia começou a ser formulado por juristas brasileiros. Tema de direito administrativo, o poder de polícia decorria de um espaço deixado aberto pelas leis ao julgamento das autoridades, como complemento necessário da legalidade. No dicionário jurídico encontra-se a seguinte definição para poder discricionário: "Prerrogativa legal conferida à Administração Pública, explícita ou implicitamente, para a prática de atos administrativos, quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo destes. A discricionarie-

dade, portanto, é a liberdade de ação administrativa dentro dos limites estabelecidos pela lei e, portanto, não se confunde com a arbitrariedade. Assim, o ato discricionário sempre se desenvolve dentro de uma margem de liberdade conferida pela lei, ao contrário do ato arbitrário, que extrapola os limites desta, sendo, portanto, ilegal" (Acquaviva, 1995). A definição de poder de polícia foi estabelecida principalmente por Aurelino Leal, chefe de polícia do Rio de Janeiro, na década de 1910, mas num sentido bastante particular. Poder discricionário passou a significar não apenas livre julgamento do policial frente às leis, mas também, e sobretudo, a autonomia da esfera policial diante da esfera do direito. A discussão sobre o poder de polícia naquele momento tratava de criar, no âmbito do direito, uma justificação para que a ação preventiva da polícia fosse considerada, ela própria, fonte de direito. O poder de polícia constituiria seu universo de legalidade, distinto e autônomo em relação ao direito. Não se sabe o quanto essa interpretação fez carreira ou não, mas continua sendo fonte de equívocos e de tensões entre aquilo que a lei define e aquilo que a polícia compreende, entre liberdades e poderes, entre os fins e os meios.

7. Qual modelo de polícia e de policiamento?

As pesquisas recentes têm mostrado a falência do sistema policial tal qual existe no Brasil. As experiências internacionais também apresentam problemas parecidos com o que deparamos no Brasil (Body-Gendrot, 1998). As polícias, sem estrutura adequada para fazer frente ao crime dentro das regras democráticas, tiveram que enfrentar um novo papel de mediadores de conflitos no quadro de agravamento dos problemas sociais. E as demandas não pararam de crescer. Os policiais são chamados a intervir em partos, em conflitos de vizinhança, no atendimento de pronto-socorros, em filas de escolas e creches etc. A democracia não criou condições estruturais para que a polícia pudesse cumprir suas múltiplas funções, diante da crise econômica e da ampliação das garantias constitucionais. As polícias, descobertas como importante instrumento da democracia e do Estado de Direito, ao invés de se constituírem como a porta de entrada do sistema de justiça criminal, acabaram se tornando um fator que contribui para o aumento do sentimento de insegurança e de desconfiança dos cidadãos em suas instituições (Ferreira, 2002).

A despeito das conhecidas mazelas, o modelo atual de polícia se mostrou incapaz de incorporar as novas determinações legais e as novas demandas sociais. Ele é denominado, pela literatura americana, de modelo profissional. Ele valoriza o controle centralizado e não-político, a organização coesa, responsabilidade e forte disciplina, uso eficiente do pessoal e da tecnologia, bem como altos padrões de recrutamento e treinamento, procedimentos operacionais padronizados, respostas rápidas, uso eficiente do tempo, fluxo do papelório e instalações modernas. O modelo profissional também valoriza a necessidade do respeito à lei, com as proteções apropriadas aos direitos dos cidadãos, inclusive dos acusados (Goldstein, 1990; Bayley, 1994).

Desde os anos 1960, vários estudos procuravam rever a política de polícia nos EUA e, assim, as certezas do modelo profissional foram questionadas pelos pesquisadores. Jerome Skolnick e David Bayley puderam afirmar, com base em três décadas de estudos, que: 1) aumentar o número de policiais não reduz necessariamente as taxas de crimes nem aumenta a proporção de crimes solucionados. As pesquisas indicaram que não é possível investir somas vultosas de recursos em polícia e esperar resultados proporcionais ao investimento; 2) patrulhamento motorizado e aleatório não reduz o crime nem aumentam as chances de deter criminosos. O patrulhamento a pé pode aumentar o sentimento de segurança do cidadão, mas também não demonstrou razoável impacto sobre as taxas de crimes; 3) dois policiais dentro de um veículo policial não são mais efetivos do que apenas um policial; 4) patrulhamento por saturação tem impacto sobre o crime, mas esse efeito é temporário e desloca o crime para outras áreas; 5) os policiais despendem a maior parte do seu tempo patrulhando passivamente e fornecendo serviços de emergência; 6) aumentar a rapidez de resposta para os chamados de emergência não apresentou aumento nas chances de detenção de um criminoso nem satisfez os cidadãos; 7) os crimes não são resolvidos, no sentido da prisão e julgamento dos perpetradores. Geralmente, os crimes são resolvidos quando os criminosos são imediatamente detidos ou identificados especificamente (Skolnick & Bayley, 1986).

Durante o final dos anos 1970 e durante toda a década de 1980, os estudos forjaram um novo conjunto de concepções: 1) A polícia faz muito mais do que lidar com o crime; ela lida com muitos comportamentos que não estão definidos como crime pela lei; 2) O amplo espectro de funções que se espera que a polícia desempenhe, incluindo lidar com o medo e manter a ordem pública, são funções próprias de polícia; da perspectiva da comunidade, essas funções são tão importantes quanto combater o crime propriamente dito; 3) Muita ênfase foi dada no passado sobre a questão criminal, o que se mostrou uma forma pouco efetiva de administrar o trabalho policial; o sistema de justiça estava sobrecarregado; 4) A polícia usa um amplo leque de métodos – formais e informais – para cumprir seu papel. Aplicar a lei é apenas um método entre muitos outros; 5) Polícia exerce uma ampla discrição, inclusive no momento de decidir prender e indiciar alguém quando há suficiente evidência de que houve violação da lei penal; 6) A polícia não é autônoma, o exercício de sua função requer a existência de controles (Goldstein, 1990; Slovak, 1986).

Não obstante, as polícias no Brasil têm sido impermeáveis às tendências internacionais, não por ignorância, mas por um excessivo apego corporativo, que parece não fazer mais sentido, desde a Constituição de 1988. A polícia brasileira, hoje, deve levar em conta as seguintes recomendações: 1) *accountability*; 2) interdisciplinaridade; 3) informação e pesquisa; 4) policiamento comunitário e 5) investimento em perícia e técnica policial.

O controle civil significa fazer com que o trabalho policial, sobretudo nas áreas de investigação, ganhe transparência. Na medida em que um órgão independente passe a investigar as denúncias de abusos e corrupção dentro das polí-

cias, os maus policiais são punidos, as práticas bem-sucedidas são reforçadas e a população passa a confiar na instituição. Em São Paulo, temos o exemplo da Ouvidoria de Polícia, criada em 1996, que tem prestado importante serviço, na medida em que abre espaço para denúncias e acompanha casos de brutalidade e corrupção policiais. Esse trabalho impede que os policiais executem suas atividades sem controle externo.

A interdisciplinaridade deve ser componente essencial em qualquer política pública. No caso específico da polícia, são notórias as deficiências das delegacias e dos batalhões de polícia, diante da ausência de profissionais de outras áreas e da formação inadequada dos policiais para lidar com os problemas que batem à porta. Na mesma direção, é importante que os policiais sejam estimulados a se engajarem na educação continuada, preferencialmente, em cursos que contemplem outros profissionais e não somente policiais. Há experiências importantes em vários países segundo as quais, consórcios de universidades públicas oferecem cursos para aperfeiçoamento de policiais, estimulando o convívio desses profissionais com outros grupos sociais, como forma de evitar o isolamento, característico da profissão.

Os sistemas de informação devem ser profundamente alterados, para melhorar a qualidade dos dados e sua disponibilidade para o planejamento estratégico de ações policiais e para informar um número cada vez maior de cidadãos. Na mesma direção, é importante estimular a realização de mais pesquisas sobre os problemas enfrentados pela polícia e pelos policiais, com convênios com centros de pesquisa e universidades.

O conceito de policiamento comunitário foi objeto de estudos por uma sessão executiva da Escola de Governo John F. Kennedy, de Harvard. Numa série de encontros que ocorreram durante três anos, chefes de polícia, prefeitos, acadêmicos e outros exploraram as estratégias de policiamento comunitário e policiamento orientado por problemas. Quando traduzido em termos operacionais, os esforços da polícia para engajar a comunidade fazem uso de uma variedade de táticas: patrulhamento a pé, postos comunitários, comunicação entre polícia e comunidade, apoio a programas recreativos etc. De forma mais ambiciosa, a polícia procurou mobilizar a comunidade para denunciar certos tipos de comportamento, para pressionar os vizinhos a corrigirem condições incômodas e a fazer demandas sobre a administração de complexos de apartamentos, sobre empregadores, sobre empresas e agências de governo. Descrevendo essas inovações em seis cidades diferentes, James Skolnick e David Bayley (1986) relataram que os esforços de cada uma dessas polícias para tornarem a comunidade uma co-produtora do serviço policial. Dois padrões emergiram: o primeiro é uma tentativa ampla e ambiciosa, ao mesmo tempo utópica, de desenvolver uma nova relação com toda a comunidade, na esperança de reduzir tensões, criar uma reserva de boa-vontade e, em última instância, possibilitar que a polícia e a comunidade trabalhem conjuntamente para resolver os problemas. O segundo é um esforço mais restrito e prático, cujo primeiro objetivo é lidar com um problema específico. Se a polícia conclui que o envolvimento da comunidade ajudou a reduzir o problema, todos tentam entender o que acarretou esse sucesso.

Em decorrência do fato de que os programas do primeiro padrão serem mais amplos e ambiciosos, eles solicitam maiores ajustes institucionais e levantam questões complexas. O que significa comunidade? A comunidade é a cidade, uma porção da cidade, um bairro, um quarteirão, ou os moradores de um prédio de apartamentos? É correto assumir um certo grau de consenso que existe dentro de uma comunidade? É possível reconhecer que há comunidades dentro da comunidade? Um completo esforço institucional para construir novas relações com a comunidade implica que essa comunidade tem expectativas uniformes em relação à polícia. Mas uma divisão de um distrito em áreas não produzirá necessariamente grupos de indivíduos com valores compartilhados que podem ser fortalecidos para controlar determinados comportamentos. As áreas das cidades que requerem maior atenção por parte da polícia são usualmente aquelas em que há anomia e baixo senso de comunidade. Faz sentido falar em reforçar os mecanismos sociais informais de controle nessas áreas? A polícia está preparada para compartilhar a tomada de decisões e o poder com a comunidade? Isso é desejável? A comunidade fará demandas que podem resultar em desmando por parte da polícia? A polícia usará seu novo suporte comunitário para tornar-se uma força ainda mais poderosa? E o que acontece quando o interesse comunitário esmaece em decorrência da ausência de problemas suficientemente capazes de aproximar os cidadãos? (Goldstein, 1990).

Em contraste, o padrão estrito de relacionamento entre a polícia e a comunidade não levanta essas questões complexas. Não há expectativas quanto à identificação de uma "real" comunidade. Embora a polícia procure atingir a comunidade, expresse o desejo de conhecer suas necessidades e problemas, isso não implica em nenhuma forma de compartilhamento do poder de decisão. A polícia reserva para si mesma a decisão final a respeito de como lidar com determinada situação. A ligação estabelecida entre a polícia e a comunidade não é considerada permanente; ela é mantida enquanto o problema existir. Esse padrão atribui grande prioridade na melhoria da qualidade do produto final, solicitando mudanças na organização policial somente se auxiliar na consecução do objetivo.

A relação entre polícia e comunidade será produtiva desde que sejam respeitadas as seguintes condições: 1) designar policiais às áreas por períodos suficientemente longos de maneira a permitir que eles identifiquem os problemas que preocupam a comunidade; 2) desenvolver a capacidade do departamento e do policial para analisar os problemas comunitários; 3) aprender quando o envolvimento da comunidade maior tiver o potencial para significativamente reduzir o problema; e 4) trabalhar com segmentos específicos da comunidade que têm condições de ajudar a resolver o problema. (Goldstein, 1990).[6] No

(6) "With the right programs communities can have it all: police discretion and minimal police abuse, citizens support and effective policing. Today's better-educated police are said to be increasingly receptive to change, as they learn from the research literature and past failures. A great reform is beginning which may fundamentally

policiamento comunitário, a ênfase passa da proteção do Estado para a proteção do cidadão; a polícia trabalha em conjunto com a população, preventivamente; é necessária a diminuição do uso da força física: a polícia deve procurar resolver os conflitos de forma pacífica; os policiais passam a ser formados principalmente em cursos superiores e exige-se deles vasto conhecimento, sobretudo em áreas ligadas à psicologia e sociologia; a formação policial é mais rígida, bem como as exigências profissionais, o que corresponde a um salário digno e todas as garantias profissionais; o mandato da polícia deixa de ser exclusivamente de combate ao crime e passa a ser de resolução de problemas junto à comunidade.

Já se discute no Brasil a necessidade da extinção do inquérito policial. Entretanto, antes mesmo de extingui-lo, é preciso implementar mudanças substanciais no trabalho pericial e na investigação. Esse trabalho tem sido considerado o supra-sumo das atividades policiais, mesmo assim, a polícia tem realizado perícias e exames em situação absolutamente precária e sem quase nenhuma vinculação com as necessidades de investigação. A atividade pericial tornou-se numa atividade meramente burocrática e de baixa eficácia. Exemplos existem no mundo inteiro. Para mudar, basta vontade política e investimento institucional. Implantar um trabalho técnico que seja condizente com os avanços do setor é uma necessidade histórica.

8. Anotações para uma conclusão futura

1) Alguns comentários dispersos, para relembrar as reflexões presentes na obra de Michel Foucault. Como ele bem lembrou, o Estado, legitimado pelo discurso jurídico da soberania, toma para si práticas que são provenientes de um conjunto de medidas administrativas denominadas de disciplina, que originalmente nasceram em instituições fechadas. Embora as instituições policiais sejam, em seu nascedouro, republicanas, elas teriam forte laço com práticas dis-

alter the nature of public law enforcement. No mere technical shift, this is viewed as a 'paradigmatic change in the way police operate'. The bureaucratic, legalistic, crime control model of policing has reached its limit. Police need to become more democratic and less formalistic and legalistic; more responsive to the needs and concerns of local groups and more sensitive to variation across neighborhoods. Police must anticipate needs and become problem-focused. They must be multipurpose actors whose goal is to promote the community's welfare. By seeking to reduce disorder and fear of crime it is hoped that crime will also be reduced. The answer is an envolving 'community police model': foot patrols, neighborhoods police stations, victim assistance, crime prevention, increased responsibility for local supervisors and increased discretion for those on patrol, community organization, civilianization, greater public involvement in policy development and oversight and improved police citizen communication. There is a paradoxical efforts to recreate through formal means the informal social controls whose breakdown is believed to cause current problems" (Greene & Mastrofski, 1988).

ciplinares, que não se referem aos parâmetros jurídicos, ao contrário da interpretação tradicional do direito. Michel Foucault fala de uma governamentalidade. A razão governamental foi determinada para dar conta dos problemas populacionais, um bio-poder. E compreende as ações de governo que, não obstante definidas na lei, procuram produzir determinados efeitos de poder sobre a conduta de indivíduos ou grupos. Daí falar em governo das crianças, das almas, das comunidades, das famílias e do doente mental. Governar seria, neste sentido, estruturar o campo possível das ações de outros. Governar seria exercer poder "sobre sujeitos livres, e somente enquanto eles são livres".

Parte integrante do *continuum carcerário*, a polícia possui uma função complexa "pois une o poder absoluto do monarca às mínimas instâncias de poder disseminadas na sociedade; pois, entre essas diversas instituições fechadas de disciplina (oficina, exército, escolas), estende uma rede intermediária, agindo onde aquelas não podem intervir, disciplinando os espaços não disciplinares; mas, que ela recobre, liga entre si, garante com sua força armada: disciplina intersticial e meta-disciplina". A polícia, articulada com a prisão e com todos os mecanismos disciplinares liberados dos muros, teria um papel de gestão dos ilegalismos (Foucault, 1987:188-189). Para desempenhar esse papel, a polícia requer legitimidade: "O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinqüente? (...) Esta instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justifica senão por isto. Aceitamos entre nós esta gente de uniforme, armada enquanto nós não temos o direito de o estar, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável se não houvesse os delinqüentes? Ou se não houvesse, todos os dias, nos jornais, artigos onde se conta o quão numerosos e perigosos são os delinqüentes?" (Foucault, 1985). Uma discussão detalhada sobre a tematização da polícia na obra de Foucault, dada sua importância em sua obra, ainda está por ser feita (Dumm, 1987; Dreyfus & Rabinow, 1983).

2) É preciso lembrar que não basta ter contato com os estudos e pesquisas realizados em outros países. É notória a repercussão negativa que teve no Brasil a amplamente comentada e pouco compreendida teoria das "Janelas quebradas", de James Q. Wilson e Georg Kelling. Os autores estabeleceram uma correlação entre a deterioração física, a quebra da ordem pública e a criminalidade. O argumento era de que a deterioração de um bairro, seja física ou na forma da desordem, se não for corrigida, faz com que os cidadãos comuns reduzam seu esforço para manter suas casas e controlar condutas indesejadas. Essa idéia, que é um dos pilares sobre os quais se assentaram as estratégias de policiamento comunitário, deu espaço para programas do tipo "Tolerância zero", cujos efeitos são, no mínimo complicados, principalmente em países como o Brasil. Atualmente, parece que os pesquisadores e os departamentos de polícia estão tentando criar um equilíbrio entre os modelos reativos e proativos de atuação policial, mesclando o profissionalismo da polícia com a proximidade comunitária. Esse é o desafio das políticas de segurança pública contemporâneas (Skolnick & Bayley, 1986). Em outros termos, o desafio consistiria em chegar a um ponto intermediário entre justiça popular e democracia, garantindo o con-

trole popular sobre o sistema criminal e preservando os princípios da *rule of law* (Brogden & Shearing, 1993).[7]

3) Restaria saber qual o desenho de uma política de segurança pública que possa contemplar a diversidade de expectativas sociais e as diferenças culturais presentes na atual e complexa sociedade brasileira. Será esse que foi delineado acima? Seja qual for a direção da reforma, é certo que os órgãos da administração da justiça devem canalizar melhor as inquietações e o clamor por justiça, mas também, e simultaneamente, deve ser ampliado o acesso à justiça e garantida a igualdade jurídica e social. Somente uma profunda reforma, ancorada em valores democráticos e que dê espaço às comunidades tradicionalmente excluídas do processo institucional brasileiro, pode trazer algum alento a esse cenário ainda claudicante da democracia brasileira.

Bibliografia

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

ADORNO, Sérgio. "Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades". In ZAVERUCHA, Jorge (Org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Batista e Sousa, 1920.

ALVITO, Marcos. "A honra de Acari". In VELHO, Gilberto & ALVITO, Marcos (Organizadores). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1996.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66. A história da polícia que mata*. 34. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BAYLEY, David H. *Patterns of policing*. New Jersey: Rutgers University Press/New Brunswick, 1985.

———. *Police for the future*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1994.

———. *What works in policing. Readings in crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

(7) Preocupação assinalada por James Richardson, a propósito da polícia de Nova York no século XIX: "As long as society could not agree on what the police were to be and do, or of it demanded contradictory things from the force, it could hardly expect consistency, honesty, efficiency, and respect for civil liberties to be the dominant characteristics of police performance". (1970:289) William Westley (1970), em seu pioneiro estudo sobre polícia e o público, refere-se ao desequilíbrio existente entre o policial e a comunidade a qual ele serve e a qual pertence, como uma das maiores ameaças à sociedade democrática. David Bayley acredita que a perda da confiança nas relações pessoais, ou a simples degeneração das relações face a face, provocadas pelo processo de modernização e de concentração da população e a generalização das estruturas burocráticas do estado fizeram com que aumentassem as solicitações particulares para que a polícia atuar em conflitos (Bayley, 1985:132).

BENEVIDES, Maria Victória. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário de imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BICUDO, Hélio Pereira. *Meu depoimento sobre o esquadrão da morte*. 3. ed. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976.

BLACK, Donald. *The manners and customs of the police*. New York: Academic, 1980.

BOBBIO, Norberto. "Sobre os fundamentos dos direitos do homem". *A era dos direitos*. Rio de janeiro: Campus, 1992.

BODY-GENDROT, Sophie. *Les Villes face à l'insecurité. Des guethos américains aux banlieues françaises*. Paris: Bayard, 1998.

BOWDEN, Tom. *Beyond the limits of the Law*. New York: Penguin Books, 1978.

BRETAS, Marcos Luiz. *Ordem na cidade. O exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro (1907-1930)*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

BRODEUR, Jean-Paul. "La police: mythes et réalités" *Criminologie. La police après 1984*. Montreal: Les Presses de L'Université de Montréal, 1984. vol. XVII (1) 9-41.

BROGDEN, Mike & SHEARING, Clifford. *Policing for a new South Africa*. London/ New York: Routledge, 1993.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp/Editora 34, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. São Paulo: Cia. das Letras. 1991.

CHEVIGNY, Paul. *Edge of the Knife. Police violence in the Americas*. New York: The New Press, 1995.

CORREA, Mariza. *Morte em família*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de policia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Polícia civil no Estado brasileiro". In MORAES, B. (Org.). *Polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed. Guanabara. 1990.

———. "Reflexões sobre o público e o privado no Brasil: um ponto de vista perverso". *Cadernos de Ciências Sociais* 3(3):51-59. Belo Horizonte, 1993.

DONNICI, Virgílio Luiz. *Polícia: guardiã da sociedade ou parceira do crime? Um estudo de criminologia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DREYFUS, Hubert L. & RABINOW, Paul. *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

DUMM, Thomas L. *Democracy and Punishment: disciplinary origins of the United States*. Wisconsin: Madison, 1987.

EMSLEY, Clive. *Policing and its context*. London: MacMillan, 1983.

ERICSON, Richard V. "Rules for police deviance". In SHEARING, Clifford. *Organizational Police Deviance. Its structure and control*. Toronto: Butterworths, 1981.

FERREIRA, Hélder Rogério Sant'Ana. "Classes populares, polícia e punição". Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH-USP, São Paulo, 2002.

FOUCAULT, Michel. "A governamentalidade". *Microfísica do poder*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

———. *Vigiar e punir*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós, 1983.

GOLDSTEIN, Hermnan. *Problem-oriented policing*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

GREENE, Jack A. & MASTROFSKI, Stephen D. (Editores). *Community Policing, rhetoric or reality*. Westport: Praeger, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Polícia civil e as garantias constitucionais de liberdade". In MORAES, B. (Org.). *Polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991.

HAHN, Harlan (Ed.). *Police in Urban Society*. Beverley Hills/London: Sage Publications, 1970-1971.

HALL, Kermit L. (Ed.). *Police, Prisons and punishment: major historical interpretations*. New York, 1987.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

LEEDS, Elizabeth. "Drogas e símbolos: redes de solidariedade em contextos de violência". In ZALUAR, Alba & ALVITO, Marcos (Organizadores). *Um século de favela*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1999.

LEMGRUBER, Julita. "O policial civil: conflitos e contradições". *A instituição policial. Revista OAB-RJ* 22, 1985.

———. "Polícia, direitos humanos e cidadania". In BRETAS, M. L. (Org.). *Crime e Castigo. Papéis Avulsos*. FCRB 2(02), Rio de Janeiro, 1986.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: PMERJ, 1994.

———. "Constituição, direitos humanos e processo penal inquisitorial: quem cala, consente?". *Dados* 33(03), 1990.

———. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 10(04), 1989.

MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas. Cotidiano e reforma na polícia civil*. São Paulo: Página Aberta, 1992.

MONJARDET, Dominique. "Questionner les similitudes: à propos d'une étude sur la police". *Sociologie du Travail* 2-89/193-204, 1989.

MORAES, Bismael B. *Direito e policia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: RT, 1986.

——— (Org.). *O papel da polícia no regime democrático: um simpósio na Academia de Polícia de São Paulo*. São Paulo: Mageart, 1996.

NEME, Cristina. "A instituição policial na ordem democrática: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo". Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH-USP, São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Luciano. "Sua excelência o comissário". Dissertação de Mestrado. Recife: Pimes, 1984.

PAIXÃO, Antonio Luiz. "Crime, controle social e consolidação da Democracia". In REIS, Fábio Wanderley & O'DONNEL, Guilhermo. *A democracia no Brasil. Dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice/RT, 1988.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Escritos indignados: polícia, prisões e política no Estado autoritário (no 20.º aniversário do Regime de Exceção, 1964-1984)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

———. "O passado não está morto: nem passado é ainda". In DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços – Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

———. "Transição política e não-Estado de Direito na República". In SACHS, Ignacy et alii (Organizadores). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio & SOUZA, Luís Antônio Francisco. "Participação política e organizações da sociedade civil em novas democracias. *Cadernos do Nosso Tempo* 5, vol. I, Nova Série, 2001.

PITOMBO, Sérgio M. M. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986.

———. "Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial: perspectivas para o futuro". *Revista Adpesp* 19-25/9-19, São Paulo, mar. 1998.

REISS JR, A. & BORDUA, David J. "Environment and Organization: A perspective on the Police". In BORDUA, D. *The Police: Six sociological essays*. New York: John Wiley and Sons, 1967.

RICHARDSON, James F. *The New York Police: colonial times to 1901*. New York/Oxford: University Press, 1970.

SEWELL, John. *Urban Police in Canada*. Toronto: J. Lorimer, 1985.

SHIRLEY, Robert W. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SKOLNICK, Jerome H. *Justice Without Trial: Law enforcement in Democratic Society*. 2. ed. New York/London/Toronto: John Wiley and Sons, 1975.

——— & BAYLEY, David H. *The new blue line*. New York: Free Press, 1986.

SLOVAK, Jefferys. *Styles of urban policing: organization, environment and police styles in selected American cities*. New York: New York University Press, 1986.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general. Quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

STENNING, Philip C. (Org.). *Accountability for criminal justice. Selected essays*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

WESTLEY, William A. *Violence and the police: a sociological study of law, custom and morality*. Cambridge/London: MIT Press, 1970.

ZALUAR, Alba. "Crime, medo e política". In ZALUAR, Alba & ALVITO, Marcos (Organizadores). *Um século de favela*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1999.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

ANTI-SEMITISMO É RACISMO

MIGUEL REALE JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. Resumo dos fatos – 2. Vagueza e interpretação constitucional – 3. Compreensão do termo "racismo": aportes histórico-sociológicos – 4. A Convenção Internacional Contra o Racismo e Demais Atos Internacionais – 5. As legislações nacionais – 6. Os arts. 4.º, VIII, e 5.º, XLII, da Constituição – 7. Interpretação do termo *racismo* conforme a consciência social – A justificativa do constituinte Carlos Caó – 8. Interpretação conforme os princípios fundamentais – 9. A Constituição e a Lei 7.716/89 – 10. Os textos publicados e o racismo – 11. Conclusão.

Palavras-chave: Racismo – Hermenêutica constitucional – Dignidade da pessoa humana.

PARECER

1. Resumo dos fatos

O editor Siegfried Ellwanger publicou os livros *O judeu internacional*, de Henry Ford; *A história secreta do Brasil* e *Brasil colônia de banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os protocolos dos sábios do Sião*; *Hitler –culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os conquistadores do mundo – Os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, de sua autoria, publicada sob o pseudônimo de S. E. Castan.

Tais livros pregam a discriminação racial, induzindo o ódio aos judeus e responsabilizando-os por todos os males do mundo, incitando, dessa forma, a sua inferiorização e segregação.

Em diversas passagens dos livros menciona-se a "raça judaica", a "inclinação racial dos judeus", a "inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus", as "tendências que se enraízam no sangue judeu". Além de se constituir em violento ataque aos judeus, os livros *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira*, obra de sua autoria, e *Os conquistadores do mundo – Os verdadeiros criminosos de guerra* fazem a defesa do regime nazista, pretendendo negar o Holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando

os judeus nos verdadeiros culpados pela II Grande Guerra e os "únicos beneficiários dela".

Processado perante a 8.ª Vara Criminal de Porto Alegre, por infração ao art. 20 da Lei 7.716/89, modificada pelas Leis 8.081/90, o editor Ellwanger veio a ser absolvido, por entender, a magistrada, que os textos não induzem ou incitam a discriminação étnica do povo judeu. Apresentado recurso de apelação, decidiu a 3.ª Câmara do E. TJRS, dar provimento à apelação para condenar o apelado à pena de dois anos de reclusão, reduzida a pena proposta pelo relator, Des. Fernando Mottola em face de ser o crime imprescritível, conforme o disposto no art. 5.º, XLII, da CF.

Entenderam os Desembargadores – após exame exaustivo dos textos publicados – ter havido discriminação racial, "a execração de uma raça", como salientou o Des. revisor José Eugênio Tedesco, ressaltando, também, em seu voto, que a "intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo".

Impetrou-se, então, em favor do condenado, ora paciente, *habeas corpus* no qual não se contesta a configuração do crime de discriminação contra a comunidade judaica, mas argumenta-se – em especial frente a declarações de próceres do povo judeu – que este não constitui uma raça. No *habeas corpus*, busca-se criar a figura de um racismo brasileiro, tendo em vista o teor da justificativa do constituinte que propôs a Emenda que se converteu no art. 5.º, XLII, da CF, sob o argumento de essa Emenda mencionar o "sofrimento dos escravos" e a discriminação imposta às pessoas da raça negra.

Assim, busca o paciente o reconhecimento de que a expressão *racismo*, utilizada pela Constituição, ao estatuir que a sua prática constitui crime imprescritível, limita-se à discriminação decorrente de raça negra ou amarela, assim caracterizada por sinais físicos ou biológicos. Desse modo, não sendo os judeus uma raça, nos estritos limites científicos da antropologia física, o crime praticado não teria sido de racismo, mas sim de discriminação contra os judeus, não sendo, desta feita, imprescritível. Sendo prescritível, está a pena prescrita.

O STJ, por sua 5.ª Turma, sendo relator o Min. Gilson Dipp, entendeu que "a condenação se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento". O Min. Jorge Scartezzini, em longo voto, termina por concluir que o constituinte, ao dispor o tema, pretendeu que a discriminação – tendo raízes biológicas ou territoriais, como reação emocional de não aceitar aqueles que são diferentes – fosse reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele. O Min. Vicente Leal entendeu que o legislador constitucional quis englobar, com a palavra "racismo", todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, nacionalidade, regionalidade. Concedia a ordem, contudo, em razão de considerar que não houve prática de racismo, mas induzimento ao racismo.

Em *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, veio o paciente às barras do STF, alegando o mesmo que o fizera frente ao STJ, ou seja, que o crime

que cometeu não se constitui como crime de racismo, mas de discriminação contra os judeus, não sendo, portanto, imprescritível.

O Procurador da República, Cláudio Fontelles opinou no sentido da não-concessão da ordem, pois há delegação na Constituição para que o legislador ordinário conceitue o que é racismo, e ele o fez englobando, nessa expressão, a discriminação em razão da raça, da cor, da etnia, da origem nacional ou da religião. Dessa maneira, aduz o Sr. Procurador, por determinação constitucional, o termo "racismo" compreende todas estas formas de discriminação e o crime praticado pelo paciente é imprescritível.

O relator do *habeas corpus*, Min. Moreira Alves manifestou-se pela concessão da ordem ao entender que efetivamente os judeus não constituem uma raça, o que, na sua argumentação, se verificaria em razão dos dados físicos ou constitucionais, como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Não sendo os judeus uma raça, o crime praticado não se enquadraria como racismo, sendo, portanto, o delito praticado pelo paciente prescritível, havendo ocorrido o prazo prescricional. Em razão de pedido de vista formulado pelo eminente Min. Maurício Correa, a questão ainda se encontra *sub judice*.

Diante desses fatos, indaga-se qual o conceito de racismo e o de raça a ser normativamente observado.

Para tal fim, é necessário verificar como o conceito é colhido na história e na sociologia contemporânea; qual a noção de "racismo" advinda dos atos internacionais subscritos pelo Brasil e nas legislações estrangeiras; qual o conceito de "racismo" compatível com as valorações sociais a que deve o intérprete consultar, e, a final, qual o conceito de "racismo" que se coaduna com os princípios fundamentais do nosso ordenamento.

Passo a responder.

2. Vagueza e interpretação constitucional

Todas as palavras e expressões lingüísticas são, como ressalta Claudio Luzzati, indeterminadas em maior ou menor grau. Por essa razão, considera o jurista italiano, a vagueza não é qualidade que existe ou não, mas é antes uma questão de grau.[1] Com efeito, todos os termos – desde o que se pense mais objetivo, como "cadeira", ou indicativo de condição, como "velho" ou "criança" – trazem em si uma vagueza, o que exige a participação do intérprete na fixação do seu sentido,[2] e sempre dentro do contexto em que está inserido. Da mesma

(1) *La vaghezza delle norme*. Milão: Giuffrè, 1990. p. 4 et seq.

(2) VIOLA, F. e ZACCARIA, G. *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Laterza, 1999. p. 117, apontam que se sustenta que *in claris non fit interpretatio*, confunde-se o ponto de chegada ao de partida, pois a clareza "è il resultato di un procedimento intellettuale, che è appunto il procedimento interpretativo".

forma, na nossa doutrina, Judith Martins-Costa, referindo-se ao caráter vago das cláusulas gerais, alerta que não é este um traço característico apenas destas, "podendo ser detectada em termos e expressões de toda a linguagem e em especial da linguagem jurídica".[3] Igualmente, Cristiano José de Andrade considera que a maioria dos símbolos da linguagem é semanticamente vaga e ambígua, sendo vaga uma palavra se o seu significado for indeterminado.[4]

Há inúmeros tipos de vagueza. Essa pode ser, primeiramente, conotativa ou denotativa. A vagueza conotativa surge quando o campo de aplicação de expressões lingüísticas não resta exatamente delimitado. Para reduzir-se a vagueza denotativa, por outro lado – ocorrente, por exemplo, se o termo vago for referido a algo individualizado, próprio da linguagem descritiva das ciências físicas – deve o intérprete definir as palavras, buscando o seu significado denotativo, o seu valor de verdade.[5] Se há a vagueza da linguagem comum, sendo exigível a contextualização para se pretender reduzi-la, há também a vagueza das *normas jurídicas*, gerando tipos concretos limítrofes, de qualificação incerta, com relação aos quais não se sabe estão, ou não, enquadrados no paradigma abstratamente previsto pelo texto da norma. E há, por fim, o tipo de vagueza normativa que Luzatti apropriadamente chama de "vagueza socialmente típica".

Segundo Claudio Luzzati, quando se requer, para a análise de referências normativas, o reenvio do magistrado a parâmetros valorativos constantes de regras extrajurídicas, admitidas pela consciência social, regras morais, sociais e de costume, se está diante de uma "vagueza socialmente típica".[6] Isto significa que o significado das palavras é preenchido pelas valorações sociais típicas de uma determinada sociedade, num determinado momento de sua história.

Ora, o enunciado normativo constitucional no qual utilizado o termo *racismo* reveste-se, nesse sentido, de imprecisão, na medida em que utiliza referências valorativas que reenviam o intérprete a parâmetros extrajurídicos, sendo certo que o Direito não constitui um sistema fechado e as normas entidades findas, razão porque se tem, como ressalta, G. Zaccaria "costitutivamente bisogno dell'interpretazione di elementi e criteri ad esso esterni".[7]

Mesmo no âmbito do Direito Penal o legislador recorre aos denominados "elementos normativos do tipo",[8] que muitas vezes fazem referência a dados

(3) *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 306-307.

(4) *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 1992. p. 105.

(5) MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., nota 13, p. 378; Cristiano José de Andrade considera que é preciso redefinir o campo dos objetos que a palavra denota, para remover a vagueza (op. cit., p. 105).

(6) Op. cit., p. 299 et seq.

(7) *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologica di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 43.

(8) Sobre elementos normativos, vide nosso *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1, p. 142 et seq.

culturais, pelo que remete o intérprete à análise de valorações sociais e mesmo políticas. Os elementos normativos não são perceptíveis, mas compreensíveis por via de critérios valorativos, razão pela qual fazem parte do tipo e, ao mesmo tempo, consistem na própria antijuridicidade.

A forma de apreender a presença de um elemento normativo difere, obrigatoriamente, da dos elementos objetivos, mesmo porque aqueles existem no mundo cultural, enquanto este ocorre no mundo físico.[9] Tal diferença obriga o juiz a recorrer a outros ramos do direito ou a conceitos morais e sociais.

Por esta razão, com base no pensamento de F. Muller – um dos mais abalizados doutrinadores da teoria constitucional –, o ato de interpretar não constitui um "mero ato de reconhecimento de um significado dado anteriormente", mas, um "ato autenticamente estruturante".[10]

Se assim ocorre no plano infraconstitucional, com muito mais razão essa metódica é devida na interpretação constitucional. Como assinala Gilmar Ferreira Mendes:

"Parece hoje superada a idéia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional. (...) Tal como anotado por Böckenförde, a idoneidade da tópica e do pensamento problemático precisamente para a interpretação da Constituição baseou-se na 'abertura estrutural' da Constituição, na sua pouca densidade normativa e na continuidade de seus textos, na amplitude e indeterminação de seus elementos. É nessa linha de entendimento que Scheuner chega a classificar a tópica como a específica hermenêutica constitucional."[11]

Se é bem verdade que a tópica pode levar – se adotada de forma radical – a uma "desvalorização da norma", como ainda lembra Mendes,[12] também o é que o texto da norma há de ser concretizado, o que decorre da estrutura aberta e incompleta da norma constitucional, características essas que "se revelam até mesmo nas Constituições analíticas, como as nossas, uma vez que, a despeito

(9) A natureza das coisas impõe uma metodologia. Enquanto os acontecimentos físicos, que compõem os tipos, devem ser apreendidos através do conhecimento sensível, os valores, que integram os tipos, são entendidos emocionalmente primeiro, sendo depois racionalmente admitidos como *fins*. Alguns elementos normativos, por seu conteúdo moral e social devem ser compreendidos "através do espírito". Nesse sentido, ao se referir ao pensamento welzeliano, FRAGOSO, H. *Conduta punível*. São Paulo, p. 145 et seq., e SANTAMARÍA. *Prospettive del concetto finalistico dell'azione*. Nápoles, 1955. p. 207 *et seq.*

(10) MULLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 67 et seq.; VIOLA, F. e ZACCARIA, G., op. cit., p. 118.

(11) MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 453-454.

(12) MENDES, G. F., op. cit., p. 454.

da eventual pretensão totalizadora, não logram – felizmente, abarcar toda a complexidade da vida política e social".[13]

Nessa concretização, um dos elementos a ser tomado em conta é, certo, o texto da norma. Mas na atribuição do significado, deve-se também averiguar aqueles que lhe são conferidos pela "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", como propôs Häberle,[14] eis que "a interpretação é um processo aberto", não se confundindo com "a passiva recepção de uma ordem".[15]

Com efeito, no plano do direito constitucional amplia-se a tarefa do intérprete, pois, a Constituição traduz valores ético-políticos[16] e convicções construídas na sociedade no evolver do processo histórico, trazendo no seu bojo a institucionalização de princípios fundamentais, antes denominados princípios gerais de direito, e de diretrizes decorrentes de valorações sociais elaboradas ao longo do tempo,[17] razão pela qual a interpretação reveste-se de forte conteúdo valorativo e de referências à própria idéia de direito, de sociedade e de ética.

Desse modo, mesmo se adotado o método tradicional de levar em conta o exame da vontade do legislador, deve-se considerar a pré-compreensão no instante da elaboração das normas, o contexto social e a memória presentes como integrantes do "horizonte hermenêutico" (Gadamer), como parte do círculo dentro do qual se elabora a norma para a obtenção de determinado fim. Como bem assegura Zaccaria, tanto o jurista intérprete ao aplicar o direito, como o político ao formular a norma não podem "não se inspirar nos quadros de referência pré-dogmáticos e em infraestruturas valorativas presentes na sociedade",[18] compreendendo-se que ao elaborar e também ao interpretar a norma se está inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do agente.

Isto está a significar que, notadamente no que diz com a hermenêutica constitucional, realiza o juiz uma *mediação* que torna concretamente eficaz a obra do legislador. Essa mediação se dá, de um lado, em face das valorações vigentes na sociedade e, de outro, tendo em vista o ordenamento jurídico no qual a norma

(13) MENDES, G. F., op., cit., p. 454.

(14) Citado por MENDES, G. F., ibidem.

(15) MENDES, G. F., ibidem.

(16) BASTOS, C. R. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 120, para o qual, se a interpretação da Constituição não é de natureza política, no entanto, o intérprete não pode nem deve desvincular a Constituição de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, na linha dos ensinamentos de Garcia de Enterria.

(17) VIOLA F. e ZACCARIA, G., op. cit., p. 217 et seq.; BASTOS, C. R., op., cit., p. 223, aponta que os princípios gerais de direito tem sua causa geradora na convicção social, em sua idéia de vida, na consciência social da época.

(18) ZACCARIA, G. *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., p. 202; PARIOTTI, E. *La comunità interpretativa nell' applicazione del diritto*. Padova: Giappichelli, 2000. p. 41 et seq., nota 50.

objeto de interpretação se encontra inserida.[19] Esta mediação, sem dissolver o jurídico no social ou político, conduz a desfazer as fronteiras entre o jurídico e o social e entre o jurídico e o político, possibilitando "riconoscere il ruolo dei valori etico-politici nell'applicazione del diritto",[20] para que o direito realize a idéia de justiça prevalecente na comunidade jurídica, operadores e consociados, e na própria sociedade.

Estabelecidos estes parâmetros para a interpretação – melhor dizendo – concretização da norma constitucional, cumpre adentrar na tarefa de examinar o significado do termo *racismo* constante do art. 5.º, XLII, bem como do art. 4.º, VIII, da CF.

3. Compreensão do termo "racismo": aportes histórico-sociológicos

Para se alcançar a compreensão do termo "racismo", constante de duas normas do texto constitucional, mister é cuidar de estudar a origem e desenvolvimento do termo no processo histórico, o seu significado político-ideológico, o significado social, ou seja, público, reconhecido pelo cidadão, "o homem da estrada", bem como o sentido que se lhe dá nos atos internacionais do qual o Brasil é signatário.

A tarefa é de ser feita com prudência, para se otimizar a dicção constitucional, dando-lhe a dimensão condizente com os princípios fundamentais que conformam e informam a Constituição, mas evitando-se o "indevido alargamento ou a restrição do seu significado".[21]

O termo "racismo" vem a constituir a referência a um tipo de comportamento político e social de diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, identificado não só por pertencerem a uma raça – o que se revela cientificamente impossível fixar – mas tendo em vista características culturais permanentes. Trata-se, antes, de uma forma de inferiorizar o outro, de uma estrutura mental que considera os outros diversos, não se lhes atribuindo a possibilidade de estar "entre nós", de gozar dos mesmos direitos, o que constitui "uma expulsão continuada do outro", ao ver de Alain David "uma punição maior do que a morte".[22]

Na verdade, como indica o estudioso do tema do racismo, George Fredrickson, o termo surge nos anos vinte do século passado, ganhando uso comum na década seguinte,[23] exatamente quando o conceito de raça começou a ser posto em

(19) VIOLA, F. e ZACCARIA, G., op. cit., p. 161.

(20) PARIOTTI, E., op. cit., p. 187 et seq.

(21) BASTOS, C.R., op. cit., p. 188.

(22) *Racisme et antisémitisme – Essai de philosophie sur l'envers des concepts*. Paris: Ellipses, 2001. p. 139.

(23) *Breve storia del razzismo*. Trad. Annalisa Merlino. Roma: Universale Donzelli, 2002. p. 11 e 172. No mesmo sentido a entrevista de Pierre-André Taguieff constante da

questão, como "uma nova locução para descrever as teorias sobre as quais os nazistas baseavam a sua perseguição aos judeus".[24]

A seu ver, o racismo desenvolve-se quando se pressupunha, ao menos no âmbito formal, uma igualdade entre os homens, sendo próprio do Ocidente essa contraposição entre o pressuposto da igualdade e um significativo prejuízo em face de determinados grupos, o que demonstra ser o racismo uma ideologia, um ponto de vista sobre o mundo. Na História ocidental, há duas expressões fundamentais do racismo, as mais duráveis e malévolas, o anti-semitismo e a supremacia da raça branca sobre a negra, que apresentam vários pontos similares.[25] Segundo Fredrickson, são sociedades em regime abertamente racista o Sul dos Estados Unidos ao tempo de Jim Crow, a África do Sul sob o *appartheid*, e a Alemanha nazista.[26]

Pela concepção nazista,[27] a espinha dorsal da vida social é a *Volksgemeinschaft*, na qual se insere o indivíduo. O povo se forma como raça, sendo a nação alemã o povo da raça germânica, ariana, e este povo engendra uma unidade incindível, historicamente constituída, da qual a raça é o elemento catalisador. Instala-se, assim, uma comunidade concreta de pessoas da mesma raça e do mesmo sangue, participantes de um mesmo espírito objetivo, que penetra e abraça a todos os indivíduos.[28]

As leis de Nuremberg, de 15.09.1935, na linha destas idéias fundantes do regime nazista, limitavam a cidadania alemã àqueles de descendência alemã. Os judeus tornaram-se estrangeiros na terra onde haviam nascido, proibindo-se

Revista *L'Histoire* 214, out. 1997, dedicada ao estudo do Racismo p. 34 et seq., na qual se destaca que o termo racismo apareceu em francês para traduzir o termo alemão "Volkisch" em 1922. A seu ver, a importação do termo indica que racismo ou anti-semitismo eram inerentes ao pensamento alemão.

(24) *Breve storia del razzismo*, cit., p. 11 e 172.

(25) FREDRICKSON, op. cit., p. 19 e 107.

(26) As sociedades em regime abertamente racista, na expressão de Fredrickson, baseiam-se em uma ideologia oficial, em leis que proíbem as uniões inter-raciais, sendo a segregação social imposta legalmente, impedindo-se o acesso dos segregados a cargos públicos, justificando-se limitações de ordem econômica.

(27) A respeito, vide nosso *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 24. Confira-se a bibliografia ali referida. Yves Ternon analisando o século XX como o século dos genocídios, anota que o genocídio dos judeus teve por causa exclusiva o racismo, sendo a doutrina nazista um racismo integral, quando se perdeu o senso do real (entrevista publicada na revista *L'Histoire* 214, out. 1997, dedicada ao estudo do racismo).

(28) Por envolver a todos, como uma concepção de vida que é, o nazismo e a organização de suas forças por Himmler não conta apenas com fanáticos ou assassinos, mas na sua maioria com trabalhadores e pais de família, como examina ARENDT, Hannah. *Ebraismo e modernità*. Trad. Giovanna Bettini. Milão: Feltrinelli, 1986. p. 72.

as uniões e até mesmo relações sexuais com os judeus, visando à manutenção da "pureza da raça".

O conceito de raça ariana e de raça hebraica, independentemente de qualquer fundamento científico,[29] punha-se, antes de mais nada, como um dado político-ideológico, como um instrumento da concepção de um povo germânico unido pelo mesmo sangue, em função do que se justificaria a exclusão e até a destruição dos outros que não pertencem ao povo "superior e dominante", em especial os judeus que, nesta concepção maniqueísta de "nós e os outros",[30] passam a ser o objeto do ódio, o bode expiatório,[31] os inferiores a serem eliminados.[32]

Na Itália fascista, a partir de 1938, passou-se à pretensão de reconhecer a existência de uma "raça italiana", como se assinalou no "Manifesto dos cientistas racistas", publicado no *Giornale d'Italia* de 04.07.1938. Esse Manifesto declarava ser a população da Itália "em sua maioria de origem ariana", existindo, portanto, uma "pura raça italiana". Os judeus, diz ainda o Manifesto, não pertencem à raça italiana, sendo constituídos por elementos raciais não europeus.[33]

Por estas considerações, que tiveram pouca repercussão no seio da sociedade italiana, o rei da Itália, por proposta do primeiro ministro, Mussolini, baixou

(29) VOGHERA, G. L. *L'antisemitismo-domande e risposte*. Milão: Feltrinelli, 1994. p. 50, considera que esta pretensa unidade étnica em torno do "espírito do povo" levou ao desenvolvimento de teorias pseudocientíficas sobre a diversidade das raças e da existência de raças superiores e inferiores e depois à segregação de judeus, ciganos, homossexuais e deficientes, como forma de domínio da política do regime hitleriano.

(30) SARTRE, J. P. *Reflexões sobre o racismo*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia, 1960. p. 69, pondera que o judeu é para o judeu o único homem com o qual pode dizer nós. O que une os judeus, segundo Sartre, é uma identidade da situação, a situação de objeto do ódio, apesar dos inimigos dizerem que há um vínculo étnico. Curioso notar que o livro reúne dois estudos: *Reflexões sobre a questão judaica* e o *Orfeu negro*. Ao reunir estes trabalhos, a edição brasileira, de 1960, intitulou o livro de *Reflexões sobre o racismo*, demonstrando que a supremacia sobre judeus e sobre os negros encontra um denominador comum no racismo.

(31) ARENDT, H. *As origens do totalitarismo – Imperialismo, a expansão do poder*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1976. p. 165, considera que o fator que arrastou "os judeus para o centro dessas ideologias racistas, mais do que qualquer outro fato, foi a pretensão judaica de ser um povo eleito", o que efetivamente se contrapunha à pretensão dos povos que formavam uma nova Nação como Alemanha e Itália, de serem povos superiores.

(32) LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991. p. 179, pondera, na linha do pensamento de Hannah Arendt, que o ineditismo do nazismo constitui ser uma dominação totalitária que faz o ser humano ser supérfluo, levando ao genocídio, um crime burocrático que teve no campo de concentração o cerne do poder organizacional.

(33) Confira-se o site <www.dsca.it/Manif.htm>.

decreto-lei, depois transformado em lei, em 17.11.1938, proibindo o casamento de cidadão italiano com pessoa de outra raça. No capítulo, II, a lei trata da "raça hebraica", à qual pertencem "os filhos de pais judeus ou de um genitor judeu". A esses cidadãos italianos de raça hebraica é proibido prestar serviço militar, ser tutor de menor não pertencente à raça hebraica etc. A administração civil e militar do Estado, bem como o Partido Fascista, não poderiam ter como empregados pessoas pertencentes à raça hebraica.[34] Pela Lei 1.054, de 29.06.1939, a Itália fascista vetou o exercício da profissão de tabelião, bem como a de jornalista, aos judeus.

A inconsistência da proclamação de uma raça pura italiana era tão grande em termos científicos como o reconhecimento de uma raça hebraica, mas estas considerações pseudocientíficas acerca das raças serviram como pano de fundo para a assunção de posições políticas de discriminação racial e, conseqüentemente, para a implantação do racismo na Itália, já nos momentos finais do fascismo, sob influência do racismo nazista.

O racismo, destarte, não se funda em diferenças raciais cientificamente demonstradas, a partir da existência da diferença de raças definidas biologicamente por sinais e características físicas ou constitucionais, o que, aliás, a ciência indica não existir.[35] Nem se caracteriza o racismo por posições ou atitudes de menoscabo a um grupo de pessoas em razão do sexo, de orientação sexual, de idade, ou da condição física ou social. Há racismo, segundo Fredrickson, quando as diferenças étnico-culturais são consideradas imutáveis, indeléveis, atuando na prática das instituições com base nestas diferenças, gerando a pretensão de supremacia permanente de um grupo sobre outro, uma *ordem racial*.

Não bastassem essas considerações, para falar de racismo deve-se partir dos grandes eventos em que o mesmo se deu, como se refere Giménez-Salinas i Colombier: "a dominação dos negros nos Estados Unidos e a experiência européia do anti-semitismo",[36] para concluir que o racismo é, antes, um elemento

(34) Vide o site <www.dsca.it/DL1728.htm>.

(35) GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMBIER. "Racismo y sistema social: estrategias superadoras del racismo". *1997: año europeu contra el racismo*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, San Sebastian, 1997. p. 228, afirma que a raça não está determinada pela herança biológica senão pela lei e pelo costume. André Langaney, diretor do Instituto de antropologia biológica do Museu do Homem em Paris, revela que a lição da genética é no sentido de que os indivíduos são diferentes no interior das populações, não havendo genes amarelos, negros e brancos, pois dos sistemas genéticos conhecidos os repertórios dos genes são os mesmos.

(36) Op., cit., p. 227. Igualmente, Francisca Van Dunem indica ser o conceito de raça de validade científica contestada, sendo impossível falar de fronteiras fixas entre raças, mesmo porque pode haver diferenças físicas maiores dentro de um grupo racial, mais do que entre grupos diferentes. ("A discriminação em função da raça na lei penal". *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. 1, p. 940). Nos considerandos à Convenção Internacional sobre Eliminação da

justificante do inimigo que a sociedade necessita, do que diferenças marcadas pela raça, pois não há outras diferenças senão as impostas pelos próprios homens. Desse modo, a jurista espanhola adota a definição de Mancini, para o qual "racismo é toda a atitude defensiva ou discriminatória em face de uma categoria de indivíduos classificada de acordo com sua procedência territorial e a sua identidade étnica ou racial".

Essas considerações vêm reforçadas pela sociologia. No Editorial da revista *L'Histoire* dedicada ao tema do racismo, ressalta-se, justamente, a tendência de considerar o racismo uma atitude cultural, fruto de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de um povo sobre outro ou de uma parte da população sobre outra. Esta afirmação encontra base na distinção feita por um dos maiores estudiosos do fenômeno racista, Pierre-André Taguieff, que em entrevista sustenta a diferença entre *racialismo* e *racismo*: o primeiro pensa o mundo em termos de raça, enquanto o racismo é uma teoria e prática política, um programa político que pretende alcançar um objetivo de exclusão e segregação.[37]

Afastado o critério do pretenso racismo científico, verifica-se, como sublinha Dario Padovan, a independência funcional do racismo em relação ao conceito científico de raça, sobrepairando a essência da questão, ou seja, a transformação da raça em uma realidade social e política, que leva à exclusão e morte de uma categoria social. O racismo existe, portanto, conclui Dario Padovan, na ausência de um conceito de raça,[38] sendo o racismo "un insieme ideologico particolare che esplica e legitima la subordinazione e l'esclusione".

A história contemporânea e as ciências sociais a que deve recorrer o intérprete na construção do conceito de racismo conduzem à conclusão de que o mesmo é mais do que um preconceito baseado na visão da antropologia física de raça, sendo uma realidade social e política, para exercício de dominação e segregação em função da raça, ou cor, ou origem étnica ou nacional, ou descendência de um determinado grupo de pessoas.

Como assevera Madeleine Rebérioux, o problema não é a raça, é o racismo, razão porque a manutenção do termo raça no art. 2.º da Constituição francesa apenas serve aos discriminados na sua luta para ter uma igualdade sem distinção de raça.[39] E a luta contra o racismo vem sendo empreendida pelos organismos internacionais tendo por base a Convenção Internacional para Eliminação

Discriminação Racial, de 1965, afirma-se que os Estados Partes estão "convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa".

(37) Editorial e entrevista de Pierre-André Taguieff constantes da revista *L'Histoire* 214/3-34 et seq., out. 1997.

(38) "Razzismo e modernità. Appunti per una discussione sui razzismi e le loro rappresentazioni sociologiche". *Dei delitti e delle pene*, 1994. n. 2, p. 106 et seq.

(39) "Le racisme et la loi". *L'Histoire* 214/52, out. 1997.

do Racismo, consagrando direitos e garantias que, segundo o art. 5.º, § 2.º, da CF, passam a compor o rol dos direitos fundamentais.

4. A Convenção Internacional Contra o Racismo e Demais Atos Internacionais

A compreensão do racismo, sem referência à raça enquanto diferenças de características físicas ou antropométricas, formato do olho, cor do cabelo, cor da pele, decorre da Convenção Internacional para Eliminação da Discriminação Racial, de 1966, subscrita e ratificada pelo Brasil em 1968, sendo que, segundo a Convenção, a discriminação racial não está limitada pelo contraste entre cores, brancos, negros e amarelos, mas compreende também o contraste de diferentes grupos étnicos, como ressalta Karl Partsch,[40] membro do Comitê da ONU para eliminação da discriminação racial.

Visando assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana e reafirmando que a discriminação entre os homens por razões de raça, cor, ou origem étnica, dificulta a paz entre as Nações e perturba a harmonia entre as pessoas que vivem lado a lado, instituíram a Convenção na qual a discriminação racial vem conceituada em seu art. 1.º como: "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que têm por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública".

No art. 4.º, os Estados-Partes condenam toda propaganda de idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar formas de ódio ou discriminação racial, devendo punir o incitamento da discriminação racial ou qualquer tipo de propaganda que incitar a discriminação racial.[41]

Destacando o art. 4.º da Convenção, M. Bidault lembra que o Comitê de *experts*, previsto no art. 8.º da Convenção com a função de supervisionar o cumprimento das obrigações pelos Estados-Partes, por meio da Recomendação Geral XV, § 4.º, considerou que as liberdades de expressão e de associação não são absolutas e devem ser limitadas em proveito da luta contra a discriminação racial.[42]

(40) "L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal* 1/20, 1977, nova série.

(41) A Convenção vem publicada no livro de CANÇADO TRINDADE. *A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 189 et seq.

(42) "La discrimination raciale comme infractión internationale dans la convention des Nations Unies de 1965", capítulo 26 do livro *Droit International Penal*. Paris: A. Pedone, 2000.

O racismo, portanto, constitui uma política de discriminação racial, com base não apenas na raça ou na cor, mas em vista também da descendência, da origem nacional ou étnica, de um grupo de pessoas visando limitar o gozo ou exercício de direitos fundamentais por parte dos integrantes deste grupo.

O racismo, desde 1968, quando da ratificação da Convenção, veio a ser em nosso direito, e como caráter de norma constitucional[43] a partir da Constituição de 1988, a discriminação racial nos termos fixados pelo art. 1.º da Convenção, acima transcrito, e não apenas a discriminação em razão da cor, pelo fato de havermos tido a escravidão que submeteu os homens e mulheres de cor negra, aliás de diversas raças, ao mais vergonhoso domínio.

Mas, mesmo antes da Convenção, direito interno desde a ratificação, e com *status* de norma constitucional a partir de 1988, não se era indiferente ao que se passara na Europa, e que teve alguns ardorosos defensores no Brasil, como Gustavo Barroso, pois o pináculo do racismo, a perseguição e extermínio dos judeus pelos nazistas atingiram frontalmente a consciência moral e jurídica dos brasileiros, para os quais racismo jamais poderá deixar de ser, já que incrustado na História, a propaganda nazista acerca da inferioridade do povo judeu.

O Parlamento europeu, como resultado dos trabalhos do Ano Europeu Contra o Racismo, de 1997, baixou a Resolução B4-O108/98 na qual, em face de várias considerações das quais destaco a de que ainda existem setores da população com atitudes racistas e xenófobas, propôs que os Estados Membros passem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a *negação do Holocausto*[44] *ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista.*

A Resolução 623, de 09.12.1998, da Assembléia Geral da ONU, no item 17, recomendou a todos os governos cooperação no exame de recentes formas de racismo e de discriminação racial, entre outros, contra negros, árabes e

(43) PIOVESAN, F., *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111, considera que o art. 5.º, § 2.º, da Constituição conferiu aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional. No mesmo sentido ALBUQUERQUE MELLO. "O art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal". *Teoria dos direitos fundamentais*. Org. Ricardo R. Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 19.

(44) No direito francês, a Lei 90-615, de 13.07.1990, dirigida ao racismo, criou a figura penal de contestação de crimes contra a humanidade. A respeito, vide CASTAIGNÈDE, J. "El derecho francés y la lucha contra el racismo". *1997:año europeo contra el racismo*, cit., p. 100. A justificativa da criação desta figura penal na luta contra o racismo tem duplo viés, o de evitar que o passado caia no esquecimento e o de promover que as novas gerações possam construir um futuro decente, como anota SEGRE, Bruno. *Shoah- Gli ebrei, il genocidio, la memória*. Milão: Saggiatore, 2003. p. 146.

mulçumanos, xenofobia e anti-semitismo, o que indica considerar-se no órgão internacional, composto por todos os países, ser o anti-semitismo uma das espécies de racismo. Em suas motivações dá-se ênfase à questão da propaganda de atividades e organizações baseadas em doutrinas da superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas como forma de justificar e promover o racismo.

5. As legislações nacionais

Das legislações nacionais na luta contra o racismo que apresentam marcada referência ao anti-semitismo, cumpre lembrar a francesa,[45] com a já citada Lei 90-615, de 1990, tornando crime a negação de crime contra a humanidade,[46] o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do Holocausto. Também o novo Código Penal francês de 1995, no art. 416, aumenta a pena de violação de sepulturas quando o fato é praticado com móvil racista, agravação decorrente do ocorrido em 1991 com a profanação do cemitério das vítimas do nazismo em Carpentras.

Igualmente, a legislação espanhola, que com a Lei Orgânica 4/1995, modificativa do Código Penal e denominada "Lei contra o racismo",[47] introduziu o art. 607-2 ao CP, que tipifica como crime a negação do genocídio, criando com esta "intervenção penal anti-racista" uma política criminal voltada a reforçar a igualdade.

Portanto, na linha de se contrapor ao chamado *revisionismo* e *negacionismo*, o legislador espanhol criminalizou a negação do Holocausto como delito autônomo. Na verdade, como acentua Landa Gorostiza, a figura penal do art. 607-2 do CP regula de modo geral a negação de qualquer genocídio, mas por razões históricas está diretamente relacionada com o Holocausto dos judeus europeus que teve lugar no regime de terror nazista.[48]

Também em Portugal alterou-se, em 1998, o art. 240 do CP para se incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou a injúria por meio da

(45) Sobre a legislação francesa contra o racismo vide CASTAIGNÈDE, J., op. cit.

(46) As teses que negam o genocídio dos judeus se iniciaram nos anos 50 e encontraram eco na França nos anos 70, os assassinos da memória na expressão de Pierre Vidal Nacquet, e que hoje retornam pela imprensa e pela Internet. A respeito vide a revista *L'Histoire* 268/56, out. 2002, revista esta dedicada ao tema do anti-semitismo. Fredrickson anota que o "o *racismo* (grifo nosso) anti-semita perdura e não obstante o Holocausto e a criação do Estado de Israel, conserva a capacidade de prejudicar" pois os websites estão plenos de mensagens hitlerianas de que o mundo está ameaçado pela conspiração judaica (op. cit., p. 158).

(47) LANDA GOROSTIZA, J. "El modelo político-criminal *sui generis* del Código Penal Español de 1995: una aproximación crítica". *Revue International de Droit Pénal*, ano 73, 1.º e 2.º trim. 2002, p. 175.

(48) Op. cit., p. 192.

negação "de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade". Incluídas no capítulo dos crimes de discriminação racial, as ofensas apenas se tipificam à luz do art. 240 do CP se há a "intenção de incitar a discriminação racial ou de a encorajar", entendendo o legislador português que pela forma da injúria e difamação se estaria "respondendo às exigências de prevenção e repressão de fenômenos de etiologia racista".[49]

Nos Estados Unidos, no caso United States *x* Lemrick Nelson,[50] a Corte de Apelação da Califórnia, de agosto de 1999, decidiu que, malgrado os judeus não sejam hoje considerados raça, tal não os retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte, com firmeza, declara que os judeus "são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13".

Destarte, o breve exame da legislação francesa, espanhola e portuguesa, bem como da jurisprudência americana indica, como a exemplo da legislação internacional, as legislações enquadram o anti-semitismo como prática de racismo, buscam prevenir atos de discriminação racial por via da incriminação da negação do Holocausto. A jurisprudência americana mostra como a consideração de serem os judeus raça, ou não, é indiferente à configuração de discriminação racial, colocando-os sob a proteção da Emenda 13. Há uma *communis opinio* no sentido de que atos e manifestações anti-semitas constituem racismo, a serem como tal reprimidos.

6. Os arts. 4.º, VIII, e 5.º, XLII, da Constituição

A Constituição Federal em duas normas faz referência ao racismo. No art. 4.º estabelece-se que o Brasil, nas relações internacionais, reger-se-á pelos princípios a seguir elencados, dentre eles, no inciso VIII, pelo "repúdio ao terrorismo e ao racismo". No art. 5.º, XLII, traz como um dos direitos fundamentais a determinação de que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

O termo *racismo* utilizado no art. 4.º, VIII, e no art. 5.º, XLII, deve ter o mesmo significado,[51] mesmo porque as situações são idênticas, referidas a princípios e direitos fundamentais, além do que tem origem em documento internacional, a Convenção de 1965, da qual o Brasil é signatário, o reclamo pela incriminação do racismo, entendido como discriminação racial não só em razão da cor ou da raça, mas em vista, também, da descendência, da origem nacional ou étnica.

(49) VAN DUNEM, F., op. cit., p. 946.

(50) <www.lourolaw.edu/2andCircuit/january02/98-1231.html>.

(51) BASTOS, C. R., op. cit., p. 189, o qual considera como um dos enunciados instrumentais da hermenêutica constitucional que a termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado.

O teor do art. 4.º, VIII, da CF vem, ao definir os princípios que regem a política internacional do País, ao encontro do teor dos atos internacionais de luta contra o racismo, que não se limita à discriminação ou incitamento da segregação e limitação de direitos em face de pessoas de outra "raça" em termos pseudocientíficos, biológicos e antropológicos, como grupos caracterizados por características físicas, tais como cor dos cabelos, cor da pele, formato dos olhos, em revivescência da ultrapassada antropologia do século XIX.

A luta contra o racismo, como acima examinei, empreendida pela ONU e pelo Parlamento Europeu, carrega a marca indelével dos atos de racismo que alcançaram o cúmulo da violação à dignidade humana: o nazismo anti-semita e a segregação dos negros na África do Sul. Destarte, seria negar os compromissos internacionais assumidos,[52] bem como todo o significado da luta contra o racismo realizada pela comunidade internacional, integrada pelo Brasil, entender-se que o nosso país se rege por um *limitado princípio de repúdio ao racismo*, referido, tão só, à discriminação em face de "raças", definidas pela cor da pele ou formato dos olhos.

Ao analisar o repúdio ao racismo constante do art. 4.º, VIII, da Constituição, José Cretella Jr. entende ser racismo a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)" promovendo a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, ciganos, judeus, escravos.[53]

O racismo está sempre presente nas relações internacionais ressalta Celso Albuquerque Mello, e exemplifica: "o nazismo em relação aos judeus, o apartheid na República Sul Africana e atualmente a "limpeza étnica" efetuada pela Sérvia na Bósnia".[54] Seria, portanto, mais que incongruente, absurdo, que o Brasil, no plano internacional, repudiasse o racismo enquanto discriminação racial em face da cor, raça, descendência, origem nacional ou étnica, e, no plano interno, considerasse racismo apenas a discriminação em razão da cor da pele, formato dos olhos, em pretensa e pseudocientífica divisão das pessoas em raças, ignorando todo o conteúdo da expressão racismo na recente história do ocidente.

Assim, fugindo a esta incongruência não só Cretella Jr., mas também Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao analisar o art 5.º, XLII, da CF, observa, na linha do

(52) ALBUQUERQUE MELLO, C. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro, 1994. p. 145, lembra que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, art. II, alínea 1.ª, proíbe a discriminação racial. Igualmente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no art. 26, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, em seu art. 1.º.

(53) *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 175. Cretella Jr. Faz em seguida referência à prática do racismo prevista como crime no art. 5.º, XLII, o que indica que o racismo constante do art. 4.º tem o mesmo significado do previsto a seguir, no seu art. 5.º.

(54) Op. cit., p. 146.

que se conclui acerca do art. 4.º, VIII, ser racismo condenável propugnar pela separação de etnias,[55] mesmo que a pretexto de reparar injustiças antigas.

7. Interpretação do termo *racismo* conforme a consciência social – A justificativa do constituinte Carlos Caó

Como afirmei, a tarefa interpretativa constitui uma mediação que torna concretamente eficaz a obra do legislador e essa mediação se dá, de um lado, em vista das valorações vigentes na sociedade e, de outro, frente ao ordenamento jurídico no qual a norma ou expressão objeto de interpretação se encontra inserida.

Na compreensão da expressão racismo, portanto, deve o intérprete, como já assinalei, valer-se de valorações admitidas pela consciência social, em regras morais, sociais e de costume, sendo certo que, ao se interpretar a norma, está-se inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do intérprete.

Ora, seja o constituinte ao elaborar a norma relativa à incriminação do racismo, seja hoje o juiz ao interpretar esta dicção constitucional, estão ambos condicionados por uma pré-compreensão formada por convicções construídas na sociedade, no desenrolar do processo histórico e próprias do contexto social e da memória que desenham o horizonte cognitivo e emocional do elaborador e do intérprete.

Ora, como já examinei, o termo racismo tem uma história que se inicia com o nazismo, e não se prende à segregação de uma raça enquanto critério científico, mas é, sim, uma ideologia para subordinação de um determinado grupo por suas características étnicas, por sua origem nacional, por sua descendência, por sua cor, grupo que deve ser excluído, quando não eliminado. E a marca mais gritante do racismo presente na consciência de todos, parte indelével de nossa memória, mais ainda do que o sofrimento imposto aos negros pela escravidão em nossa terra, é a do anti-semitismo do período nazista, os campos de concentração, a pretensão da superioridade da raça ariana sobre os não arianos em especial os judeus,[56] que deveriam ser discriminados em todos os setores da vida pública e privada, até a adoção da solução final do extermínio.

O caráter já destacado do racismo enquanto uma atitude cultural, fruto de uma construção ideológica e um programa político de redução do outro a uma

(55) *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 57.

(56) Anote-se que a escravidão dos negros da África, de diversas raças negras, não se baseava na presunção da superioridade da raça branca, teses que apenas começaram a ter acolhida no Brasil nos fins do século XIX, com Nina Rodrigues, Renato Kell, Clovis Bevilaqua, Candido Motta. A respeito, vide nosso *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: 2002. vol. 1, p. 50, nota 22.

condição de inferioridade, independentemente de pertencer ou não a uma raça definida, mas por integrar um grupo com características próprias em razão da descendência, da origem nacional ou étnica, não só constitui um entendimento acolhido pelos estudiosos do fenômeno do racismo, como acima examinei, e consagrado pela Convenção da ONU de 1965, como está inscrito em nossa compreensão, em nossa imediata visão da questão, em suma, em nossa consciência ética.

Não só o constituinte ou o juiz relaciona de pronto, ao se falar em racismo, a perseguição aos judeus empreendida pelos nazistas, mas cada um de nós, o cidadão comum. Não se minimiza a afronta aos negros no Brasil, com a escravidão e com a contínua dificuldade de integração das pessoas de cor negra na sociedade, mas, por sua ferocidade, o anti-semitismo constitui a marca do racismo. É esta uma compreensão de sentido, uma valoração da sociedade a ser levada em conta obrigatoriamente, para se fazer do ato de elaborar e de interpretar a norma um diálogo com a comunidade. E esta compreensão não poderia deixar de estar presente também na mente dos constituintes, como não pode deixar de estar presente na consciência do julgador, a exemplo do que se verifica dos votos dos Ministros do STJ, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Em seu voto o relator do *habeas corpus* no STJ, Min. Gilson Dipp, bem ressaltou que o paciente foi condenado por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento.

O Min. Jorge Scartezzini não só traz à colação a doutrina brasileira no comento ao art. 5.º, XLII, da Constituição para demonstrar que o legislador constituinte teve a intenção de punir também as desigualdades relacionadas às etnias ou grupos nacionais, mas, após lembrar a barbárie nazista, rejeita a tese de que o racismo não se refira ao anti-semitismo, valendo-se do ensinamento de Umberto Eco no sentido de que o racismo se funda em reações emocionais que não aceitam e suportam os que são diferentes. Assim, a seu ver, o constituinte de 1988 "pretendeu que tal prática fosse abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele".

Dessa maneira, as análises extrajurídicas e a consciência moral e social, oriunda esta consciência da história e da sua memória, incluem, obrigatoriamente, na expressão racismo, a discriminação contra os judeus, independentemente de se considerarem eles mesmos como não sendo uma raça.

Ademais, plenamente equivocado o relevo dado pelo impetrante à justificativa dada pelo constituinte Dep. Carlos Caó, concluindo que por este se referir ao sofrimento da raça negra, o racismo constante da sua proposta de emenda constitucional limitava-se à segregação contra pessoas de raças definidas pela cor, sinais físicos ou biológicos. Na defesa do paciente, não se apercebeu a impetração que os constituintes estavam inseridos em um horizonte de pré-compreensão que não excluía da expressão racismo, a ser objeto de criminalização imprescritível, a discriminação contra os judeus, pois tal se faz presente à mente de todos ao se falar em racismo.

Estabelecer uma desigualdade entre a discriminação aos negros, racismo imprescritível, e discriminação contra judeus, um não racismo prescritível é tanto absurda aos nossos ouvidos e consciências, como seria aos dos constituintes. Se se dissesse aos deputados e senadores que estavam votando uma norma de criminalização apenas de atos de segregação e inferiorização de negros e amarelos, em razão do conteúdo da justificativa do proponente da emenda, e, portanto, não referente aos judeus, ciganos, armênios, árabes, haveria reação no plenário da Assembléia Constituinte. Se esta interpretação tivesse sido esclarecida aos constituintes, é provável que teriam explicitado que o sentido pretendido não era este.

Por outro lado, em sua justificativa à emenda que se transformou no art. 5.º, XLII, o constituinte Caó frisa que o "Estado Democrático se inicia pela superação das discriminações raciais", referência, portanto, no plural às discriminações raciais, o que torna o exemplo do sofrimento dos negros apenas um exemplo, não a fonte de uma interpretação reducionista.

Por fim, cumpre lembrar o ensinamento de Viola e Zaccaria de ser problemático atribuir uma vontade aos sujeitos coletivos de elaboração legislativa como os parlamentos,[57] o que torna, em especial em matéria carregada de conteúdo valorativo, difícil deduzir de uma das frases da justificativa do proponente da emenda, e não do conjunto de sua manifestação, a denominada vontade do legislador, aliás uma compreensão subjetiva que cede espaço a um entendimento objetivo, pois editada a norma ganha ela vida própria.[58]

Dessa forma, as valorações sociais da comunidade, fruto da história e da sua memória, consultadas pelo elaborador da norma tal como deve fazê-lo o intérprete, para traduzir os sentimentos que conformam a sociedade, indicam que o termo racismo jamais poderá ser entendido como não includente da discriminação aos judeus, restrito à discriminação de negros ou índios, caracterizados por cor da pele, formato dos olhos e tipo de cabelo.

8. Interpretação conforme os princípios fundamentais

Como acima salientei, a mediação a ser realizada pelo intérprete se dá, de um lado, em face das valorações vigentes na sociedade, aspecto já examinado no item anterior, e, de outro, tendo em vista o ordenamento jurídico no qual a norma ou expressão objeto de interpretação se encontra inserida, tarefa que passo a realizar.

São fundamentos de nossa República a cidadania e a dignidade da pessoa humana, art. 1.º, II e III, e se põem como objetivos, diretrizes na concepção de Dworkin, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando-se a

(57) Op. cit., p. 123.

(58) A respeito, vide nosso *Instituições*, cit., p. 91.

promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, art. 3.º, I e IV. O art. 5.º, que encabeça o elenco dos direitos fundamentais, declara que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, estabelecendo, no inciso XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Ressaltam, portanto, os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico. A igualdade a ser examinada neste parecer diz respeito à igualdade jurídica, que se apresenta outorgada e garantida a todos pelo reconhecimento da cidadania (art. 1.º, II), que vem a ser "o direito de ter direitos", o primeiro dos direitos humanos, em razão do qual alguém se insere como um igual no seio da sociedade.[59] Desse modo, é a cidadania um direito básico, na expressão do juiz Warren, citado por Celso Lafer, sem o qual se restará humilhado e degradado frente aos demais compatriotas.[60]

O racismo, como posição político-ideológica que discrimina e segrega um grupo de pessoas em face de sua raça, etnia, origem nacional ou descendência, visa, antes de tudo, a retirar-lhes exatamente a cidadania, a participação igualitária no espaço público, o *direito de ter direitos*.

A igualdade, como um princípio iluminador do ordenamento, desempenha, como anota Castaignède, um papel francamente importante na luta contra o racismo,[61] igualdade seja no plano jurídico, como cidadania, seja a igualdade como reconhecimento da identidade essencial de todos os homens, o que conduz a uma proibição de diferenciações fundadas em preconceitos e ideologias, puramente arbitrários.[62]

Cabe lembrar o já citado art. 1.º da Convenção da ONU para eliminação do racismo, que reputa discriminação racial a distinção, restrição, exclusão ou preferência, baseada na raça, cor, ascendência ou origem étnica ou nacional, que visa "comprometer o exercício de direitos em condição de igualdade". Destarte, toda redução do gozo de direitos em razão desses motivos constitui discriminação racial, que atinge, exatamente, o princípio fundamental da igualdade,[63] jurídica e substancial, entre os homens, que devem, conforme o art. 3.º, IV, da CF, ser objeto da promoção do bem, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade.

(59) LAFER, C., op. cit., p. 154.

(60) Op. cit., p. 162.

(61) Op. cit., p. 95.

(62) VAN DUNEM, F., op. cit., p. 941.

(63) Alberto Silva Franco propõe que em futura Parte Especial do Código Penal haja em um capítulo dos delitos contra a dignidade humana um "rol de tipos atentatórios ao princípio da igualdade. As figuras delitivas seriam compostas a partir da incriminação do racismo como figura-chave, levando-se em conta a conduta de quem difama ou expõe ao desprezo público uma pessoa ou grupo de pessoas por causa de sua raça, cor ou de sua origem étnica".

Interpretar que o racismo referido no art. 5.º, XLII, limita-se às discriminações por diferenças físicas e biológicas, cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, é afrontar o princípio fundamental da igualdade. Seria admitir que a Constituição cataloga inferiores e discriminados de graus diferentes, a desigualdade na desigualdade.

Desse modo, o mesmo tipo de conduta, de preconceito, de segregação ou redução de cidadania, de limitação do exercício de direitos, de cunho arbitrário e irracional, ideologizada, contra grupos de pessoas por suas características (físicas, étnicas, de nacionalidade, origem), estaria sendo avaliada diferentemente pela Constituição: se a discriminação se dá por serem pessoas de determinada cor, crime imprescritível, se a discriminação ocorrer por ser uma comunidade étnica ou cultural, crime prescritível.

O princípio da igualdade resta, dessa maneira, fulminado ao se estabelecer que há desiguais mais desiguais que outros frente ao mesmo tipo de afronta, a partir de um pseudo e inadmissível conceito "científico" de raça, que, na verdade, restringe-se a olhar a cor da pele, por ter havido escravidão no Brasil. Consagrar-se-ia, de forma inconstitucional, a desigualdade na desigualdade.

O fim visado pela Constituição de criminalizar a segregação por discriminação racial, protegendo o bem jurídico igualdade, seria desvirtuado. A interpretação sistemática e teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo racismo constante do art. 5.º, XLII, da Constituição.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental chave da Constituição, também, só se coaduna com interpretação do racismo no art. 5.º, XLII, da Constituição, compreensiva da discriminação em razão da raça (como realidade social e política), da cor, da origem étnica ou nacional, bem como da descendência.

A dignidade da pessoa humana veio a integrar um texto constitucional pela vez primeira na Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 1.º, considerando a doutrina constituir a *clef de voûte* do conjunto de proteção dos direitos fundamentais.[64]

(64) CAPITANT, D. *Les effets juridiques des droits fondamentaux em Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001, p. 112. H. Lobo da Costa, em seu trabalho para mestrado na Faculdade de Direito da USP, "Dignidade humana, prevenção geral positiva e direito penal", 2003, p. 5, nota 1, observa que já a Constituição da República Irlandesa, de 1937, mencionava no preâmbulo o fim de garantir a dignidade e a liberdade do homem. Outras Constituições passaram a mencionar a dignidade da pessoa humana: a da Espanha, art. 10.1; a de Portugal, art 1.º. Na França, onde o princípio não consta do texto constitucional, o Conselho Constitucional, em decisão de 1994, considerou que a dignidade da pessoa é um princípio de valor constitucional.

Na verdade, como princípio fundamental conformador da Constituição, a dignidade da pessoa humana vem a ser um princípio de inteligibilidade do conjunto dos direitos fundamentais,[65] a fonte emanadora da compreensão do homem em sua *humanitas*, e por isso açambarca todos os domínios da existência do homem, revelando os direitos imprescindíveis para que o homem, que tem um valor em si mesmo, e "existe como um fim em si mesmo",[66] desenvolva sua personalidade e potencialidades em uma vida digna dentro da sociedade.

E se o homem é um fim em si mesmo, possuidor de um valor em si mesmo, o apanágio de sua dignidade está em não ser transformado em meio, em objeto, em aparelho ou instrumento, sendo reconhecido no seio da comunidade como merecedor de respeito, na esfera pública e privada, inviolável como portador de cidadania e preservado em sua vida particular, zona de sua exclusividade, alheia a qualquer ingerência.

A dignidade da pessoa humana faz ser inadmissível que possa ser uma pessoa ou um grupo de pessoas degradado ou rebaixado.[67] E nada é mais degradante e humilhante à pessoa do que o racismo, ao segregar e excluir alguém, considerando-o como o outro que não é igual a nós, e, portanto, devendo ser, em razão de sua raça, cor, origem nacional ou étnica, impedido do exercício de alguns direitos, ou até mesmo eliminado.

Esta degradação do homem pelo racismo, o faz ser visto não como homem, mas como objeto, essencialmente reconhecido como diverso por sua cor, origem nacional ou étnica. Esta negativa diferenciação dos homens, que fere o núcleo da humanidade do homem, a sua identidade essencial como pessoa, não pode estar sujeita a graus diversos. O racismo elimina a dignidade de uma pessoa ou grupo de pessoas, por considerá-los diversos e inferiores, e esta inferiorização não é diferente por se dar em função da cor e não em função da origem nacional ou étnica.

A dignidade da pessoa humana exige que o racismo, enquanto crime imprescritível, previsto pela Constituição, seja compreensivo da discriminação em razão da raça (em mero sentido biológico) e cor da pele, como em função da origem étnica ou nacional e da descendência. Não há grupos de pessoas com maior ou menor dignidade humana, a serem protegidas, contra sua degradação, umas com a figura do crime imprescritível, outras por via do crime prescritível.

Não incluir o anti-semitismo dentro da expressão racismo é afrontar o valor absoluto da dignidade da pessoa humana como princípio fonte, revelador de todos os direitos humanos, e *clef de voûte* de nossa Constituição.

(65) ROUSSEAU, D. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998. p. 70.

(66) ALVES, G.C.R.B. "Sobre a dignidade da pessoa". *A reconstrução do direito*. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: RT, 2002. p. 222.

(67) ALVES, G.C.R.B., op. cit., p. 225, citando texto de Donald P. Kommers.

9. A Constituição e a Lei 7.716/89

Tão logo promulgada a Constituição, editou-se a Lei 7.716, de 05.01.1989, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor. Na hipótese do preconceito contra judeus, a menção à raça seria o suficiente para enquadramento penal, pois, como se viu, o conceito de raça não se prende a uma visão cientificista, de características físicas ou biológicas, mas é, como ressalta Dario Padovan, uma realidade social e política.[68]

Mas, a Lei 8.081 acresceu ao preconceito de raça e cor o preconceito em razão da etnia, religião ou procedência nacional, adequando a lei à Constituição, em seu art. 3.º, IV, bem como à Convenção da ONU para eliminação do racismo, que não só era lei interna, mas norma constitucional, nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, como já atrás examinei, bem como para atender ao princípio isonômico, como ressaltou o Des. Fernando Mottola do TJRS, relator da apelação.

O legislador, para combater o racismo,[69] criminalizou, ao lado do preconceito de raça e de cor, o preconceito de etnia, de religião e de procedência nacional, adequando a lei aos ditames constitucionais, aos princípios conformadores da Constituição, em especial o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Não se trata de dar conteúdo à Constituição a partir da lei, malgrado nesta hipótese a Constituição tenha delegado ao legislador ordinário definir o conteúdo do termo racismo. A lei antes omitira a referência à etnia e procedência nacional, que se impunha acrescentar para adequar a lei ao texto constitucional e à Convenção da ONU.

O Procurador da República, Claudio Fontelles, bem observa que a Constituição, ao usar a expressão racismo, deixou sua conceituação à lei, ao estatuir que o racismo é crime imprescritível nos termos da lei. A seu ver, todas as figuras típicas da Lei 7.716/89, acrescida pelas Leis 8.081/90 e 9.459/97, são imprescritíveis.

Por outro lado, a demonstração da preocupação do legislador brasileiro em criminalizar como racismo atitudes e publicações anti-semitas encontra-se no § 1.º do art. 20, que estatui como crime o ato de fabricar, comercializar veicular símbolos, emblemas, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo.

Em suma, a lei conceituou, conforme delegação constitucional, o que vem a ser racismo, mas ao fazê-lo nada mais fez do que adequar a lei aos princípios constitucionais e à Convenção da ONU de 1965, subscrita pelo Brasil e que passou a ser, também, norma constitucional. Por outro lado, deu ao termo racismo o que se apresenta presente na compreensão da sociedade, tendo em vista o seu

(68) Op. cit., p. 107.

(69) ABREU, I. A. "O racismo e a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo". *Justiça penal* 6. São Paulo: RT, 1999. p. 309.

horizonte histórico e a sua memória, refletindo, portanto, as valorações sociais prevalecentes no espírito do cidadão comum.

10. Os textos publicados e o racismo

É pleno de má fé o argumento do paciente de que em razão de manifestações de próceres judeus negando o caráter de raça ao povo judeu, não há uma raça judaica objeto de discriminação, e, portanto, configuração do crime de racismo em suas publicações e no trabalho por ele escrito, *Hitler – culpado ou inocente?*

Não é a vítima que deve se atribuir a condição de raça. São os racistas, como o paciente, que o fazem em relação ao povo judeu, promovendo e incitando a subordinação e perseguição dos judeus como raça, que, como já acentuei, é antes do que uma categoria científica, uma realidade social e política. Para configuração do racismo não se deve verificar se a vítima, no caso a comunidade judaica, se auto atribui a condição de constituir uma raça,[70] mas sim se o outro, no caso o paciente, a cataloga como raça e com base nesta assertiva promove e incita a sua perseguição, degradação e até mesmo exclusão.

Para o paciente os judeus constituem convictamente uma raça, enquadramento de que se vale à consecução dos seus fins político-ideológicos de subordinação e destruição dos judeus. No entanto, para fugir à repressão penal, alega que não se trata de uma raça, não sendo o incitamento da inferiorização da *raça judaica*, termo presente a todo passo nas obras publicadas, uma manifestação racista, pois, há judeus que negam a condição de raça ao povo judeu. Mas, para se verificar que são os judeus vistos como raça pelo paciente e por esta condição vítimas de acusações graves e de propostas de perseguição, basta pinçar algumas passagens das publicações referidas na denúncia e nos votos dos Desembargadores do TJRS.

Na obra *O judeu internacional*, de autoria de Henry Ford, publicada pelo paciente, constam os seguintes parágrafos: "Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos" (p. 11). Mais adiante, à p. 25: "Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação". À p. 75, diz o autor: "não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder". Em trecho carregado de ódio e induzindo ao ódio lê-se: "Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p. 171).

Na obra *Conquistadores do mundo – Os verdadeiros criminosos de guerra*, na qual se faz a negação do Holocausto, que o Parlamento Europeu orienta que

(70) MORAES BARROS, C. S. "Racismo". *RBCCrim* 21/405.

seja criminalizado como ato de racismo, o autor Louis Marschalko afirma: "toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigida pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas". Assevera, mais adiante, o autor que os judeus "pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo elas representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história" (p. 9). No mesmo livro, à p. 34, diz-se: "Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial".

Dentre as obras publicadas está *Os protocolos dos sábios do Sião*, obra falsa, fabricada pela polícia secreta czarista, uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial,[71] sendo cada capítulo hipoteticamente escrito por um membro do governo secreto judeu. Transformou-se este livro no símbolo da prática do racismo, gerando uma propensão antijudaica facilitadora do racismo nazista.

Na obra *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira*, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S. E. Castan, nega-se o Holocausto, tachando-o de mentira, para concluir que passarão os séculos mas das ruínas de nossas cidades brotarão o ódio contra os responsáveis contra esses desastres: "a judiaria internacional" (p. 193), chegando a afirmar, com a máxima desfaçatez, que "os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus".

Tem razão, portanto, o Min. Jorge Scartezzini ao entender que a análise do paciente sobre o termo judeu está mais próxima do chamado "Édito de Nuremberg", de 15.09.1935, pelo qual, para a "pureza da raça", proibiam-se não só o casamento entre judeus e alemães, como relações sexuais entre judeus e alemães.

O conteúdo racista das publicações, do racismo como longamente analisado acima, brota evidente. Mas se tal não bastasse, são os próprios textos publicados que catalogam os judeus como raça, para induzir ao ódio racial. Torna-se assim inaceitável que se pretenda, com base na opinião das vítimas, dizer que os violentos ataques aos judeus e a proposta de sua eliminação, constantes dos livros editados, não seja racismo.

11. Conclusão

Depois de todos os argumentos expendidos, cumpre concluir que a única interpretação compatível – com os valores que conformam a sociedade e em consonância com os princípios fundamentais da Constituição e com as normas constitucionais decorrentes da Convenção da ONU de 1965 – é a de que o termo racismo, constante do art. 5.º, XLII, da Constituição compreende qualquer dis-

(71) A respeito, vide a revista *L'Histoire* 269/60 de out. 2002, dedicada ao tema do anti-semitismo.

criminação em face da raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional, sendo certo que o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam.

Destarte, o crime praticado pelo paciente de induzimento ao ódio aos judeus, pela publicação de livros contendo graves ataques à raça judaica (segundo terminologia constante dos textos), ou seja, aos judeus, com propostas de sua segregação ou eliminação, negando até mesmo o Holocausto, constitui um crime imprescritível, a exemplo do que ocorre com os crimes contra a humanidade, mesmo porque atingem fundamente a consciência ética, pois, vem a ser o vestíbulo do extermínio ocorrido na Alemanha hitlerista.

É esse o meu parecer.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2003.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

NOVOS E VELHOS DESAFIOS PARA AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

FERNANDO SALLA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A encruzilhada – 3. Os novos desafios – 4. Rumos – Bibliografia.

Resumo: O artigo discute os principais desafios para o Governo Federal na implementação de políticas para a área prisional. Analisa os antigos e novos problemas do setor e o perfil das ações governamentais. Discute em particular o aumento das mortes de presos por agressão e a atuação das facções criminosas nas prisões.

Palavras-chave: Prisões – Mortes de presos – Crime organizado – Corrupção – Governo Federal – Políticas públicas.

1. Introdução

O presente artigo sustenta que é imperativo promover mudanças expressivas na postura do Governo Federal em relação ao enfrentamento dos problemas da área da segurança pública, em particular os que envolvem as prisões. As razões para a adoção desse novo posicionamento não são poucas: antes e acima de tudo, para responder ao anseio de mudança econômica, social e política estampado na eleição presidencial de 2002; além disso, depois de duas décadas de vida democrática no país, no plano geral, as instituições do Estado têm uma enorme responsabilidade sobre a violência que se impõe aos cidadãos ao negar-lhes por ação ou omissão muitos de seus direitos constitucionalmente assegurados. Não é pequeno o débito do Estado com a maior parte da população brasileira no que diz respeito, por exemplo, aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, a atuação do Estado vem sendo subserviente aos interesses de uma restrita elite. No plano específico das instituições do Estado voltadas para a atuação na área de segurança pública, seu papel tem sido relevante na conservação, ao longo de todo esse período, de violações sistemáticas do direito à vida, à integridade física, à inviolabilidade do domicílio, ao tratamento igual perante a lei. As deficiências no funcionamento do aparato de justiça criminal têm se revelado num poder judiciário lento e inacessível a milhares de cidadãos; numa polícia judiciária que funciona precariamente com a solução de crimes muito

abaixo do desejável; numa polícia militar ainda bastante violenta; num sistema penitenciário que não vem cumprindo boa parte das suas atribuições legais.

Pode-se argumentar que o aumento da violência, nas suas diversas facetas, e o aumento dos crimes estão associados a uma série complexa de causas e circunstâncias. Não se pode, no entanto, eximir o papel que desempenham nesse aumento as instituições que integram o aparato de justiça criminal. Esse é o núcleo do problema, aí reside a urgência de transformação que cabe ao Governo encarar. Por duas décadas, os problemas na área da segurança pública vêm se agravando e o Governo Federal os enfrenta premido pelas emergências que explodem aqui e acolá, acuado pelas atribuições legais restritas, intimidado diante dos relacionamentos que mantém com os governos estaduais, responsáveis pela manutenção dos aparatos de repressão e controle social, e com as composições políticas no Congresso Nacional. Conseguir ir além do pântano das articulações e acomodações políticas e impulsionar mudanças, reformas profundas no modo de conceber a segurança pública e implementar aí ações inovadoras é imprescindível para tentar superar um dos mais angustiantes desafios de nossa democracia esquizofrênica que tem um arcabouço invejável de instrumentos legais e institucionais voltados para uma vida "civilizada" convivendo com instituições da justiça criminal arcaicas, rançosas, e onde vicejam o arbítrio e se cultiva, não raro, a barbárie. Sem um enfrentamento dessas trincheiras que corroem a democracia, o risco é que a vida de milhões de brasileiros seja, para o futuro, um inferno ainda maior, cada vez mais sem esperança e à mercê do desespero. Em contrapartida, continuarão a subir as muralhas visíveis e invisíveis que segregam a circulação pelos espaços urbanos, e enxotam a população pobre para os territórios miseráveis de onde não tem como sair; aumentará a blindagem e o encastelamento das elites nas torres dos privilégios, inclusive o do direito à segurança.

No presente artigo, será objeto de consideração a necessidade de o Governo Federal inovar na pauta dos debates e da formulação das políticas públicas em relação ao "sistema" prisional do país. Além de estar imerso no contexto traçado acima, o mundo das prisões no Brasil vem sendo atravessado por novos problemas, como a ação do crime organizado dentro desses estabelecimentos, as rebeliões e as mortes de presos por agressão, sem que os velhos problemas como a superlotação, as precárias condições de habitabilidade, a tortura, os maus tratos tenham deixado de existir. O pressuposto é que as políticas desenvolvidas pelo Governo Federal para o setor têm sido limitadas a um conjunto restrito de focos prioritários que não têm sido capazes de impedir que novos problemas aprofundem a gravidade da situação prisional no país.

2. A encruzilhada

Em janeiro de 2003, o novo Governo que passou a dirigir o país era reconhecido como depositário de um enorme desejo, sobretudo dos grupos sociais mais vulneráveis da sociedade brasileira, de que mudanças profundas na vida eco-

nômica, social e política fossem promovidas. Os compromissos assumidos no período eleitoral sinalizaram sempre nessa direção: reduzir os níveis de miséria, enfrentar as escandalosas desigualdades econômicas e sociais, descortinar horizontes de inserção no mercado de trabalho, através da retomada do desenvolvimento econômico do país, reverter as condições de vida desfavoráveis e subumanas a que estão submetidos milhares de cidadãos habitantes de favelas, palafitas, cortiços, dar tranqüilidade a essas pessoas que são as maiores vítimas da violência quotidiana em territórios esquecidos e abandonados pelo poder público, combater implacavelmente a corrupção, o mau uso do dinheiro público, entre outras tantas propostas. Uma agenda de transformação social e política desenhada a partir de um sistema econômico perverso e de décadas de descaso, das sucessivas administrações regionais e nacionais, com a sorte de milhões de brasileiros que viviam e vivem na pobreza e que não param de ter a seu lado outros milhares de cidadãos que migram para a miséria.

As expectativas quanto ao enfrentamento dos problemas de segurança pública – como a criminalidade crescente, a violência policial, a ineficiência do sistema penitenciário – não eram menores. Porém, como muitos outros, esses problemas não têm avaliações consensuais, nem são hierarquizados da mesma forma pelos diferentes grupos da sociedade brasileira que em função de sua posição social e política atribuem relevância a esta ou àquela questão, propõem este ou aquele remédio para enfrentá-la. As mesmas dificuldades de diagnóstico da situação e de proposição de soluções surgem quando se verifica como se posicionam os atores diretamente envolvidos nos problemas da segurança pública, como o poder judiciário, o ministério público, a polícia e o sistema penitenciário. Dessa constelação de diferentes focos que podem iluminar o território da segurança pode-se ao menos constatar que, embora diferentes, os problemas são percebidos em todos os cantos do país, atravessam todos os grupos sociais e se colocam, portanto, como emergenciais na pauta das políticas públicas.

São variados os caminhos para a tarefa de eleição dos focos prioritários a serem alvo das ações do Governo Federal na área da segurança pública. Ele pode seguir o andor da década de 90 e, por exemplo, continuar a destinar verbas para as mesmas constelações de problemas e para os mesmos sorvedouros de recursos nos Estados que não demonstraram contrapartida com o aumento da eficiência da polícia, não reduziram a criminalidade, não fizeram funcionar melhor o sistema penitenciário, não melhoraram as condições de acesso do cidadão ao poder judiciário. Se assim seguir a procissão, o mínimo que se poderia exigir, no entanto, é alterar a forma de implementar essas políticas, revisando as práticas de balcão de atendimento político e de plantão de emergência que até então vigoravam, uma vez que nunca foi uma rotina submeter o emprego desses preciosos recursos públicos a um padrão técnico e não político de eficácia.

Mas o Governo Federal pode também inovar na própria pauta das prioridades na área da segurança pública, em particular no combate à criminalidade, enfrentando questões delicadas como os crimes do colarinho branco, os crimes

contra a ordem tributária, a lavagem de dinheiro ilegal, a evasão bilionária, para o exterior, de riqueza gerada com o suor de milhares de cidadãos brasileiros. Seria um exercício inovador, num país de tanta tradição elitista que vê as camadas pobres da população sempre como perigosas e como fornecedoras de criminosos, requalificar o combate ao crime, mobilizando e transferindo recursos para ações nos Estados que prioritariamente se destinem para outras direções que não apenas as favelas e os bairros miseráveis desse país; fomentando alguns dos instrumentos disponíveis, como a Receita Federal, a Polícia Federal, o Banco Central para que estanquem formas de crime que freqüentam as áreas bem diferentes daquelas onde vive e trabalha a maior parte de nossa população. É escandaloso ler no jornal *Folha de S. Paulo*, de 18.02.2002, que, entre 2000 e 2002, o Banco Central aplicou cerca de 5 bilhões de reais em multas a instituições financeiras que praticaram fraude cambial, mas que a maior parte desse dinheiro não será arrecadada porque as empresas envolvidas são de fachada, faliram, algumas fraudulentamente. Seria interessante inovar nessa pauta de combate ao crime para se poder resignificar a figura do criminoso, que no Brasil, para a glória de Cesare Lombroso e de nossas elites, tem "cara". O que hoje é quase que acidental em termos de combate a essa criminalidade poderia se tornar o carro-chefe de uma nova ou mais ousada política de concepção do crime, do criminoso, áreas perigosas, instituições suspeitas, espaços inseguros.

Igual reflexão poderia ser feita em relação à necessidade de promover inovações legislativas que fossem além da sanha punitiva do Estado que hoje alimenta o debate sobre a segurança pública. Proposições que fossem muito além de um quadro jurídico e de ações que fortalecem o crescimento de um Estado penal. Poderia um governo inovador, sair dessa maldição que espanta o mundo todo, sobretudo os países desenvolvidos, de fazer aprovar leis que nada mais fazem que castigar as parcelas miseráveis da população que enveredam por atividades ilegais e reprimidas. Poderia tentar reverter essa visão que transforma o indivíduo no centro de toda a desgraça que se abate sobre a sociedade e que transforma o criminoso no destemperado cidadão que não sabe medir as conseqüências de seu ato. De nada adianta reformar e aprovar novas leis no Brasil que irão na mesma direção das duas últimas décadas onde se acirram as formas de punição legal. É bastante constrangedor olhar para o passado e ver que em plena ditadura, na segunda metade da década de 70, sob o impulso de homens como Manoel Pedro Pimentel, eram debatidas e aprovadas leis no campo penal bem mais razoáveis e humanistas do que se tem visto, sobretudo, a partir dos anos 90. Na mesma linha de redefinição de conceitos e olhares poderia se pensar em rever o que é um crime hediondo, essa esdrúxula figura presente em entre nós. Ao lado das severas punições a determinados crimes não seria mais decente dotar o país de uma legislação que fosse implacável com as fraudes financeiras, com a evasão fiscal, com o envio irregular de dinheiro para o exterior, com as fraudes na previdência social, com o desvio de verbas públicas? Tais crimes são praticados principalmente pelos membros das elites. Não só não são duramente combatidos como seu nível de impunidade é desconcertante. Inevitável nesse país "politizar" a discussão sobre os crimes.

No caso dos aparatos policiais, há alguns avanços e impasses profundos. Desde a década de 80, à medida que avança o processo de democratização do país, não foram pequenas as resistências das polícias civil e militar nos Estados em se ajustar aos novos tempos, em se adequarem à função de zeladoras da ordem e combate à criminalidade em conformidade com as regras do Estado Democrático. São estarrecedoras algumas persistências no funcionamento dos aparatos policiais: os conflitos entre as duas corporações, as execuções sumárias promovidas por policiais, as ações violentas e arbitrárias em abordagens de rua ao cidadão, a prática da tortura, a corrupção, o envolvimento de inúmeros policiais com grupos criminosos. Os níveis de impunidade desses agentes é constrangedora para um Estado Democrático, alimentada pela muralha do corporativismo, que a bem da verdade, no Brasil, não é uma característica só dos aparatos policiais. O Governo Federal tem evitado reconhecer a crise na área de segurança pública como um problema seu. Porém, as administrações estaduais, estrategicamente, pressionam o Governo Federal para que se envolva com os problemas locais e contribua para a sua solução principalmente através da destinação de recursos financeiros. Essa relação entre Governo Estadual e Federal é contraditória uma vez que instrumental, ou seja, utiliza-se o recurso do Governo Federal mas não se permite qualquer tipo de interferência dele nos assuntos internos relativos à segurança pública. Nunca o Governo Federal vinculou, por exemplo, a transferência de recursos financeiros para os Estados a critérios objetivos de avaliação de eficiência, como, por exemplo, a redução do número de crimes, de denúncias de tortura e maus tratos e de violência policial em geral para ouvidorias independentes que senão existentes deveriam ser criadas.

No que diz respeito à situação das prisões no Brasil, ela tem se agravado nas duas últimas décadas. O diagnóstico é já há algum tempo recorrente (Coelho, 1987; Adorno, 1991) e há problemas "endêmicos", como a superlotação de muitos estabelecimentos, as deterioradas condições de habitabilidade, a precariedade da assistência judiciária e à saúde do preso, a imposição de maus tratos, a ociosidade dos presos.

O aumento da criminalidade, o endurecimento das penas, o uso intenso da pena privativa de liberdade, a pouca utilização das penas alternativas têm provocado um forte crescimento da população encarcerada e em conseqüência uma pressão constante sobre o número de vagas que não tem acompanhado aquele ritmo de crescimento. O Brasil tinha, em 1988, 88.041 presos. Essa população representava uma taxa de encarceramento de 65,2 presos por 100 mil habitantes. Em 1995, a taxa atingia 95,4 presos por 100 mil habitantes. Mais impressionante é que com cerca de 211 mil presos, no ano 2000, a taxa atinge 134,9, indicando que houve um crescimento de 41% na taxa de encarceramento no período de 5 anos. O crescimento da população encarcerada continuou nos últimos anos. Em setembro de 2002, ela era de 248.685, produzindo uma taxa de 146,5 presos para cada grupo de 100 mil habitantes. Hoje, o déficit de vagas no Brasil é calculado em cerca 62.490. Além disso, segundo o Ministério da Justiça, há em torno de 300 mil mandados de prisão (dos quais 127 mil só no Estado de São Paulo),

que se fossem cumpridos exerceriam uma pressão enorme sobre o já insuficiente número de vagas no sistema prisional do país. Presos condenados permanecem irregularmente em delegacias de polícia e cadeias públicas junto com presos provisórios, em locais que não apresentam condições adequadas para o cumprimento da pena (como locais de trabalho, educação, esporte).

As precárias condições de habitabilidade das prisões brasileiras foram já amplamente motivo de relatórios nacionais e internacionais (Anistia Internacional, 1999; Human Rights Watch, 1998; e Caravana Nacional de Direitos Humanos, 2000). As denúncias de tortura e maus tratos são constantes e têm sido amplamente documentadas pela imprensa, pelas ouvidorias de polícia, pelas organizações não-governamentais e também pelos relatórios especializados, como o da ONU que enviou ao Brasil o relator especial para a tortura Nigel Rodley (ONU, 2001). As condições precárias de habitabilidade são mais dramáticas nas delegacias de polícia, mas há inúmeros presídios que não apresentam as condições mínimas exigidas para o encarceramento, segundo os padrões internacionais.

O Governo Federal tem enfrentado essa pauta de problemas de modo conservador. Ao longo dos anos 90 foram desencadeadas ações que pouco variaram quanto à sua natureza e objetivos: criação de grupos de trabalho para a reforma do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, fortes investimentos em construção e reforma das prisões nos Estados, realização de mutirões de execução penal, desenvolvimento de programas de capacitação do pessoal penitenciário, incentivo a programas de formação profissional de detentos, implementação de programas para aplicação de penas alternativas. Mesmo quando foi apresentado pelo Governo Federal o Plano Nacional de Segurança Pública, em junho de 2000, que trouxe como elemento inovador uma concepção mais ampliada de segurança pública e um conjunto de propostas de ação diversificado, a pauta das ações para o sistema prisional não se alterou. O resultado dessas iniciativas não é desprezível, mas está muito aquém das necessidades do setor e estão longe de evitar que novos e igualmente graves problemas venham à tona.

3. Os novos desafios

Sem minimizar a gravidade desse quadro, é necessário chamar a atenção, no entanto, para um outro conjunto de problemas recentes, porém cada vez mais agudos que se apresentam nas prisões brasileiras que é composto pelas mortes violentas de presos, pelas rebeliões e pela atuação de facções criminosas. A presença desses grupos nas prisões está associada ao aumento de crimes como assaltos que procuram ganhar elevadas somas de dinheiro, voltados para empresas, bancos, carros de transporte de dinheiro; tráfico de drogas; roubo de carga; seqüestro. Embora os grupos, no Brasil, tenham uma estrutura organizacional pouco complexa e sem grande sofisticação hierárquica, eles têm encontrado condições favoráveis de ampliação de seu campo de atuação dentro e fora das

prisões. O gerenciamento de instituições prisionais ainda não foi exigido a apresentar uma administração mais eficiente em sintonia com os objetivos da própria lei de Execução Penal, nem de acordo com as exigências mínimas de eficiência para a gestão de instituições públicas. Isso facilita a presença e atuação de grupos criminosos dentro das prisões que se aproveitam do despreparo dos agentes do Estado, de seus baixos salários, de sua impunidade quando envolvidos em irregularidades. O resultado mais imediato da presença e atuação de grupos criminosos dentro das prisões é a elevação dos níveis de corrupção de agentes do Estado, com a finalidade de obtenção de favores que vão desde permissão para a entrada de drogas, celulares e armas até a facilitação de fugas. Ao mesmo tempo, a atuação dos grupos criminosos aumentou significativamente os níveis de violência dentro das prisões brasileiras, que se expressam nas rebeliões e nos conflitos entre os presos e nas mortes deles resultantes. É impressionante a freqüência com que conflitos entre presos e rebeliões no Brasil terminam com pilhas de cadáveres. É preocupante para um regime democrático como tem se banalizado esse fenômeno em espaços administrados pelo Estado.

Para se ter uma idéia da dimensão do problema, vale lembrar alguns dos casos mais graves ocorridos em 2002. No primeiro dia do ano, 27 presos eram mortos na prisão de Urso Branco, na cidade de Porto Velho (RO), aliás objeto de uma medida cautelar na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão de Justiça e Paz, ligada à Arquidiocese de Porto Velho, denunciava o fato de que 17 presos já haviam morrido de fevereiro a dezembro de 2001. Depois dos acontecimentos de janeiro, até meados de 2001 pelo menos outros 10 presos foram assassinados na mesma prisão. Ainda no dia 17 de janeiro, 5 presos morreram na Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, em Boa Vista (RR). Entre 17 e 18 de fevereiro, brigas entre facções, em vários presídios de São Paulo, deixaram saldo de 17 mortes. No dia 11 de março, são mortos 6 presos no Centro de Detenção Provisória I de Osasco (SP), outros 7 em 2 de maio no CDP I de Guarulhos (SP). Também em maio, no dia 25, foram 13 os mortos na Penitenciária Anísio Jobim, em Manaus (AM). Em Bangu I, no Rio de Janeiro, foram quatro mortos em 11 de setembro. No dia 28 do mesmo mês, outros 11 presos morrem na cadeia pública de Embu (SP). Por fim, noticiava a *Folha de S. Paulo*, no dia 12 de novembro, que uma rebelião, desta vez na Penitenciária Mário de Moura Albuquerque, em Franco da Rocha, na região metropolitana de São Paulo, deixara o saldo de 10 mortes. É um quadro chocante, uma vez que não estão aqui indicadas as inúmeras ocorrências envolvendo uma, duas ou três mortes nas centenas de delegacias, cadeias e presídios do país.

Outros casos igualmente graves poderiam ser lembrados, como, por exemplo, o do dia 07.02.1999, domingo, na Penitenciária Luiz Gonzaga Vieira, na cidade de Pirajuí, em São Paulo. No final do dia, com algumas visitas ainda dentro do presídio, presos da ala 3 (cerca de 200) se rebelaram contra outros presos que controlavam a alimentação e a faxina do presídio. Esses presos só distribuíam alimento (mistura) para quem pagasse com cigarros e outras coisas. Além disso, eram acusados de molestar mulheres de presos. Treze presos foram espancados, linchados e tiveram seus corpos envolvidos em colchões e depois foram

queimados. Em 15.08.2001, 9 presos foram mortos durante uma rebelião provocada por conflitos entre facções na Cadeia Pública de Santo Antônio do Leverger, próxima de Cuiabá, no Estado do Mato Grosso.

O Brasil, lamentavelmente, não dispõe de informações sobre as causas de mortalidade de presos. Essa deficiência, em primeiro lugar, dificulta o diagnóstico da situação de saúde nos presídios bem como a proposição de políticas específicas para esses estabelecimentos. Não se tem a dimensão da gravidade das principais doenças que proliferam nas prisões e a relação desses espaços com a saúde da comunidade. Em segundo lugar, essa deficiência de dados se reflete no desconhecimento que os próprios órgãos públicos têm sobre a dimensão do problema das mortes por agressão e as possíveis formas de enfrentar esse problema. O Ministério da Justiça divulgou uma única vez informações sobre o número de homicídios nas prisões brasileiras, desde que vem realizando compilações de dados estaduais, a partir do início da década de 90. Foi em 1994, quando se apurou terem ocorrido 131 homicídios nas prisões brasileiras, para uma população de 129.169 presos, o que representava a elevada taxa de 1,01 homicídio por grupo de mil presos. Essa taxa é 13 vezes superior à norte-americana. Nos EUA, em 1995, ocorreram 82 homicídios no interior das prisões, para uma população encarcerada de cerca de um milhão de indivíduos, resultando num índice de 0,08 para cada grupo de mil presos. Em 1997, as mortes por agressão naquele país haviam baixado para 75 e, em 1998, para 55, o que representava nesse ano a taxa de 0,04 morte para cada grupo de mil presos.

Enquanto ocorre esse fenômeno da redução das mortes violentas nas prisões dos EUA, um levantamento feito pela Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, a partir apenas de casos noticiados pela imprensa, revelou um impressionante crescimento dos casos de mortes nas prisões desde 1997 até 2002, conforme a Tabela 1, abaixo.

Tabela 1

Número de mortes por agressão nas prisões – Brasil, 1997-2002

	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Presos	62	78	95	156	183	183

Fonte: *Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo, Diário Popular, Jornal do Brasil, O Globo.*

Mesmo considerando que esses dados não são oficiais e expressam tão-somente a tendência do fenômeno das mortes de presos que são colocadas no debate público através da imprensa é impressionante a progressão do crescimento do número de mortes, apesar de sua aparente estabilização em 2002 em relação ao ano anterior.

Depois do massacre do Carandiru, em 1992, diminuiu o número de intervenções policiais em rebeliões que deixaram um rastro tão expressivo de mortes. Mesmo assim, ao longo da década temos intervenções de policiais militares no Presídio do Róger, em João Pessoa, na Paraíba, em 1997, que provocaram a morte de oito presos; sete presos foram mortos por policiais na penitenciária Sarasate, em Fortaleza, no Estado do Ceará, em dezembro de 1997; em

fevereiro de 1998, depois de uma tentativa de fuga da penitenciária Central João Chaves, na cidade de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte, a Polícia Militar na operação de recaptura feriu dez e matou sete presos. Em praticamente todos esses casos testemunhas e laudos comprovaram que houve execução dos presos.

A Comissão Teotônio Vilela verificou que em 2000 e 2002, dentre as mortes noticiadas pela imprensa, cerca de 90% foram provocadas pelos próprios presos, o restante pela intervenção das forças policiais, sejam elas civis ou militares. As mortes decorrem de conflitos entre facções criminosas, de brigas entre grupos pelo controle da prisão, e de agressão a presos que estão no "seguro", como se chama o local onde estão os ameaçados de morte, muitos desses por terem cometido crimes como estupro. Há também as mortes, porém em menor escala, que são o resultado de brigas individuais, de "acerto de contas", por causa de dívidas de drogas, de rivalidades pessoais, de diferenças cultivadas na vida do crime dentro e fora das prisões. Mas, no quotidiano de nossas prisões, a imposição da morte tornou-se um meio pelo qual os grupos e facções disputam e exercem o poder sobre a massa de encarcerados. O medo se impõe através da crueldade do ritual com poças de sangue, cabeças decepadas, corpos carbonizados. A população carcerária, não pertencente a essas facções, é atemorizada e submetida a todo tipo de constrangimento e de extorsão.

O fato de o crime organizado e as facções criminosas ganharem terreno num território sob a responsabilidade direta da administração do Estado tem revelado a efetiva dificuldade de controle do quotidiano prisional por parte da autoridade. Os conflitos entre presos, as mortes deles decorrentes, proliferaram, também, a partir da omissão ou conivência de parcelas de agentes do Estado com atividades ilegais, como a entrada de armas, de drogas, de celulares, controle sobre alimentação, locais de trabalho, alojamento etc. É preocupante que tais conflitos sejam naturalizados. Ao término das rebeliões, são comuns as declarações constrangedoras de policiais e de autoridades do sistema prisional segundo as quais as mortes foram o resultado de conflitos entre facções criminosas como se fossem fenômenos incontroláveis e sobre os quais o Estado não possuísse qualquer responsabilidade. Constitui-se um campo ainda não estudado o grau de responsabilidade direta dos agentes do Estado em muitas destas mortes (ao colocarem presos e grupos rivais no mesmo presídio ou na mesma ala, ao não garantir um lugar seguro para presos ameaçados de morte, como por exemplo os que cometem crimes sexuais) ou então por omissão ou por conivência em relação às atividades criminosas de presos.

Para superar essa crise de autoridade é urgente o aperfeiçoamento do aparato de gestão e de segurança dos presídios que busque mais eficiência, em relação aos objetivos legais da instituição e vigorosamente combata as práticas que engrossam o caldo da violência já elevada nesses estabelecimentos (como a arbitrariedade, os maus tratos, a tortura). Isso significa ter quadros policiais e de pessoal penitenciário devidamente qualificado e bem remunerado, desempenhando suas atividades em condições adequadas de trabalho e segurança. Mas, ao

mesmo tempo, não haverá condições de recompor a legitimidade da autoridade prisional sem um combate eficaz à corrupção. Da mesma forma, não podem ficar sem qualquer responsabilização os agentes do Estado que adotam medidas, tanto no âmbito da administração local ou mesmo de nível superior, que instigam esses conflitos e essas mortes, ao colocarem membros de facções rivais no mesmo presídio ou por não tomarem as devidas providências para que sejam evitados. Sem a existência de instrumentos eficazes, legais e institucionais, como as ouvidorias independentes e corregedorias não viciadas, a impunidade dos agentes responsáveis por essas práticas, comuns em muitos estabelecimentos prisionais do país, acaba sendo a roda que move o círculo vicioso da violência, da corrupção, que nada mais faz que alimentar as tensões no ambiente prisional e que colocam sob risco os presos, mas também os próprios policiais e funcionários que ali trabalham.

4. Rumos

É muito pouco o que o Governo Federal tem feito para enfrentar esses novos desafios que apresentam o mundo das prisões brasileiras. Um diagnóstico detalhado da violência nas prisões brasileiras ainda está por ser feito. Não se dispõe no momento de uma avaliação das causas e das características das rebeliões; não se conhece a fundo como se formam e atuam as facções criminosas, qual o papel nessa atuação de agentes do Estado, quais são as relações existentes entre os grupos criminosos e personagens do poder judiciário, do poder executivo e do legislativo; não se tem igualmente um diagnóstico dos principais fatores que provocam as mortes de presos por agressão, as motivações em jogo, o papel das autoridades nos conflitos, o papel das investigações e punição legal aplicada; nem mesmo a recorrência dos casos de tortura e maus tratos fez com que pelo menos esse tipo de violência tivesse a sua real dimensão avaliada.

O Governo Federal tem concentrado seus esforços na reforma e construção de presídios, na capacitação do pessoal penitenciário, na realização de mutirões de execução penal, na implementação de mecanismos para a aplicação de penas alternativas. São todas iniciativas válidas e necessárias, mas que têm se mostrado tímidas em face da dimensão dos problemas do crescimento das taxas de encarceramento no país, ao imobilismo e precariedade das estruturas burocráticas do setor, à ausência de instituições regulares de manutenção de uma assistência judiciária para os presos, à resistência ao uso das penas alternativas. Além disso, tais políticas do Governo Federal não têm vinculado demandas pela implementação de ações efetivas, por parte dos Estados, de combate à corrupção e à impunidade. Considere-se, por exemplo, a desigualdade na distribuição dos recursos que exprime as prioridades do Governo Federal: no ano 2000, dos R$ 104 milhões investidos por ele, R$ 101 milhões foram repassados para os Estados. A construção e reforma de presídios recebeu recursos em torno de R$ 94 milhões, enquanto a área de profissionalização dos detentos recebia investimentos de pouco mais de R$ 2 milhões e o apoio à aplicação de penas

alternativas se limitava a R$ 1,5 milhão. A distribuição dos recursos indica claramente a hierarquia das prioridades nos investimentos dos recursos federais para esse setor.

Há, no entanto, iniciativas pontuais que podem trazer bons resultados para reduzir os níveis de tensão e violência nas prisões brasileiras. Separar os presos por crimes sexuais do conjunto da massa carcerária em um único presídio, à semelhança do que vem fazendo a administração penitenciária de São Paulo, tem provocado uma diminuição das mortes desses presos que são alvo de agressões quando ocorrem motins. A gestão de unidades prisionais com o envolvimento direto de organizações da comunidade tem se mostrado não só um caminho positivo do ponto de vista da eficácia administrativa mas, sobretudo, na diminuição dos níveis de agressão e mortes entre os presos.

O quadro geral da situação das prisões brasileiras é desafiador para todos os que estão efetivamente preocupados com a consolidação e aperfeiçoamento da democracia no país. É incômodo ter com freqüência agentes do Estado praticando tortura e impondo maus tratos sem que sejam devidamente responsabilizados. É também constrangedor que criminosos comprem com facilidade sua fuga ou então pratiquem atos ilegais com a conivência ou omissão de agentes do Estado. É ainda mais constrangedor constatar que dezenas de presos têm morrido pelas mãos de outros presos, quando deveriam ter a sua integridade física garantida pelo Estado que os custodia.

A crise no sistema prisional se aprofunda nos últimos anos e a sua superação depende de iniciativas que ultrapassam a mera ampliação do número de vagas, maior oferta de programas e atividades para os presos e mais treinamento para policiais e staff correcional. O grande desafio é implementar iniciativas que alcancem a raiz de muitos desses problemas que é a resistência dos sistemas policiais e penitenciários em se adaptarem ao funcionamento democrático da sociedade, possibilitando a responsabilização dos agentes do Estado que praticam a tortura, dos que são omissos ou coniventes com as ações criminosas dentro e fora das prisões.

Fica para os novos governos estaduais e federal, em tempos de novos rumos na política e na administração do país, o desafio de, com coragem e ousadia, comprometer radicalmente com a democracia e com a pauta dos direitos do cidadão instituições tradicionalmente pouco permeáveis a mudanças, como é o caso da polícia, das prisões e do próprio poder judiciário. Talvez assim tenhamos uma nova conjuntura onde os avanços na área de segurança pública sejam mais profundos e consistentes que os recuos e a inércia que a têm caracterizado. O desafio e a urgência são por uma mudança de paradigma, um outro olhar sobre essa área de segurança pública. É preciso fundar uma nova ordem de coisas no território das instituições da segurança. Vinte anos de democracia têm mostrado que pequenas reformas nada reformam e trazem ainda como dano a impressão de que as coisas mudaram quando tudo continua no mesmo lugar, crescem os crimes, continuam as execuções sumárias, a violência policial, as arbitrariedades, a tortura, a corrupção, a impunidade.

É temeroso imaginar que venha a se aprofundar ainda mais a percepção tão cara às nossas elites, e tão disseminada em meio à nossa classe média, segundo a qual alguns brasileiros são dignos de viverem outros não. Miseráveis, esfaimados, desgraçados, párias, criminosos são cada vez mais vistos como seres indignos de viverem. Sem uma reversão nessa percepção, sem que se encare todo e qualquer cidadão como portador de direitos, merecedor de respeito à sua dignidade humana a barbárie, já instalada, se alastra. A lógica que despreza os milhões de brasileiros miseráveis, que os segrega ao desterro das favelas, que os abandona à própria sorte, que não reconhece o seu direito a uma vida digna é a mesma que também tem horror aos movimentos de trabalhadores urbanos ou rurais que buscam reverter a sua condição de pobres e explorados, é a mesma que fecha os olhos à violência policial contra pobres e afrodescendentes, e que é completamente indiferente ao inferno de Dante de nossas prisões onde morrem os criminosos.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "Insegurança *versus* direitos humanos: entre a lei e a ordem". *Tempo social* 11-2/129-153, 2000.

———. "Sistema penitenciário no Brasil, problemas e desafios". *Revista USP* 9/65-78, 1991.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Brasil: aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos*. London: Amnesty International, 1999.

CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *II Caravana Nacional de Direitos Humanos. Relatório: uma amostra da realidade prisional brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

COELHO, Edmundo C. *A oficina do diabo: crise e conflitos no sistema penitenciário do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/Iuperj, 1987.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Relatório de gestão. Exercício 2000*. Brasília: Ministério da Justiça, 2000.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Relatório de gestão. Exercício 2001*. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.

FARIA, S. A de O. et alii. "Sistema carcerário nacional: perspectivas para a década de 90". *Documentos de Trabalho Fundap*, mar. 1991, p. 9-41.

GÓES, Eda Maria. "A recusa das grades: rebeliões nos presídios paulistas, 1982-1986". Dissertação de Mestrado em História. Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Unesp, 1991.

HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. *O Brasil atrás das grades*. Rio de Janeiro: Human Rights Watch/Américas, 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Primeiro relatório relativo à implementação da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes no Brasil*. Brasília, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Genebra, 2001.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez, 1987.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Transição política e não-Estado de Direito na República". In SACHS, I.; WILHEIM, J. e PINHEIRO, P.S. *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 260-305.

SALLA, Fernando. "Rebeliões nas prisões brasileiras". *Serviço Social e Sociedade* 67/ 18-37, set. 2001.

U.S. DEPT. OF JUSTICE. *Census of State and Federal Correctional Facilities, 1995*. Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, 1997.

Sites na Internet

Ministério da Justiça – Brasil: <www.mj.gov.br>.

US Department of Justice – Bureau of Justice Statistics: <www.ojp.usdoj.gov/bjs>.

7.2

CONFLITOS INTERPESSOAIS NA CIDADE DE SÃO PAULO: desinteligência e desinteresse do Estado

HELDER FERREIRA
e
JOÃO LUÍS DE SOUSA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os casos de desinteligência na cidade de São Paulo – 3. A informalidade no registro das desinteligências: 3.1 Objetivo; 3.2 Metodologia; 3.3 A escolha dos entrevistados; 3.4 Resultados – 4. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O objetivo deste artigo é trazer uma caracterização dos conflitos interpessoais que têm ocorrido e como têm sido tratados pelas políticas de segurança pública na cidade de São Paulo. Entre os principais resultados da pesquisa está a comprovação de que casos de conflitos interpessoais que não chegam a lesões graves não despertam grande preocupação e mobilização por parte da polícia civil, em particular, e do Estado, em geral. Isso faz com que vários conflitos continuem em vigor, sem que seja tomada qualquer atitude do Poder Público para solucioná-los, permitindo que parte deles possa resultar em crimes no futuro.

Palavras-chave: Desinteligência – Conflitos interpessoais – Polícia – Segurança pública – Mediação de conflitos.

1. Introdução

Este artigo consiste na adaptação de uma análise sobre casos de "desinteligência" na cidade de São Paulo, presente como anexo do Relatório dos projetos "Monitoramento de violações de direitos", "Administração local de conflitos" e "Mediação de conflitos", entregue em abril de 2002 à Fundação Ford. O projeto "Administração local de justiça" pretende envolver lideranças sociais, funcionários públicos e governos estaduais e municipais na formação de um "Contrato local de segurança", adaptando a experiência do Ministério do Interior da França, em área da zona sul da cidade de São Paulo. O projeto "Mediação de conflitos" tem como objetivo capacitar moradores da zona sul de São Paulo para realizar mediações de conflitos interpessoais, como forma de prevenir a violência. Esses projetos pertencem ao programa do Centro de Estudos, Pesquisa, Inovação e Difusão (Cepid), da Fundação de Amparo à Pesquisa do

Estado de São Paulo (Fapesp) – em andamento no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, integrando o eixo Cepid 4 – "Identificação dos conceitos de justiça, direitos e punição relacionados com direitos humanos na população urbana do Estado de São Paulo", coordenado pela pesquisadora Dra. Nancy Cardia.

O objetivo deste artigo é trazer uma caracterização dos conflitos interpessoais que têm ocorrido e como têm sido tratados pelas políticas de segurança pública na cidade de São Paulo.

Estudar tais conflitos é uma tarefa difícil devido à falta de dados a respeitos deles. Pode-se supor, no entanto, que boa parte destes conflitos nem sequer chegam ao conhecimento dos agentes do Estado. Há conflitos que são encaminhados aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Especiais de Justiça, com a esperança de que a mediação atenda as reivindicações de cada parte. Outros conflitos, que em geral envolvem brigas e ofensas, acabam sendo levados aos policiais civis e militares, que podem tomar providências no sentido de registrá-los ou não.

Os conflitos registrados pelas polícias civis e militares são classificados, conforme o Código Penal e a prática das agências policiais, como crimes, contravenções penais e ocorrências não criminais e nem contravencionais. Há que se lembrar que vários crimes – como homicídios, tentativas de homicídio, lesões corporais dolosas – podem ser fruto de conflitos interpessoais. No entanto, tais crimes também podem se originar por meio da ação de um indivíduo tentando vitimar outro que lhe é completamente desconhecido. Dessa forma, segundo os registros policiais, só é possível ter certeza que são originados de conflitos interpessoais os casos de vias de fato e "desinteligência".

Na tabela abaixo é possível notar alguns dos tipos de boletins de ocorrência registrados pela polícia civil. Chama atenção o fato de que a polícia é incapaz de investigar (ou seja, abrir um inquérito policial) em grande parte dos casos. No entanto, é surpreendente o que ocorre com os casos de "desinteligência" que, por não ser nem crime e nem contravenção, como iremos ver, não desperta maiores interesses por parte de delegados e escrivães de polícia.

Tabela 1 – Ocorrências policiais e inquéritos policiais instaurados, segundo a natureza da ocorrência – São Paulo – 1997 e 2000

São Paulo – Capital	BO/TC (1997)	IP (1997)	%	BO/TC (2000)	IP (2000)	%
Homicídio doloso	4.536	2.917	64,3	5.320	3.568	67,1
Tentativa de homicídio	2.186	2.075	94,9	2.512	2.397	95,4
Lesões corporais dolosas	26.581	4.233	15,9	29.777	5.287	17,8
Calúnia, difamação, injúria	5.781	608	10,5	7.336	981	13,4
Ameaça	17.869	929	5,2	24.304	1.909	7,9
Vias de fato	2.393	123	5,1	2.278	160	7,0
Perturbação de trabalho e sossego	787	140	17,8	1.331	242	18,2
Desinteligência	4.635	14	0,3	3.039	38	1,3

Fonte: Secretaria de Segurança Pública-SP

A preocupação em determinar o que são esses casos de desinteligência levou a equipe de pesquisadores do Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP) a fazer um estudo sobre este assunto.[1] Os resultados deste estudo são a base para a preparação deste artigo.

2. Os casos de desinteligência na cidade de São Paulo

O termo desinteligência "na concepção policial, trata-se de caso de desentendimento em que até pode ocorrer agressão sem marcas evidentes" (FSeade, 1993:775). Segundo essa mesma concepção, trata-se de uma ocorrência que não é nem criminal e nem contravencional e que deve ser registrada, por determinação legal ou por cautela,[2] em distritos policiais. Em termos práticos, isso significa que não serão instalados Inquéritos Policiais a partir dos Boletins de Ocorrência registrados.

De forma geral, os casos de desinteligência são levados aos distritos policiais pelos policiais militares que trabalham nas viaturas de patrulhamento. Essas viaturas, ao serem requisitadas pelas ruas ou ao receber as ocorrências do sistema 190, se dirigem aos locais dos incidentes. Esses policiais militares decidem discricionariamente o encaminhamento que será dado ao caso e registram o resultado de sua intervenção nos Talões de Ocorrência que são depois arquivados.

É possível que nem todo caso seja registrado em Talão de Ocorrência. Pode ocorrer, por exemplo, que um policial atenda uma solicitação na rua e tome as providências que considere necessárias e não as registre no Talão de Ocorrência. Ao mesmo tempo, é possível que casos como este, que são atendidos pelas viaturas sem terem sido enviados pelo sistema 190, não sejam depois registrados nesse sistema. Ou seja, não há como saber com certeza quantos casos de desinteligência conhecidos pela Polícia Militar são encaminhados aos Distritos Policiais.

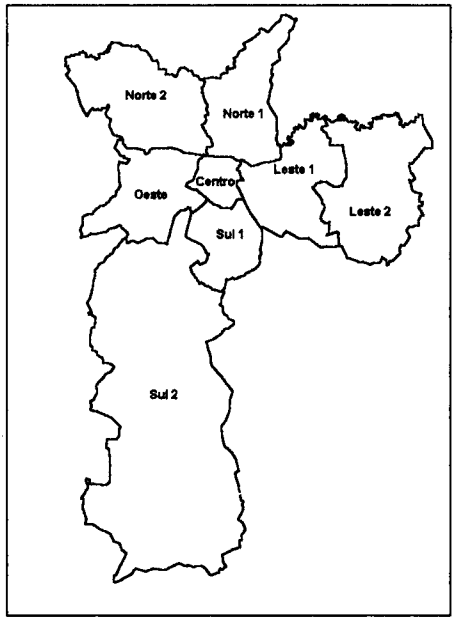
Quando os casos são encaminhados aos DPs, seja por policiais militares, pelas vítimas ou por uma das partes envolvidas, os delegados de polícia e os escrivães de polícia decidem discricionariamente como e quais casos serão registrados. Em relação aos casos de desinteligência, os policiais civis podem decidir registrar ou não em Boletim de Ocorrência.

(1) Em 2001, vários dados de desinteligência foram coletados pelo pesquisador Luiz Antônio F. de Souza junto à Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, com o apoio da então Coordenadora Ana Sofia Schmidt e sua assistente, Janaína Paschoal. A sistematização desses dados foi de responsabilidade do pesquisador Marcelo Nery. Posteriormente, coube a Helder Ferreira e João Luís de Sousa a análise de tais dados, sob orientação de Nancy Cardia.

(2) "Por cautela" significa cautela dos policiais em se protegerem de eventuais acusações de negligência.

Isso explica a grande diferença existente entre os números apresentados pela polícia militar e os produzidos pela polícia civil, a respeito de desinteligência. Pelos dados obtidos nesta pesquisa, enquanto os Distritos Policiais do município de São Paulo registraram um total de 4.635 Boletins de Ocorrência de desinteligência em 1997, o sistema 190 da PM registrou 33.159 casos de desinteligência em 1997, chegando a 223.268 casos em 1998.

Segundo os dados obtidos pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP) junto à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, o sistema 190 atendeu um total de 259.386 de casos de desinteligência no ano de 2000 no município de São Paulo. Em números absolutos, o distrito de Brasilândia apresenta a maior incidência de casos de desinteligência com 6.743 registros. Em seqüência, estão os distritos de Jabaquara (6.248), Jardim São Luiz (5.284), Bela Vista (5.225) e Itaquera (5.114). É possível verificar também a distribuição das ocorrências de desinteligência por regiões do município:[3]



Fonte: Sempla/Deinfo-NEV

Sul 2 – 40.475
Leste 1 – 39.888
Leste 2 – 39.010
Norte 2 – 30.978
Oeste – 28.906
Centro – 28.669
Norte 1 – 26.404
Sul 1 – 25.056

Levando-se em conta a ocorrência das desinteligências registradas pelo Copom em números absolutos, não é possível afirmar que ela se concentre no

(3) Esta divisão por regiões é utilizada pela Sempla.

centro ou na periferia da cidade. No entanto, quando se relaciona esta informação com a distribuição da população, a situação é diferente:

ocorrências/mil habitantes

Centro – 104, 84
Oeste – 41,49
Norte 1 – 30,16
Leste 1 – 28,45
Norte 2 – 28,37
Sul 1 – 27,64
Sul 2 – 23,55
Leste 2 – 18,12

Esses números, que apresentam a proporção entre ocorrências de desinteligência e população, indicam uma concentração do fenômeno no centro da cidade. Algumas hipóteses podem ser levantadas:

– É possível que a população que mora na região central seja mais conflituosa que aquelas das demais regiões. Os moradores de cortiços (uma forma de habitação característica do centro da cidade) talvez vivam mais conflitos que o restante da população, elevando a taxa de desinteligência da região central da cidade.

– Outra explicação poderia estar em uma maior probabilidade de a polícia conhecer esses conflitos. O Mapa de risco da violência (1996) atesta que há maior contingente de policiais e viaturas nas áreas centrais da cidade. Por isso, é possível que a polícia seja mais capaz de atender as demandas dos moradores da região central da cidade, o que, inclusive, reforçaria a demanda pela polícia, tendo em vista esta melhor capacidade de atendimento.

– Uma outra explicação estaria no grande fluxo de população que circula pela área central, pelo grande número de postos de trabalho existentes na cidade, principalmente pelo comércio e serviços. Assim, haveria mais conflitos no centro, porque, além dos moradores, existiria também a presença dos trabalhadores e consumidores que moram em outras áreas e municípios. Os conflitos não se dariam, assim, apenas entre vizinhos ou familiares, mas também nas relações de trabalho, de consumo e de lazer que se concentram no centro da cidade. Soma-se a esse ponto o fato de ambulantes e moradores de rua se concentrarem no centro e ocuparem praças e calçadas, o que aumenta a probabilidade de conflitos entre eles e os lojistas e transeuntes.

3. A informalidade no registro das desinteligências

3.1 Objetivo

Com o intuito de compreender quais os critérios adotados pelos policiais para classificar casos como sendo de desinteligência, optou-se por realizar um traba-

lho de campo junto aos organismos policiais. Essa opção qualitativa serviu a inúmeros objetivos:

1) Buscar explicações para a diferença entre os números produzidos pela polícia civil e os da polícia militar (já visto acima);

2) Testar a hipótese de que a informalidade é um fator que influencia o registro das ocorrências de desinteligência;

3) Conhecer na prática o tratamento dado aos conflitos interpessoais que são registrados como desinteligência pelos organismos policiais;

4) Traçar um perfil dos casos de desinteligência, segundo locais da cidade, classe social e motivos/causas dos conflitos;

5) Verificar como os policiais tratam esses casos.

3.2 Metodologia

Dois métodos foram utilizados para o levantamento dessas informações: observação participante e entrevistas dirigidas. A observação foi realizada nos estabelecimentos policiais onde foram realizadas as entrevistas.

As entrevistas com os policiais seguiram um roteiro baseado nas seguintes questões:

1) Dos vários casos que chegam aqui na Delegacia (ou no Copom), quais você enquadra como desinteligência? (buscar exemplos)

2) Como esses casos chegam à Delegacia (ou ao Copom)?

3) Que tipo de pessoas trazem esses casos?

4) Onde eles normalmente ocorrem?

5) Após o registro da ocorrência, o que habitualmente acontece? (há algum tipo de pessoa em particular que procure acompanhar o caso?)

6) Quais casos viram BO?

Foram realizadas entrevistas com policiais civis e com policiais militares. A entrevista junto à PM foi realizada no Comando de Policiamento Metropolitano. O entrevistado é atendente no serviço 190 da PM. Os policiais civis entrevistados são escrivães de polícia, os quais possuem entre suas funções o registro dos Boletins de Ocorrência. As entrevistas foram realizadas com esses profissionais, por serem eles os responsáveis por tomar conhecimento dos incidentes que são levados ao conhecimento das polícias. O objetivo era obter informações sobre os casos de desinteligência baseando-se nas experiências desses profissionais.

A escolha dos Distritos Policiais a serem visitados se pautou pela busca de uma representatividade das áreas periféricas da cidade (distrito municipal de Raposo Tavares), áreas intermediárias (Butantã e Pinheiros) e áreas centrais (Liberdade e Cambuci). Esses distritos apresentam grande desigualdade quanto à renda média familiar dos moradores, às taxas de ocorrências de desinteli-

gência por mil habitantes (conforme o sistema 190 da Polícia Militar) e às taxas de ocorrências de desinteligência registradas em Distritos Policiais. O quadro abaixo indica essas diferenças.

Quadro 1

Estabelecimento policial	Zona do município	Distrito municipal aproximado[4]	Renda média familiar[5]	Casos de desinteligência/mil hab. (PM) – 2000	Casos de desinteligência por DP (PC) – 1995
1.º DP	Centro	Liberdade	16,21 SM	45,23	135
6.º DP	Centro	Cambuci	11,90	61,26	102
14.º DP	Oeste	Pinheiros	31,73	68,80	98
51.º DP	Oeste	Butantã	18,08	46,45	46
75.º DP	Oeste	Raposo Tavares	10,90	20,81	95
Copom	âmbito municipal	âmbito municipal	14,03	25,95	—

SM – Valor médio do Salário mínimo em 1997 = R$ 117,33.

3.3 A escolha dos entrevistados

O procedimento adotado para a realização de tais entrevistas foi estabelecer contato com o delegado titular ou com o chefe dos escrivães dos Distritos Policiais escolhidos e pedir sua autorização. Obtida tal autorização, os pesquisadores se dirigiram aos Distritos e convidaram o escrivão de plantão para ser entrevistado. Esta estratégia de abordagem foi eficiente em todos os DPs, com exceção do 14.º DP, onde houve resistência dos policiais à realização da entrevista.

O contato com o Copom foi feito por meio do setor de relações públicas do Comando de Policiamento da Capital. Um capitão, chefe de plantão do Copom, permitiu a realização das entrevistas e deu informações sobre o funcionamento do sistema 190.

3.4 Resultados

As definições de desinteligência

Para tratar da questão da definição de desinteligência cabe apresentar as três definições encontradas durante esta pesquisa: a da Fundação Seade, a dos escrivães de polícia e a do soldado da PM.

A definição da Fundação Seade, como vimos acima, estabelece que se trata de um caso de desentendimento em que pode até ocorrer agressão sem marcas

(4) As áreas de jurisdição dos Distritos Policiais não correspondem às áreas que formam os distritos municipais.

(5) Fonte: Mapa da Exclusão/Inclusão Social 2000 – Dinâmica social anos 90 – PUC-SP – INPE – Polis.

evidentes. Dessa forma, a inexistência de lesões impede que se configure a materialidade do delito de lesão corporal. A utilização prática desse conceito pelos policiais civis sofre duas limitações.

De um lado, esse conceito se confunde com o conceito das vias de fato, o qual constitui uma contravenção penal. Segundo a Fundação Seade, "vias de fato: trata-se de briga em que há uma atividade física, porém sem chegar a causar lesões corporais" (idem, ibidem). Como também pode haver agressão num caso de desinteligência, as diferenças entre essas definições não as tornam mutuamente excludentes. Isso por duas razões:

– Em primeiro lugar, por prever a existência de agressão, um caso de vias de fato nunca poderá ser um caso de desinteligência. No entanto, como vias de fato é utilizado para casos de "briga" e desinteligência para casos de "desentendimento", quando um policial confunde o conceito de "briga" com o de "desentendimento", ele pode classificar um caso de agressão sem lesões corporais como desinteligência ou vias de fato.

– Em segundo lugar, cabe lembrar que não é feito o exame de corpo de delito pela polícia científica, a não ser que a equipe de plantão faça um requerimento. Assim, *a priori*, são os policiais das equipes de plantão dos Distritos Policiais que definem se uma ocorrência é de lesão corporal ou de desinteligência. Existe aí o espaço para uma classificação discricionária e informal de um conjunto de ocorrências muito semelhantes em três categorias não totalmente autoexcludentes: lesões corporais, vias de fato e desinteligência.

Por sua vez, os escrivães entrevistados definiram desinteligência de várias formas.

1.º) casos de "bate-boca", "discussão";

2.º) casos de insultos verbais entre as partes, sem agressão;

3.º) "briga sem lesão";

4.º) casos de "bate-boca", sem agressão e sem ameaça.

Levando-se em conta essas definições, parece haver um consenso de que a desinteligência designa um conjunto de casos de "desentendimento", de "discussão" e de "briga". No entanto, há um dissenso quanto a se delimitar o conceito para casos sem agressão ou sem lesão corporal. Assim, reforça-se a hipótese de que, na prática, não há diferença clara entre o que é registrado como vias de fato, desinteligência ou lesões corporais.

Por fim, o soldado atendente do Sistema 190 definiu desinteligência como briga que pode chegar a agressão. Uma primeira diferença em relação à definição utilizada pela polícia civil é que uma ocorrência de desinteligência pode ser considerada normal ou urgente. Esses conceitos se aplicam ao despacho das viaturas para os locais de ocorrência com um maior ou menor grau de velocidade.

A segunda diferença entre desinteligência para polícia militar e desinteligência para polícia civil se refere ao procedimento adotado em relação ao caso.

De um lado, os policiais militares que atendem a ocorrência decidem se o caso de desinteligência será levado ao Distrito Policial ou não. Segundo o soldado da PM entrevistado, "o patrulheiro vai ver o que pode ser feito no local ou senão vai encaminhar até o Distrito Policial". De outro lado, os policiais civis decidem se o caso levado ao DP será registrado em ocorrência ou não.

Locais de ocorrência e tipos de conflito

No tocante aos locais de ocorrências, segundo os entrevistados, os casos acontecem na própria residência das partes envolvidas, na vizinhança, nas ruas e praças e nos ambientes de trabalho.

Em residências, segundo os entrevistados, as desinteligências podem ocorrer entre pais e filhos, maridos e esposas e entre irmãos. Segundo relato do escrivão do 51.º DP, esses casos acontecem porque as pessoas "não estão se dando bem, não estão se aturando, normalmente ocorre muito com casal e com pai e filho também". Os motivos que desencadeariam tais problemas, segundo os entrevistados, são dos mais variáveis, dificuldades financeiras em geral (é possível que os entrevistados tenham se referido às cobranças surgidas de lado a lado, devido à baixa renda familiar), problemas de relacionamento com pessoas idosas etc. As desinteligências se dariam, assim, no seio de uma relação de longa data, em que frustrações, desentendimentos e conflitos anteriores podem se somar na configuração de uma ocorrência policial.

Na vizinhança, os entrevistados citam como ocorrências freqüentes os "bate-bocas" entre vizinhos: locadores que discutem com o inquilino por falta de pagamento do aluguel, rapazes ou garotas que se insinuam com a namorada ou namorado de outro, discussões por causa de um cachorro que está latindo alto, por uma pipa que cai no quintal ao lado, por um lixo jogado na calçada ao lado ou por uma briga entre seus filhos.

Os desentendimentos nos bairros também podem ocorrer entre moradores com pessoas que vêm de fora. Os conflitos podem advir de problemas com as entregas de produtos e serviços aos moradores: foi citado um caso de atrito com funcionários de agências dos Correios. Segundo o policial do Copom, "a pessoa diz que chegou danificada a correspondência dele (...) daí ele joga que foi o carteiro que está fazendo aquilo lá". Outro conflito identificado ocorre por resistência à ação de concessionária de serviço público por falta de pagamento (ou por causa do racionamento): "ele chega com a intimação de corte e a pessoa não quer deixar ele entrar", segundo exemplo dado pelo atendente do Copom.

Nas ruas, é comum o registro de desinteligência por brigas de trânsito, como problemas de estacionamento de veículo em local inconveniente. Mesmo no local de trabalho os motivos variam, mas de uma forma geral ocorrem, como citado pelo mesmo atendente do Copom, por "desinteligência entre opiniões, a pessoa não quer e muitas vezes chegam até a agressões". Quanto a bares, todos foram consensuais em afirmar que conflitos iniciados em bares, geralmente, resultam em agressões físicas mais graves (lesão corporal dolosa ou culposa, uso de armas).

Consensos policiais

Há entre os policiais entrevistados certos consensos em relação aos casos de desinteligência. O primeiro consenso é quanto ao não reconhecimento da importância do conflito que gera a desinteligência. Segundo os relatos obtidos, os policiais normalmente consideram os motivos fúteis: "o que gera a desinteligência é bobeira", como relata a escrivã do 75.º DP.

O segundo consenso é quanto ao principal motivo para as desinteligências: o álcool. O efeito do álcool permitiria liberar as tensões acumuladas ou mesmo suspender o autocontrole do indivíduo a ponto de gerar conflitos com outras pessoas. Os policiais chegam a se referir, por exemplo, a desempregados que tomam álcool e se tornam agressivos ou passam a fazer provocações a outras pessoas nas ruas e bares.

O terceiro consenso é quanto ao perfil das pessoas envolvidas nesse tipo de ocorrência. Alguns policiais chegaram a comentar que os envolvidos podem ser de qualquer classe social – o policial do Copom cita casos de pessoas de classe média que se desentendem com os funcionários de cinemas e teatros por causa do direito à meia entrada, em shoppings por causa da recusa de um lojista em aceitar cheque como forma de pagamento ou entre motoristas no trânsito – mas a tendência geral é a de relacionar os casos de desinteligência às pessoas de classe social mais baixa: moradores de cortiço, rua ou favela. De acordo com os entrevistados, seriam pessoas que, por causa da falta de instrução e do "baixo nível cultural", não conseguem dialogar entre si. Segundo a escrivã do 75.º DP, quanto aos fatores determinantes para a ocorrência de tais conflitos, "o primeiro é a condição social".

4. Conclusão

A análise sobre os casos de desinteligência permite elaborar quatro problematizações.

1) A relação das polícias com os casos de desinteligência parece ser diferente. De um lado, a polícia militar utiliza os números de desinteligência somados a outros casos para divulgar o número de atendimentos realizados. Isso permite à PM tornar público um número alto de atendimento policial. De outro lado, a polícia civil parece tender a evitar registrar os casos de desinteligência. Primeiro, porque não configuram ocorrências criminais ou de contravenção penal. Segundo, porque podem querer evitar registrar lesões corporais entre pessoas conhecidas ou entre parentes, porque essas pessoas não são consideradas criminosas e perigosas à sociedade e/ou porque elas podem acabar fazendo as pazes e, nesse caso, não irão colaborar com o andamento do inquérito policial. Terceiro, porque esses casos de brigas, mesmo quando ocorre alguma agressão física, parecem não ser considerados crimes que devem ser prioritariamente combatidos.

2) Assim, como as diferenças entre vias de fato, desinteligência e lesão corporal são muito tênues, o mesmo parece ocorrer com os conflitos que geram esses

casos. Pode-se sugerir que os conflitos que geram esses Boletins de Ocorrência (BO) nos Distritos Policiais, aparentemente por motivos diversos, não são tão diferentes. Assim, pode-se supor que a gravidade das lesões seja um dos principais fatores que levam os policiais civis a registrarem a ocorrência de lesões corporais. Sendo isso verdadeiro, torna-se fundamental analisar esses fenômenos de maneira mais integrada.

3) O fato de os casos de desinteligência chegarem até a polícia militar ou a polícia civil e não serem tratados como fatos relevantes tende a frustrar as expectativas da população, o que contribui para reduzir a confiança nessas instituições e o interesse dos cidadãos em procurá-las, prejudicando a relação entre a população e a polícia e castrando possibilidades de apoio mútuo em prol da segurança pública.

4) Se os casos de desinteligência (e outros, frutos de conflitos interpessoais) são levados até o Poder Público (seja polícia militar ou polícia civil) e não encontram encaminhamentos e mediação, os conflitos tendem a continuar em andamento causando tensões psicológicas aos indivíduos e permitindo que desfechos violentos possam ocorrer.

Bibliografia

FSEADE, 1993. *Anuário estatístico do Estado de São Paulo*. São Paulo.

CEDEC, 1996. *Mapa de risco da violência: cidade de São Paulo*. São Paulo.

NEV, 2002. "Monitoramento de violações de direitos humanos", "Administração local de justiça" e "Mediação de conflitos". Relatório 2001. Não publicado.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.1

EFEITOS PRESCRICIONAIS DO ACÓRDÃO QUE MANDA O RÉU A NOVO JÚRI

ADAUTO SUANNES

JÚRI. Anulação do segundo julgamento. Conselho de Sentença. Decisão dos jurados que se tornou inexistente. Ininterrupção do prazo prescricional. Extinção da pretensão punitiva do Estado.

Ementa: Os atos judiciais nulos não produzem efeitos se uma sentença condenatória é anulada. Ademais, as conseqüências geradas pela decisão não subsistem e não interrompem o prazo prescricional nos termos do art. 117, IV, do CPP.

EI 314.757-3/1-01 – 2.ª Câm. Crim. – TJSP – j. 30.09.2002 – rel. Des. Almeida Braga.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de EI 314.757-3/1-01, da Comarca de Capivari, em que é embargante Moacyr de Rossitti Goldoni, sendo embargada a Justiça Pública:

Acordam, em 2.ª Câm. Crim. do TJSP, por maioria de votos, acolher os embargos e julgar extinta a punibilidade do embargante em face da prescrição da pretensão punitiva do Estaco em relação a Moacyr de Rossitti Goldoni, nos temos dos arts. 107, IV, 109, II, 115 e 110, § 1.º, todos do CP, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Silva Pinto (presidente), vencido, Pires Neto (revisor), Egydio de Carvalho, vencedores e Canguçu de Almeida, vencido.

São Paulo, 30 de setembro de 2002 – ALMEIDA BRAGA, relator.

RELATÓRIO – Moacyr de Rossitti Goldoni interpõe embargos infringentes e pretende que se prevaleça o voto vencido que reconheceu a extinção da pretensão punitiva do Estado pela ocorrência da prescrição.

Os embargos foram recebidos. O doutor procurador de justiça opinou pelo não provimento.

É o relatório.

O embargante foi condenado, pela violação do art. 121, § 2.º, IV, do CP, à pena de doze anos e dezoito dias de reclusão. O acórdão embargado, por votação unânime, reduziu a pena para onze anos, nove meses e três dias de reclusão.

A pena imposta ao embargante, nos termos do art. 109, II, do CP, prescreve em dezesseis anos. O embargante tinha menos de 21 anos na época dos fatos e, assim, por força do art. 115 do CP, o prazo prescricional é reduzido à metade. O prazo prescricional, em relação ao embargante, é de oito anos.

As causas interruptivas do prazo prescricional são estabelecidas no art. 117 do CP. A primeira causa interruptiva é o recebimento da denúncia. O embargante cometeu o delito no dia 15.10.1987 e a denúncia foi recebida no dia 18.05.1988. Entre essas duas datas não ficou configurada a prescrição.

A segunda causa interruptiva do prazo prescricional é a sentença de pronúncia. Esta foi prolatada no dia 01.08.1990. Entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolatação da sentença de pronúncia não transcorreram oito anos e, assim, não ocorreu a prescrição.

A terceira causa interruptiva do prazo prescricional é a data da decisão confirmatória da sentença de pronúncia. Esta foi confirmada, em grau de recurso, no dia 13.02.1992, o que impede que se reconheça prescrição entre a data da prolatação da sentença de pronúncia e a data em que a mesma foi confirmada.

A quarta causa interruptiva do prazo prescricional é a data da publicação de sentença condenatória recorrível. Tratando-se de processo julgado pelo Tribunal do Júri, a sentença condenatória recorrível é a prolatada pelo MM. juiz presidente do Tribunal do Júri com base na decisão dos jurados integrantes do Conselho de Sentença.

O embargante foi submetido a julgamento, pela primeira vez, perante o Tribunal do Júri no dia 07.04.1994. O delito foi desclassificado para homicídio culposo e o embargante foi condenado à pena de três anos de detenção pela violação do art. 121, § 3.º, do CP.

O Ministério Público recorreu e o julgamento foi anulado. A anulação do julgamento deu-se no dia 17.06.1996. O segundo julgamento, perante o Tribunal do Júri, deu-se no dia 21.03.1997. O embargante foi condenado, nesse julgamento, à pena de doze anos de reclusão.

A defesa recorreu. O recurso foi acolhido em parte e o julgamento foi anulado. A decisão deu-se no dia 07.06.1999. Houve um terceiro e derradeiro julgamento perante o Tribunal do Júri. Ele ocorreu no dia 23.03.2000.

Os votos vencedores não reconheceram a prescrição da pretensão punitiva. Seus prolatores afirmaram que a anulação parcial do segundo julgamento não teve o condão de interromper o prazo prescricional porque os efeitos da sentença condenatória, proferida nesse julgamento, permaneceram intactos. O voto vencido sustenta que a anulação desse julgamento atingiu a sentença condenatória prolatada com base no mesmo e, assim, não interrompeu o prazo prescricional e, como a última data interruptiva do prazo prescricional foi a do julgamento que confirmou a sentença de pronúncia, 13.02.1992, a prescrição configurou-se entre essa data e a do último julgamento, 23.03.2000, porque transcorreram mais de oito anos entre elas.

O ponto da discórdia é um só: a anulação do julgamento do Tribunal do Júri torna nula a sentença prolatada com base na decisão dos jurados integrantes do Conselho de Sentença ou não?

Os atos judiciais nulos não produzem efeitos. Se uma sentença condenatória é anulada, os efeitos gerados por ela não subsistem. Entre esses efeitos um deles é o de interromper a fluência do prazo prescricional.

O § 1.º do art. 573 do CPP determina: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência".

A sentença proferida pelo MM. juiz presidente do Tribunal do Júri depende das decisões tomadas pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença. Há uma dependência direta da sentença e a decisão do jurados. A sentença só subsiste se a decisão dos jurados for mantida. Não há como apresentar uma argumentação contrária porque o juiz natural é o Conselho de Sentença e é a sua decisão que prevalece. A sentença, quando se trata de julgamento perante o Tribunal do Júri, é um ato judicial meramente aplicador da reprimenda. Ela não decide o mérito da ação penal.

Se o principal, que é a decisão do Conselho de Sentença, passou a não existir, o acessório, que é a sentença do MM. juiz presidente do Tribunal do Júri, não pode produzir nenhum efeito porque sua base, decisão do Conselho de Sentença, tornou-se inexistente. O acessório deixa de existir quando o principal se torna inexistente.

No caso em tela, com a anulação do segundo julgamento, a sentença proferida com base na decisão do Conselho de Sentença tornou-se inexistente. Ela, devido a sua insubsistência, não gera nenhum efeito e, assim, não pode interromper o prazo prescricional nos termos do inc. IV do art. 117 do CPP.

Afastada a interrupção do prazo prescricional pela sentença proferida no dia 07.06.1999, observa-se que entre a data da decisão que confirmou a sentença de pronúncia, 13.02.1992, e a data do último julgamento, 23.03.2002, transcorreram mais de oito anos e a prescrição da pretensão punitiva restou configurada.

Acolhem-se, por esses motivos, os embargos e declara-se extinta em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação a Moacyr de Rossitti Goldoni, nos termos dos arts. 107, IV, 109, II, 115 e 110, § 1.º, todos do CP.

São Paulo, 30 de setembro de 2002 – ALMEIDA BRAGA relator.

COMENTÁRIOS

1. Segundo o contido no art. 117 do CP, o curso da prescrição da pretensão acusatória, em casos como o presente e chegado a tal fase, interrompe-se:

a) pelo recebimento da denúncia;

b) pela pronúncia, nos casos sujeitos a julgamento pelo Tribunal do Júri;

c) pela decisão confirmatória da pronúncia;

d) pela sentença condenatória recorrível.

2. O art. 593 do CPP, a seu turno, afirma caber apelação, nos processos relativos ao Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz presidente contrária a lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

3. Os parágrafos esclarecem que, no caso das letras *b* e *c*, não haverá cassação da decisão dos jurados, mas *mera adequação* da decisão à lei. Já no caso do contido nas letras *a* e *d*, o réu será submetido a *novo julgamento*, ficando, assim, sem efeito o anterior.

4. Qual, porém, o conteúdo do acórdão que acolhe a apelação quando fundada nas letras *a* e *d* do inc. III do art. 593 do CPP? Eis a questão de que se ocupou a E. Câmara.

5. A doutrina não se demora em maiores considerações sobre o tema, mesmo porque o efeito prático é o mesmo: caso a nulidade se dê durante o julgamento

pelo Júri ou a contrariedade da evidência se dê (e só pode dar-se) na mesma ocasião, o efeito será o mesmo, qual seja, a submissão do réu a novo julgamento.

6. E tanto isso é assim, que os nossos Tribunais costumam falar em *cassação da decisão* tanto quando ocorre nulidade[1] como quando ocorre decisão contrária à prova dos autos.[2]

7. Essa igualdade de conseqüências é tal que se chegou a falar em *anulação de decisão* contrária à evidência dos autos.[3] Na maioria das vezes, em tais casos os tribunais se limitam a *ordenar novo julgamento*, sem entrar em maiores considerações a respeito de se cuidar de decisão inexistente, nula ou anulável.[4]

8. Temos, pois, que, mantida a pronúncia do réu, a prescrição da pretensão acusatória se considerará interrompida quando sobrevenha decisão condenatória pelo Tribunal do Júri.

9. Sendo cassada ou anulada aquela decisão, segue-se que ela não mais pertence ao mundo jurídico, tanto que alguns julgados acham plenamente possível que no novo julgamento, qualquer seja o motivo da cassação da decisão apelada, seja aplicada ao réu pena superior à da primeira decisão, pois não incidiria aí o princípio da *reformatio in pejus*,[5] por mais discutível que seja tal entendimento, que ignora o superior princípio do *favor rei*.

10. "Numa determinada óptica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efectivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento."[6]

11. Recorde-se que é por causa dele que em alguns casos uma decisão cassada continua a produzir efeitos, qual um fantasma jurídico, mas sempre em benefício do acusado, como quando a nova pena a ser aplicada não pode ser superior à anterior.[7]

12. Impensável, sem a menor dúvida, criar, por analogia, um *favor societatis*, renegando tudo o que se avançou até hoje no chamado devido processo penal.

13. Outrossim, é de consignar que não se conhece um único autor, um só julgado que diga que quando o tribunal manda o réu a novo júri ele está simplesmente *alterando* ou *retificando* a decisão do Tribunal do Júri.

(1) Cf. TJSP – *RT* 701/314.

(2) Cf. STF – *RT* 711/418.

(3) Cf. TJSP – *RT* 754/597; TJRJ – *RT* 720/512.

(4) Cf. TJBA – *RT* 585/380; TJRS – *RT* 594/380; TJMS – *RT* 724/702; TJSC – *RT* 638/349.

(5) Cf. TJSP – *RT* 681/343, 741/617, 596/327.

(6) Cf. Giuseppe Bettiol, *Instituições de direito e processo penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 295.

(7) Cf. TJSP – *RT* 605/290; STF – *RT* 576/482, 614/394 e 723/550.

14. Em segundo lugar, os dicionários são bastante claros ao afirmarem que na alteração a coisa permanece, porém mudada, transformada, modificada. Retificar, à sua vez, é manter a mesma coisa, porém "tornada reta", corrigida, emendada.

15. Quando manda o Tribunal do Júri realizar *outro* julgamento, pois o anterior contrariara a prova manifesta dos autos, pode-se dizer, sem atentar contra a lógica e o bom senso, que o Tribunal *mantém* a decisão revista, apenas mudando-a, retificando-a, tornando-a reta, ela que estava, por divergir da prova dos autos, como que torta? Se assim fosse, não haveria necessidade de nova decisão pelo Tribunal do Júri, tal como ocorre nas hipóteses das letras *b* e *c* do inc. III do art. 593 do CPP.

16. Ora, se o Código, nos parágrafos do art. 593, faz a distinção clara entre cassação da sentença e correção da sentença, como se pretender que seja caso de correção quando estamos diante de caso de cassação?

17. Realmente, cuidando da espécie, faz Júlio Fabbrini Mirabete duas afirmações bastante pertinentes ao caso *sub judice*: a) na primeira, deixa claro que não estamos diante de alteração nem de retificação; b) na segunda, deixa claro que estamos diante de uma cassação: "Se a apelação se fundar no inc. III, *b*, do art. 593, e o Tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, deve dar-lhe provimento para sujeitar o réu a novo julgamento (art. 593, § 4.º). *Não pode, portanto, modificar a decisão*, diante do princípio da soberania dos veredictos. Esse princípio veda a alteração da decisão dos jurados, mas não exclui a recorribilidade do julgamento do Tribunal do Júri para que seja procedido a novo julgamento *uma vez cassada a decisão recorrida* pelo princípio do duplo grau de jurisdição".[8]

18. Da mesma sorte a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao comentarem a situação prevista no art. 583, III, *d*: "Há, nessa última hipótese, verdadeiro *juízo de cassação* e, por isso, fala-se em apelação *sui generis*".[9]

19. Indo-se aos dicionários, aprende-se que "*cassar* – (do lat. *cassare*) *V. t. d.* 1. Tornar nulo ou sem efeito. 2. *P. ext.* Fazer cessar, tornar nulos ou sem efeito, os direitos políticos ou de cidadão (...)".[10]

20. Em face de tais considerações, parece-nos que foi bem reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, tal como proposto no r. voto vencido, acolhido pela d. maioria.

(8) Cf. *Processo penal*, Atlas, 1991, p. 613.

(9) Cf. *Recursos no processo penal*, 2. ed., RT, n. 77.

(10) Cf., por todos, o *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Nova Fronteira.

8.1.2

DIREITO DE DEFESA E ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL: uma (des)construção jurisprudencial

AURY LOPES JR.

SUMÁRIO: 1. Filtragem constitucional e instrumentalidade garantista do processo penal – 2. Constitucionalização do processo penal – 3. Contraditório e direito de defesa no inquérito policial – 4. Segredo interno *versus* defesa técnica – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de *desconstruir* – à luz do paradigma constitucional-garantista – *o discurso* contido em acórdão prolatado no julgamento de mandado de segurança impetrado por advogado que buscou, via *mandamus*, ter acesso aos autos do inquérito policial, anteriormente negado pelo juiz de primeiro grau. Negada a liminar pelo relator, o impetrante interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento. No mérito, não teve melhor sorte. A matéria foi ainda objeto de análise pelo STJ em 22.08.2002, no RMS 12516, tendo sido mantida a posição do TRF da 4.ª Reg. O comentário busca refutar os argumentos que embasam a decisão.

Palavras-chave: Inquérito policial – Sigilo – Defesa técnica – Contraditório – Garantismo.

MANDADO DE SEGURANÇA. Inquérito policial. Sigilo. Art. 20, CPP. Acesso a advogado. Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), art. 7.º, XIV.

Ementa: 1 – Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do art. 7.º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado. Nessa ótica, deve ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

2 – Se, nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça, o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7.º, § 1.º), com muito mais razão elas devem ocorrer na fase apuratória –

momento em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal. Esse raciocínio é aplicável mormente nos tempos atuais, em que se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o sistema financeiro nacional, delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crime etc.). Para combatê-la, o sigilo nas investigações mostra-se vital.

MS 2001.04.01.005056-9/PR – 8.ª T. – TRF 4.ª Reg. – j. 15.10.2001 – rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decide a 8.ª T. do TRF da 4.ª Reg., por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de outubro de 2001.

COMENTÁRIOS

1. Filtragem constitucional e instrumentalidade garantista do processo penal

Trata-se de uma decisão que instiga o debate, tão salutar no ambiente acadêmico, fértil em buscar a razão na resultante do conflito de teses. Obviamente que a decisão em si não está em debate, mas sim o referencial teórico, o *discurso* que a sustenta. A crítica, pois, situa-se nessa *dimensão científica*.

Com esse objetivo, partimos para a *desconstrução do discurso* contido na decisão, eis que esteirado no clássico senso comum teórico, ainda reticente em dar pleno alcance a nova ordem constitucional estabelecida, bem como realizar a necessária filtragem constitucional do processo penal.

Antes de entrar na análise dogmática do *segredo na investigação preliminar* é preciso traçar algumas considerações introdutórias, contextualizando e definindo nosso paradigma de leitura. Para tanto, trabalharemos a partir do contraste com três premissas extraídas da ementa, onde podemos ler que:

a) o inquérito policial é um dos poucos *poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime*;

b) deve prevalecer a *supremacia do interesse público sobre o privado*;

c) é necessário restringir a publicidade das investigações sob pena de o procedimento investigatório *tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.*

Tais premissas – que muito recordam o discurso da *Nova defesa social* de Marc Ancel ou os modernos postulados do *law and order* – estão a nosso juízo completamente superadas.

Iniciamos a análise com a lição de J. Goldschmidt,[1] para quem os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua

(1) *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 67.

política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um *termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição.*

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático e garantista, até porque a idéia de garantismo brota da Constituição, da noção de garantia substancial que dela emerge.

Assim, devemos definir o conteúdo da instrumentalidade do processo penal a partir dessa base epistemológica.

É imprescindível marcar esse novo referencial de leitura: *o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário.* Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal.

É patente a instrumentalidade do processo penal como fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos, na esteira de Ferrajoli, de *instrumentalidade garantista.*[2]

W. Goldschmidt[3] explica que os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. O processo penal constitui um ramo do Direito público, e, como tal, implica *autolimitação do Estado, uma soberania mitigada.*

Basta assim uma *summaria cognitio* para verificar a incompatibilidade do discurso contido na decisão com a nova ordem constitucional estabelecida.

Ademais, existe ainda o *fundamento histórico-político* para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettiol.[4]

A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe exigências de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum.* O Es-

(2) Sobre o tema consulte-se, entre outros, nossos trabalhos: *Sistemas de investigação preliminar no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; "A instrumentalidade garantista do processo penal", *Revista Ibero Americana de Ciências Penais* 2/11-33, Porto Alegre, 2001; "A instrumentalidade garantista do processo penal", *Revista Ajuris* – Palestras/Cursos de Atualização para Magistrados 1-1/133-148, Porto Alegre, 2001; "Fundamento da existência do processo penal: a instrumentalidade garantista", *Revista Ajuris* 76/208-232, Porto Alegre, 2000.

(3) *La ciencia de la justicia – Dikelogía*, p. 201.

(4) BETTIOL, Guiseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal penal*, p. 54 et seq.

tado de Direito mesmo em sua origem já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isto surgiu na Europa depois de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

A *democracia*, como sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifesta-se em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no *fortalecimento do sujeito passivo do processo penal*. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da *proteção dos inocentes (débil)*, ou seja, o processo penal como *direito protetor dos inocentes*. Esse *status* (inocência) adquiriu caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo. O significado da democracia é a revalorização do homem, "en toda la complicada red de las instituciones procesales que sólo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede nunca venir sacrificado por razones de utilidad: el hombre".[5]

Nesse contexto político-processual, restam ilhadas considerações do estilo "a supremacia do interesse público sobre o privado" a que alude a ementa. A controvérsia situa-se no campo da eficácia do direito de defesa e do contraditório, não se tratando de mero interesse privado, mas de uma autêntica garantia democrática, muito além dessa dimensão reducionista de *público/privado*. Trata-se de direitos fundamentais – obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria – limitadores da intervenção estatal.

Como conseqüência, a estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza ao mínimo possível o risco de erro e, em segundo lugar, o sofrimento injusto que dele deriva.[6] Todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de justiça. Isso é crucial para o processo penal poder ser inserido no complexo *sistema de garantias* que forma o Direito.

O processo penal então passa a ser visto como um instrumento que busca assegurar a máxima eficácia das garantia fundamentais e não mais um mero instrumento a serviço do poder punitivo estatal.

Mas devemos ter sempre em mente as brilhantes palavras de Carnelutti:[7] "a batalha não é para a reforma da lei mas para a reforma do costume".

(5) BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal penal*, p. 174.

(6) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*, p. 308.

(7) *As misérias do processo penal*, p. 70.

2. Constitucionalização do processo penal

Com a Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito rompeu-se um paradigma da maior relevância para o sistema jurídico. O novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito e, acima de tudo, uma nova postura do operador jurídico, pois a função transformadora e promovedora que o direito passa a desempenhar tem sua eficácia pendente da atuação daquele.

É inegável que "o constitucionalismo, exsurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, 'constitui-a-ação do Estado'!"[8]

O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e democratizar-se através do *fortalecimento do sujeito passivo*. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente (democracia = fortalecimento do indivíduo).

Entendemos que *sociedade* – fonte desse interesse metafísico tão defendido pela decisão – deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do *homem* ao *ente superior*, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário.[9]

Na mesma linha, Bobbio[10] explica que, atualmente, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo. O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos.

Por isso, Ferrajoli fala da *ley del más débil*.[11] No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo, aponta Guarnieri,[12] passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo.

(8) STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 19.

(9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 96.

(10) No prólogo da obra de Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 18.

(11) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

(12) *Las partes en el proceso penal*, p. 272.

Amilton B. de Carvalho,[13] questionando para que(m) serve a lei, aponta que a "a lei é o limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação".

Nessa democratização do processo penal, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte,[14] com verdadeiros direitos e deveres.[15] É uma relevante mudança decorrente da constitucionalização e democratização do processo penal.

Com isso, a sobrevivência do Código de Processo Penal tem exigido um verdadeiro contorcionismo jurídico, difícil e perigoso, pois deixa uma porta aberta para que o (paleo)positivismo negue eficácia a determinadas garantias fundamentais – como o direito ao contraditório e defesa técnica na fase pré-processual – fechando os olhos para a substancial invalidade de uma série de normas processuais. Daí a necessidade urgente de uma reforma total do código de processo penal, não se podendo conceber alterações pontuais.

Neste ponto temos que fazer um parênteses para uma citação literal, extraída do discurso (voto do relator), onde se lê:

"Afora isso, não podemos esquecer que o nosso Código Penal é de 1940 e o Código de Processo Penal é de 1941. Ao longo desses anos houve sensíveis mudanças na seara penal. A complexidade na investigação dos inquéritos policiais e as dificuldades na elucidação dos fatos são cada vez maiores. Passamos da microcriminalidade para a macrocriminalidade, onde, em muitos casos, a discrição nas investigações é vital para o esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, cabe mencionar os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76), praticados por organizações criminosas (Lei 9.034/95), delitos de 'lavagem de ativos provenientes de crime' (Lei 9.613/98), contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86) e contra a ordem tributária (Lei 8.137/90). Neste feito, aliás, há suspeitas da prática dos dois últimos ilícitos aludidos. Logo, não resta dúvida de que deve prevalecer o sigilo nas investigações, em obediência à regra da supremacia do interesse público sobre o privado (...)."

É interessante verificar como o discurso faz uma inversão lógica, para transformar o Código de Processo Penal de 1941 em algo *ineficiente*, legitimando com isso a "supremacia do interesse público sobre o privado".

Difícil, com certeza, convencer-nos do acerto de tal alquimia. Inicialmente, porque nosso Código de Processo Penal é de assumida inspiração fascista, basta

(13) "Lei, para que(m)?", *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*, p. 56 et seq.

(14) É complexa a problemática doutrinária acerca da existência de partes no processo penal. Não sendo o momento oportuno para enfrentá-la, limitamo-nos a esclarecer que, quando falamos em partes, estamos aludindo a um processo *penal* de partes, que trata o sujeito passivo não mais como um mero objeto.

(15) Ou cargas, expectativas e perspectivas, se adotarmos a Teoria do processo como situação jurídica, de James Goldschmidt.

ler sua Exposição de Motivos,[16] item II, para compreender o alcance do que estamos afirmando.

O verbo autoritário do Código de Processo Penal salta aos olhos. O discurso policialesco e de assumida inspiração fascista (Código de Rocco) do CPP – no mais puro estilo *law and order* diríamos hoje – é equivocado (o tempo demonstrou isso), e absolutamente incompatível com um Estado Democrático de Direito. O processo penal deve modernizar-se, mas noutra dimensão. A inserção de um pouco de tecnologia e cientificidade na fase pré-processual já seria um grande avanço. O que não podemos tolerar é o discurso fácil do endurecimento (simbólico e sedante) como solução.

Com relação à "supremacia do interesse público sobre o privado", recordemos que a discussão está numa dimensão muito superior ao clássico binômio *público/privado*, na medida em que estamos discutindo *garantias constitucionais* aplicáveis a um processo penal democrático. Ademais, contraditório e direito de defesa são decorrências do direito natural, consagrados pelas constituições democráticas e convenções internacionais como *garantias fundamentais* voltadas para a proteção do indivíduo contra os atos abusivos do Estado.

Nessa filtragem constitucional pela qual deve (tentar) passar o Código de Processo Penal, cumpre ao jurista identificar, no interior do sistema processual, normas e institutos que não encontram mais respaldo constitucional. São as chamadas invalidades substanciais, *que deve(ria)m ser expurgadas pela hermenêutica constitucional.*

O juiz assume (ou assim deveria) uma nova posição[17] no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional,

(16) "(...) impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, *um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.* Não se pode continuar a contemporizar com *pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.* O indivíduo, principalmente quando vem de se *mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade*, não pode invocar, em face do Estado, outras *franquias* ou *imunidades* além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público de fora da medida reclamada pelo *interesse social.* Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um *mal-avisado favorecimento legal aos criminosos.* O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um *mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco*, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal." (Grifamos.)

(17) SILVA FRANCO, Alberto. "O juiz e o modelo garantista". *Doutrina do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível no *site* do Instituto <www.ibccrim.com.br>. Acesso em mar. 1998.

consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).

Não há mais espaço para a mera subsunção à lei penal ou processual penal, nem para o velho *senso comum teórico dos juristas*.[18]

Recordemos a visão de Ferrajoli, de que todo e qualquer texto normativo só é válido – validade substancial – quando estiver de acordo com as normas e princípios (igualmente normas) constitucionais.

Dessarte, impõe-se uma postura mais corajosa por parte dos juízes e tribunais em matéria penal, cuja atuação deve ser pautada pela principiologia constitucional. É a consciência do julgador de que seu *poder* só está legitimado enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição.

Definido nosso paradigma (constitucional) de leitura, voltemos à análise do objeto em discussão: existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial?

3. Contraditório e direito de defesa no inquérito policial

Seguimos, assim, numa cruzada (herética?) pela constitucionalização do processo penal, defendendo a máxima eficácia do art. 5.º, LV, da Constituição. Dispõe o artigo em tela que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Logo, como explicamos em nossa obra *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*,[19] inafastável é a incidência do *contraditório e o direito de defesa* no inquérito policial.

(18) A expressão é de Warat (apud Streck) e bem retrata o conjunto de crenças e valores do discurso (manualístico) que impregnam nossos tribunais. Valores e conceitos são repetidos ao longo de anos sem maior questionamento ou reflexão por parte dos operadores jurídicos, retratando um perigosíssimo conformismo. Exemplo típico dessa postura repetidora do "saber comum" é constante invocação de que a "jurisprudência é pacífica", existem "reiteradas decisões de tal tribunal" etc. Como explica Lenio Luiz Streck (*Tribunal do Júri*, p. 51), "com esse tipo de procedimento, são ignorados o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. Afinal de contas, se a *jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...*, ou *a doutrina pacificamente entende que...*, o que resta fazer? Conseqüência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas marcadas. Ainda se acredita na ficção da *vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma*".

(19) Publicada pela Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro.

A postura do legislador constitucional foi claramente garantidora e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial.[20]

Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados* e não *indiciados* é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim *acusados em geral*, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger também ao indiciado.

No mesmo sentido, Lauria e Tucci e Cruz e Tucci[21] afirmam que "percebe-se, desde logo, sem mínimo esforço de raciocínio, que o nosso legislador constituinte pontuou, no primeiro dos incisos transcritos, a real diferença entre o conteúdo do processo civil, cuja já verificada finalidade é a compositiva de litígios, e o do processo penal, em que pessoa física, integrante da comunidade, é indiciada, acusada e até condenada pela prática de infração penal". Mais adiante, ainda referindo-se à proteção constitucional, apontam que "(...) de modo também induvidoso, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o *inquérito policial*".

É importante destacar que quando falamos em "contraditório" na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu *primeiro momento, da informação*. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não havendo o exercício de uma pretensão acusatória, não pode existir a resistência. Sem embargo, esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

Esclarecedoras são as palavras de Pellegrini Grinover[22] no sentido de que "defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório

(20) Até porque basta uma rápida leitura do Código de Processo Penal para verificar o mais completo confusionismo no emprego das expressões, *v.g.*, *processo* sumário, *processo* ordinário etc.

(21) *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, p. 25 et seq.

(22) Pellegrini Grinover et alii. *As nulidades no processo penal*, p. 63.

(visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório".

O direito de defesa é igualmente aplicável no inquérito policial, em que pese todo ranço do senso comum espelhado por grande parte dos manuais.

O direito de defesa é um *direito-réplica*,[23] que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de numerosa doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5.º, LV, da Constituição ao inquérito policial, argumentando que não existem "acusados" nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.

Ora, não é preciso maior capacidade de abstração para verificar que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada, constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Foi isso que o legislador constitucional quis dizer com "acusados em geral" (note-se bem, o texto constitucional não fala simplesmente em "acusados", o que daria abrigo a uma leitura mais formalista, mas sim "acusados em geral", o que sem dúvida é muito mais amplo e protecionista).

Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato – deve ser feita a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma "agressão" ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual. Essa resistência é o direito de defesa.

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados do moderno processo penal. Como ensina Guarnieri[24] "la defensa en el período instructório es indudable que presenta defectos, pero sus ventajas son mucho mayores y no sirven para obscurecerlas las objeciones de sus enemigos".

Gómez de La Serna[25] assinala que "ningún derecho es más natural, ninguno es más sagrado que el de la defensa". Como típico direito natural, o direito de defesa foi absorvido pelas modernas constituições democráticas e pelos principais tratados internacionais.

No plano dos Tratados Internacionais, destacamos que, por meio do Dec. 678/92, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto

(23) MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*, p. 105.

(24) *Las partes en el proceso penal*, p. 361.

(25) Apud Moreno Catena, op. cit., p. 23.

de San José de Costa Rica de 21.11.1969), de modo que suas disposições passaram a integrar o ordenamento jurídico interno nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição.

Determina o art. 7.4 da CADH que toda pessoa detida tem o direito a ser informada sobre as razões da detenção, da acusação ou acusações que existam contra ela. No art. 8.2 da CADH, estão enumeradas as garantias judiciais do indivíduo.[26]

Em suma, desde o paradigma constitucional e à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, é inafastável a incidência do contraditório e do direito de defesa na investigação preliminar.

No caso em epígrafe, ao negar o acesso do advogado aos autos do inquérito – tutelando o segredo interno – sacrificou-se o *direito à informação*. No momento em que é negada a informação (manifestação do contraditório), prejudicado está o direito de defesa dela decorrente.

Ou seja, numa penada, fulmina-se dois pilares básicos do devido processo penal: contraditório e direito de defesa.

4. Segredo interno *versus* defesa técnica

Os atos de investigação, levados a cabo na investigação preliminar, podem ser secretos, tanto do ponto de vista *interno* como *externo*, como aponta Leone,[27] conforme exista a proibição de difundir publicamente alguns determinados atos ou a sua totalidade ou, por outro lado, a proibição se dirige a algum ou alguns dos sujeitos processuais, impedindo-lhes de ter conhecimento de todos ou alguns dos atos da investigação preliminar.

O segredo externo é um importante instrumento para amenizar outro gravíssimo problema do processo penal: a publicidade abusiva, tão em moda no Brasil, com a imprensa montando bizarros espetáculos televisivos. Sem embargo, o tema que nos toca abordar aqui é outro, o segredo interno, que se concreta na proibição para alguns sujeitos processuais de tomar conhecimento de determinados atos da investigação preliminar.

(26) Entre elas, interessam ao inquérito policial: a) presunção de inocência; b) ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial; c) ser assistido por tradutor ou intérprete, se não compreende o idioma; d) ser comunicado, de forma prévia e pormenorizada, dos fatos que lhe são imputados; e) defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assistir-lhe; f) entrevistar-se livremente e de forma reservada com o seu defensor; g) ser defendido por um advogado do Estado (dativo) quando não tenha condições de constituir, ou ainda, caso não indique, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo; h) perguntar às testemunhas e também solicitar a declaração de outras testemunhas ou peritos que possam auxiliar na comprovação do fato; i) não declarar contra si mesmo, nem declarar-se culpado.

(27) *Tratado de derecho procesal penal*, vol. 2, p. 94.

É evidente que o segredo interno não alcança os órgãos do Estado, de modo que jamais a investigação preliminar poderá ser secreta para o juiz ou promotor, independentemente de quem seja o titular. Logo, o segredo interno atinge fundamentalmente o sujeito passivo.

Convém distinguir o segredo interno em *total* ou *parcial*. Será total quando proíba o acesso não só do sujeito processual, mas também do seu advogado (defensor), e parcial quando impede o acesso do primeiro (imputado ou vítima), mas não do segundo (advogado). O segredo interno total impede que tanto o sujeito como também seu procurador legal tenham contato e tomem conhecimento dos atos da investigação preliminar e do material recolhido pelo instrutor.

Por outro lado, o segredo interno parcial limita o acesso ou a presença do sujeito processual no local em que se está realizando o ato, mas permite a presença do advogado.

O tratamento dado pelo nosso código ao tema é medíocre. O art. 20 do CPP dispõe que a "autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade". Apenas isso. Não define:

– se o segredo é interno ou externo;

– se o segredo é total ou parcial e, neste caso, quem é alcançado;

– tampouco define o prazo de duração ou que atos alcança.

Não diz nada e ainda por cima é utilitarista. Usa o mofado e autoritário *discurso do interesse público*, recorrendo a uma cláusula genérica, de conteúdo indefinido, e que sempre esteve a serviço dos regimes mais opressores. Fica aqui o protesto para que na (próxima?) reforma[28] do Código de Processo Penal seja dado ao tema um tratamento mais adequado e menos utilitarista.

A decisão colacionada acaba por tutelar uma investigação preliminar totalmente secreta. Em linhas gerais, o fundamento básico é a maior eficácia da investigação e repressão dos delitos. A tese é antiguíssima, remontando ao "calor" da inquisição.

A doutrina que defende o segredo interno argumenta que a atuação da polícia, sem a presença ou intervenção do sujeito passivo, está justificada pela "presumida" legalidade da atuação policial ou imparcialidade[29] se a investigação

(28) Quando se fala em reforma do Código de Processo Penal, imprescindível é a leitura de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

(29) Sobre a esdrúxula argumentação de uma *parte imparcial*, remetemos o leitor à crítica de Carnelutti, especialmente nos trabalhos: "Poner en su puesto al Ministerio Público", *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 214 et seq. (também publicado na *Rivista di Diritto Processuale* 8/18 et seq., parte I, 1953) e na obra *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. 2, p. 99 et seq.

estiver a cargo do Ministério Público. Crê-se que a integridade, sensatez e a responsabilidade dos órgãos do Estado colocarão relevo à verdade dos fatos e darão sólidos fundamentos para a atuação da Justiça.[30] A base da argumentação está na atuação oficial imparcial e voltada exclusivamente para encontrar a verdade. A ausência de interesse em buscar culpados ou simular inocentes justifica a inércia do sujeito passivo, que só deve esperar surgir a verdade.

Também argumenta-se que o segredo é uma forma de *compensar a dianteira* ou vantagem que – presumidamente – o autor do delito possa ter tomado, de forma que o segredo interno serve para *equilibrar as forças*[31] entre o Estado e o delinqüente.

Na opinião de Manzini[32] (um fascista assumido, recordemos), o segredo interno está *racionalmente justificadíssimo* pela necessidade de indagar sem subministrar ao imputado notícias que possam oferecer-lhe um meio de desviar as averiguações, de procurar provas falsas, de preparar defesas artificiosas, de prevenir de qualquer forma a atuação do juiz etc.

Esses são os argumentos favoráveis ao segredo interno. Vejamos agora o contraponto.

Inicialmente, recordemos que o segredo interno foi um poderoso instrumento a serviço da inquisição, ao lado da tortura e outras barbáries, que pensamos estarem superadas. Na dialeticidade do processo configura um grave mecanismo de desigualdade entre os sujeitos na investigação preliminar, especialmente entre o Ministério Público e o sujeito passivo. A desigualdade estenderá seus efeitos, contaminando também a fase processual.

Argumenta-se que o segredo interno serve como instrumento para que o Estado possa "compensar a vantagem" que supostamente possa ter o autor do delito. Constitui, a nosso entender, um grave equívoco generalizar o tratamento e, principalmente, uma perigosa manipulação que busca a inversão lógica. Recordemos que o débil é o indivíduo submetido ao processo e não o Estado.

No que se refere ao segredo interno e total – alcançando também o defensor – é impossível deixar de traçar um paralelo com o medo da atuação do defensor. Não se teme o que o sujeito passivo possa por si só fazer, senão o que seu defensor possa lhe aconselhar.

É a desconfiança no defensor um grave elemento que acentua notoriamente a desigualdade entre as partes. A ausência do contraditório e a existência do segredo são excessivamente onerosos para o imputado.

A justificação do segredo interno é claramente utilitarista, na medida em que busca a maior eficiência da investigação preliminar desde o ponto de vista – exclusivo – do Estado-repressor. Sem dúvida uma leitura incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

(30) Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, vol. 1, p. 395.

(31) Como argumentou Alonso Martinez na Exposição de Motivos da lei espanhola.

(32) *Tratado de derecho procesal penal*, vol. 4, p. 185.

É um erro imaginar que a maior eficiência da investigação preliminar virá da não intervenção do sujeito passivo, pois se o que se busca é a *verdade*,[33] não há dúvidas de que ela brota do contraditório. Como aponta Vélez Mariconde,[34] o segredo interno da investigação preliminar complica e prolonga a investigação e o debate, muitas vezes inutilmente. A ausência de intervenção da defesa torna impossível o controle das discussões e possibilita os erros de interpretação ou omissões, que a presença do defensor haveria evitado. Frente a incerteza que emerge da ignorância do órgão encarregado da investigação, muitas provas são produzidas inutilmente, quando poderiam ter sido evitadas ao conhecer determinadas testemunhas ou outros elementos que dispõem a defesa. O segredo interno é sempre perigoso e, por seu caráter unilateral, cria um campo fértil para o autoritarismo sem limites, gerador de graves injustiças.

Tampouco é necessário justificar a afirmação de que o segredo interno, ao não atingir o órgão acusador (Ministério Público), configura uma importante quebra da igualdade processual e como tal deve ser rechaçado. A argumentação que sustenta a situação de desigualdade e clara vantagem para o Ministério Público busca amparo na natureza institucional da *parte imparcial*, que, como vimos anteriormente, é uma construção ilógica, como muito bem apontou Carnelutti.

Por outro lado, se as partes têm necessidade do juiz, ele tem necessidade das partes, daí que, como ensina Carnelutti,[35] a relação entre juiz e partes, da mesma forma que entre direito e processo, é circular. As partes não só *suportam* o processo, senão que também *obram* no processo, não *são julgadas* senão que *ajudam a julgar*. Tal realidade é perfeitamente adaptável à investigação preliminar, pois qualquer que seja o órgão encarregado da atividade (juiz instrutor, promotor investigador ou polícia) o que se busca é reconstruir o delito enquanto fato histórico e isso só pode brotar do contraditório, jamais da sua antítese, o segredo interno.

É incontroverso que, como regra geral, só os diretamente interessados são os melhor informados sobre a realidade dos fatos, que servem de fundamento da investigação, estando em disposição de prestar sua mais valiosa ajuda a comprovação da "pequena história do delito". Por isso, deve-se conceder-lhes não só a faculdade, mas também o direito de colaborar a tal fim.

Mesmo no sistema de investigação preliminar a cargo do juiz instrutor ou do Ministério Público, a suposta imparcialidade não diminui a gravidade e tampouco

(33) Obviamente que não estamos aludindo a "verdade real", frágil construção do sistema inquisitório, mas sim a um juízo de certeza jurídica (como muito poderia ser considerada como uma *verdade* formal), alto grau de probabilidade. Sobre o tema: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao *Verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito", *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*, p. 177 et seq.

(34) *Derecho procesal penal*, vol. 1, p. 401.

(35) *Derecho procesal civil y penal*, p. 63.

justifica o segredo interno. A imparcialidade do juiz está garantida pela sua posição suprapartes, o que na investigação preliminar cai por terra. Igual destino tem a suposta imparcialidade da parte acusadora. Como disse Carrara,[36] "o conceito filosófico de que uma só inteligência é capaz de dirigir o processo no sentido da acusação e da defesa, é um mito, uma ilusão". A imparcialidade do instrutor, seja juiz ou promotor, é uma ilusão, algo que se apresenta como imaginável, mas inviável na realidade, e tampouco serve como argumento paliativo da gravidade do segredo interno.[37]

No que se refere a investigação preliminar policial – como o nosso inquérito – muito mais grave pode ser o segredo interno, pois tal órgão nem mesmo em teoria pode ser considerado imparcial. O baixo grau cultural da polícia, a fragilidade a pressões externas, a corrupção e a dependência do Governo, fazem com que tal órgão seja o que exige ainda maior controle e fiscalização. E tais atividades – controle e fiscalização – só podem ser obtidos por meio da publicidade interna. A atividade policial deve estar sob controle, não só do promotor e do juiz (que na prática não o exercem), mas principalmente do defensor, inclusive porque obviamente se algum direito ou interesse vai ser atacado não será o do Estado – de perseguir e punir – mas sim o do imputado, de defender-se dos excessos da atividade policial, da injusta perseguição e para assegurar a sua intimidade e honra.

Feitas essas rápidas considerações sobre o segredo interno, enfrentemos a última questão proposta: segredo interno *versus* direito de defesa técnica.

No caso em questão, ao optar-se pelo segredo interno total, anulou-se a possibilidade de defesa técnica.

Ora, se a defesa técnica é um direito fundamental (enquanto espécie do gênero *ampla defesa*) para exercê-la com plenitude, o defensor deve atuar rodeado de uma série de garantias que lhe permitam uma completa independência e autonomia em relação ao juiz, promotor e a autoridade policial.

Neste sentido, a Constituição brasileira dispõe no art. 133 que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

(36) Apud: Vélez Mariconde, op. cit., p. 397.

(37) No plano teórico, propugna-se com muita razão por um critério misto (Aragoneses Alonso, *Instituciones de derecho procesal penal*, p. 224), em que, quando necessário, sejam secretas (planos externo e interno) as primeiras atuações nos delitos graves, de modo que a regra geral seja a publicidade e a exceção o segredo. É uma forma de encontrar um ponto intermediário. Principalmente nos delitos graves, podem surgir situações em que o segredo interno seja necessário no início das investigações, quando o Estado possui poucos elementos e informações e qualquer obstáculo pode comprometer totalmente a investigação preliminar. Cumpre destacar que, mesmo no sistema misto, uma vez decretado o segredo interno, este deve ser *estritamente limitado no tempo e no alcance dos atos, bem como reservado para situações excepcionais.* Jamais pode perdurar até o final da investigação, pois deve permitir o acesso da defesa antes de sua conclusão. Mas, para tanto, precisamos de uma clara definição legal, o que não é o caso do nosso Código de Processo Penal.

A regulamentação do dispositivo constitucional encontramos na Lei 8.906/94, que disciplina a atividade profissional do advogado. Entre outras importantes garantias, destacamos a contida no art. 7.º, XIV, que assegura ao advogado o direito de "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

Sequer é necessário invocar a tutela constitucional. Estamos diante de duas normas de mesma hierarquia (CPP e Lei 8.906) na qual vai predominar a *novatio legis* que tem aplicação imediata em matéria processual (princípio da imediatidade da norma processual). A nosso juízo, não existe uma dicotomia real, pois a Lei 8.906 acaba por suprimir a imensa lacuna deixada pelo art. 20 do CPP, que, como visto, é completamente omisso em relação ao alcance do segredo. Está claro que a nova lei regula o vazio normativo da anterior para assegurar que o advogado não será alcançado pelo segredo interno.

Procede, pois, a perplexidade de Adauto Suannes,[38] ao questionar:

"Se a Constituição considera a presença do advogado indispensável para que tenhamos um *fair trial*, para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despiciendo?"

Não há como aceitar-se o segredo interno. É patente que vedar o acesso do advogado aos autos do inquérito policial é – ademais de ilegal, por violar o disposto na Lei 8.906 – substancialmente inconstitucional, por negar a devida eficácia ao direito fundamental de defesa, que constitui a própria essência do devido processo penal.

5. Conclusão

O processo penal não é um mero instrumento a serviço do *jus puniendi* estatal, como apregoado pelo senso comum teórico. Primeiro porque o objeto do processo penal não é o tal *jus puniendi*[39] e, em segundo lugar, porque se opera a democratização e constitucionalização do processo. Como conseqüência, o fundamento da sua existência é a instrumentalidade garantista: o processo penal enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias constitucionais. Assim o é porque a Constituição necessariamente *constitui-a-ação do Estado*.

Incabível situar a discussão na seara do "predomínio do interesse público sobre o privado". Estamos diante de direitos fundamentais, que transcendem essa dimensão reducionista.

(38) *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, p. 317.

(39) Como explicamos no trabalho "(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt", publicado na *Revista de Estudos Criminais* 6 e também na *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim* 39.

Por qualquer ângulo que se veja a matéria, estamos convencidos de que o advogado não pode ser alcançado pelo segredo interno, devendo-lhe ser assegurada a prerrogativa de acesso aos autos do inquérito. Mais do que limitar o exercício de uma atividade profissional, o segredo interno fulmina o contraditório e o direito à defesa técnica.

A situação é ainda mais grave porque o inquérito policial integra os autos do processo (por isso defendemos a exclusão física),[40] contaminando o (in)consciente do julgador com atos de investigação (pois o inquérito não gera atos de prova) colhidos no segredo da inquisição. Essa contaminação faz com que o julgador valore na sentença os atos praticados em segredo, seja de forma inconsciente (pois os elementos estão no processo), seja de forma consciente.

Nesse último caso, é corrente a utilização da falaciosa fórmula de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito". Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou socorrer-me do que está no inquérito (cujo segredo também foi por mim determinado!), esse instrumento inquisitório, híbrido e mal formado que temos no Código de Processo Penal.

Isso sem falar no imenso *prejuízo* que decorre do *pré-juízo*, pois o sistema brasileiro considera a prevenção como causa de fixação (e não de exclusão) da competência. Um absurdo sistêmico há muito apontado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em diversas decisões.[41] Mas isso é assunto para outra oportunidade.

Em suma, não podemos concordar com o discurso apresentado. Pensamos que se é para ser legalista, sejamos, fazendo uma leitura constitucional do Código de Processo Penal; se for para ser positivista, ótimo, mas um positivismo de combate, buscando a máxima eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição e não o mofado *paleopositivismo*.

Einstein tinha razão:

"Que época triste essa nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo."

Bibliografia

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madri: Rubí, 1984.

———. *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madri: Edersa, 1997.

BETTIOL, Guiseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.

(40) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 193 et seq.

(41) *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 68 et seq.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Brasil: Conam, 1995.

———. *Derecho procesal civil y penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997.

———. "La equidad en el juicio penal (para la reforma de la corte de asises)". *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.

———. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. 4 tomos.

———. "Poner en su puesto al Ministerio Publico". *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.

CARVALHO, Amilton Bueno. "Lei, para que(m)?". *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

———. "Glosas ao *Verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito". *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

———. *Derecho y razón – Teoria del garantismo penal*. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material*. Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959.

———. *Derecho procesal civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

———. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia – Dikelogía*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

———. "La imparcialidad como principio básico del proceso". *Revista de Derecho Procesal* 2, Madri, 1950.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1981.

———. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. t. 3.

LOPES JR., Aury. "A instrumentalidade garantista do processo penal". *Revista Ibero Americana de Ciências Penais* 2/11-33, Porto Alegre, 2001. Também disponível na *Revista Ajuris* – Palestras/Cursos de Atualização para Magistrados 1-1, Porto Alegre, 2001 e na *Revista Ajuris* 76, Porto Alegre, 2000.

———. "(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt". *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim* 39, São Paulo, 2002.

———. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951. 5 tomos.

MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*. Madri: Civitas, 1982.

SILVA FRANCO, Alberto. "O juiz e o modelo garantista". *Doutrina do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível no *site* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais <www.Ibccrim.com.br>. Capturado em mar. 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

———. *Tribunal do Júri – símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1969. 2 tomos.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

8.1.3

REGIME FECHADO OBRIGATÓRIO PARA ROUBADORES E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

ROBERTO SOARES GARCIA

PENA. Regime prisional. Fixação de regime fechado baseado, exclusivamente, na gravidade do delito, genericamente considerada. Inadmissibilidade, se não se tratar de crime hediondo. Necessidade da existência de motivos concretos a ensejarem um regime mais rigoroso.

Ementa da Redação: Não se pode fixar um regime prisional mais rigoroso com base, exclusivamente, na gravidade do delito genericamente considerada, se não se tratar de crime hediondo, sendo necessária a existência de motivos concretos a ensejarem um regime mais severo, eis que a gravidade do crime, por si só, já foi analisada pelo legislador quando cominou as penas em abstrato para cada tipo penal.

HC 19.644-SP – 5.ª T. – j. 07.05.2002 – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – *DJU* 17.06.2002.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os ministros da 5.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para, mantida a condenação, restabelecer o regime prisional semi-aberto, tal qual determinado na sentença de 1.º grau. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o senhor ministro relator.

Brasília-DF, 7 de maio de 2002 – FELIX FISCHER, presidente – JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. José Arnaldo da Fonseca*: Trata-se de *habeas corpus* originário impetrado em prol de João Roberto dos Santos, apontando como autoridade coatora a 8.ª Câm. do TACrimSP, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar o ora paciente a cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão no art. 157, § 2.º, I e II, do CP, estabelecendo o regime fechado para a pena corporal.

Sustenta o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por ter a Corte Estadual, em grau de apelação, reformado a sentença condenatória para fixar regime prisional mais gravoso do que aquele a que o condenado teria direito, ante a primariedade e a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, que ensejaram inclusive a fixação da pena-base no mínimo legal. Alega, ainda, que o regime fechado foi imposto apenas em razão da gravidade do crime, sendo nulo, no ponto, o acórdão ora impugnado.

Informações da Corte impetrada às f.

Ouvido, o Ministério Público Federal pronunciou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. José Arnaldo da Fonseca* (relator): Como patenteado no relatório, o presente *writ* tem o objetivo exclusivo de cassar o acórdão, na parte relativa à determinação do regime prisional inicialmente fechado para que seja resta-

belecido o regime semi-aberto fixado na sentença de 1.º grau. Aduz o impetrante que o regime fechado foi imposto sem a devida fundamentação, com base unicamente na gravidade do delito.

Vejamos o que disse a MMa. magistrada sentenciante no momento da fixação da pena-base e da imposição do regime prisional semi-aberto, respectivamente, *verbis* (f.):

"João Roberto é primário e não registra contra si maus antecedentes. As demais circunstâncias elencadas no art. 59 do CP lhe são amplamente favoráveis e nada há que justifique a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Fixo a pena em quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, no valor unitário de 1/30 do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos.

(...)

O regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade será o semi-aberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2.º, *b*, e § 3.º, todos do CP e levando-se em consideração a gravidade do delito."

Como se pode notar, o MM. juiz sentenciante reconheceu que as condições pessoais estabelecidas no art. 59 do CP são favoráveis ao paciente. Tanto é assim que, fundamentadamente, fixou para o cumprimento da reprimenda o regime *semi-aberto*, por entender que tal regime era suficiente e adequado à prevenção e reprovação do delito cometido.

Já o Colegiado de 2.º grau reformou a sentença condenatória, para impor o regime fechado para o início do cumprimento da pena sem fazer qualquer referência *concreta* às circunstancias judiciais do art. 59 do estatuto repressivo, ou seja, não considerou para tal agravamento as peculiaridades da pessoa do réu ou de sua conduta, malferindo, com isso, o princípio da individualização da pena. Observe-se que o regime fechado foi imposto com base unicamente em considerações *genéricas* sobre ser o crime de roubo delito grave, como se infere da leitura do seguinte trecho do acórdão (f.):

"Não se elegeu – ainda a meu ver e sempre com o devido respeito aos que assim não entendem – o regime adequado para a pena corporal, que deve ser o fechado.

Não se pode desconhecer que a gravidade do crime de roubo, especialmente quando praticado à mão armada, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade de seu agente, que nem pode ser desconsiderada na fixação do regime inicial da pena corporal, que não guarda relação de dependência com sua quantidade.

Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o fechado, é desatender-se as finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime."

Como se vê, da simples leitura do acórdão constata-se de plano a sua deficiente fundamentação no concernente à imposição do regime inicial de cumprimento da pena. O fundamento utilizado pelo Colegiado Estadual é por demais insuficiente para se impor um regime prisional mais gravoso do que aquele permitido pelo *quantum* de pena aplicada (cinco anos e sete meses de reclusão). Com efeito, sendo certo que a pena imposta não excede a oito anos, caberia, em tese, regime mais favorável do que aquele imposto em 2.º grau, qual seja, o semi-aberto (que inclusive foi o fixado na sentença de 1.º grau), a teor do art. 33, § 2.º, *b*, do CP, c/c o § 3.º nele inserido, que remete às circunstâncias judiciais do art. 59, também do CP.

É importante deixar claro que o juiz pode impor regime mais severo do que aquele em tese cabível. Mas, para tanto, precisa apresentar, com base nos parâmetros legais aplicáveis à espécie, os motivos concretos que o levaram a esta conclusão.

Nessa linha de raciocínio, a gravidade do delito, *por si* só, não pode servir de jus-

tificativa para a imposição de regime mais grave, salvo se o crime é legalmente qualificado como hediondo. Note-se que a gravidade do crime já foi analisada pelo legislador quando cominou as penas em abstrato para cada tipo penal. Logo, se a gravidade do delito não justificou a exacerbação da pena-base – que, *in casu*, repitase, foi fixada no mínimo legal – não pode servir de causa para colocar o condenado em regime prisional mais severo do que aquele ao qual faria jus pelo *quantum* de pena aplicado. Nesse sentido é, a jurisprudência de ambas as Turmas do STF, como se vê a seguir:

"Ementa. *Habeas corpus*.

– O fundamento da gravidade do delito em abstrato não é idôneo – salvo se ele é legalmente qualificado como hediondo – para motivar a imposição de regime inicial fechado, se a pena concreta não excede oito anos.

– *Habeas corpus* deferido em parte." (MC 73.532-1-SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 09.08.1996, p. 27.101.)

"Ementa: Competência. *Habeas corpus*. Ato de Tribunal de Alçada Criminal.

(...)

Pena. Cumprimento. Regime. Fixação. Gravidade do crime. A gravidade do crime não é suficiente, por si só, a conduzir à imposição de regime mais drástico. Em se tratando de pena não superior a oito anos, dá-se a fixação do regime consideradas as alíneas *b* e *c* do art. 33 do CP, bem como a regra do § 3.º nele inserido, no que remete às circunstâncias judiciais. Precedentes: 1.ª T., *Habeas Corpus* 73.532-SP, 70.784-RJ e 72.937-SP, relatados pelos Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, com acórdãos veiculados no *Diário Oficial da Justiça* de 09.08.1996, 16.09.1994, e 01.12.1995, respectivamente: 2.ª T., HC 75.379-SP, por mim relatado e julgado em 02.12.1997." (HC 75.503-8-SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 17.04.1998.)

"A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita, fundamentadamente, com estrita observância dos critérios previstos no art. 59 do CP. A imposição de regime penal mais gravoso, desacompanhada de adequada e suficiente justificação, autoriza a invalidação, nesse ponto específico, da decisão condenatória. Precedentes." (STF, HC 75.119-GO, 1.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 06.03.1998.)

Esta Corte segue a mesma orientação, conforme se depreende das seguintes ementas:

"*Habeas corpus*. Regime carcerário fechado. Início. Necessidade de motivação, se o crime não é legalmente apostrofado com a qualificação de hediondo.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade.

A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave.

Ordem concedida." (HC 12.345-SP, rel. Min. José Arnaldo, *DJ* 22.05.2000.)

"Recurso em *habeas corpus*. Regime carcerário fechado. Início. Necessidade de motivação, se o crime não é legalmente apostrofado com a qualificação de hediondo.

Não se tratando de crimes hediondos, sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade.

A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição regime mais grave.

Recurso conhecido em parte e nessa parte provido." (RHC 9.467-SP, rel. Min. José Arnaldo, *DJ* 20.03.2000.)

"Processual penal. *Habeas corpus*. Execução. Regime prisional mais gravoso impropriamente fundamentado na gravidade

do crime. Condenado não-reincidente e sem maus antecedentes. Direito ao regime semi-aberto. Ordem concedida.

I. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, tendo em vista a quantidade de pena imposta, eis que reconhecida a ausência de reincidência e maus antecedentes na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime mais gravoso com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

II. Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via *habeas corpus*.

III. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena." (HC 10.057-SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 08.11.1999, p. 84.)

"Processual penal. Recurso ordinário de *habeas corpus*. Regime inicial. Escolha. Fundamentação.

I – O regime inicial deve ser escolhido, de forma fundamentada, com supedâneo no art. 33 e parágrafos do CP, com destaque para o § 3.º do referido dispositivo legal, sendo secundárias considerações outras.

II – O réu sentenciado com direito ao regime semi-aberto não pode permanecer em regime fechado.

Recurso provido." (RHC 8.080-RJ, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 22.02.1999.)

Evidente, pois, o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

Ante o exposto, concedo a ordem para, mantida a condenação, restabelecer o regime prisional semi-aberto, tal qual determinado na sentença de 1.º grau.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – Certifico que a E. 5.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, na Sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para, mantida a condenação, restabelecer o regime prisional semi-aberto, tal qual determinado na sentença de 1.º grau.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o senhor ministro relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de maio de 2002.

COMENTÁRIOS

A cada sessão de julgamento, nos mais diversos Tribunais do país, decisões são mantidas, ou modificadas, no exercício legítimo do duplo grau de jurisdição, com fundamento na liberdade de consciência dos julgadores e no Direito. Nada há de extraordinário, portanto, no fato de determinada decisão ser revista em razão do órgão jurisdicional *ad quem* ter entendimento diferente do exposado pela corte *a quo*.

Assim, em tese, nada haveria de incomum no fato de o STJ, no julgado sob comento, apreciando acórdão de uma das Câmaras do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ter-lhe alterado o conteúdo, impondo o início de cumprimento de pena privativa de liberdade, aplicada no mínimo legal previsto para o crime de roubo qualificado, em regime semi-aberto, quando o Tribunal recorrido havia estipulado como regime para o início de cumprimento da pena o fechado.

Ocorre que a decisão reformada foi fundamentada em orientação segundo a qual "o roubo é crime violento que intranqüiliza a sociedade de maneira geral, sendo certo que a fixação do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena é de rigor" (TACrimSP, RevCrim 322176/3, 1.º Grupo, rel. Juiz

José Urbano, v.u., j. 06.08.1998), sendo este o entendimento predominante, no E. TACrimSP, no 1.º Grupo de Câmaras, que, como se sabe, é formado pelas 1.ª e 2.ª Câmaras (cf., por exemplo, julgado acima mencionado), e no 8.º Grupo, formado pelas 15.ª e 16.ª Câmaras (cf. RevCrim 364.304/9), nas 7.ª, 8.ª, 9.ª e 14.ª Câmaras daquele Sodalício (cf., respectivamente, Apelações 1.231.929/6, 1.250.829/9, 1.146.695/9 e 1.177.319/4), além da 12.ª Câmara (cf. HC 410706/8).

Tal entendimento contraria, evidentemente, o disposto no § 2.º do art. 33 do CP, conforme foi bem demonstrado pelo julgado comentado, posto que, em tese, em razão das penas cominadas ao roubo simples e ao roubo qualificado, há sim a possibilidade de se estabelecer, para o condenado por infração ao art. 157 do CP, o regime aberto ou o semi-aberto, conforme o caso.

Não se está a dizer, como é óbvio, que é defeso ao juiz impor regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o indicado no § 2.º do art. 33 do CP, tendo-se em conta os termos do disposto no § 3.º do mencionado artigo, quando as circunstâncias específicas do caso assim o exigirem, o que deve ser explicitado convenientemente na decisão, conforme também destacou o ministro relator, em seu brilhante voto.

Esse, inclusive, é entendimento pacificado nas duas Turmas do STJ que julgam matéria criminal (cf. HC 19.245-SP, 5.ª T., j. 23.04.2002; HC 24085-SP, 5.ª T., j. 03.12.2002; REsp 302.394-SP, 5.ª T., j. 15.08.2002; HC 19850-SP, 6.ª T., j. 28.05.2002; HC 22120-SP, 6.ª T., j. 12.11.2002; HC 14032-SP, 6.ª T., j. 24.10.2002), que teve como paradigma decisões das duas Turmas do STF (cf., *v.g.*, HC 75.119-GO, rel. Min. Celso de Mello; MC 73.532-1-SP, rel. Min. Moreira Alves; e HC 75.503-8-SP, rel. Min. Marco Aurélio).

O que causa espécie é que parte significativa do E. Tribunal paulista institua norma geral e abstrata, cuja cogência é notada pela imperatividade de seus termos, em que se afastaria dos condenados por crime de roubo, não importando as circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP, a possibilidade de iniciar o cumprimento de sua pena nos termos das letras *b* ou *c*, do § 2.º do art. 33 (regimes semi-aberto e aberto), já que, ao fazê-lo, mais do que negar vigência ao disposto em lei federal, ofende a tripartição de funções do Estado, entre nós consagrada no art. 2.º da Carta de 1988, que dispõe serem os "Poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

É que, como já se disse, é conhecida a orientação de parte significativa das Câmaras do E. TACrimSP no sentido de que o único regime de cumprimento de pena admissível para os condenados por roubo é o fechado, não importando se a pena foi aplicada no mínimo legal, diante do reconhecimento de que as circunstâncias do art. 59 do CP eram favoráveis ao acusado.

Ora, tal entendimento extrapola os limites de mera exegese, pois não manifesta posicionamento sobre dispositivos jurídicos, analisando-os e, caso a caso, conferindo-lhes, ou não, eficácia, mas deliberadamente "revoga" o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 33 do CP, que não seriam mais aplicáveis diante da gravidade do delito e de uma aventada periculosidade presumida dos rapinadores.

Essa orientação expõe discordância de parte significativa de alguns dos mais cultos julgadores estaduais com o disposto na lei penal, que admite, em regra, o regime aberto para o cumprimento de pena imposta no mínimo legal ao roubador que infringiu a cabeça do art. 157, nos termos da letra *c* do § 2.º do art. 33 do CP, ou o regime semi-aberto, *ex vi* do disposto na letra *b* do dispositivo mencionado, para o condenado que tenha praticado o roubo qualificado, a quem tenha sido imposta pena no patamar mais baixo previsto.

Não é demais lembrar que o Min. Mário Guimarães ensinava que "deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador" (*O juiz e a função jurisdicional*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 330).

Tendo-se a lição do Min. Mário Guimarães em mente, vejamos o que se chegou a afirmar sobre o ponto debatido: "Conceder regime aberto (e até mesmo o intermediário) a autor de roubo não significa apenas abrir uma porta para a impunidade, mas, em verdade, rasgar a via larga da reincidência. Provam-no as alarmantes estatísticas sobre fugas dos institutos penais agrícolas e sobre a execução de crimes por supostos reclusos em tal sistema. Em poucas palavras: regime outro que não o fechado para assaltante é crime de lesa-sociedade. Regime aberto para rapinante tem o odor, o sabor e a cor de escandalosa impunidade" (trecho do voto do relator, Juiz Corrêa de Moraes, na Ap 1.280.535/0, j. 22.11.2001, 7.ª Câm. do TACrimSP).

Não é possível minimizar a importância da afirmação: os ministros do STF e os ministros do STJ, nos julgados acima mencionados, teriam praticado "crime de lesa-sociedade"? Para o entendimento exposto acima, seria o cumprimento da Constituição e do Código Penal, consoante assentado pelos Tribunais Superiores, atitude criminosa, "com odor, sabor e a cor de escandalosa impunidade"? Ficam as perguntas para oportunas respostas...

E a desconformidade do referido entendimento com a legislação vigente é tamanha, que, certa feita, a C. 7.ª Câm. do E. TACrimSP, depois de firmar certeza de autoria e reconhecer a prova da materialidade do crime, acabou por dar provimento a recurso defensivo, absolvendo acusado de roubo simples, porque o regime inicial de cumprimento de pena aplicado pela sentença fora o aberto, considerado pelos julgadores insuficiente para punir o crime em tela, o que levou a Turma ao resultado absolutório, pois pena insuficiente seria uma "não-pena" (Ap 1.244.151-0, rel. Juiz Souza Nery, j. 07.06.2001)!

Sim, é verdade. Subjacente, nota-se um recado, talvez dirigido aos magistrados de 1.ª instância: não fixem regime de início de cumprimento de pena, em caso de roubo, diferente do fechado, porque, se o fizerem, essa Câmara soltará assaltantes, e a responsabilidade por isso caberá a vocês... E a lei? Ora, a lei fica afastada, pois com ela não concorda a C. Turma Julgadora, que faz valer o seu entendimento, em detrimento do que o Poder Legislativo dispusera, olvidando que, como disse Vieira, "percam-se os frutos da árvore da vida, que são a mais preciosa coisa que Deus criou: percam-se as mesmas vidas, e não se recupere a

imortalidade: morra e sepulte-se o mundo todo; mas a Lei não se quebre, nem se dispense" (*Sermão da terceira quarta-feira da Quaresma*, cap. V).

Trate-se a questão como ela é: ao afirmar que "o roubo é crime violento que intranqüiliza a sociedade de maneira geral, sendo certo que a fixação do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena é de rigor", parcela considerável do E. TACrimSP "legisla", criando norma abstrata, genérica, que contraria o disposto em lei federal.

Portanto, ao dispensar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, do CP, por entender-lhes insuficientes para punir roubadores, a orientação existente em parte das Câmaras do TACrimSP viola também o disposto no art. 2.º da CF. Dizia, inclusive, Thomas Jefferson que "a concentração destes poderes nos mesmos meios é, precisamente, a definição de governo despótico" (apud Pinto Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1, p. 38).

Mas, afinal, qual seria a importância de se ressaltar a violação de norma constitucional, quando bastou o reconhecimento de violação de lei federal para alterar a decisão atacada?

É que, como se sabe, os "frequentadores" da Justiça Criminal, que sofrem a acusação de roubo e em razão dela são condenados a pena a ser cumprida inicialmente em regime fechado, quando poderiam estar em regime menos gravoso, são, no mais das vezes, exatamente os que menos têm recursos para a contratação de advogados. Sua defesa, então, é patrocinada, ao menos no Estado de São Paulo, em maioria, pela Procuradoria de Assistência Judiciária, que, malgrado o talento e esforço de seus membros, não dá conta do imenso volume de trabalho que se lhe apresenta. E deste acúmulo de serviço invencível na PAJ e de algum desinteresse por parte de defensores menos cuidadosos e dos silentes fiscais da lei, acaba prevalecendo o entendimento inconstitucional e ilegal antes mencionado, pois incontáveis casos deixam de ser levados à apreciação do STJ e/ou do STF.

Apenas para se exemplificar essa situação, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), organização não governamental que visa à promoção e defesa da defesa criminal, atuando especialmente em favor daqueles que não possuem condição de contratar advogado para patrocinar seus interesses jurídicos, por seus advogados membros, impetrou, perante o STJ, no ano de 2002, sete pedidos de *habeas corpus* contra decisões proferidas por C. Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal, discutindo exatamente a questão da imposição sistemática e sem fundamentação específica de regime fechado a condenados por roubo, tendo obtido sete ordens concedidas (cf. HC 23.064-SP, 5.ª T., j. 05.09.2002; HC 22390-SP, 5.ª T., j. 19.09.2002; HC 21.195-SP, 5.ª T., j. 17.09.2002; HC 20.848-SP, 5.ª T., j. 06.08.2002; HC 23.064-SP, 5.ª T., j. 05.09.2002; HC 20.934-SP, 6.ª T., j. 15.08.2002; HC 21.911-SP, 6.ª T., j. 05.09.2002; HC 20.042-SP, 6.ª T., j. 17.12.2002). É, à toda evidência, expressiva a marca de 100% de êxito, o que nada mais demonstra além da candência da violação aos direitos dos pacientes naqueles feitos.

Diante dessa constatação, é razoável afirmar que existe, atualmente, no Estado de São Paulo, um número respeitável de pessoas que se encontram presas

em regime fechado, condenadas pela prática de roubo simples ou de roubo qualificado, quando o regime que lhes deveria ter sido imposto seria o aberto ou o semi-aberto, somente porque seus casos deixaram de ser levados a Tribunais Superiores, transitando em julgado ainda nos cartórios do E. Tribunal de Alçada Criminal bandeirante.

A gravidade da situação mostra-se evidente, até porque é desnecessário deitar falação sobre a desgraçada situação do sistema carcerário, que acaba ainda mais atulhado por cidadãos que, segundo a ordem jurídica vigente, não deveriam estar cumprindo pena em regime fechado.

Todavia, diante da independência e da liberdade de consciência daqueles que julgam desejável em qualquer democracia, sem que se lhes possa pôr amarras de qualquer espécie sob pena de incidir em grave erro, nada mais resta senão destacar a candente inconstitucionalidade da orientação predominante em parte significativa do TACrimSP, que vergasta o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, do CP, bem como desrespeita a separação de Poderes.

Por isso, a crítica que se faz ao julgado que ora se comenta é no sentido de que, tendo-se em conta que a orientação exposta na decisão recorrida fere a Constituição e a lei federal, representando entendimento pisado e repisado de parcela importante do Tribunal *a quo*, a Corte Superior poderia ter afirmado, além do desrespeito aos dispositivos do Código Penal, a violação à separação das funções do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 2.º de nossa Carta Política, buscando com isso alertar os operadores do Direito, inclusive aqueles julgadores que ainda não tenham atentado para este aspecto, para a insustentabilidade da tese segundo a qual o único regime de pena admissível para o condenado por crime de roubo é o fechado.

Poderia ser inócuo, mas a constitucionalização da discussão poderia chamar luzes para a questão, que merece os cuidados, despidos de preconceitos, de advogados, procuradores, magistrados e membros do *Parquet*. O que se pretende, afinal, é que cale fundo pensamento exposto no próprio E. TACrimSP pelo Juiz Marco Nahum, acompanhado por seus pares, segundo o qual "a mais importante missão do juiz criminal é resguardar os direitos fundamentais do cidadão frente ao poder do Estado" (HC 362.090/6-SP, 4.ª Câm., j. 30.05.2000).