ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

42



Ano 11 • janeiro-março de 2003

"Revista Especial"

8.º Seminário Internacional

1.º Fórum Latino-Americano de Política Criminal

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. 42 • janeiro-março 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
Coordenador de Revistas: LUIZ EDUARDO ALVES DE SIQUEIRA

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

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

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16
Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais* tem orgulho de apresentar ao público este número especial, inteiramente dedicado a dois significativos eventos promovidos pelo IBCCRIM em 2002: o Primeiro Fórum Latino-Americano de Política Criminal, realizado em Ribeirão Preto, e o 8.º Seminário Internacional do IBCCRIM, realizado em São Paulo. Duas fontes de idéias e indagações novas, abertas à discussão com o público.

Trata-se de antiga reivindicação dos participantes dos tradicionais Seminários Internacionais e um novo marco da Revista. No primeiro trimestre de cada ano, a partir deste, um número especial conterá artigos sobre temas debatidos em seminários, fóruns ou congressos, podendo ainda reunir trabalhos temáticos inéditos. Isto sem prejuízo da Revista tradicionalmente editada há dez anos, acontecimento sem paralelo nas Ciências Criminais e que constitui mais um motivo de júbilo para o IBCCRIM.

A Revista torna-se, a partir de agora, trilingue, dando início a publicações também no idioma italiano, para não deixar inéditos os textos escritos por Luigi Ferrajoli e Sérgio Moccia, trazidos ao 8.º Seminário Internacional, e os de outros autores, com cuja participação o IBCCRIM confia contar nos próximos eventos.

Espera-se que a leitura deste número especial da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* proporcione subsídios para a reflexão de temas atuais, que a todos preocupam, tais como a clonagem e a dignidade humana; a criminalidade e a globalização; a administração da Justiça no terceiro milênio; o sistema de política criminal transnacional; o crime organizado e as novas manifestações da criminalidade. E não se pode esquecer da necessidade de serem discutidas novas políticas de acesso à Justiça e de redução da violência; de serem respeitados os direitos do preso, em um Estado Social e Democrático de Direito.

Estas são algumas das inúmeras questões discutidas no IBCCRIM no decorrer do ano de 2002, que abrangem o direito e o processo penal, a criminologia e a sociologia, e que agora a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* se regozija em compartilhar com os leitores.

Uma última palavra merece ser dita: este número especial não teria sido possível sem o apoio de todos os seus colaboradores, nacionais e estrangeiros, e da Editora Revista dos Tribunais, a qual mais uma vez contribui para a concretização de um sonho: A *Revista Brasileira de Ciências Criminais* agora chega ao público em cinco números anuais.

Boa leitura!

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 La administración de justicia en el tercer milenio – ANA MARIA MESSUTI DE ZABALA 11

1.2 A apertada corda entre o terrorismo e os direitos humanos – DIMITRIS CHRISTOPOULOS 19

1.3 La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal – FERNANDO TENORIO TAGLE 26

1.4 Clonación, dignidad humana y Constitución – FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ 37

1.5 Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana – JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA 66

1.6 Criminalità e globalizzazione – LUIGI FERRAJOLI 79

1.7 Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica – MARIA JOÃO ANTUNES 90

1.8 Controle do crime no século XXI – Analisando uma nova realidade – RENÉ VAN SWAANINGEN 103

1.9 La teoría del delito – SANTIAGO MIR PUIG 121

1.10 'Legalità' e 'flessibilità' dell' intervento penale – SÉRGIO MOCCIA ... 133

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Aspectos penais das licitações e contratos administrativos – CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO 149

2.2 *Habeas corpus* em segunda instância – FELIPE AMODEO, ROGÉRIO MARCOLINI e RAFAEL TUCHERMAN 155

2.3 Histórico da criminalidade econômica – JOYCE ROYSEN 192

2.4 Crime organizado – JUAREZ CIRINO DOS SANTOS 214

2.5 Mídia, violência e sistema penal – LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO 225

2.6 Direito penal tradicional *versus* "moderno e atual" direito penal – LUIZ FLÁVIO GOMES 236

2.7 Mídia e sistema penal no capitalismo tardio – NILO BATISTA 242

2.8 Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal – RENÉ ARIEL DOTTI 264

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas – EDUARDO REALE FERRARI 281

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Alguns movimentos político-criminais da atualidade – ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES e SHEILA JORGE SELIM DE SALES 295

4.2 La sombra de el padrino (concepto criminológico del delito organizado) – LOLITA ANIYAR DE CASTRO 307

5. SOCIOLOGIA JURÍDICA

5.1 Control social en América Latina – AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL 317

5.2 O problema dos homicídios em Belo Horizonte – CLÁUDIO C. BEATO FILHO 345

5.3 Políticas de acesso à justiça podem reduzir a violência? – JACQUELINE SINHORETTO 351

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 361

COLABORADORES

ANA MARIA MESSUTI DE ZABALA

Advogada pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade de Roma. Funcionária das Nações Unidas em Viena. Professora Colaboradora do Instituto Vasco de Criminologia.

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL

Doutor em Ciência Política e Sociais pela Universidade Autônoma do México. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma. Coordenador da Pós-Graduação em Direito da UNAM. Pesquisador Nacional – Nível 1 – Sistema Nacional de Pesquisadores da Secretaria de Educação Pública do México.

CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO

Docteus d'Etat em direito Público pela França. Mestre em Direito do Desenvolvimento (França). Diversos outros cursos no Exterior. Professor Titular da Universidade de Brasília. Advogado em Brasília, com atuação nos Tribunais Superiores.

CLÁUDIO C. BEATO FILHO

Coordenador do CRISP – Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Departamentos de Sociologia e Antropologia e do programa de Doutorado em Sociologia Política da Universidade Federal de Minas Gerais.

DIMITRIS CHRISTOPOULOS

Doutor em direito pela Universidade de Amiens – França. Ex-funcionário da Comissão da União Européia (Bruxelas) e do Conselho da Europa (Strasburgo). "Ex-oficial de Direitos Humanos" da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa na Bósnia. Professor de Direito Público da Universidade de Aristóteles de Thessaloniki – Grécia. Diretor de Departamento na Defensoria do Povo (Grécia). Autoridade administrativa independente.

EDUARDO REALE FERRARI

Professor Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado Criminalista.

FELIPE AMODEO

Advogado Criminalista.

FERNANDO TENORIO TAGLE

Mestre em Criminologia. Doutor em Pesquisa pelo Instituto Nacional de Ciências Penais. Professor de Ciências Penais e Criminologia da UAM. Coordenador de Pesquisa em Direito e Controle Social. Diretor Científico do Comitê Mexicano.

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Catedrática de Teoria do Direito e Filosofia do Direito. Decana da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Barcelona – Espanha.

JACQUELINE SINHORETTO

Coordenadora de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Doutoranda e Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Professora da Fundação Armando Álvares Penteado.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Educação à Distância, de Madri – Espanha. Diplomado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma – Itália. Professor Associado de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Antofogasta-Chile.

JOYCE ROYSEN

Advogada Criminalista.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Advogado. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Visitante do Mestrado em Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

Chefe de Área de Investigações Comparadas do Instituto de Criminologia "Lolita Aniyar de Castro da Universidade de Zulia, Maracaibo – Venezuela". Diretora-Fundadora da Revista "Capítulo Criminológico". Membro da Comissão Científica do Conselho de Direção e Vice-Presidente da Sociedade Internacional de Criminologia. Diplomata da Venezuela junto a UNESCO – Paris.

LUIGI FERRAJOLI

Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino – Itália. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Buenos Aires – Argentina.

LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO

Advogado. Presidente da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. Articulista e Consultor da Folha de São Paulo.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Diretor-Presidente do IELF – Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes.

MARIA JOÃO ANTUNES

Licenciada em Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

NILO BATISTA

Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

RAFAEL TUCHERMAN

Advogado Criminalista.

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná. Membro das Comissões de Reforma do sistema Criminal Brasileiro e do Conselho Consultivo do IBCCrim.

RENÉ VAN SWAANINGEN

Professor de criminologia na Universidad Erasmus de Rotterdam – Holanda e diretor acadêmico da disciplina de criminologia das Universidades de Amsterdam (VU), Leiden y Rotterdam. Pós-graduação em criminologia na Universidade Libre de Amsterdam (VU) em 1985 com tese sobre As relações de poder e controle social. Doutorado em criminologia pela Universidade Erasmus de Rotterdam.

ROGÉRIO MARCOLINI

Advogado Criminalista.

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Direito Penal. Diretor do Departamento de Direito Penal e Ciências Penais da Universidade Autônoma de Barcelona – Espanha.

SÉRGIO MOCCIA

Professor de Direito Penal na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Nápoles – Itália.

SHEILA JORGE SELIM DE SALES

Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

n. 43 • abril-junho • 2003

• **Novos e velhos desafios para as políticas de segurança pública no Brasil**

Fernando Salla

• **El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel**

Hans Joachim Hirsch

• **Anti-semitismo é racismo**

Miguel Reale Júnior

• **Derecho penal económico – Concepto y bien jurídico**

Raúl Cervini

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL TERCER MILENIO

ANA MARIA MESSUTI DE ZABALA*

Resumen: Se interroga sobre la continuación de la actividad de administración de justicia, señalándose la necesidad, en este comienzo de milenio, de una interrogación responsable sobre la actividad misma y no solamente sobre la forma en que la realizamos. El pensamiento post-moderno indica el peligro que encierran las grandes palabras, como la "justicia". Se interroga sobre la continuación de la actividad de administración de justicia, señalándose la necesidad, en este comienzo de milenio, de una interrogación responsable sobre la actividad misma y no solamente sobre la forma en que la realizamos. El pensamiento post-moderno indica el peligro que encierran las grandes palabras, como la "justicia".

Palabras-clave: Continuidad – Responsabilidad primaria y responsabilidad secundaria – Pirámide – Abismo – Pensamiento post-moderno – "Grandes palabras" – Sufrimiento – Singularidad.

El título mismo de esta conferencia tiene algo de paralizante. Tal vez no tanto por las palabras administración de justicia, sino por la referencia temporal: "en el tercer milenio" (...) Sin embargo, también representa un alivio, porque el tercer milenio recién está comenzando, y el marco cronológico se puede circunscribir al presente; a lo sumo, a un futuro inmediato, eximiéndome del pasado, con todo lo que ello supondría.

Decía entonces que tercer milenio nos da la idea de algo que está empezando, y, como todo comienzo, nos transmite cierto tono de proyecto, y, como todo proyecto, cierta esperanza, y, por qué no, cierta invitación a soñar...

Pero la primera parte del título: "la administración de justicia", nos trae nuevamente a la realidad. La realidad de una situación, de una actividad, de una función, para nada nueva, algo que no empieza con el milenio, algo que venimos haciendo desde hace más de un milenio, algo que seguimos haciendo.

Si imaginamos un observador externo, un extraterrestre, o alguno de nuestros antepasados que resucitara, es muy posible que nos preguntara con asombro: ¿todavía se sigue administrando justicia?...

Querer hablar de la administración de justicia en este momento significa que damos por sentado que continuaremos administrando justicia durante el tercer milenio.

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

Continuar, continuación. Persistencia de una actividad. La continuación es algo muy peligroso. Tal vez mucho más peligroso que la iniciación de una actividad nueva. Porque al iniciar una actividad que antes no habíamos realizado procuramos hacer un análisis de las ventajas y desventajas, de la adecuación de la actividad a las necesidades que ha de satisfacer; en una palabra, reflexionamos. No solemos embarcarnos en algo nuevo sin haberlo pensado bien. En cambio, cuando nos limitamos a continuar algo que venimos realizando, con algunas diferencias, por cierto, pero que esencialmente es siempre la misma actividad, cuando persistimos en ello como si fuera parte indisociable de nuestra vida misma, el análisis y la reflexión quedan postergados. Postergados para determinados eventos excepcionales, como éste, en que nos reunimos para pensar todos juntos, hacer un alto en el camino de la repetición. ¿Por qué este alto en el camino para reflexionar sobre estos temas, que, desde uno u otro ángulo, guardan todos relación con la administración de justicia?

Porque esta actividad no es mera continuidad pasiva, sino insistencia deliberada. Porque todos sabemos muy bien que no es una actividad sin consecuencias. Porque todos sabemos muy bien que esas consecuencias en algunos casos son buscadas, perseguidas, deseadas, pero en otros se intenta evitarlas, cancelarlas, repararlas. Y como personas responsables que somos, debemos responder, ser responsables, de las consecuencias de nuestros actos. Acá reunidos manifestamos nuestro deseo de hacernos responsables. Ante todo, tenemos que hacernos responsables de no dar nada por sentado, por presupuesto. Porque cuando se da algo por presupuesto, presupuesto, es decir, supuesto previamente, estamos imponiéndolo tal como estaba "puesto", "ante-puesto" a los posibles interrogantes. Aquello que presuponemos cierra todos los interrogantes posibles. Lo ponemos ahí, mejor dicho, lo dejamos ahí, como una piedra muy pesada, como una pirámide, que ni se nos ocurre mover, como algo de lo que no nos atrevemos siquiera a preguntarnos si podría ser de otra manera. Ahí está.

Esa primera responsabilidad de no dar por sentado y por presupuesto que debemos administrar justicia, es una responsabilidad primaria, en el sentido de que no es secundaria. ¿Qué entiendo por responsabilidad primaria y por responsabilidad secundaria? Por responsabilidad primaria entiendo una responsabilidad por la actividad misma. Por el hecho de estar realizando esa actividad y no por la forma en que la estoy realizando, que sería en cambio lo que entiendo por responsabilidad secundaria. Y es a esta segunda responsabilidad a la que normalmente nos sentimos llamados a responder, ignorando totalmente la mínima posibilidad de que se nos llame a responder por la actividad misma. Así como nadie puede exigirnos que movamos lo inamovible, nadie puede llamarnos a responder de lo inevitable. Y en ese sentido la actividad tiene mucho de la pirámide, inevitable una, inamovible la otra.

La conciencia de la responsabilidad primaria nos paraliza. Nos deja sin respiración. Nos sentimos al borde de un abismo. Profundamente angustiados. Tal vez éste sea un buen momento para contener la respiración, para sentirnos al borde de un abismo. Porque desde cierta perspectiva nos encontramos al borde de un abismo. Un abismo de tiempo tenemos por delante, nuestro referente temporal hacia

el futuro no es un mes, ni un año, ni un siglo, es un milenio. Un nuevo milenio. Y en este tránsito no podemos menos que reflexionar sobre aquellas actividades, como la administración de justicia, que venimos realizando sin interrupción a lo largo de estas inmensidades temporales. Actividades que nada tienen de una repetición condicionada biológicamente propia de una conducta animal, y todo tienen de actos deliberados no condicionados biológicamente propios de un ser humano, en su dimensión no animal.

En este tránsito coinciden, deben coincidir, dos angustias: la del tiempo y la de la actividad que continuamos en el tiempo, a pesar de tanto tiempo.

Debemos aprovechar ese vértigo que nos provoca el milenio por delante para agudizar nuestra conciencia adormecida en la continuación y la repetición.

¿Qué entendemos por "administración de justicia"? A primera vista hay algo, un ente, una entidad, que se llama "justicia" de cuya administración nos ocupamos. La actividad, administración, se subordina a la cosa administrada, la justicia. Hay algo que está ahí, la justicia. Hay algo que estamos dando por sentado, algo presupuesto: la justicia. La justicia está ahí, como la pirámide. Y suponemos que todos saben, o que hay quien sabe, en qué consiste la justicia, o cuál es la pirámide de la justicia. Administramos la justicia como administramos los recursos, el tiempo, el dinero. Suponemos entonces que existe algo que llamamos justicia, que no necesita ningún referente concreto en la realidad para existir. Que preexiste a toda realidad. Y que tenemos la facultad de administrar.

Nada más contrario precisamente al pensamiento que se caracteriza como pensamiento propio de esta época, el pensamiento postmoderno, postmetafísico. Lo postmoderno se presenta como la realización extrema del proceso de secularización del mundo. Mientras que la modernidad se configura como el pensamiento secularizado, la postmodernidad, en cuanto destrucción de cualquier certeza fuerte que haya perdurado, se configura como la "secularización que se ha secularizado a sí misma".[1] El pensamiento de una humanidad que puede vivir sin los "mitos reasegurantes", tanto trascendentes como inmanentes, propios de seres humanos en busca de fundamentos y legitimaciones absolutas. Como la "justicia".

El pensamiento postmoderno o postmetafísico, la diferencia del pensamiento metafísico, no es una descripción de las condiciones históricas, sino una "lectura". No pretende ordenar el mundo desordenado, sino dar cuenta de este desorden. Tenerlo presente, no negarlo, admitirlo, y pensar con este desorden, a veces incoherente, como telón de fondo. El paradigma moderno de la unidad da lugar al paradigma postmoderno de la multiplicidad.

El esfuerzo del pensamiento postmoderno por liberarse de los residuos metafísicos es una labor de destrucción. Y no solamente del derecho natural, también

(1) Vattimo G. *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura postmoderna*. Milán: Garzanti, 1985.

de todas las pretendidas normas universalmente válidas, de todas las estructuras fuertes, estables, permanentes. De todos aquellos conceptos globalizadores que adquieren su fuerza por ese contenido abismal que les permite hacer referencia a todo, sin referirse concretamente a nada. Durante la guerra de Argelia, un decreto castigaba con dos años de prisión cualquier manifestación contra la "soberanía francesa".[2] Es inimaginable la cantidad de actos que podían considerarse manifestaciones contra la "soberanía francesa". Quién no recuerda cómo se han utilizado en nuestros países palabras como "paz social", "seguridad colectiva", "seguridad nacional", para justificar, es decir ajustar a normas, convertir en justos, los más horrendos crímenes. "El mundo redescubre hoy lo que los griegos sospechaban hace más de dos mil años: que 'las grandes palabras' provocan las 'grandes desgracias' (Sófocles, *Antígona*, p. 1.350-1.351), que el hombre, esta cosa 'extraña' entre todas las cosas (ibidem, p. 332-333), no es algo que deba ser superado, sino preservado, y ante todo contra él mismo; que lo sobrehumano es lo que más se parece a lo inhumano; que el bien puede ser enemigo de lo mejor; que lo racional no siempre es razonable y que la tentación de lo absoluto (...) es la fuente siempre renovada de la infelicidad del hombre."[3]

Una de esas "grandes palabras" es precisamente "la justicia". Hay algo mágico en la palabra "justicia" que da la sensación de que al administrarla no podemos estar haciendo nada malo. Al contrario, además de connotar una actividad mediante la que se suministra algo, se da algo, la palabra administración en este contexto nos remite al proceso, esa "ceremonia del lenguaje" en la que las partes en conflicto intercambian sus argumentos.[4] Y en ese intercambio se transfiere el conflicto del campo de la violencia al nivel del discurso y del lenguaje. Sin embargo, cabe preguntarse si en el proceso no hay violencia. En el proceso se impone una lengua común, cuyo conocimiento, cuya comprensión, damos por supuestos. Es injusto –como dice Derrida– "rendir justicia", dar justicia, administrar justicia, juzgando a una persona que no comprende el idioma en el que está escrita la ley, que no comprende cuáles son sus derechos. Pero además de esta violencia podemos decir con Ricoeur que siempre subsiste una violencia después del proceso, a pesar del proceso.[5] Añadiría yo gracias al proceso. La sentencia que pone fin al proceso constituye el punto de partida de un nuevo proceso: la administración de la pena, que en general se considera fuera de lo que entendemos por administración de justicia propiamente dicha. Pero con la pena comienza una historia nueva, una nueva violencia, que repite después del proceso la violencia fundadora, la que ha monopolizado el Estado, la que ha impuesto este derecho y no otro. Esta violencia no se resuelve diciendo que la pena es proporcional al

(2) Salas D. *Albert Camus, La juste révolte.* Le bien commun, París: Michalon, 2002.

(3) Aubenque P. *La prudence chez Aristote.* Quadrige. París: PUF, 1963. p. 2.

(4) Legendre P. *Law and the unconcious:* a legendre reader. Londres: Macmillan Press, 1997. p. 184.

(5) Ricoeur P. *Le juste 2.* París: Esprit, 2001. p. 261.

delito, que es una violencia "medida" conforme a la responsabilidad del condenado. Por más "justa" que sea, en el sentido de "ajustada" a las circunstancias del caso y a la persona del condenado, la pena es una pena, es decir un sufrimiento. Y difícilmente, en situaciones normales, un sufrimiento no implica una violencia en su imposición.

Parecería que hay una tendencia a des-responsabilizarse de este sufrimiento que la administración de justicia ha provocado, provoca y seguirá provocando. El sufrimiento que infligimos en nuestra administración de justicia parece un sufrimiento legitimado. Sobre todo porque se pretende que anula al otro sufrimiento, el que puso en marcha todo el proceso. Es lo que Pareyson llama "el álgebra del sufrimiento: - + - = +".[6] No obstante, también se puede obtener un resultado distinto: "Al responder al mal con el mal, no lo suprimimos, lo multiplicamos".[7] Y lo multiplicamos con miras a lograr un imposible. Porque lo que pretendemos hacer mediante la justicia retributiva –desandar el camino recorrido, volver las cosas a una presunta situación inicial– no está a nuestro alcance. "La libre circulación del tiempo le ha sido prohibida al hombre."[8]

¿En qué consiste esta responsabilidad que nos induce a poner en causa los cimientos mismos de nuestra actividad de administradores de justicia? ¿En qué consiste nuestra responsabilidad? Ante todo en rememorar, en ejercer una memoria histórica e interpretativa. En abrir un interrogante sobre el origen, los fundamentos y los límites de nuestro aparato conceptual, teórico y normativo en torno a la justicia. En tomar conciencia de que no es la verdad sino la autoridad la que hace la ley.[9] En no dar por sentado ni presupuesto nada, sino intentar conocer aquello que siempre hemos dado por sentado y por presupuesto, porque: "con el progresivo conocimiento del origen aumenta la insignificancia del origen".[10] En percibir claramente los límites de los conceptos de justicia, ley, derecho. En poner en tela de juicio el valor de las normas jurídicas, morales o religiosas que nos han sido impuestas, que se han sedimentado, y que han ido adquiriendo una estabilidad de pirámides.

No obstante, la condición de posibilidad de esta responsabilidad es la secularización de nuestro pensamiento. Y un pensamiento secularizado no es únicamente un pensamiento que piensa sin dioses, sin dioses que imponen barreras y que al mismo tiempo eximen de responsabilidades. Es también un pensamiento que reconoce que quienes lo piensan dioses no son. Porque secularización significa ante todo reconocimiento de la propia finitud y de la finitud del otro.

(6) Pareyson L. *Ontologia della libertà, il male e la sofferenza.* Turín: Einaudi, 1995. p. 475-478.

(7) Salas D. Op. cit., p. 39.

(8) Husserl G. *Diritto e tempo, saggi di filosofia del diritto.* Milan: Giuffrè, 1998. p. 57.

(9) Vattimo G. "Fare giustizia del diritto". *Diritto, Giustizia e Interpretazione. Annuario Filosofico Europeo.* Bari: Laterza, 1998. p. 23.

(10) Idem, ibidem.

El no-reconocimiento de la finitud es lo que ha caracterizado al derecho penal, que procede a este reconocimiento gradualmente, como si le costara darse cuenta de la condición más propia de los seres con los que tiene que ver: todos condenados a muerte. Pero en realidad no es solamente de esta condición de lo que no se da cuenta, y de lo que no da cuenta, sino de los mismos seres con los que tiene que ver. Como si no quisiera siquiera darse cuenta de ellos.

Y allí se presenta otra contribución que el pensamiento actual nos puede aportar: la consideración cabal del individuo. Este pensamiento no solamente prescinde de los grandes conceptos, sino que reconstruye un personaje que tendemos a olvidar: el individuo. Al reaccionar frente a los conceptos fuertes de la metafísica, al denunciar la inadecuación de esos conceptos a la realidad concreta, el pensamiento postmoderno despeja el panorama y nos señala los elementos reales absorbidos en esos conceptos, por ejemplo, la persona física, de carne y hueso, absorbida por la persona social, abstracta, la sociedad. Cada vez que se habla de la sociedad y de todo lo que para la sociedad deseamos o postulamos: paz, seguridad, etc., estamos enarbolando un concepto que nos amparará, como "las grandes palabras" a las que nos hemos referido, para aplastar al individuo.

Frente a ello se postula una ética: la ética de la consideración de lo particular frente a lo universal, del respeto por la singularidad de cada cual. La ética de la conciencia de que nuestra acción en la administración de justicia es una acción que tiene mucho de tragedia: la "tragedia de la acción", como dice Ricoeur.[11] Y es una tragedia porque en ella se enfrentan, de un lado, el respeto debido a las normas universales, y del otro el respeto debido a las personas singulares. Se abre la distancia insuprimible entre la universalidad de la norma y la particularidad del caso concreto. En la visión de esa distancia, sin la pretensión de suprimirla, nos detenemos en lo particular y nos desprendemos de los grandes conceptos abstractos que lo ocultan y oscurecen. Pero también nos desprendemos del concepto de administración de justicia y vemos a los individuos que la administran, a los administradores de la justicia, a los jueces. "Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada."[12] Ricoeur: "los jueces le dan una carne a la justicia", es decir, le prestan su carne.[13] Son la boca de la justicia (no ya la boca de la ley, como decía Montesquieu). Le dan una carne –dice Ricoeur– y para dar algo hay que tenerlo. Los jueces tienen una carne: el juez es carne y hueso, la diferencia del tercero imparcial y alejado que se pretende que sea. "Pero la tercera persona concreta es comparable a la 'tercera dimensión', que supone necesariamente las dos primeras: la profundidad, sin la extensión, con la cual haría volumen, es sólo una línea recta sobre un plano; e igualmente una persona

(11) Ricoeur P. *Le juste*. Paris: Esprit, 1995. p. 190.

(12) Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. Libro V, 4, 1132, a, b, p. 76.

(13) Ricoeur P. *Le Juste 2*..., cit., p. 262.

absolutamente tercera es un monstruo."[14] Porque "lo que se proclama como una superioridad *en sí* se presenta, desde el punto de vista ético, como una inferioridad *para nosotros*: el desinterés es también desinteresarse; la independencia, indiferencia; y lo sublime, torpeza".[15]

Hemos hablado de una responsabilidad, pero no hemos dicho ante quién debemos responder. La responsabilidad es siempre responsabilidad ante alguien, ante una persona determinada. La responsabilidad se dirige –como Derrida dice hablando de la justicia– a la singularidad del otro.[16] Ante el otro, no ante los otros, debemos responder. Ante cada uno que viene a demandarnos que le rindamos justicia, que le rindamos cuenta de esa justicia que le estamos administrando, cuya administración nos ha confiado. Incluso cuando ese otro es el que, con su delito, ha puesto en marcha el mecanismo de la administración de justicia. Porque también en su nombre la estamos administrando. Derrida: "La responsabilidad exige la singularidad irremplazable, la irremplazabilidad, a partir de la cual, solamente, se puede hablar de sujeto responsable".[17] En tanto nos movamos en un plano de colectividades, empleando conceptos globalizadores como comunidad, sociedad, sistema, la responsabilidad se difumina, se borra, pierde claridad.

¿Cómo podemos caracterizar la situación imperante en este principio de milenio? Parecería caracterizarse claramente por ser una situación de continuidad, seguimos haciendo lo que venimos haciendo desde hace más de dos milenios... Pero, a pesar de la continuidad, se observa una toma de conciencia de la necesidad de corregir esa actividad de administración de justicia. Incluso se llega a describir al derecho penal mismo como un derecho que corrige, frena el poder punitivo y nos protege del poder punitivo (que se considera inevitable) del Estado.

Continuamos haciendo lo que llamamos administración de justicia, pero lo hacemos con mala conciencia, lo que es ya un progreso. Lo curioso es que no se trata solamente de una mala conciencia moral, sino jurídica, legal. Continuamos administrando justicia aunque tenemos pleno conocimiento de que la administración de justicia que realizamos nos hace violar muchas disposiciones de nuestros ordenamientos jurídicos (basta confrontar las normas sobre derechos humanos y las condiciones de nuestras cárceles). Continuamos administrando justicia, a pesar de que ello suponga la comisión de delitos mucho más graves de los que estamos castigando (basta tener presentes los delitos que se castigan con la pena de prisión, y todas las penas no previstas en la legislación que la prisión inflige). No habría que referirse solamente a los delitos *contra* la administración de justicia, sino también a los delitos *de* la administración de justicia. Incluso tendríamos

(14) Avitabile L. "Jankélevitch: la terzietá come virtú". *Il terzo giudice tra gratuitá e funzione*. Turín: G. Giappichelli, 1999. p. 41.

(15) Aubenque P. Op. cit., p. 52.

(16) Derrida J. "Diritto alla giustizia". *Diritto, Giustizia e Interpretazione*. Annuario Filosofico Europeo. Bari: Laterza, 1998, p. 23.

(17) Derrida J. *Donner la mort*. París: Galilée, 1999. p. 77.

que preguntarnos si estamos en condiciones de administrar *justicia*, de administrar *legalmente* justicia.

La breve referencia al pensamiento contemporáneo en el ámbito filosófico pone de manifiesto la preocupación de los pensadores por la justicia, el derecho penal, y la administración de justicia. Parecería que hay una distancia entre las reflexiones de estos pensadores y las reflexiones de los juristas sobre este tema. Como si sólo un observador externo pudiese adoptar una actitud crítica y vencer la inercia resultante de la repetición, de la continuación a la que nos hemos referido. Y asumir entonces las responsabilidades: la secundaria, primero, y la primaria, después. Porque precisamente el tomar conciencia de que no estamos en condiciones de administrar legalmente justicia, es decir la responsabilidad respecto de la forma en que realizamos la actividad, nos llevará a preguntarnos por la actividad misma, y a asumir la responsabilidad primaria, la que cuestiona la necesidad misma de administrar justicia.

Y tras haber ido a las raíces mismas del problema, del drama, de la tragedia que la justicia nos plantea, nos resultaría muy difícil limitarnos a continuar y repetir lo que venimos haciendo tal como lo venimos haciendo. Con el milenio por delante y el vértigo que nos provoca, sufriremos la angustia de haber puesto en tela de juicio uno de los pilares de nuestra vida social. Pero "¿quién pretende ser justo haciendo economía de la angustia?".[18]

Confiemos en salir fortalecidos de esta experiencia, con fuerzas para intentar mover la pirámide, decididos a encontrar soluciones que nos ayuden a salir del círculo vicioso del sufrimiento en el que la justicia penal nos tiene girando; incluso salir de la justicia penal, para entrar –como decía Radbruch– en "algo mejor".

(18) Derrida J. "Diritto alla giustizia". *Diritto, Giustizia e Interpretazione*. Annuario Filosofico Europeo. Bari: Laterza, 1998. p. 24.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

A APERTADA CORDA ENTRE O TERRORISMO E OS DIREITOS HUMANOS

DIMITRIS CHRISTOPOULOS*

SUMÁRIO: 1. O não pensamento: as condições (de ilusão) não presunçosas da história – 2. As saídas fechadas para o pensamento: o relativismo histórico – 3. A inevitável conclusão do relativismo histórico sobre os direitos humanos e os resultados do não pensamento – 4. Podemos falar sobre uma convergência? – 5. "Defesa própria" ou o fim de legitimação do poder e uso ostensivo da razão nas relações internacionais.

Palavras-chave: Terrorismo – Direitos humanos.

Em 1997, um croata do norte da Bósnia, refugiado da Sérvia tendo participado na imobilização de um ônibus cheio de mulheres e crianças, disse em sua defesa: "você tem alguma idéia do que temos sofrido nas mãos dos sérvios no curso da história?". Então tive conversações com os oficiais americanos que pensavam que eles poderiam terminar uma guerra sem ter qualquer ligação com a história. Eles diziam, "era para a história de cada um que se legitimaram os crimes de uma pessoa contra outra. Vamos esquecer o passado". Hoje, até as vítimas da guerra na Bósnia tendem a esquecer o que os salvou por causa da intervenção internacional. O que acreditam de verdade, embora, é que as forças de manutenção da paz são as responsáveis pela continuidade de suas vidas.

Uma vez mais, perguntamos para ter certeza. Esta hora em que tudo parece difícil, pronto para ser perdido. Perguntamos ao processo de equações intelectuais mais complexos de modo a evitar a queda, de um lado ou outro. Esta estrada é mesmo muito estreita. De um lado surgem os pensamentos mais acurados, por outros que não pensam sobre isto, e os outros que ficam parados, historicamente mortos para o pensamento.

1. O não pensamento: as condições (de ilusão) não presunçosas da história

"Infelizmente, alguns Estados consideram que o foco de quaisquer atenções nas causas do terrorismo tem o efeito indesejável de gerar simpatia pelos, senão

(*) Palestra proferida no VII Seminário Internacional.

atos terroristas, no mínimo, contexto pelo qual ele aparece. A opinião pública pode então ser levada a pressionar o Estado para mudar uma política que não quer mudá-la, até o custo de aumento do medo pelo terrorismo. Adicionalmente, alguns são de opinião que verificar as causas podem resultar em mudanças de políticas que poderiam ser vistas como ceder aos demandos terroristas. Mesmo assim, os Estados algumas vezes são obrigados a mudanças políticas que contraponham à lei internacional. Ainda isto não é visto como ceder às demandas terroristas, apesar do fato de que um grupo terrorista possa procurar estas mesmas mudanças."

Depois do 11 de setembro, as palavras acima causariam provavelmente um sério escândalo. Portanto, elas não originaram de algum marginal de esquerda ou de um intelectual de terceiro mundo, mas de um repórter da Comissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, um bastante conservador professor de direito internacional grego. Realmente eles refletem uma média, alguém pode dizer neutro, aproximando-se do assunto do terrorismo que seria bastante fácil de considerá-lo como dominador antes do ataque às torres gêmeas. O centro das atenções das causas terroristas hoje equalizam com simpatia o regime Taliban. É mais fácil não pensar a respeito.

O não pensamento é inconscientemente não processado. É a própria consciência que não pensa. Prefere não pensar ou ter de esquecer como pensar. Mais apurativamente teríamos de dizer que o espírito humano superado pela dor, espanto, fraqueza, medo e insegurança, não somente renuncia ao objeto de seu medo, mas também ao processo de pensar em suas causas. Em particular, o processo de raciocínio, os "mas" e "porques", assumem as características terroristas, que causam sentidos equivalentes para alguém contra as atuais informações. "Nossos inimigos não são somente terroristas mas também aqueles que abrigam-se nele." "Você está conosco ou com os terroristas" (palavras reais de George W. Bush Jr.). O não pensar não deixa qualquer espaço para as funções que somente os humanos podem realizar: o uso da lógica, que transforma a experiência em conhecimento. Até agora sabíamos que o não pensar não tinha relações com a história. Agora vemos que agressivamente descarta a história. Entretanto, esta aversão contra as representações do passado podem ser feitas somente temporariamente, para salvar a angústia de vidas humanas perdidas. Essencialmente, a denúncia, a repulsão aos fatos históricos é um resultado, e uma indicação, de poder para guiar a história no futuro contra o curso ideal para nós todos, somente porque temos todos os meios de atingi-la. Então, alguém pode perceber que o não pensar seja um sintoma de arrogância. Assumir as ações em nome deste medo somente reforça a arrogância. O resultado desta escalada de violência abre todas as possibilidades, primeiramente para a vitória da violência. Neste texto tentamos mostrar que o não pensar leva à uma castração de si mesmo e a uma autocensura também.

Hoje, os valores baseados no não pensar, assumiram características muito perturbadoras: tendo saído das idéias de razão e justiça, de seu contexto e sua demonstração, tratam em termos metafísicos de qualquer coisa que escape aos seus limites sufocantes. Consideram não sagrado até seus próprios pensamentos. Assim continuam sua vida regrada, embora estejam cercados de inconcebível brutalidade.

Na melhor das circunstâncias, atribuem tudo às ideologias do ódio: o fundamentalismo islâmico é obviamente a melhor oferta internacional. Entretanto, es-

quecem-se de atribuir o ódio a qualquer fonte. Este está onde o pensamento fechado historicamente entra em cena, de modo a atribuir o ódio, mas principalmente expressar o ódio.

2. As saídas fechadas para o pensamento: o relativismo histórico

A facção que justifica, entende, perdoa ou até convive com o crime pode pensar. Conhece as causas históricas porque tem ocasionalmente experiência deles, de uma maior ou menor extensão. Entretanto, usando desta memórias e deixando a interpretação sobrepor o presente, resultará em palavras condescendentes acompanhadas de muitos "mas". Os "mas" são infinitos. Interpretações históricas deixam diversas improvisações e análises, a maioria insignificantes e despresíveis. Estas análises estão subjulgadas pela lógica de um determinismo linear, dentro de limites onde o valor humano é insignificante. Estas análises estão impregnadas de vários sentimentos pessoais, para os quais nem mesmo carreiras importam, não se tem dado nenhuma chance. Isto ocorre porque, na maioria dos casos, estes sentimentos estão manifestados de maneiras encobertas.

A principal relevância aqui está na estrutura secundária, mas em essência na primária, sentenças que seguem expressões de fracasso, estão também produzindo um pensamento unidimensional. Esta trilha do pensamento, restringida enquanto tentativa de usar a publicidade que não poderia ter acesso por meio de sua própria capacidade intelectual, destrói a verdade em suas palavras, porque dita a verdade na hora errada e de maneira completamente errônea. Isto acontece porque esta facção está também fechada em sua habilidade de pensar. Tenta construir seus próprios sentimentos a partir de pretensões racionais. Alguém não tem de ser um gênio para entender que o momento certo para trazer as vítimas do imperialismo não é quando milhares de civis foram assassinados. Estas imagens, ou seja, as 6.000 vidas humanas perdidas em 11 de setembro e suas vítimas das guerras agressivas dos Estados Unidos, são totalmente incompatíveis e incomparáveis, a menos que concordemos com os princípios de responsabilidade coletiva das pessoas, qual, quando não é conveniente, com freqüência criticado. A menos que aceitemos a lógica do croata (poderia ser um sérvio) mencionada na introdução, que em nome da história mata e tortura crianças e mulheres. O chamado da vida por um terceiro, o qual está historicamente nos atos de violência cometidos, é racionalmente incondicional. Totalmente evidente. Este chamado é moralmente irrelevante em uma explicação histórica do ódio de uma porção de pessoas contra o mais poderoso país da atualidade. Qualquer correlação entre estes dois conceitos é conservadora e moral. Isto vai, apesar dos fatos políticos deste país em questão, com freqüência e facilmente, demonizando aquelas nações para atingir seus próprios objetivos.

As similaridades podem ser facilmente detectadas: visto como uma expressão, este pensar é um sintoma de um furioso e armado retorno. Leva-nos a uma saída bloqueada, porque usa sua própria versão da história de modo a legitimar o

pior. Então, não é somente o retorno com orgulho do outro lado mas também a perda do que as simpatias poderiam ter ganhado. Preenchidas as saídas históricas de sua perda em fazer relativismos, finalmente sucumbirá o direito do mais forte. O mais improvável, pelo menos por enquanto, eventualidades históricas que correlacionem as alterações a seu favor, não mudaram nada mais as regras dos lados. Como temos mencionado, os resultados da escalada da violência abrem todas as possibilidades. Podemos apontá-las aqui examinando os resultados destas expressões do pensar que nos levam ao encolhimento da democracia e ao encurtamento dos direitos para a salvação da segurança e da eficiência.

3. A inevitável conclusão do relativismo histórico sobre os direitos humanos e os resultados do não pensamento

O termo "direito dos humanos" recolocou os próprios valores e o vocabulário legal dos "direitos humanos". Este não é muito porque, como De Maistre disse, "Eu tenho visto franceses, italianos, russos, mas com relação aos seres humanos eu nunca encontrei um", mas talvez porque as coisas tenham ido muito longe com os "direitos humanos", em vez de entregar a expressão a uma hegemonia que tivesse o humano como um ponto abstrato de referência deixando de lado a humanidade.

O dito acima não está ou deveria estar próximo ao lapso do relativismo. O relativismo histórico, na maioria dos casos, é essencialmente nada mais que uma descrição teórica de seu próprio lado. Alguém deveria levar o pensamento de modelo e prática para o radicalismo islâmico e talvez prever uma escala global. Então gritaríamos "somos todos americanos". Até aqueles que hoje desprezam este tipo de ato. Entretanto, em nosso caso não defenderíamos um ponto de partida. A hipótese promissora é que estamos discutindo nos termos de liberalismo político. Os pré-requisitos para a formulação de nosso corrente discurso têm um conteúdo acumulado e uma articulação de processo, que está baseado em dois séculos de estudo contínuo dos limites liberalistas políticos. Estamos sempre atribuindo características definidoras para o direito do inocente em viver devido a estes conceitos. Acreditamos em responsabilidade individual criminal e não em uma coletiva, também como um resultado destas conquistas. Hoje estamos chamando os processos liberais de salvadores que estão sendo atacados por todas as direções. Mas especialmente, chamamos de defensores aqueles que estão contra os descendentes de seus próprios instigadores.

A conclusão histórica relativista para os direitos humanos é inevitável e quase evidente. Todo relativismo em si começa de uma percepção limitada dos direitos, e em adição para estas conseqüências dos atos contra os direitos à vida, que sejam justificados por correlações de poder desiguais no curso de sua história, apontando para o racional e forte: cortando caminho pela liberal democracia. Estes são bem conhecidos e testados como soluções que têm sido expostas e apresentadas diversas vezes em vários níveis, com diferentes protagonistas,

com idênticas soluções em suas mãos: tratando o direito quando a segurança é afetada, a liberdade é encurtada.

Doravante isto, acreditamos que o tratamento dos direitos, que se originam dos resultados do que temos definido como o não pensar está igualmente intolerável. Para ser mais específico, referimo-nos às mentes mais difíceis de aceitação que estão impostas pela hesitação em recolher e aprender do passado, enquanto sendo inábil ou indesejável em atribuir o mal a alguém mais, outro que seja natural ou imediatamente próximo. Desta forma os instigadores do não pensar estão se opondo ao mais básico: o raciocínio lógico: "Sou o que penso, por isto duvido". A castração do ser humano de si mesmo duvidando em sinal de rejeição da pessoa liberal. É tudo contra o problema do sujeito na modernidade.

Claramente não é nova a notícia que os líderes preferem pessoas do que dúvidas contra eles. Entretanto, neste caso de descrença sobre o terrorismo está certo que um grande número de pessoas já está convencido que não deve duvidar mais. Ou até mesmo pior, existem pessoas que têm remorso pela descrença. A castração própria no processo de pensar leva à limitação dos direitos. Em particular daqueles que têm o coração e a alma frios e rígidos. Então, não existem somente as limitações legais que compelem as pessoas a não expressarem livremente sua consciência, a não dizer o que realmente sentem, a não circularem livremente, mas somente a concordarem com os comandos de uma hegemonia, mas também a própria ditadura e castração da mente humana. O que realmente se faz para que as pessoas sejam canceladas desta forma é que pensamos então ser tão evidente.

4. Podemos falar sobre uma convergência?

Felizmente a resposta é positiva. Ainda temos testemunhas disto. Existem seções na cena política atual e na elite acadêmica que encorajam esta posição do não pensar. Consideram este ser o caminho para a salvação do país, e pensam que estão certos. Esta é a mensagem mais otimista que os liberais podem oferecer neste estágio. Talvez esta conversão seja extremamente frágil. É frágil contra qualquer tipo de pressão. Por outro lado, os liberais que discordam da história, com suas idéias parecem adicionar novos argumentos ao arsenal de relativismo históricos sem saída. Ao mesmo tempo, seus esforços para pronunciar a respeito de outras nacionalidades tornam-se menos críveis até para aqueles que estejam ao seu lado.

Entretanto, dentro destas circunstâncias, é importante dar ênfase ao ritmo e ao modo dos pré-requisitos adotados neste campo para intervir na mudança ou aceitação destas idéias. Conseqüentemente, devemos estar aptos a encontrar uma saída, com uma articulação e implementação prática próprias. Sem bater contra estes pré-requisitos de modo a não interferir nos campos acima citados. Eventualmente, em pouco tempo, ambas aproximações estarão subvertidas. Até o momento de seu triunfo e especialmente depois dele. Como um quebra-cabeças, procuramos por hipóteses históricas e simultâneas para individualizar seus trabalhos de aptidão.

5. "Defesa própria" ou o fim de legitimação do poder e uso ostensivo da razão nas relações internacionais

É bastante conhecido e aceito que desde o fim da guerra fria, a legalidade internacional seja considerada como difícil em sua aplicação. Neste meio tempo, seu conteúdo regulador ou mais ainda os modos de decisão, não correspondem às correlações geopolíticas de monopolização. Claras indicações de regras feitas sob convenção têm sido mostradas desde março de 1999, quando a ONU estava em posição contrária a então República Federal Iugoslava onde fez sem apropriados anúncios interferências na segurança. Entretanto, neste caso havia um expediente: membros do conselho de segurança não estavam de acordo em chegar a um consenso de campanha.

Hoje todos sabem que estas correlações são completamente diferentes. Na China, de modo a mostrar sua face e, indiretamente, a honra da legalidade internacional, demonstrou seu avanço em não exercitar seu direito de veto ao conselho de segurança. Mas até mesmo isto não foi suficiente. O conselho americano de segurança disse então que "de acordo com a lei internacional e os regulamentos da ONU, os Estados Unidos têm o direito de intervir militarmente sem prévia autorização das Nações Unidas, devido à sua defesa própria". Entretanto, de acordo com o art. 51 do capítulo da ONU, o direito à defesa própria pode ser ativado somente até que o conselho de segurança o diga. Apesar desta referência não foi aplicada aqui. O art. 51 dá um direito ao Estado de repelir um ataque que seja iminente ou não como uma medida provisória até que o conselho de segurança da ONU possa tomar as decisões necessárias para a paz internacional e segurança de todos. O conselho de segurança passou duas resoluções condenando os ataques de 11 de setembro e anunciou um pacote de medidas contra o terrorismo. Estes incluíam medidas de supressão legal do terrorismo e de seu financiamento, e para sua cooperação entre estados em segurança, inteligência, investigações criminais e procedimentos relativos ao terrorismo. O conselho de segurança organizou um comitê para monitorar o progresso das medidas de resolução e deu aos Estados 90 dias para fornecer os dados. Nenhuma resolução pode ser remotamente dita como autorizada para uso de força militar. Verdade que nos preâmbulos afirma-se que existe o direito à defesa própria, mas somente de acordo com este capítulo. Não são mencionadas ações contra o Afeganistão para uso de defesa própria. Nem poderiam. Isto é devido ao direito unilateral que não inclui a retaliação uma vez que um ataque tenha parado. O direito à defesa própria na lei internacional está mais ou menos como o direito de defesa própria em lei nacional: permite que alguém se defenda quando a lei não está clara, mas não permite à vítima tomar a lei em suas próprias mãos. Evidências podem até ser para um estudante de faculdade, mas em todos os casos, por definição a defesa própria pode somente ser feita por necessidade, imediata e proporcionada como um resultado de um ataque armado. E é claro, a distinção de terrorismo de um conflito armado está muito óbvia como pré-requisito de qualquer análise legal do tópico. A menos que a análise não leve em conta qualquer assunto como legal.

O significado prévio de que a lei internacional não está somente se adaptando, não surpreende mais ninguém. Significa que a legalidade internacional está sendo cancelada pela aplicação de suas próprias regras, incorporada ao serviço de um cinismo furioso. Este cinismo, quando as coisas se acalmam novamente, está colocando uma fachada otimista e evocando a proteção dos direitos humanos.

Advogados internacionais estão mudando com esta tarefa desagradável em escrever novos livros ou no mínimo em substituir seus antigos de modo a incluir os novos contextos dos termos e medidas ou defesa própria em legalidade internacional. O princípio da proporcionalidade ou da "Justiça como justiça" conforme Rawls, deveria provavelmente causar risos, porque pressupõe a aplicação básica do princípio da legalidade. Alguém esperaria também que esta legalidade teria recebido simpatia e compaixão. Mas isto foi em vão. Todos ficaram silenciosos. O tom de voz está baixo e as portas estão fechadas como se estivessem tentando reunir sua coragem para levantar e perguntar a forma de fazer a legalidade internacional.

O terrorismo transforma a terminologia do sistema legal liberal. A justiça se torna "o orgulho da mais poderosa nação". A sociedade se volta mais uma vez contra a comunidade, sem a necessidade de resolver por justiça ou razão, até mesmo para salvar as aparências. As comunidades não consideram a razão e a justiça somente valores. Usualmente discordam de direitos e demandas desde que seus membros façam seu trabalho contra seus inimigos. Isto porque separam o mundo entre inimigos e amigos, confirmando uma teoria de difícil lógica. Mas até mesmo Schmitt salvaria a honra com seu próprio cinismo: "A humanidade, em si, pode não entrar em guerra por não ter inimigos, pelo menos neste planeta".

Então Hollywood confirmou estas palavras. Os invasores de Nova York eram quase sempre de outro planeta. Somente a realidade misturou e bagunçou as coisas.

1.3

LA RAZÓN EXTRAVIADA Y LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CUESTIÓN CRIMINAL

FERNANDO TENORIO TAGLE*

Palavras-chave: Violência – Segurança.

Aunque los presentes escritos centran su atención en el tema que convencionalmente se menciona como seguridad pública, el cual se representa generalmente por la institución policial, se inscriben en el marco de una hipótesis de trabajo que tiende a dibujar las nuevas manifestaciones de los fenómenos que se involucran en el contexto del más amplio rubro que enunciamos como la cuestión criminal.

De este modo, parto de la afirmación de que tanto el crimen como las prácticas de los sistemas penales han sufrido una importante transformación y cada vez en forma más radical, que se distancia poderosamente de aquellas descritas por las conjeturas que hasta muy recientemente significaban los referentes teóricos de nuestras indagaciones.

La hipótesis en cuestión, afín a aquella que aprecia a las formas económicas como variable independiente de las transformaciones culturales,[1] toma como punto de partida, a su vez, los cambios del modelo económico acaecidos durante el siglo XX. Semejante cambio en el modelo representa, indudablemente, la tecnología de la razón de Occidente, la misma que ha posibilitado una vez más su hegemonía de manera mundial. Y justo en ello radica, quizás, la más importante de las transformaciones a las que asistimos en nuestros días, porque semejante modelo económico sólo tiene sentido en el escenario global.

Así las cosas, la modernidad y sus instituciones, como el llamado Estado de Derecho, comienzan a trastocarse o a contemplarse como referentes envejecidos frente a las nuevas condiciones que va imponiendo el irreversible fenómeno de la globalización.

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

(1) Me refiero particularmente a las tesis de Dario Melossi y Massimo Pavarini contenidas en Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, editorial S.XXI editores, 1980 como a la desarrollada por Amadeu Recascens i Brunet en su Tesis Doctoral: *Police y control: problemas de construcción y definición jurídica y social*, relativa a la policía. En ambos casos, sea la cárcel como la policía, los autores demuestran que son instituciones creadas por el estado moderno, producto del capitalismo madurado en la industria.

Sin embargo, este fenómeno que avanza formalmente al finalizar la guerra fría y con acciones estrictas como lo fue la guerra del Pérsico, tiene sus antecedentes en las últimas transformaciones económicas, sólo susceptibles de verificarse de manera cumplida, precisamente en el escenario global. De ahí que este cambio en el ámbito económico, mencionado por los especialistas como capitalismo avanzado o capitalismo tardío, que se constituye en el motor mismo que exige su implantación mundial, haya trastocado toda práctica social, incluido el crimen como sus formas de control. Piénsese, a este respecto, que así como el mercantilismo convierte a la naturaleza en mercancía, dándole a las cosas nuevos sentidos como sucedió en el caso de las drogas, tan agudamente tratado por Rosa del Olmo,[2] este mismo capitalismo avanzado ha producido nuevos sentidos, dibujando horizontes inimaginables sólo unas décadas atrás.

Esta nueva condición que ahora ha impuesto el capitalismo avanzado en el horizonte global es referida, ya casi de manera unánime, como la condición postmoderna. Y como tal, es producto de la más desarrollada, como extraviada y ambivalente violencia de la racionalidad moderna, es decir, de Occidente.

"Toda esta cultura postmoderna, como señala Fredrick Jameson, que podríamos llamar estadounidense, es la expresión interna y superestructural de toda una nueva ola de dominación militar y económica norteamericana de dimensiones mundiales: en este sentido, como en toda la historia de las clases sociales, el trasfondo de la cultura lo constituyen la sangre, la tortura, la muerte y el horror."[3]

Quizás los casos más extremos y evidentes de esta violencia y contra violencia sean los verificados de manera por demás reciente en regiones de Europa, África y medio oriente, como los últimos acontecimientos de Afganistán y los simbolizados por el recrudecimiento del conflicto palestino israelita, que se distancian de manera poderosa de los antiguos conflictos "modernos" enunciados como guerras de la postguerra, como fueron los casos de Corea y Vietnam o los casos del golpe militar en contra del presidente Allende en Chile o la guerra de los "contras" en Nicaragua, no se diga de los conflictos en Polonia o la Antigua Checoslovaquia.

Sin embargo, estas formas de violencia extraviada no sólo son verificables en los contextos internacionales en las formas de guerra sino en aquellas otras formas de violencia más invisible, como la violencia estructural, así definida por Galtung, al referirse, por ejemplo, a las formas de explotación de los países periféricos por parte de los centros internacionales de poder, con la anuencia débil o poderosa de miembros de las clases superiores de semejantes países receptores de esa clase de violencia.

(2) Cf. Rosa del Olmo, *La sociopolítica de las drogas*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, División de Publicaciones, 1975, p. 32.

(3) Cf. Fredrick Jameson, *El postmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, p. 18 y 19.

Hoy, por ejemplo, vuelve a entrar en crisis el concepto de Estado Nacional, como el referente material de la soberanía, no por las antiguas tesis de las doctrinas y leyes de seguridad nacional, afines al entonces conflicto entre el este y el occidente en los tiempos de la guerra fría, sino por los reclamos de la globalización que el capitalismo avanzado exige para imponer el consumo masivo en el nivel mundial en un contexto de aparente concordia pluricultural.

En tal virtud, otra de las hipótesis que en estos escritos se apuntan se refiere a acreditar que las nuevas formas de violencia, que han invadido la casi totalidad de los territorios, tórnense decididamente extraviadas al carecer de referentes éticos y guiarse estrictamente en términos racionales, esto es, para los únicos fines de la acumulación de capital.

En este sentido, en el ámbito internacional, cada vez en forma más cínica, los financiamientos para investigaciones científicas son mayoritariamente otorgados a desarrollos tecnológicos relacionados con la materia de la guerra, independientemente de que éstos sean declarados para fines defensivos. A su vez, otros avances tecnológicos, como son los casos de las comunicaciones, que en mucho han incidido para propiciar objetivamente las nuevas ideas de articulación mundial, son privilegiadamente nuevos instrumentos al servicio de las campañas de guerra, directa o indirectamente.

Tómese en cuenta, por ejemplo, que siguiendo esta línea interpretativa, Steven Best[4] y Douglas Kelner afirman a las nuevas campañas, desde la guerra del Pérsico, como guerras cibernéticas que ponen a prueba semejantes tecnologías, apreciadas por una audiencia ambivalentemente expectante a través de los medios masivos de comunicación del mismo Occidente. En este sentido, los propios medios que se han convertido en el nuevo Hermes que va construyendo las historias, puede hacer visibles o invisibles a las víctimas de esta violencia. Quizás el caso más ejemplar de ello sea el relativo a las recientes tragedias de Nueva York y de Afganistán. Fruto de la misma violencia extraviada, los actos terroristas de Nueva York y el nuevo terrorismo de estado en la aldea global en contra de Afganistán, como el que ulteriormente viene a verificarse en los territorios ocupados por Israel, representan actos, en todos los casos, igualmente condenables; asumen sus protagonistas ese papel social que desprende Hans Magnus Enzesberger:[5] los calabozos se convierten en cárcel del pueblo y los asesinatos en ajusticiamientos. Sin embargo, los medios de comunicación han sido muy precavidos para mostrar ampliamente, por ejemplo en el caso de Nueva York, el sufrimiento de múltiples miembros de la sociedad civil inocentes. En cambio, la campaña denominada por el presidente norteamericano "libertad perdurable", sólo fue transmitida a manera de juegos de guerra reportándose muy escasas bajas civiles, ciertamente siempre inferiores a las víctimas en territorio es-

(4) Cf. *The postmodern adventurer*, Routledge U.K., 2001.

(5) Cf. "El vacío en el seno del terrorismo", *Mediocridad y delirio*, Barcelona: Anagrama, 1991, p. 221, Colección Argumentos.

tadounidense. Lo anterior, como lo ha demostrado Zygmunt Bauman,[6] propicia en gran medida esa ambivalencia de la Modernidad. Las mismas audiencias festejan, por ejemplo, el derrumbamiento de los precios de las materias primas y se acongojan por las hambrunas de los países periféricos, producidas, en efecto, por ese derrumbamiento de precios. Mantener distantes a las víctimas, aminora, ciertamente, las culpas que pudieran experimentar estas audiencias.

Este capitalismo avanzado, nacido en Estados Unidos, particularmente en California al término de la Segunda Guerra Mundial, como lo prueba Fredric Jameson, ha permeado todas las prácticas sociales incluidas las estéticas, despojando del poder a las antiguas élites, es decir, imponiendo actitudes que, radicalizando la crítica que diera sentido a la modernidad, culminan dibujando una complacencia acrítica. Si se quiere, es muy afín a las hipótesis políticas abolicionistas, como a los desarrollos de la antipsiquiatría. No obstante, como Perry Anderson[7] ha señalado en torno a la estética, ello ha conducido a un sensible descenso de nivel, lo cual es también rastreable en las diversas formas de la intelectualidad: hoy, cualquiera se gradúa y dicta conferencias, o bien, en gran parte de los auditorios se asiste más por documentos con valor curricular que para dialogar o comprender los temas que se exponen.

Así las cosas, el crimen como la industria para su control, sea internamente o internacionalmente, constituyen manifestaciones de esta nueva forma de violencia desenvolviéndose como un fenómeno más estrictamente económico y por ello, racional.

Ciertamente, el avance de la criminalidad perceptible tanto en el número de denuncias como en el ensanchamiento de la cifra oscura, particularmente en las realidades periféricas, se distancia de aquellas manifestaciones del fenómeno que los especialistas distinguían entre criminalidad convencional y no convencional. Cada vez en mayor medida, a partir de los años 70, la criminalidad que avanza es aquella que, siguiendo a la criminalidad organizada, se desenvuelve de manera por demás racional, esto es por la guía del capital, articulándose a redes que involucran a miembros de los sistemas penales. Se distancian estas manifestaciones en modo todavía más abrupto de las estigmatizantes interpretaciones de la criminología conservadora que ve al delincuente como un sujeto enfermo, o carente de afecto, o producto de familias desintegradas, o inculto, o pobre; es decir, del sujeto "anormal". Como siempre sucede, aquello que no se comprende tiende a ser patologizado, como puede desprenderse, si hacemos un estudio acucioso de las interpretaciones de Goffman en *Estigma*[8] o en *Los internados*[9] y de Chapman[10] en *El estereotipo del criminal*.

(6) BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad y holocausto*. Sequitur. Primera reimpresión. España, 1998. p. 32.

(7) Cf. *Los orígenes de la posmodernidad*, Barcelona: Anagrama, 1998, p. 88.

(8) GOFFMAN, Erving. *Stigma. Nates on the management of spoilet identity*. Nueva York: A Touchstone Book, 1963.

(9) Cf. Erving Goffman, *Internados*. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales. Argentina: Amorrortu, 1998.

(10) CHAPMAN, Dennis. *Lo estereotipo del crimale*. London: Tavistok, 1968.

Sólo como ejemplo de este avance de la criminalidad aparente o denunciada, apréciese en la gráfica 1, cómo en el arco de 30 años semejante cifra alcanza a cuadruplicarse en la ciudad de México, cuestión que no sucede en el caso de los sujetos enviados a tribunales para su procesamiento. En efecto, la jurisdicción, sin duda alguna el escenario más visible del denominado sistema penal, sin negar la corrupción que también lo ha permeado, representa en parte importante la instancia que controla la legalidad formal de las actuaciones del ministerio público en México.

En la gráfica 2 puede apreciarse el comportamiento de los jueces locales de la ciudad capital, destacándose no únicamente la diferencia sustantiva entre las consignaciones y los autos de sujeción a proceso sino la diferencia entre las sentencias condenatorias y las absolutorias, que representan la privación de libertad de personas finalmente inocentes. La distribución de procesados y sentenciados puede mostrar que los llamados presos sin condena, continúa siendo un porcentaje bastante alto en todas las instituciones carcelarias, como se observa en la gráfica 3 relativa a la población recluida en la ciudad de México en el año de 1999; población que, evidentemente, a pesar de representar un número simbólico frente a las denuncias verificadas, representa igualmente la ritualización de chivos expiatorios o pharmakos que las sociedades exigen para aminorar sus ansiedades, relacionadas o no con la llamada seguridad pública. A este respecto, a septiembre de 1999, a pesar de las ampliaciones de espacios verificadas, se llegó a un 33% de sobrepoblación, como se aprecia en la tabla 1, sobrepoblación que actualmente ha alcanzado el 55%. De ello, es pertinente destacar que al no haberse hacho ampliaciones de espacios para los sujetos femeninos, éstos representan las áreas más sobrepobladas de las cárceles de la ciudad, como se observa en la gráfica 4.

De este modo, estas condiciones de la modernidad avanzada, que trastocando la esfera política tienden a rebasar al Estado Nacional y sus principios, eclipsando las antiguas ideologías que figuraron los años de lucha, de manera mundial, ha propiciado estas nuevas manifestaciones del fenómeno y de las prácticas para su control convirtiéndolas en parasitarias entre sí o codependientes. Representa, como ha sugerido recientemente Maximo Sosso, siguiendo una vez más a Michel Foucault, controlar el crimen a través de la propia criminalidad.

Y quizás en ello radique la razón por la cual los sistemas penales se exhiben altamente simbólicos. Tómese en cuenta a este respecto, que la impunidad frente a las denuncias, es decir frente a la llamada criminalidad aparente, se encuentra en una media mundial del 90%, ubicándose los países periféricos o pobres por encima de dicho porcentaje, como es el caso de la Ciudad de México que se mantiene por arriba del 94% de impunidad como se aprecia en la gráfica 5. Evidentemente, si se considera a la cifra oscura de la criminalidad, la impunidad se mantiene en un 99,96%.

Si se quiere, representa una más de las perversiones del sistema como puede apreciarse en el papel que juegan los ya citados medios masivos de comunicación: entre más se difunde la idea de inseguridad frente al delito, más se consoli-

da, no sólo el sistema penal, sino la industria privada para el control del delito, como lo mostrase la investigación doctoral de Nils Christie,[11] interrogándose si ésta no es la imagen del nuevo Holocausto.

A este respecto, si consideramos la apreciación de Boaventura de Souza Santos[12] de ver que las nuevas formas de una comprensión posmoderna del derecho se refieren a la informalización de la justicia, se hace inteligible que diversos de los espacios de la llamada seguridad pública o del sistema penal tienden en el marco del capitalismo avanzado a privatizarse, como es el caso de la policía.

De acuerdo con la información proporcionada por Elías Carranza,[13] los países desarrollados cuentan con una tasa de 260 policías por cada 100 mil habitantes, en tanto que los países subdesarrollados alcanzan una tasa de 350 policías por cada 100 mil habitantes.

En la ciudad de México, como se observa en la gráfica 6, la policía perteneciente al Estado, con una mínima incorporación reciente de un cuerpo privado, alcanza una tasa de 245.2 policías por cada 100 mil habitantes. Empero, en la propia ciudad, existen dos importantes corporaciones privadas, la Policía Auxiliar que cuenta con poco más de 34 mil elementos y la Policía Bancaria e Industrial con 17,614 miembros. Además, existen registradas 611 empresas que cuentan con elementos de seguridad privada que alcanzan un total de 38,884 componentes. Sólo esta policía privada alcanza una tasa de 1,059.3 policías por cada 100 mil habitantes, que sumada a la policía perteneciente al Estado dicha tasa aumenta a 1,305.5; es decir casi 5 veces más que la tasa de los países pobres que son los que cuentan con mayor número de policías mundialmente hablando. Es decir, la policía privada representa el 81% del total de la policía que se supone custodia la ciudad y declara proteger al ciudadano. No hay duda, entonces, que solo alcanzan cierta protección quienes cuentan con los recursos para ello.

Y aún más. El hecho de que semejante policía privada custodie los intereses de los segmientos medios y altos de la ciudadanía, económicamente hablando, no significa que los mismos no se incorporen a las redes de las nuevas manifestaciones del delito que afectan, particularmente, como desde los años 80 lo desprendiesen Jock Young y Jhon Lea, a los segmentos inferiores de la sociedad.

Y a este respecto, a pesar de la racionalidad del fenómeno, guiado por los intereses del capital, las emociones son las que guían a las víctimas receptores de esta violencia. A este respecto, la cárcel, la amenaza penal terminal parece ser el ejemplo más paradigmático por ser el espacio menos visible del propio sistema penal.

(11) NILS, Christie. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*. Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

(12) Cf. "Toward a postmodern understanding on law", en A. J. Arnaud (ed.). *Legal culture and everyday life. Inauguration ceremony (24 May 1989)*, 1989, p. 169.

(13) Cf. Elias Carranza, *Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina* México: S.XXI Editores, 1997, p. 43.

En la tabla 2 se concentran las visitas familiares verificadas durante 9 meses en el año de 1999. El total de ellos, más de 4 millones de visitantes, representan una importante fuente de la economía legal, pero, a su vez, una importante fuente de economía criminal que es extraída de los segmentos inferiores de la sociedad. En una reciente estimación, se calcula en un dólar el promedio que cada visitante entrega clandestinamente para ingresar a la visita de los internos. Si se considera que en el interior existen diversas formas de criminalidad que constituyen las formas del autogobierno carcelario, dicha estimación asciende a niveles casi inimaginables y todo ello, para aminorar la aflicción de la vida en detención.

Así las cosas, el delito y las prácticas del sistema penal devienen en la misma cuestión y ambas, a su vez, no pueden más ser correlacionadas con la variable económica. La criminalidad que avanza y las prácticas del sistema penal que a ella se vincula, son un fenómeno estrictamente económico.

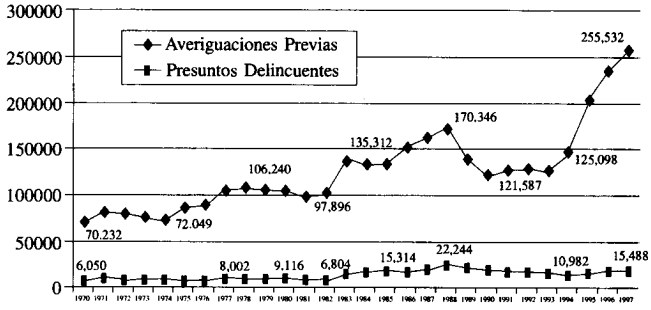
Es el Holocausto del que habla. Christie. Esta palabra que nace como nombre propio significando la matanza en masa de judíos por parte de la Alemania Nazi, simboliza no sólo la intolerancia de las actitudes fascistas sino que éstas se han desenvuelto siempre de manera racional, como Bauman, entre muchos otros, lo ha demostrado en Modernidad y Holocausto. Es decir, la propia razón moderna y la violencia que la impulsa imponiendo la condición postmoderna, comienza a mutar de manera decidida como razón fascista que, como cualquier otra racionalidad, adopta al derecho penal como su fuerza para hacer cierto su destino. Y esta es la razón por la cual, se pone en riesgo la condición humana. Porque esta violencia visible o invisible extrema las posibilidades de abrogar la vida cotidiana, por una parte, como lo informa Agnes Heller,[14] al verificarse un amplio proceso de institucionalización, no tanto ya en el sentido de Goffman,[15] sino en el sentido de Habbermas al referirse a la colonización del mundo de vida, y, por la otra, porque en amplios casos, como lo son los relativos a las guerras, particularmente las postmodernas o la hambrunas de la periferia, esa vida cotidiana termina cuando la persona se rige sólo por la sobrevivencia, esto es por la razón primaria que no es otra que el instinto.

(14) Cf. *Historia y futuro*, Especialmente el capítulo intitulado "¿Puede estar en peligro la vida cotidiana?", Barcelona: Península, 2000, p. 59-80, Colección *Historia, Ciencia, Sociedad.*

(15) Cf. Erving Goffman, op. cit.

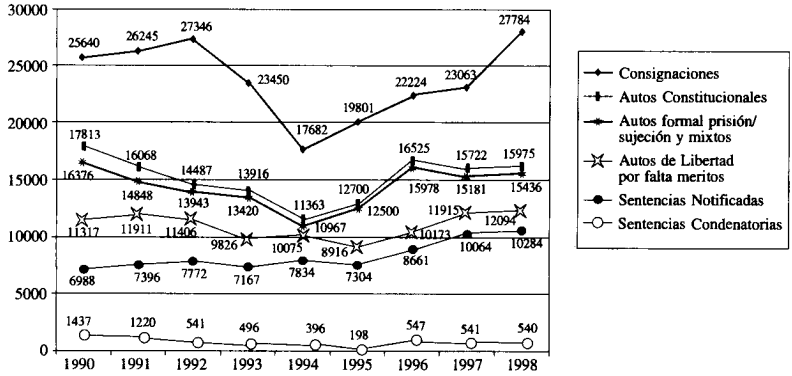
Gráfica 1

Averiguaciones Previas Iniciadas y Presuntos Delincuente Consignados a Juzgado de Primeira instancia del Distrito Federal (Fuero Común 1970-1999)



Gráfica 2

Tendencia de las principales acciones del Poder Judicial en el período de 1990-1998 (Números absolutos)



Gráfica 3. Comparativo por Centro de Procesados-Sentenciados

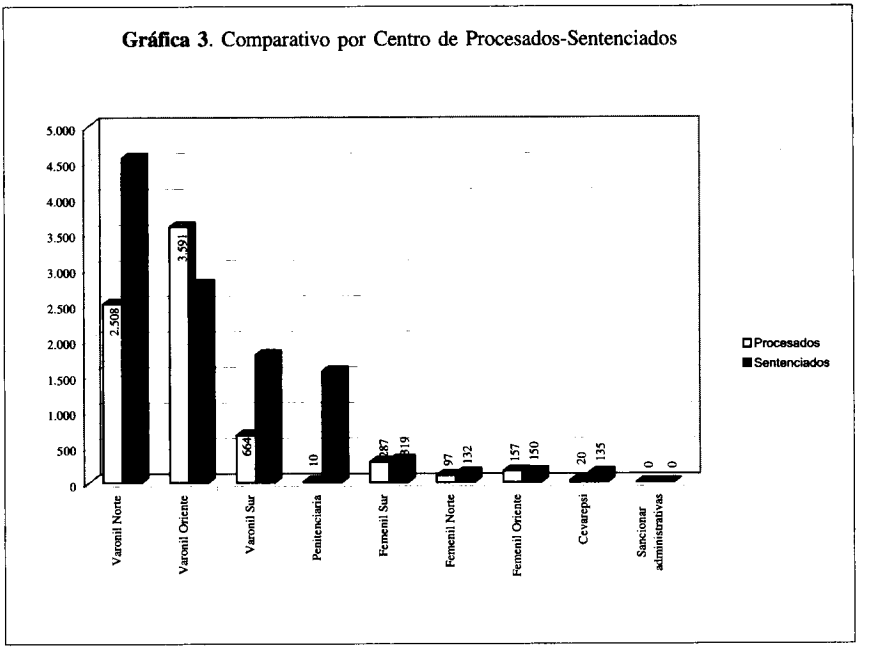


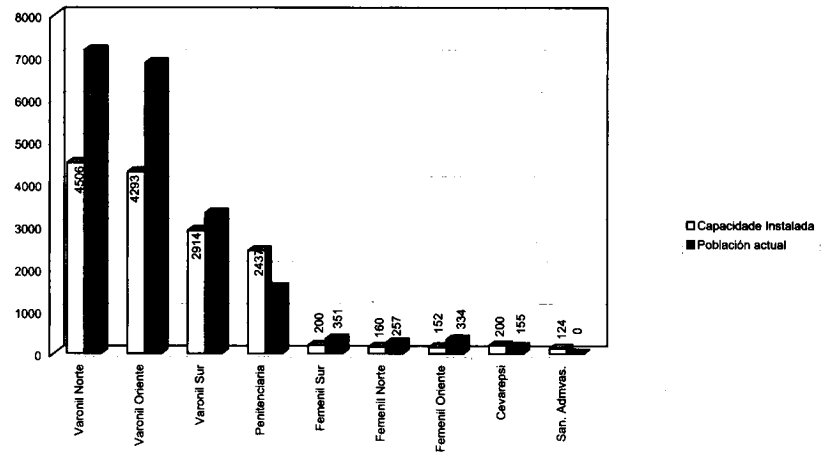
Tabla 1. Capacidad Instalada/Población total (a septiembre de 1999)

Centro	Proyecto Original	Ampliación de Espacios en 1997	Ampliación de Espacios en 1998	Capacidad Instalada	Población Actual	Sobrepoblación
Var. Norte	1,398	1,608	1,500	4,506	7,172	2,666
Fem. Norte	160	-------	-------	160	260	100
Var. Sur	1,398	1,516	-------	2,914	3,277	363
CEVAREPSI	160	40	-------	200	159	-41
Var. Oriente	1,398	1,743	1,152	4,293	6,728	2,435
Fem. Oriente	152	-------	-------	152	318	166
Penitenciaria	1,896	541	-------	2,437	1,562	-875
Fem. Sur	200	-------	-------	200	351	151
Sanc. Admvas	124	-------	-------	124	10	-114
TOTAL	**6,886**	**5,448**	**2,652**	**14,986**	**19,837**	**4,851**

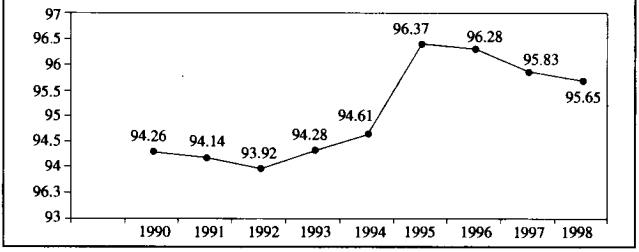
Tabla 2. Visitas Familiares del 1.° de enero al 30 de septiembre de 1999 en las cárceles de México

	Hombre	Mujeres	Menores	Total
Varonil Norte	364,910	1,018,766	386,058	1,769,734
Varonil Sur	177,835	361,878	173,669	713,382
Varonil Oriente	456,503	943,541	181,917	1,581,961
Penitenciaria	24,329	90,362	45,118	159,809
Femenil Norte	13,961	15,352	10,890	40,203
Femenil Oriente	16,133	25,329	14,119	55,581
Femenil Sur	9,412	12,796	7,604	29,812
Sanciones Administrativas	1,152	931	202	2,285
Cevarepsi	1,078	2,403	942	4,423
TOTAL	**1,065,313**	**2,471,358**	**820,519**	**4,357,190**

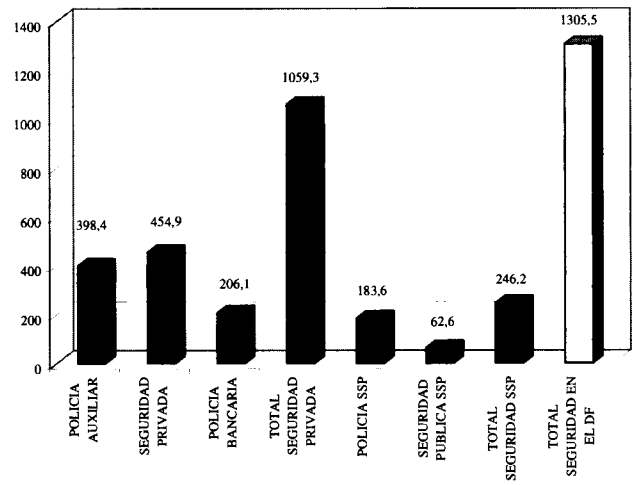
Gráfica 4. Sobrepoblación carcelaria de enero a septiembre de 1999



Gráfica 5. Impunidad en el Distrito Federal respecto las averiguaciones previas iniciadas en el período 1990-1998



Gráfica 6. Tasa de fuerzas policiales en el D.F. por cada 100 mil habitantes durante 1999



	POBLACION EN EL DISTRITO FEDERAL		8584194
	TASA POR 100 MIL HABITANTES	EMPRESAS	ELEMENTOS
POLICIA AUXILIAR	398,4	1	34055
SEGURIDAD PRIVADA	454,9	611	38884
POLICIA BANCARIA	206,1	1	17614
TOTAL SEGURIDAD SSP	1059,3	613	90553
		INSTITUCIONES	
POLICIA SSP	183,6	1	15692
SEGURIDAD PUBLICA SSP	62,6	1	21042
TOTAL SEGURIDAD SSP	246,2	1	21042
TOTAL SEGURIDAD PUBLICA D.F.	1305,5		111595

Fuentes: Los datos de Población del Distrito Federal se obtuvieron del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI)

El número de elementos de la POLICIA AUXILIAR, POLICIA BANCARIA Y SEGURIDAD PUBLICA SSP se obtuvierpn de la Comparencia del C. Secretario de Seguridad Pública, Dr. Alejandro Gertz Manero, ante la Asamblea legislativa del Distrito Federal, fechada el 27 de abril de 1999.

La Policía Auxiliar cuenta con 39,405 elementos de los cuales 5,350 se encuentran cubriendo funciones de Seguridad Pública, y se han graficado como SEGURIDAD PÚBLICA SSP.

El número de elementos de SEGURIDAD PRIVADA, así como el total de empresas fue abtenido de boletín de la procuradoría General de Justicia del Distrito Federal, a través de su Dirección General del Registro de Servicios Privados de Seguridad del Distrito Federal.

El número de elementos de la Policía Preventiva fue obtenido de los informes mensuales sobre índice de delincuencia en el Distrito Federal que proporciona la Secretaría de Seguridad Pública.

1.4

CLONACIÓN, DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIÓN

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ*

SUMARIO: 1. Introducción: 1.1 Clonación e inconstitucionalidad; 1.2 Tipos de clonación: 1.2.1 Clonación reproductiva; 1.2.2 Clonación terapéutica – 2. Alcance de la expresión "dignidad humana" en la reflexión filosófico-jurídica: 2.1 Concepciones de la dignidad humana: 2.1.1 La concepción cristiana; 2.1.2 La concepción marxista; 2.1.3 La concepción liberal; 2.2 La racionalidad como presupuesto de la dignidad humana – 3. La dignidad humana en la Constitución: 3.1 Dignidad humana y derechos fundamentales; 3.2 La "persona" como titular de los derechos inherentes a la dignidad; 3.3 La vida humana como bien jurídico protegido – 4. La dignidad humana y la clonación: 4.1 Derecho a la procreación y reproducción asistida; 4.2 Derecho a la reproducción y clonación; 4.3 La clonación como lesión de la individualidad, integridad y derecho a la ignorancia del futuro ser humano; 4.4 Clonación terapéutica y destrucción de embriones – 5. Conclusiones – Bibliografía.

Resumen: El objetivo del trabajo es mostrar que la clonación no supone un atentado a la dignidad humana en ciertos casos. Precisamente la dignidad humana comporta tomar en serio y no despreciar los planes de vida de las personas. En la medida en que sólo son titulares de la dignidad humana las personas ya nacidas, el respeto de su dignidad exigiría que no ha de impedirse a las personas que optan por la paternidad biológica, recurrir a la clonación cuando otros métodos no fuesen posibles o supusiesen la transmisión de una enfermedad hereditaria a la descendencia. En ningún caso la dignidad humana de las personas se vulnera a través de clonación terapéutica. Ésta se justifica en el derecho a salud de los ya nacidos y con ello la posibilidad de poder llevar a cabo sus planes de vida.

Palabras-clave: Clonación reproductiva – Clonación terapéutica – Dignidad humana – Derechos.

1. Introducción

Ante la clonación la actitud general de la población no es de indiferencia. Para unos ésta se percibe como una oportunidad, para otros como un mal sueño. La opinión dominante, se inclina por el mal sueño y aboga por su prohibición, aunque no falten las voces discrepantes que defienden su permisión. Uno de los argumentos que alega la opinión minoritaria en contra de la prohibición es que,

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

cuando la ciencia esté en condiciones de llevarla a cabo con éxito, tarde o temprano la clonación humana será una realidad. Frente a este argumento cabría contraponer lo que decía Leon Kass hace 20 años: "entre los hombres sensibles la capacidad para clonar a un hombre no sería razón suficiente para hacerlo. En realidad no habría clonación humana entre los hombres sensibles".[1]

Como mujer sensible estoy de acuerdo en que la capacidad para clonar a un hombre no es una razón suficiente para hacerlo. Pero también creo que la sensibilidad no impide que la clonación pueda justificarse en determinados casos. El objetivo de este trabajo es analizar, precisamente, si la permisión por parte del legislador español de la clonación en ciertos supuestos sería necesariamente contraria a la Constitución.

El ordenamiento jurídico español vigente, acogiendo la opinión mayoritaria, prohíbe la clonación humana. La Ley 35/1988 sobre Reproducción Asistida ya la penalizaba con una sanción administrativa en el art. 20.2.B, letras k y l. El Código Penal de 1995, en su Disposición final tercera, ha modificado esta Ley suprimiendo, entre otras, las letras k y l. En su lugar establece, en el art. 161.2, que serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes creen seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. El Protocolo Adicional sobre Clonación al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la biomedicina, suscrito por España y vigente desde el 2000, también la prohíbe. En el ámbito internacional, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por la Unesco el 11 de noviembre de 1997, aunque no tiene carácter vinculante, también establece que no deben permitirse prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.

Supongamos que dejamos de lado el Derecho vigente hoy por hoy sobre este tema y tomamos sólo como punto de referencia la Constitución española de 1978 ¿sería inconstitucional una ley que permitiese la clonación en ciertos supuestos?

1.1 Clonación e inconstitucionalidad

Uno de los argumentos recurrentes frente a la clonación humana es que ésta supone un atentado a la dignidad humana. El art. 10.1 de la Constitución establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. ¿Sería contraria al art. 10.1 de la Constitución y a otros preceptos constitucionales una ley que regulase positivamente la clonación humana?

(1) Cf. George H. Hieffer, *Bioética*, Madrid: Alhambra, 1983, p. 224.

En el sistema jurídico español, igual que en otros de nuestro contexto cultural, la Constitución no sólo es una norma que garantiza derechos y libertades sino que es la norma que sirve de fundamento a todo el ordenamiento jurídico. Las normas constitucionales se consideran un límite infranqueable a la actividad del legislador ordinario. Una ley contraria a la Constitución es una norma jurídica inválida. El juicio de invalidez significa que una norma inconstitucional no puede formar parte del ordenamiento jurídico. Para que este juicio tenga consecuencias en el interior del sistema jurídico ha de ser emitido por un órgano jurídicamente competente.

En nuestro ordenamiento jurídico el órgano competente es, como se sabe, el Tribunal Constitucional. Ante este Tribunal pueden plantearse, para controlar la constitucionalidad de las leyes, dos tipos de recursos: el recurso directo, denominado "recurso de inconstitucionalidad", y el recurso indirecto o incidental, llamado "cuestión de inconstitucionalidad".[2] Este Tribunal es, a su vez, el intérprete autorizado de los mandatos constitucionales.

Pero los filósofos del Derecho solemos tener respecto de la Constitución la misma actitud que los protestantes tienen ante la Biblia: todo ciudadano está legitimado para interpretar la Constitución. El Tribunal Constitucional es un intérprete privilegiado, pero no necesariamente infalible. De ahí que no compartamos la actitud católica que otorga a ciertas autoridades religiosas la competencia exclusiva sobre el sentido de los textos sagrados.[3] Todos podemos opinar sobre las interpretaciones que de la Constitución debería hacer el Tribunal Constitucional, aunque aceptemos el carácter jurídicamente vinculante de sus opciones interpretativas.

Es importante que los ciudadanos discutamos libremente sobre el sentido de las normas constitucionales. Una sociedad abierta de intérpretes constitucionales posibilitará que textos antiguos en el tiempo puedan ir adaptándose a las nuevas exigencias de una sociedad plural. Propongo, pues, iniciar un diálogo sobre si una legislación permisiva en materia de clonación humana sería necesariamente contraria a la Constitución. O dicho de otra forma: la clonación humana es ahora ilegal pero ¿sería necesariamente inconstitucional una legislación que la permitiese en ciertos supuestos?

(2) El recurso de inconstitucionalidad ha de formularse en el plazo de 3 meses a partir de la publicación de la ley y están legitimados para interponerlo el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (art 162.1 CE). La cuestión de inconstitucionalidad la puede plantear un órgano judicial cuando considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución (art. 163 CE).

(3) Cf. José Juan Moreso, *Indeterminación del derecho e interpretación constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 232 *et seq.*

1.2 Tipos de clonación

Los términos en los que planteo la cuestión introducen un elemento que me parece imprescindible enfatizar: no todas las clonaciones humanas son iguales. Bajo el rótulo genérico "clonación humana" se encubren supuestos muy diversos que creo necesario deslindar. Las clasificaciones siempre son algo arbitrarias pero creo que cabe hacer una clara distinción entre los siguientes supuestos: Clonación reproductiva y clonación terapéutica.

1.2.1 Clonación reproductiva

Entiendo por clonación reproductiva aquella que está destinada a satisfacer un proyecto parental. Esta clonación puede realizarse a través de dos procedimientos.

1.2.1.1 Clonación por transferencia de células somáticas – Entenderíamos por tal la producción de un individuo humano genéticamente idéntico a otro mediante sustitución nuclear a partir de células somáticas de un niño o de un adulto. Este es tal vez el caso en el que normalmente se piensa cuando se plantea el tema de la clonación. Las razones para desear un descendiente clónico pueden ser muy variadas. En la "lista de lavandería" de Kass se contemplan algunas:

a) Réplica de individuos de gran genio o gran belleza, para mejorar la especie o para hacer la vida más agradable.

b) Réplica de sanos para evitar el riesgo de enfermedades hereditarias contenido en la lotería de la recombinación sexual.

c) Facilitamiento de grandes series de sujetos de la misma herencia para estudios científicos sobre la importancia relativa de lo innato y el entorno en diversos aspectos de la actividad humana.

d) Proporcionar un hijo a un matrimonio estéril.

e) Producción de equipos de sujetos idénticos para utilizaciones especiales en la guerra y en la paz.[4]

1.2.1.2 Clonación por división embrionaria como soporte de las técnicas de reproducción asistida – En este caso la creación de embriones preimplantatorios a partir de otros ya formados serviría para tenerlos de reserva en el caso de que la mujer no pueda proporcionar más óvulos o su obtención sea muy difícil. También podría usarse para practicar sin riesgos el diagnóstico preimplantatorio del embrión.

(4) Cf. Hans Jonas, *Técnica, medicina y ética. Sobre la practica del principio de responsabilidad*, Barcelona: Paidós, 1997, p. 123 *et seq.*

1.2.2 Clonación terapéutica

En este caso a partir de una célula somática de un adulto donante podría crearse un embrión del cual se obtendrían células madre que, una vez diferenciadas, producirían tejidos clónicos del donante. Estos tejidos se podrían implantar para curar determinadas enfermedades y no darían lugar a rechazo.

Esta enumeración permite ver aspectos muy distintos que pueden concurrir en el tema de la clonación humana y que merecen, a mi parecer, un tratamiento diferenciado en orden al debate constitucional. ¿En todos los casos reseñados la dignidad humana se ve afectada en la misma medida? Para responder en uno u otro sentido es necesario analizar, en primer lugar, qué se entiende por dignidad humana y, en segundo lugar, cómo puede verse afectada en los casos que hemos señalado.[5]

2. Alcance de la expresión "dignidad humana" en la reflexión filosófico-jurídica

Los juristas se han visto obligados a delimitar el sentido de esta expresión ya que ella aparece en textos jurídicos de especial trascendencia. La Constitución alemana de 1949, en su artículo 1, dice expresamente que la dignidad del hombre es intangible y que protegerla y respetarla es obligación de todos los poderes del Estado. Esta Constitución fue uno de los modelos en los que se inspiró la Constitución española de 1978 por lo que no ha de extrañar que en ella la dignidad humana ocupe, también, un lugar preferente. La Constitución de Andorra de 1993, influida, a su vez, por la española, también establece en su art. 4 que la dignidad de la persona es intangible. En el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se proclama que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala en su Preámbulo que los Derechos que recoge derivan de la dignidad inherente a la persona humana. En el Convenio de los Derechos Humanos y de la Biomedicina de 1997 en su art. 1 se establece que las partes de este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano. En la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 en su art. 2 a) se establece que todos los seres humanos tienen derecho al respeto de su dignidad y de sus derechos, con independencia de sus características genéticas.

La idea de la dignidad humana ocupa también un lugar central en el contexto del "aggiornamento" del Catolicismo que inició el Papa Juan XXIII y se plasmó

(5) La necesidad de diferenciar y de no condenar de forma absoluta la clonación en todas las circunstancias es propugnada por Diego Gracia en el artículo "Las lecciones de 'Dolly'", publicado en *El periodico*, el día 1.º.04.1997.

en la Encíclica "Paz en la Tierra" de 1963. En la Constitución *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II de 1965, bajo el Pontificado de Pablo V, aparecen, también, amplias referencias a la dignidad humana.[6]

2.1 Concepciones de la dignidad humana

Pero, pese al uso tan frecuente de esta expresión, no está claramente determinado cuál es su contenido material. Esta indeterminación, más que un obstáculo, es precisamente una de sus ventajas, pues permite que desde distintas concepciones ideológicas pueda usarse esta noción.[7] El concepto dignidad humana se nutre de distintas tradiciones culturales. De las diversas visiones del mundo que han contribuido a dotar de contenido a esta noción cabe destacar, a mi juicio, la cristiana, la marxista y la liberal.

2.1.1 La concepción cristiana

Para la tradición cristiana la preeminencia del valor "dignidad humana" deriva fundamentalmente de la teoría de la semejanza del hombre con respecto a Dios. El hombre, al ser creado a imagen y semejanza de Dios, posee una especial dignidad. De esta suerte se admite que las cosas puedan ser instrumentadas y puestas a su servicio y, al mismo tiempo, se niega que una esencia humana quede sometida a otra como un puro instrumento. La persona individual no puede ser una cosa fungible, al ser el alma la forma esencial del hombre individual. Los hombres son sustancialmente iguales porque todos son hijos de Dios y han sido creados a su imagen y semejanza. En palabras de Kierkegaard el hombre tiene una característica que los demás seres no tienen: en la medida en que cada singular es creado a imagen de Dios, el singular es más alto que el género.

El problema de esta concepción es doble: en primer lugar, es necesario ser creyente para compartirla; en segundo lugar, aunque se sea creyente no puede utilizarse como un argumento que suscite consenso en una sociedad plural en materia ética.

2.1.2 La concepción marxista

En la obra de Bloch podemos hallar un intento del reconocimiento de la dignidad humana dentro de la teoría marxista. Para el marxismo el hombre no es un

(6) Cf. Miguel Angel Alegre, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996, p. 22 *et seq.*

(7) Si tomamos como punto de referencia la discusión en torno a la constitucionalidad o no de la Ley de Reproducción Asistida podemos ver que la dignidad humana es un argumento básico tanto entre los defensores de la constitucionalidad como los de la inconstitucionalidad.

ser genérico fijo con cualidades inmutables, sino que es un producto de las relaciones sociales existentes. De ahí que esté ineludiblemente abocado al cambio y a la transformación. En las sociedades clasistas existentes la clase dominada se compone, en el plano económico, de agobiados y oprimidos y, en el plano jurídico de humillados y ofendidos. Lo único permanente que podemos vislumbrar en el hombre es una tendencia a superar las situaciones de humillación, de adoptar el paso erguido y esto es, precisamente, la dignidad humana.[8] La dignidad humana supone para este autor tener "la intención del paso erguido" que sería, dicho de otra forma, la tendencia del hombre hacia relaciones que no estén alienadas.

El problema de este planteamiento es que está excesivamente unido a una concepción filosófica no compartida por la mayoría de sectores sociales y sólo puede dotarse plenamente de sentido en el contexto de este marco teórico.

2.1.3 La concepción liberal

La concepción liberal asocia a esta expresión una idea común en la reflexión ética de raigambre kantiana: el hombre es un fin en sí mismo, un sujeto y no un objeto. Según Kant "en el sistema de la naturaleza el hombre (*homo phaenomenon, animal rationale*) es un ser de escasa importancia y tiene con los demás animales, en tanto que productos de la tierra, un precio común (....) Ahora bien, el hombre considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón práctico-moral está situado por encima de todo precio; porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir posee una *dignidad* (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde *respeto* hacía él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad.[9]

En la medida en que, según Kant, el hombre existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para usos cualesquiera de una u otra voluntad, se puede formu-

(8) Cf. Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid: Aguilar, 1980, p. 156 *et seq.*

(9) Cf. Inmanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 298 *et seq.* En este apartado, en el que habla de los deberes del hombre consigo mismo considerado únicamente como un ser moral, dice del vicio de la mentira que "es rechazo y –por así decirlo– destrucción de la propia dignidad del hombre. Un hombre que no cree él mismo lo que dice a otro (aunque se tratara de una persona meramente ideal) tiene un valor todavía menor que si fuera simplemente una cosa; porque siendo así que ésta es algo real y dado, algún otro puede servirse de su condición para sacar algún provecho; pero comunicar a otro los propios pensamientos mediante palabras que contienen (intencionadamente) lo contrario de lo que piensa el hablante, es un fin opuesto a la finalidad natural de comunicar sus pensamientos, por tanto, es una renuncia a su personalidad y una simple apariencia engañosa de hombre, no el hombre mismo". Cf. op. cit., p. 291 *et seq.*

lar el siguiente principio práctico supremo "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio".[10]

Este planteamiento es el que habitualmente sirve de apoyo para la determinación del contenido de sentido de la expresión que nos ocupa. Tiene la ventaja de que puede ser compartido tanto por creyentes como por no creyentes. Las convicciones éticas de las sociedades actuales constituidas bajo los auspicios de la Ilustración están fuertemente influidas por las propuestas kantianas, aunque éstas tengan que competir con un poderoso adversario como es el utilitarismo. Pero, mientras los creyentes pueden encontrar en la ética kantiana una justificación racional de sus convicciones básicas, difícilmente pueden suscribir la moral utilitarista.

2.2 *La racionalidad como presupuesto de la dignidad humana*

Spiegelberg ha señalado que la expresión "dignidad humana" es relativamente reciente, no tiene más de doscientos años. Aunque muchos autores la asocian con el autor renacentista Pico della Mirandola y su obra "De dignitate hominis"[11] hasta la Ilustración no se hizo habitual la expresión "dignidad del hombre".[12] Si el término "dignidad" tiene diversos significados y admite gradaciones, la expresión "dignidad humana" alude normalmente a aquel mínimo de cualidad que todo ser humano posee por el hecho de serlo. No puede ser ganada ni perdida y es igual para todos.[13]

Lo que no queda claro es la determinación de las cualidades en las que ésta consiste. Algunos autores han señalado, por ello, que es más fácil ponerse de acuerdo sobre las acciones que vulneran la dignidad humana.[14] Este es el caso de la clonación. No sabemos exactamente qué entendemos por dignidad humana, pero hay un acuerdo mundial en que la clonación la vulnera.

Pero, en cualquier caso, lo que también plantea dificultades es determinar quién decide lo que supone un atentado a la dignidad de la persona. Podría defenderse una propuesta simple: que cada persona en concreto determine lo que supone un atentado a su dignidad. La mayoría de autores considera, sin embargo, que el concepto de dignidad humana ha de ir más allá de lo que cada persona concreta

(10) Cf. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 5. ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1977, p. 84.

(11) Así puede verse en un reciente artículo de Ignacio Sotelo, titulado "De la dignidad", publicado en *El País* el día 21 de octubre de 1997.

(12) Cf. Herbert Spiegelberg, "Human dignity: A challenge to contemporary philosophy", *in*: Rubin Gotesky/ Ervin Laszlo, *Human Dignity, This Century and the Next,* New York: Gordon and Breach, 1970, p. 42.

(13) El TC ha establecido en su sentencia 276/1982, de 24 de mayo, que todas las personas tienen igual dignidad.

(14) Cf. René Marcic, *Rechtsphilosophie,* Freiburg: Verlag Rombach, 1969, p. 263.

considere lesivo y ha de construirse una noción menos subjetivista para poder ser operativa en los contextos normativos en los que normalmente aparece.[15]

La determinación del contenido de la expresión requiere especificar cuáles son las cualidades que confluyen en un ser humano y que le hacen acreedor de este especial merecimiento. El *status* especial del hombre frente a los demás seres, su dignidad, se debe principalmente a que es un ser racional.[16] El que el hombre sea un agente racional es lo que determina que pueda ser considerado una entidad moral y no puedan serlo los animales, en ciertos planteamientos éticos, porque no son agentes racionales.[17]

Pero, si no se asigna entidad moral a los animales porque no son seres racionales, se podría, con el mismo criterio, negar entidad moral a los seres humanos que no son racionales: por ej. no infringiría ningún derecho moral matar a un bebé o a un anciano senil. El contractualismo ha intentado reconocer derechos morales a todos los seres humanos y no a los animales aunque en el caso de los primeros no todos sean completamente agentes racionales. El argumento es que reconocer sólo derechos a los agentes racionales (hombres adultos) sería tendencialmente peligroso y se prestaría a abusos en la media en que no hay límites precisos entre un bebé y un adulto, entre un adulto no muy inteligente y un subnormal y entre un anciano senil y otro no senil.[18]

Puesto que hay una línea divisoria clara, en apariencia externa, entre los seres humanos y los animales pero no entre los seres humanos, parece más prudente para el bienestar de los agentes racionales determinar la posesión de derechos morales por la simple pertenencia de un sujeto a la clase de seres humanos. Si la línea divisoria se trazase en términos de inteligencia, tendríamos problemas entre seres humanos y entre seres humanos y animales: un chimpancé puede ser más inteligente que un ser humano subnormal. Los rasgos físicos humanos sirven para delimitar la atribución de derechos de una forma bastante segura. *El argumento de la pendiente resbaladiza fundamenta* la tesis de que todos los seres humanos tienen derechos morales porque, de negarse derechos a algunos de ellos en base al grado de racionalidad, podría darse una situación en la que se desconociesen los derechos morales de algunas personas que sí los tienen en cuanto agentes morales.[19]

Si la dignidad humana se basa en el carácter racional del hombre, es necesario profundizar algo más en lo que esto significa. Un agente racional es un sujeto

(15) Cf. Miguel Angel Alegre, op. cit., p. 26 *et seq.*

(16) Idem, ibidem, p. 18; Regino Mateo Pardo, "La 'dignidad de la persona humana' y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Escritos Jurídicos en Memoria de Luís Mateo Rodriguez*, Universidad de Cantabria, 1993, t. I, p. 345 alude, también, a la racionalidad como una de las dimensiones específicas de la persona humana.

(17) Cf. Peter Carruthers, *La cuestión de los animales,* Gran Bretaña: Cambridge University Press, 1995, p. 130.

(18) Idem, ibidem, p. 134.

(19) Idem, p. 135 *et seq.*

que tiene creencias y actúa en base a ellas para alcanzar sus deseos. Esta caracterización de agente racional es la que nos obligaría a plantearnos la necesidad de considerar a algunos animales como agentes racionales. Algunos comportamientos animales parecen responder al modelo de actuación racional que hemos propuesto. Para obviar esta conclusión, se ha dicho que para tener creencias es necesario tener, previamente, el concepto de creencia y que para tener ésta es necesario poseer un lenguaje.[20]

Este argumento se ha discutido. No lo analizaremos en profundidad porque se ha señalado, con razón, que ser un agente racional significa algo más que tener creencias y obrar con respecto a ellas para satisfacer sus deseos. Lo que caracteriza a un sujeto racional, desde la perspectiva ética contractualista, es que éste es capaz de pactar normas que le sirven para orientar sus acciones futuras. Así, un agente racional es aquel sujeto que puede representarse mentalmente estados de cosas no puramente inmediatos y elegir racionalmente entre ellos.[21] Dicho de otra forma: un agente racional es aquél que puede, no sólo satisfacer sus deseos más inmediatos, sino también elaborar y realizar planes a largo plazo.

La planificación sería, pues, una característica de la racionalidad. Pero es consustancial a la idea de planificación la posibilidad de que los mismos objetivos puedan alcanzarse de diversas formas, aunque algunas sean más eficaces que otras. También incluye la planificación la necesidad de tener en cuenta las creencias y los deseos de otros y poder obrar según una norma general vinculante para todos. Aunque algunos comportamientos animales podrían ser interpretados desde la idea de planificación, no se definen propiamente como tales en la medida en la que todos los miembros de la misma especie parecen hacerlo de forma innata.[22]

Las cualidades que ha de reunir un agente racional serían, pues, la capacidad de hacer planes a largo plazo, de representarse diferentes conjuntos de normas sociales y de prever las probables consecuencias de la aplicación de esas normas.[23] El proceso de constitución de un agente racional admitiría distintos grados en la medida en que se evoluciona desde la infancia hasta la edad adulta. Pero, como hemos dicho, otorgar derechos proporcionados según el grado de racionalidad, aunque teóricamente fuese posible, podría prestarse a abusos. De ahí que extendamos una barrera de protección amplia que abarque a todos los seres humanos.

Un principio moral que quiera ofrecer un marco de referencia estable y simple para la mayoría de la gente ha de asignar derechos morales directos a todos los seres humanos. Hacer distinciones entre seres humanos podría tener consecuen-

(20) Idem, p. 150 *et seq.* Lo que se discute aquí es que si para tener una creencia es necesario el lenguaje. Lo que no se cuestiona es que una condición suficiente para ser un agente racional es ser capaz de hablar un lenguaje natural completo.

(21) Cf. Peter Carruthers, op. cit., p. 158.

(22) Idem, p. 159 *et seq.*

(23) Idem, p. 169.

cias psicológicas desastrosas desde el punto de vista moral. Una norma que negara entidad moral a los subnormales o a los ancianos seniles iría totalmente en contra de nuestro impulso natural de compasión por aquellos que comparten nuestra apariencia humana, y quizá este impulso quedaría a la larga debilitado. Ello podría redundar negativamente en nuestro respeto por el sufrimiento de los agentes racionales.[24] Si la racionalidad es lo que determina la dignidad humana, no es extraño que Nino diga que el principio de la dignidad de la persona prescribe que "los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento" (...) "los hombres deben ser tratados según estas manifestaciones de voluntad en tanto y cuanto ellas sean constitutivas de su plan de vida cualquiera que éste sea (lo que no ocurre cuando se dan los llamados "vicios de la "voluntad")".[25]

Para este autor la dignidad como personas se ve menoscabada "no sólo cuando nuestras decisiones son asimiladas, por ejemplo, a enfermedades, sino también cuando lo mismo ocurre con nuestras creencias y las opiniones que las expresan. Cuando alguien considera a unas y a otras como objeto de tratamiento y no las pone en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones, tales como las que lo llevan a adoptar esta actitud hacia nosotros, sentimos que no nos trata como un igual al negarnos el *status* moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo".[26]

Dworkin vincula la dignidad al reconocimiento de los intereses críticos. Los hombres tenemos en común con todas las criaturas con capacidad sensitiva intereses de experiencia. Estos son los que nos llevan a buscar lo que nos resulta atractivo o placentero y a evitar el sufrimiento y el dolor. Los intereses críticos, específicos del hombre, irían más allá. Estarían conectados con las convicciones más profundas que tenemos acerca del modelo de vida que consideramos valioso. El derecho de una persona a que se la trate con dignidad es el derecho a que otros reconozcan la importancia distintiva de su propio proyecto vital.[27]

Los agentes racionales tienen una especial dignidad y por ello deben ser respetados. La protección de todo ser con apariencia humana garantiza de forma más eficaz los derechos de los agentes racionales. En cambio, es discutible que la barrera de protección deba alcanzar, también, al feto humano y al embrión humano. No parece probable que la no protección de éstos sea significativa en orden a la lesión de los derechos de un agente racional. Este último, pero viejo, problema de la entidad de la vida humana en las etapas iniciales de su desarrollo lo examinaremos desde la perspectiva de la Constitución.

(24) Op. cit., p. 194.

(25) Cf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos,* Barcelona: Ariel, 1989, p. 287.

(26) Idem, ibidem, p. 289.

(27) Cf. Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual,* Barcelona: Ariel, 1994, p. 305 *et seq.*

3. La dignidad humana en la Constitución

La dogmática constitucional española ha elaborado el significado y funciones de la dignidad humana a partir de los trabajos de los constitucionalistas alemanes. No es de extrañar, pues la Ley Fundamental de Bonn sirvió, como se sabe, de modelo a la Constitución española de 1978. Tanto en la Constitución alemana como en la española la dignidad humana se constituye como un principio básico o fundamental del orden jurídico-político. Otros principios se consagran, también, en la Constitución, pero la opinión dominante considera que éste ocupa un lugar preeminente.[28]

Para Dürig, la dignidad humana expresa una especificación material, independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal que la capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea. La consagración de la dignidad humana en el texto constitucional tiene como consecuencia, según este autor, que el titular de un derecho fundamental no puede ser tratado como un objeto de la actividad estatal. A un titular de un derecho fundamental se le trata como un objeto cuando se le impide el ejercicio del mismo, estableciendo una serie de presupuestos y condiciones cuyo cumplimiento no puede lograr, aunque ponga en ello el mayor esfuerzo.[29]

3.1 Dignidad humana y derechos fundamentales

La vinculación de la dignidad humana a la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales ha llevado a sostener que hay una correspondencia entre los dos conceptos. El contenido material de los derechos sería idéntico al contenido de la dignidad humana. Por esta vía, el Tribunal Constitucional alemán ha llegado a admitir expresamente el carácter de derecho fundamental de la dignidad humana. Otro sector doctrinal sostiene, sin embargo, que la dignidad humana no es un derecho fundamental. Fundamenta esta tesis en el redactado del propio art. 1. El párrafo 3 del art. 1 establece que los *siguientes* derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos. La dignidad humana no es un derecho fundamental porque aparece aludida antes de la expresión "*siguientes*".[30]

El significado que el Tribunal Constitucional español atribuye a la "dignidad de la persona" responde en líneas generales a la propuesta de Dürig. Según el TC, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida

(28) Cf. Miguel Angel Alegre, op. cit., p. 42.

(29) Cf. Juan Carlos Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 218.

(30) Idem, ibidem, p. 220.

y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.[31] Pero la Constitución española, al mencionar que a la dignidad le son inherentes una serie de derechos inviolables, propicia la misma discusión que se ha planteado en la doctrina alemana. Se trata de precisar si la dignidad humana es en sí misma un derecho o es el valor que sirve de fundamento a los derechos. La doctrina española parecer decantarse claramente por la tesis de que la dignidad humana no es un derecho, sino que es razón de ser de los derechos. La Constitución distingue claramente entre la dignidad y los derechos como cosas separadas.[32]

También suscita un fuerte debate la determinación de cuáles son esos derechos inherentes a la dignidad humana. La doctrina española se inclina, normalmente, por identificar esos derechos con los derechos "fundamentales" de la sección primera del Capítulo segundo del Título I. O sea, sólo son derechos inherentes a la persona los derechos contemplados en los artículos 15 a 29 (también el 30 por lo que se refiere a la objeción de conciencia). Estos derechos se hallan especialmente protegidos en la Constitución a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Hay autores que señalan, sin embargo, que esta asociación es excesivamente estricta y debería ampliarse a la totalidad del Título I, ya que el art. 10 preside y encabeza la totalidad de dicho Título. Por tanto los derechos inviolables inherentes a la persona no serían sólo los "derechos fundamentales", protegidos por el recurso de amparo.[33] Habrían de considerarse derechos inviolables no sólo los denominados "derechos políticos", sino también los derechos económicos, sociales y culturales. Avala esta interpretación el que la Declaración Universal de 1948 establezca en su artículo 22 que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a (...) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Esta concepción amplia es la que lleva a Alegre a sostener que "los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad serán aquellos cuya vulneración atente contra la personalidad o contra su desarrollo".[34]

Es posible defender una concepción amplia de los derechos inherentes a la dignidad humana que vaya más allá de los derechos fundamentales. Sin embargo, debe recordarse que sólo la lesión de un "derecho fundamental" es susceptible de la especial protección que proporciona el recurso de amparo. Por ello, como dentro del catálogo de derechos fundamentales no hay una referencia directa al "derecho a la dignidad", el Tribunal Constitucional ha rechazado la tramitación de muchos recursos de amparo en los que no se alegaba una concreta lesión de estos

(31) Así STC 53/1985, FJ 8º.

(32) Cf. Miguel Angel Alegre, op. cit., p. 81, 118.

(33) Idem, ibidem, p. 45.

(34) Idem, p. 51.

derechos, sino una ofensa genérica a la dignidad personal.[35] También ha establecido el Tribunal Constitucional que ni siquiera los derechos que se califican de fundamentales son en su totalidad imprescindibles para que la dignidad humana no se vea lesionada, de forma que cualquier restricción que se ponga a su ejercicio devenga un estado de indignidad.[36]

Sobre la determinación de los derechos inherentes a la dignidad de la persona cabrían, pues, varias opciones: a) sólo lo son algunos de los derechos fundamentales de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I; b) son los derechos fundamentales de la Sección 1.ª del Capítulo II, del Título I, aunque puedan establecerse restricciones a su ejercicio en algunos casos; c) son todos los del Título I. El Tribunal Constitucional no tiene una posición clara, pues en distintas sentencias asocia derechos distintos al valor dignidad.

La Sentencia 53/85, de 11 de abril, que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, es especialmente significativa en este tema. Declara indisolublemente relacionados con la dignidad humana el derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, la libertad de ideas y creencias, el derecho al honor, la integridad personal y familiar y la propia imagen. Estos derechos inherentes a la persona no estarían vinculados a la condición de ciudadano, sino que serían patrimonio común de todos los hombres. Por tanto los tienen tanto los españoles como los extranjeros. En la Sentencia 99/85, de 30 de octubre, añade a estos derechos el derecho que toda persona tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales. En esta sentencia parece acogerse la idea de que los derechos inherentes a la dignidad son los derechos fundamentales de clara inspiración liberal.

Ahora bien en otras sentencias el Tribunal vincula la dignidad personal con derechos no fundamentales. Así la sentencia 113/89, de 22 de junio, establece que los límites que cabe imponer al derecho del acreedor, derivado de una sentencia firme, para embargar ciertos bienes del deudor, se basan en el respeto a la dignidad humana. Los derechos patrimoniales no deben hacerse efectivos si esto supone para el deudor privarle de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución. Los derechos sociales aquí aludidos complementarían los derechos políticos como derechos inherentes a la dignidad humana.

(35) Así la STC 64/1986, de 21 de mayo, dice expresamente que la norma contenida en el art. 10.1 no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo, según lo dispuesto en el art. 53 CE. Para solicitar amparo, el solicitante debe puntualizar qué derecho de los reconocidos en el art. 10.1 ha resultado vulnerado.

(36) Así la STC 120/1990, de 27 de mayo, justifica la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen los que son condenados a una pena privativa de libertad. Esta sentencia declaraba la constitucionalidad de la decisión adoptada por los Jueces de vigilancia penitenciaria de alimentar por la fuerza a los miembros del Grapo, que en aquel momento estaban en huelga de hambre.

3.2 La "persona" como titular de los derechos inherentes a la dignidad

Si hablamos de dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, no puede soslayarse determinar qué se entiende por "persona". En nuestro ordenamiento jurídico la referencia más explícita nos la proporciona el art. 29 del Código Civil, cuando establece que "el nacimiento determina la personalidad". Algún sector doctrinal considera que esta norma civil no puede condicionar el sentido de las normas constitucionales. Las normas civiles están subordinadas a la Constitución, y ésta, sostienen, no apoya una concepción que vincule la dignidad al momento del nacimiento.

Sostienen que la persona tiene la dignidad de tal *desde el comienzo de su vida*, y el nacimiento no es el comienzo de una vida, sino una fase por la que transcurre una vida que ya ha comenzado antes.[37] El concepto de persona en base a la Constitución debería partir de que todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, y, en la medida en que lo sean, serán personas en sentido jurídico. La cualidad jurídica de persona no debería negarse a ningún ser humano. Todo miembro de la especie biológica *homo sapiens* es titular de derechos, todo ser humano es persona. La noción del Código Civil debería considerarse obsoleta y desfasada y sólo debería mantenerse como tal en el marco de las relaciones patrimoniales.[38]

Si admitimos, sin embargo, que el nacimiento es un hecho decisivo en orden a la personalidad, el *nasciturus* no puede ser titular de los derechos inherentes a la dignidad humana. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 53/1985, confirma este planteamiento. Entiende que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y que también la vida humana en esta etapa de desarrollo ha de protegerse ya que ésta es condición para la posterior vida independiente del claustro materno. Admite, no obstante, que este continuo que es la vida está sometido a cambios cualitativos de naturaleza somática y física, que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

Por ello, no reconoce al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida. La vida del concebido no nacido constituye un bien jurídico, en la medida en que según el art. 15 la vida humana es un valor supremo, pero la titularidad del derecho a la vida la determina el nacimiento. De esta sentencia pueden extraerse, según Gómez Sánchez, las siguientes conclusiones:

a) el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pero sí es un bien jurídicamente protegido que encuentra amparo en el art. 15 de la Constitución;

b) la vida es un proceso que va desde la gestación hasta la muerte. Pero en este proceso hay momentos que son especialmente relevantes: el nacimiento y el

(37) Cf. Miguel Angel Alegre, op. cit., p. 49, 88 *et seq.*

(38) Cf. A. L. Martinez Pujalte, "Hacia un concepto constitucional de persona", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 11-12/150 ss, Valencia, 1995.

momento en el que el *nasciturus* es capaz de una vida independiente de la madre. También concede especial relevancia al momento de la implantación;

c) el Tribunal no distingue, en el proceso anterior al nacimiento, entre las fases de preembrión, embrión y feto, como sí lo ha hecho posteriormente la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida;

d) el Estado tiene la obligación positiva de proteger la vida utilizando sanciones, pero puede omitirlas en ciertos casos.[39]

Esta decisión ha sido fuertemente criticada por los que consideran que la normativa constitucional, de rango superior a la civil, posibilita una construcción de la persona que incluye al *nasciturus*. Consideran que el Tribunal debía haber dado este paso y no seguir anclado en un concepto de "persona" elaborado a partir del Derecho privado. El paso atrás que supone esta sentencia lo pondera Ollero en lo siguientes términos: "La abolición de la esclavitud constituyó un hito en la historia de la humanidad, precisamente porque parecía poner fin a la posibilidad de que un sujeto fuese tratado como un objeto, una persona como una cosa. La persistencia soterrada de la tortura y la abierta apología del aborto continúan marcando hoy un contrapunto de indiscutible frustración en este progreso (...). Cuando se pretende consolidar el conformismo ante la supuesta existencia de seres humanos que no son personas se nos sitúa, pues, en una dinámica de retroceso reaccionario. Se sacrifica al hombre a categorías originariamente concebidas para su defensa, condenándole a acabar siendo tratado como una cosa. La misma era que se ufana de haber logrado el universal reconocimiento de que todos los nacidos son iguales en derechos, contempla impasible la más drástica discriminación de los no nacidos, a los que se niega incluso la mera titularidad de cualquiera de ellos".[40]

La sentencia del Tribunal Constitucional, la normativa civil y la interpretación sistemática del texto constitucional permiten sostener, contra lo que alega Ollero, que el *nasciturus* no es titular de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Si no es titular del derecho a la vida, que tiene la pretensión de ser un derecho absoluto y no graduable, menos lo será del derecho a la integridad física, moral, honor etc.

Este planteamiento es compatible, pese a las críticas en contra, con la tesis de que los seres humanos poseen una especial dignidad. La dignidad del hombre se fundamenta en su racionalidad y obliga a que éste sea tratado según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Empíricamente no todos los hombres tienen el mismo grado de racionalidad, pero tener en cuenta las diferencias existentes podría dar lugar, como se dijo anteriormente, a que se hiciesen distinciones que atentasen a la dignidad de agentes racionales adultos. Es aconse-

(39) Cf. Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana,* Madrid: Marcial Pons/Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 38, 66.

(40) Cf. Andrés Ollero Tassara, *Derecho a la vida y derecho a la muerte,* Rialp-Universidad de Navarra, 1994, p. 23.

jable, por tanto, atribuir a todos los seres humanos la misma dignidad y los mismos derechos. Sólo hay un rasgo que sí deben compartir todos los sujetos a los que se otorga la misma dignidad: la misma apariencia externa, tener "figura humana".

Esta característica es, precisamente, la que toma en cuenta el Código Civil cuando señala que el nacimiento determina la personalidad. Pero sólo se reputa nacido el feto que tenga figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. No es arbitrario que el momento temporal y las características externas sean elementos tan relevantes. Son bastante simples y objetivas. El Derecho establece, así, una línea divisoria clara entre los no nacidos y los nacidos en orden a su especial protección. La ficción jurídica en favor del *nasciturus,* contenida en el apartado segundo del art. 29 del Código Civil, es necesaria precisamente porque el feto no se considera persona.

¿Es razonable que el Derecho tenga en cuenta esta diferencia o sería más conveniente equiparar toda vida humana independientemente de cual sea su etapa de desarrollo? Creemos razonable que el Derecho marque una clara diferencia entre los nacidos y los concebidos no nacidos. Con ello no hace más que acoger el sentir valorativo general. En la sociedad está extendida la idea de que la vida tiene un valor distinto en sus distintas etapas de desarrollo. Esta desigual valoración es una constante en la historia de las ideas religiosas y filosóficas, así como en el Derecho histórico y comparado. El Derecho penal castiga de forma distinta la muerte del no nacido que la muerte del nacido, mientras que castiga igual matar a un niño que a un adulto. De otorgar igual valor a las dos vidas, el legislador no podría permitir el aborto por el sistema de plazos, y deberían considerarse inconstitucionales las normas penales que castigan con menos pena el aborto que el homicidio.

3.3 La vida humana como bien jurídico protegido

Siempre han sido los debates sobre el aborto los que han mostrado de forma más clara las diversas posiciones ideológico-políticas en torno al valor de la vida humana.[41] La discusión constitucional sobre el alcance del art. 15 ha puesto en evidencia que de la expresión "todos" no se deduce la necesidad que ésta incluya al embrión o feto. Pero también ha mostrado que la vida del *nasciturus* no carece de valor. Como ha señalado el TC, la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección al ser un bien jurídico constitucional. Los problemas surgen cuando se quiere determinar la naturaleza de este bien jurídico.

Arroyo Zapatero sostiene que el bien jurídico digno de protección no es un bien jurídico individual, de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la madre,

(41) Sobre el tema del aborto cf. Santiago Mir Puig (Coord.), *La despenalización del aborto*, Bellaterra: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.

sino que es un bien de la comunidad. La sociedad valora positivamente la vida del concebido en la medida en que la vida embrionaria y fetal constituye el presupuesto de la vida plena, de la vida de las personas. La comunidad reconoce en ella a un futuro miembro, en el cual se reconoce a sí misma.[42] Este autor fundamenta la tutela de la vida humana en formación en el principio de la dignidad de la persona. Pero no se trata de que el *nasciturus* sea titular de la "dignidad humana", sino que la idea de dignidad humana socialmente existente induce al legislador a proteger la vida en formación.[43]

Aunque la vida humana en formación sea un bien jurídico, fundamentado constitucionalmente como derivación de la dignidad humana, puede, en determinados supuestos, entrar en conflicto con otros bienes jurídicos que se fundamentan directamente en derechos fundamentales. Se hará necesario, pues, ponderar cómo se resuelve el citado conflicto. En materia de aborto los derechos que colisionan con la vida del *nasciturus* son la vida, la intimidad, la libertad y el libre desrrollo de la mujer. El legislador español ha resuelto el conflicto con la introducción en el Código penal de la solución de las indicaciones. Otras legislaciones han adoptado la solución del plazo.

En la medida en que admitimos que la línea divisoria entre el antes y el después del nacimiento es relevante, no resulta, tampoco, incoherente establecer diferencias cualitativas durante el proceso de desarrollo que va desde la fecundación hasta el nacimiento. Este es, por otra parte, uno de los argumentos que sirven para fundamentar la despenalización del aborto durante los tres primeros meses. Esta solución al tema del aborto no obliga a considerar que la vida humana no tenga ningún valor durante estos primeros meses. Significa sólo que, sopesados el valor de la vida humana en esta etapa de desarrollo y los posibles derechos de la mujer en conflicto, el legislador opta por una solución simple para evitar que verdaderos titulares de derechos lleguen a ser tratados como agentes no racionales.

La discusión sobre el aborto es especialmente interesante en materia de clonación porque incide sobre el mismo bien jurídico protegido: la vida del concebido no nacido. En la medida en que se considera que es un bien jurídicamente protegido, el legislador está obligado a establecer un sistema de normas que tutelen esta vida en proceso de desarrollo. Hasta hace poco la tutela se hacía solamente a través de las normas penales relativas al aborto. En la actualidad, y gracias a los avances científicos en materia de reproducción asistida, el legislador se ha visto obligado a regular de forma expresa los primeros estadios de desarrollo de la vida humana. Esta legislación intenta ponderar el conflicto existente entre la vida humana en formación y otros derechos: el de la procreación, el de la salud, el de la libertad de investigación etc.

(42) Cf. Luís Arroyo Zapatero, "Prohibición del aborto y Constitución", *in*: S. Mir Puig (Coord.), op. cit., p. 71 *et seq.*

(43) Idem, ibidem, p. 72.

4. La dignidad humana y la clonación

Según se desprende de lo que hemos dicho anteriormente, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes han de predicarse solamente de las personas en sentido estricto. La vida humana en la etapa anterior al nacimiento no es titular de derechos sino sólo un bien jurídico digno de protección. En la medida en que es un bien jurídico que ha de ser protegido, el Estado ha de establecer normas dirigidas a tal finalidad.

Pero la vida humana en formación no tiene el mismo rango que la vida de los ya nacidos a los que la Constitución otorga derechos. Uno de los derechos que confiere la Constitución es el derecho a la procreación. Aunque este derecho no está reconocido expresamente, cierto sector doctrinal opina que puede fundamentarse en ciertos preceptos constitucionales como el de la libertad personal o a la intimidad personal y familiar.[44] Incluso los que niegan la existencia de un derecho fundamental a la procreación en sentido estricto, sí reconocen que la libertad de reproducirse existe y está constitucionalmente protegida y que prevalece en nuestro ordenamiento jurídico frente a derechos de los hijos.[45] Otros derechos, como el de la producción científica y el derecho a la salud están reconocidos expresamente en la Constitución –arts. 20 y 43.1 respectivamente–. Estos derechos son los que también pueden entrar en conflicto con la protección de la vida humana en formación.

4.1 Derecho a la procreación y reproducción asistida

Sabemos que para ejercer este derecho a la procreación, cuando utilizamos las técnicas de reproducción asistida, algunas vidas humanas serán sacrificadas: no todos los embriones viables se implantan y, aunque los sobrantes se conserven congelados, más pronto o más tarde serán desechados. A su vez, para llegar a los logros actuales de eficacia de estas técnicas muchos embriones han sido sacrificados. La lesión de este bien jurídico ha de verse como un medio necesario para hacer efectivos algunos derechos que la Constitución otorga a las personas en sentido estricto.

(44) Según Gómez Sánchez "el derecho a la procreaciónes es, por tanto, una realidad en nuestro Ordenamiento constitucional, aunque su sola existencia no determina su extensión (...) Si basamos el derecho a la procreación en la libertad como valor (art. 1.1) y derecho fundamental (art. 17.1), y en la dignidad de la persona (art. 10.1), y lo vinculamos al derecho a la intimidad personal y familiar (art.18), en el respeto a la vida privada (art. 8 del Convenio de Roma) y en el derecho a fundar una familia (art. 12 del Convenio de Roma), debemos aceptar que tal derecho a la reproducción no es absoluto, como tampoco lo son aquellos de lo que deriva y en los que tiene su origen". Cf. Yolanda Gómez Sánchez, op. cit., p. 59.

(45) Cf. Josep Ferrer Riba, "Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación", *Revista del Occidente* 24/72 *et seq.*, 1999.

Es precisamente esta instrumentalización del bien jurídico vida humana en formación lo que lleva a ciertos sectores doctrinales a sostener que el derecho a la reproducción no es ilimitado y que, aunque forme parte del contenido del derecho a la libertad, como una manifestación directa de la autonomía física de la persona, no tiene por qué permitirse que el titular del mismo pueda valerse de cualquier medio reproductivo. En la medida en que las técnicas de reproducción artificial implican la destrucción de embriones sobrantes, serían contrarias a la protección de la vida humana y no estarían amparadas por el derecho a la procreación. Se aduce, también, que la reproducción asistida no es reproducción "humana", ya que se lleva a cabo mediante medios artificiales. La reproducción humana no puede asimilarse a la producción de seres humanos porque el ser humano es *algo más*, y el deber de respeto a su dignidad y a su integridad ha de anteponerse a cualquier otra consideración.[46]

Pero lo que no puede hacerse es equiparar reproducción humana con producción de seres humanos. Y esto es, en realidad, lo que hacen muchos de los opositores a estas técnicas. Consideran inevitable que el uso de las mismas conducirá a que la reproducción humana sea una floreciente industria de la sociedad capitalista o el primer eslabón para la implantación del mundo feliz, estatalizado, de Huxley.

Esta percepción es errónea ya que no subraya adecuadamente el carácter de derecho fundamental de la procreación. El titular de un derecho fundamental es una persona física y, en ningún caso, como señala Gómez Sánchez, pueden "generarse seres humanos mediante técnicas de reproducción asistida si no es a instancia de una mujer o, en su caso, de una pareja (...)".[47] No podría una entidad pública o privada dedicarse a la producción de seres humanos. Ciertas entidades realizan actividades científicas en orden a la procreación, pero éstas se toleran en la medida en que son necesarias para que los titulares del derecho a la procreación puedan ejercerlo. Al ser el derecho a la procreación un derecho fundamental, estas entidades no podrían por sí mismas, sin la concurrencia de alguien que tenga derecho a tener hijos, dedicarse a la producción de seres humanos. Y si no pueden hacerlo con las técnicas ya existentes menos podrían hacerlo mediante la clonación.

Es verdad que el uso de estas técnicas conlleva el sacrificio de embriones, de vida humana. Pero se trata de ponderar a qué atribuimos más peso: si a la vida humana en las primeras etapas de desarrollo o al derecho a la procreación. Si en el aborto esta colisión la resolvemos dando preferencia a los derechos de la madre, en este caso sería razonable atribuir más peso al derecho a la procreación que a la pérdida de vida humana.

Me parece más pertinente hablar de vida humana que no, como hacen los detractores de estas técnicas, de seres humanos y personas. La vida humana es en sus primeras etapas sustancialmente distinta de lo que será después, tanto desde el

(46) Cf. Miguel Ángel Alegre, op. cit., p. 95-96.

(47) Cf. Yolanda Gómez Sánchez, op. cit., p. 61.

punto de vista cuantitativo como cualitativo. Considerar "persona" a las células resultantes de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide supone una ampliación excesiva de la referencia del término.

4.2 Derecho a la reproducción y clonación

Las técnicas de reproducción asistida han de verse, pues, como un instrumento necesario para que algunos ciudadanos puedan ejercer su derecho a la procreación. De ahí que aceptemos que la vida humana en formación sea puesta al servicio de este derecho. Pero sabemos, también, que en determinados casos las técnicas que hoy utilizamos son insuficientes para satisfacerlo. Algunas mujeres tienen poca capacidad ovulatoria, a pesar de la estimulación hormonal, para conseguir los óvulos necesarios para tener un hijo propio. En estos casos sería conveniente clonar embriones y mantenerlos en reserva en el caso de no conseguir implantaciones exitosas. ¿Por qué nos oponemos a esta técnica de soporte a la reproducción asistida?[48]

4.3 La clonación como lesión de la individualidad, integridad y derecho a la ignorancia del futuro ser humano

La respuesta más habitual es que esta técnica atenta a la dignidad humana. La dignidad humana de la persona que solicita la técnica no puede vulnerarse pues precisamente la dignidad humana de la mujer, a la que le es inherente el derecho a la procreación, justificaría el uso de la clonación en este caso. Hay que suponer, por tanto, que la dignidad que se vulnera es la del embrión clonado. ¿En qué consiste esta lesión? Se ha dicho que la lesión consiste en que se instrumentaliza al nuevo ser.

Esta es la idea que refleja el Protocolo al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, sobre prohibición de clonar seres humanos. En los considerandos de este texto se hace referencia al art. 1 del Convenio, que establece: "Las partes en el presente Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina". En la medida en que se considera que la instrumentalización de seres humanos a través de la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad humana, el art. 1 del Protocolo prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente a otro, ya sea vivo o muerto.

(48) De la lectura del Proyecto de Ley de Estados Unidos sobre clonación se desprende claramente que esta modalidad de clonación no está prohibida. Así se prohibe "(1) to implant or attempt to implant the product of somatic cell nuclear transfer into a woman's uterus".

Pero no puede desconocerse que todas las técnicas de reproducción pueden verse como una instrumentalización de los embriones para satisfacer el deseo de alguien que quiere tener un hijo. De ahí que se haya visto la necesidad de determinar más en concreto por qué queda afectada la dignidad. Se vulnera la dignidad del embrión clonado porque se le priva de su individualidad genética, al ser una réplica de otro ya existente.

No creo que podamos sostener, sin más, que la individualidad genética sea consustancial a la dignidad humana. A través de la reproducción natural nacen individuos que comparten la misma identidad genética (los gemelos monocigóticos), y no creo que nadie esté dispuesto a afirmar que esta característica es una causa de indignidad. Lo que es inherente a la dignidad humana es que un sujeto pueda tomar decisiones sobre sí mismo, sobre la configuración del mundo que le rodea, y que los demás respeten esta autodeterminación. Y esta posibilidad viene básicamente condicionada por factores externos, educativos, económicos y políticos. La singularidad genética es, sin duda, importante, pero la experiencia empírica que poseemos de individuos genéticamente idénticos por causas naturales debería servirnos para valorar la importancia de los factores culturales en orden a la constitución de las "individualidades" y las "identidades".

Es más, el supuesto de clonación que estamos examinando ni siquiera tiene que condicionar la individualidad genética de los futuros hijos. Imaginemos que se obtienen 4 embriones –A,B,C,D– se realiza una división embrionaria de los mismos dando lugar a otros 4 –A' B' C' D. Se implantan A,B,C,D, y nace A. En una posterior intervención se implantan B' C' D' y nace cualquiera de ellos. En este caso la clonación de los embriones no implicaría para el futuro hijo compartir ninguna identidad genética. Pero, si así fuese, ésta no supone necesariamente una desventaja. Como ha señalado Gracia "hay aspectos en los que los gemelos univitelinos resultan claramente beneficiados: por ejemplo, pueden intercambiarse órganos sin problemas. Tener un hermano gemelo univitelino puede generar algunos inconvenientes, pero sin duda posee también ventajas".[49]

La clonación de seres humanos mediante transferencia nuclear plantea más problemas que el caso anterior en la medida en que, se dice, no sólo supone un atentado a su individualidad genética, sino que, además, se les priva de la integridad genética, al no tener la dotación genética doble del padre y de la madre. Pero hay que diferenciar la importancia que la integridad genética tiene para un individuo concreto y la que tiene para la supervivencia de la especie humana como un todo.

No parece razonable prohibir una acción concreta en la medida en que ésta podría tener consecuencias desastrosas si se generaliza. Muchos comportamientos tendrían consecuencias funestas si todos la llevasen a cabo. ¿Qué pasaría si todos los hombres decidiesen que su trabajo sólo puede consistir en cultivar patatas? No parece razonable prohibir esta acción a partir de los peligros que puede tener la generalización de la misma. La experiencia histórica que tenemos es que

(49) Cf. Diego Gracia, op. cit.

los hombres no necesariamente realizan los mismos comportamientos cuando éstos dependen de su capacidad de decisión.

Prohibir la clonación porque pondría en peligro, si todo el mundo se clonase, la variabilidad genética, elemento indispensable para la supervivencia de la especie, no me parece un fundamento aceptable. Si ésta es la razón última de la prohibición de la clonación, sería necesario primero constatar que la reproducción por clonación de células somáticas se convierte en un método generalizado dentro de la sociedad. La prohibición de la clonación como un delito de peligro respecto a un bien colectivo no debería admitirse hoy por hoy. El legislador debería intervenir sólo cuando este peligro tenga visos de realidad.

Es necesario examinar las razones que fundamenten esta prohibición en orden a la afectación de bienes individuales. El hecho biológico de la integridad genética no parece, en sí mismo, un argumento suficiente respecto del individuo concreto. Sí merece más atención el argumento que proporciona Jonas. Según este autor, hay un daño específico que se causa al sujeto clonado: "El hecho sencillo y sin precedentes es que el –hipotético– clon sabe (o cree saber) demasiado de él. Ambos hechos, el propio y supuesto ya-saber y el de los otros, son paralizantes para la espontaneidad de su *llegar a ser* 'el mismo', y el segundo hecho también para la autenticidad del trato de otros con él".[50] Más adelante añade: "Da igual que el supuesto saber sea verdadero o falso (y hay buenas razones para suponer que es esencialmente falso *per se*): es pernicioso para la obtención de la propia identidad. Porque lo existencialmente significativo es que la persona clonada *piensa* –tiene que pensar– que no es lo que "es" objetivamente en el sentido sustancial del ser. En resumen: al producto de la clonación se le ha robado de antemano *la libertad*, que sólo puede prosperar bajo la protección de la ignorancia. Robar premeditadamente esta libertad a un futuro ser humano es un crimen inexpiable, que no puede ser cometido ni una sola vez".[51]

Según Jonas, lo que hace condenable la clonación es que el futuro ser sabe demasiado de sí mismo y los otros también ya saben cosas sobre él. Aunque lo que se pueda saber del clon no sea necesariamente verdadero, al admitir que los hechos sociales tienen relevancia para la constitución de la identidad personal, ese falso saber es un obstáculo para que un individuo conforme una identidad propia. La libertad necesaria para la constitución de una auténtica identidad personal requiere la protección de un nuevo derecho: el de la ignorancia. Si en épocas pasadas, lo que había preocupado al hombre era la falta de conocimiento, ahora emerge, como problema nuevo, el conocimiento excesivo que puede ser pernicioso para la libertad. Por ello, Jonas propone un nuevo mandato moral que podría formularse de la siguiente forma: "nunca se puede negar a una existencia completa el derecho a aquella ignorancia que es condición de la posibilidad del

(50) Cf. Hans Jonas, op. cit., p. 127.

(51) Idem, ibidem, p. 128.

acto auténtico, es decir la libertad; o bien *respeta el derecho de toda vida humana a encontrar su propio camino y ser una sorpresa para sí misma*".[52]

Jonas es consciente de que podría objetarse a esta tesis que el clon no tiene porque saber su origen. De esta forma los obstáculos que se oponen a la constitución de una identidad propia no se darían. Sostiene, sin embargo, que una conspiración de silencio de este tipo no podría mantenerse a la larga , que el secreto dejaría de serlo y el clon acabaría averiguando la verdad por sí mismo. ¿Por qué? Porque, si el sentido que tiene la clonación es reproducir personas que destacan por sus especiales cualidades, tarde o temprano la copia establecerá la relación con un original que es socialmente visible.[53]

Pero, si esta es la objeción radical a la clonación, la clonación embrionaria no lesiona este bien. El propio Jonas es consciente de ello. Los gemelos, aunque comparten el mismo genotipo, son estrictamente simultáneos. Como no precede ninguno al otro, ninguno vive una vida ya vivida, a ninguno se les ha privado de asistir *ex novo* al desarrollo de sus potencialidades. Ellos no saben de su vida y los otros tampoco saben, aunque sea falsamente, nada acerca de ella. Hay de entrada una total incertidumbre respecto al llegar a ser de los sujetos. Las potencialidades de su personalidad se descubren en el propio ir constituyéndose.[54]

Por tanto, la razón última de la prohibición no puede hacerse extensible a las técnicas de división embrionaria. Es más, en este sentido tampoco debería plantear problemas implantar un embrión que fuese una duplicación de uno que ha sobrevivido pocos días. No se le robaría la libertad pues seguiría dándose una ignorancia total con respecto al modelo. El derecho a la procreación tendría en estos casos una clara preferencia en la medida en que la instrumentalización del nuevo ser humano no sería distinta a la que se produce con las otras técnicas de reproducción asistida.[55]

En la clonación mediante transferencia nuclear de un individuo ya existente el argumento de Jonas explicita la lesión que se produce a la dignidad humana en la medida en que el nuevo ser es menos libre que otros para configurar sus planes de vida. Este planteamiento olvida, sin embargo, que la clonación mediante transferencia nuclear podría ser utilizada para ayudar a ciertos sujetos a ejercer su derecho a la procreación. De la lista de Kass me gustaría recordar los supuestos b) y d). En el b) se decía que una de las razones podría ser replicar a sanos para evitar el riesgo de enfermedades hereditarias contenido en la lotería de la recombina-

(52) Hans Jonas, op. cit., p. 129 *et seq.*

(53) Idem, ibidem, p. 128 *et seq.*

(54) Cf. Hans Jonas, op. cit., p. 126 *et seq.*

(55) Este supuesto de clonación no le parece especialmente rechazable a Romeo Casabona. Cf. Carlos Romeo Casabona, "¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 6/34, Bilbao, 1997.

ción sexual. En el d) se contemplaba como una forma posible de dar un hijo a una pareja estéril.

Ante estos casos podría alegarse que el derecho a la procreación puede ser ejercido mediante mecanismos que no lesionan la libertad de nadie. En el caso b) lo más adecuado sería la utilización de terapia génica. En el d) la utilización de gametos ajenos a la pareja o la adopción de un ser ya nacido, sin más. No cabe duda de que éstas serían, para muchos, las soluciones óptimas. Cabe preguntarse, sin embargo, si, en una sociedad plural, puede exigirse a quienes se hallan en los supuestos anteriores, que renuncien a las técnicas de clonación en vistas del daño que pueden causar a la libertad del nuevo ser. O dicho de otra forma: si sopesamos el derecho a la procreación de una persona, y la afectación de la libertad del futuro hijo ¿ha de inclinarse necesariamente la balanza en favor de la libertad, basada en el derecho a la ignorancia?

Para dar una respuesta definitiva, es preciso valorar la importancia de los dos derechos en juego. Sin duda el derecho a no saber juega un papel importante en la autoconstitución de la identidad. Esta identidad es la que proyecta y ejecuta los planes de vida que sirven para definir al ser humano como agente moral y por ello titular de derechos, una vez nacido. Pero el derecho a la procreación no me parece un derecho de menor entidad. Aunque no sea un derecho explicitado en los textos constitucionales, es uno de los importantes en orden a la conformación de planes de vida.

Una sociedad plural se caracteriza, sin duda, por el hecho de que los modelos de vida pueden ser muy variados. Pero en la base de todos estos proyectos de vida subyace una diferencia básica que puede cifrase en la distinta relevancia que se atribuye a la reproducción. Para la mayoría de individuos, todavía, el proyecto vital que da sentido a su existencia es, precisamente, la constitución de una unidad familiar vertebrada en orden a la reproducción biológica. Es, a partir de esta visión del mundo, como se dota de sentido la existencia individual. De ahí que la esterilidad se perciba de forma traumática. Para otros individuos, sin embargo, su proyecto vital no incluye, como dato significativo, la reproducción.

A estos últimos el derecho a la procreación les parecerá de poco peso. Sólo lo considerarán importante en un sentido negativo. Esto es, ser titular del derecho a la procreación es importante sólo en la medida en que sirve para impedir que el Estado obligue a tener hijos. Pero para la mayoría de ciudadanos la reproducción biológica es un ingrediente fundamental en la conformación de sus planes de vida a largo plazo. Es más, para muchos es el único proyecto vital por el que vale la pena luchar y sacrificarse. Para ellos, el derecho a la procreación ha de incluir la posibilidad de recurrir a los medios que posibiliten el ejercicio positivo de este derecho. En nuestros días, gracias a los conocimientos existentes en materia de reproducción, la esterilidad puede subsanarse con métodos altamente eficaces. Los límites que el Estado puede interponer al uso de estos métodos han de ser cuidadosamente valorados.

Si nos tomamos en serio este derecho y a las personas que quieren ejercerlo, el legislador sólo debería prohibir las técnicas tendentes a facilitar su ejercicio en casos especiales de lesión de otros derechos o bienes jurídicos protegidos. Pero el grado de afectación del bien ha de ponderarse con extremo rigor. No vale recurrir a fórmulas genéricas. Al intentar concretar el alcance de la lesión que produciría la clonación al futuro clon, se dice que se le lesiona el derecho a la ignorancia que posibilita la libertad. En una de las fórmulas de Jonas: toda vida humana tiene derecho a encontrar su propio camino y ser una sorpresa para sí mismo. Propongo que veamos el conflicto de otro modo. Una pareja estéril que se reproduce por clonación lo que hace en realidad es posibilitar que alguien pueda llegar a ser una sorpresa para sí mismo. Y la que lo hace para evitar una enfermedad lo que intenta es que el futuro ser no se encuentre con una sorpresa desagradable, sabida de antemano.[56]

Es evidente que el clon sabrá de sí mismo algo más de lo que es usual. Sabrá las enfermedades que ha padecido su progenitor, las habilidades físicas e intelectuales que éste ha actualizado, los deseos satisfechos y los frustrados, cómo fueron las interacciones con el entorno familiar etc. Pero el clon estará inscrito en otro contexto, recibirá otros estímulos y en base a ellos y, precisamente, en virtud de lo que sabe de su progenitor podrá proyectar un modelo de vida en el que evitará repetir lo que considera frustrante de la vida de otro que ya conoce. La libertad quizá necesite de una cierta ignorancia, pero también se ve favorecida gracias al saber. Conocerse a sí mismo es, precisamente, uno de los ingredientes que permiten proyectar planes de vida que devengan satisfactorios.

4.2 Clonación terapéutica y destrucción de embriones

La posibilidad de obtener células madres indiferenciadas a partir de embriones creados por clonación plantea muchas reservas. En este caso preocupa no sólo el uso de las técnicas de clonación sino también el de la instrumentalización de un embrión en beneficio de un individuo enfermo a través de su destrucción.

La creación de un ser humano sin finalidad reproductiva está prohibida en la legislación española. La Ley 42/1988 califica de infracción administrativa muy grave, según el art. 9.2 B, b) la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación. A su vez, el art. 161.1 del Código Penal castiga como delito la actuación de quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Podría discutirse si con el uso de la palabra "fecundar" el Código Penal ha dejado fuera la creación de embriones por medio de la clonación, pues en ésta más que fecundación hay una transferencia de un núcleo de una célula a un óvulo no fecundado cuya fusión se realiza por medio de una descarga eléctrica. Pero aunque no se considerase un delito si sería una infracción administrativa muy grave.

(56) En contra de este supuesto Romeo Casabona. Op. cit., p. 34 *et seq.*

Creemos que esta normativa debe ser modificada. En la medida en que las investigaciones sobre el uso de células madre embrionarias constituye una de las más firmes promesas de la medicina del futuro y puesto que la protección de la salud y la promoción de la investigación científica en aras del interés general están tutelados en normas constitucionales parece razonable dar primacía a estos derechos cuando éstos entran en conflicto con la vida del embrión. El embrión, como hemos señalado, es un bien jurídicamente protegido pero tiene menos entidad que los derechos de las personas.

A su vez, en el caso de la clonación terapéutica, no se suscitan los problemas que plantea la clonación reproductiva en orden a la afectación de los derechos del futuro individuo clónico. No se pone en peligro su individualidad, ni su integridad genética ni el derecho a no saber demasiado sobre sí mismo para poder conformar libremente su identidad puesto que el embrión sólo se deja desarrollar hasta la fase de blastocito y luego se destruye.

5. Conclusiones

Si se considera que la clonación humana afecta a la dignidad humana, una ley que la permitiese podría ser considerada inconstitucional y objeto, por tanto, de un recurso de inconstitucionalidad.

Ahora bien, las consideraciones efectuadas en el apartado IV permiten afirmar que no es tan evidente como a primera vista podría parecer, que la clonación suponga necesariamente un ataque injustificable a la dignidad humana. En primer lugar hay que distinguir los casos de división embrionaria de los de transferencia nuclear de células somáticas.

Los primeros no plantean algunos de los problemas que se atribuyen a la clonación: ni la falta de integridad genética ni un excesivo conocimiento del futuro. Queda la objeción de la individualidad genética, pero ésta no puede considerarse lesiva de la dignidad humana, puesto que también se da en los gemelos univitelinos generados de forma natural.

El segundo grupo de casos pueden plantear mayores problemas: la falta de integridad genética, el conocimiento excesivo sobre uno mismo y la no individualidad. Pero estas objeciones también pueden ser relativizadas. La privación de integridad genética más bien puede verse como un problema para la especie que como un mal que pueda sentir el individuo. El mayor conocimiento sobre uno mismo sólo puede considerarse excesivo si se admite algo inadmisible: que es más digno el desconocer que el saber y que es más libre el que ignora que el que sabe. El compartir con otra persona los mismos genes se da también en los gemelos univitelinos.

Se sigue de todo ello que no es fácil fundamentar que la clonación implique necesariamente un ataque indudable a la dignidad humana del clonado. No hace falta, en cambio, mayor argumentación para considerar que afectaría a derechos fundamentales la clonación de una persona nacida realizada contra su voluntad.

Pero ello también sucedería en cualquier otra forma de imponer a alguien su descendencia.

Por otra parte, que en los casos de clonación consentida no sea fácil afirmar su inconstitucionalidad como atentado a la dignidad humana, no significa que dicho mecanismo de reproducción aparezca como deseable en todo caso. De hecho la inmensa mayoría de opiniones formuladas hasta ahora sobre la clonación la rechazan abiertamente.[57] Ello tiene que tener algún fundamento. Tal vez reside, en parte, en el miedo que nos da asumir la responsabilidad de modificar el curso de la naturaleza por derroteros aun desconocidos. Nos asusta "jugar a ser Dios" en el terreno de la reproducción humana. Esto está, también, en la base de las reservas que encuentran otros modos de elección de la descendencia como la selección de sexo.

Sin embargo, es difícil oponerse de forma consecuente a la posibilidad misma de que el hombre intervenga de modo consciente, modificando las "vías naturales", en los mecanismos de reproducción. Si prescindimos de fundamentalismos, muchos admitimos que la reproducción asistida ha abierto una vía de esperanza para personas con problemas de esterilidad. Y aquí aparece un derecho de la máxima importancia, cual es el derecho a la procreación. Este derecho puede entrar en colisión con nuestras reticencias ante la clonación. Cuando así sea, ciertas formas de clonación consentidas y convenientemente limitadas, pueden no resultar absolutamente irrazonables. El valor de la dignidad humana, sobre el que descansa la protección de la vida humana en formación, no se lesiona en lo esencial por el uso de estas técnicas, cuando éstas se condicionan al ejercicio responsable del derecho a la procreación.

La autonomía procreativa, según Dworkin, ocupa un lugar central en la cultura política occidental de carácter democrático. Si el rasgo básico de esta cultura es la dignidad humana, ésta no es otra cosa que la idea de que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias creencias y convicciones.[58] Una cultura democrática requiere que la procreación se configure como un derecho de los individuos que ha de ser especialmente protegido.

En el supuesto de la clonación terapéutica no se suscita ninguno de los problemas que pueden plantearse en el marco de la clonación reproductiva. Sólo quedan en pie los que plantea la destrucción de embriones. En este caso debe primar el derecho a la salud de los ya nacidos –las personas dotadas de dignidad– frente al bien jurídicamente protegido que es la vida humana en estado embrionario. La solución, en un estado constitucional pluralista, debe discurrir por vías paralelas a las del aborto.

(57) Una posición abierta respecto de la clonación puede verse en Javier Sadaba/ José Luís Velazquez, *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*, Madrid: Temas de Hoy, 1998, p. 84.

(58) Cf. Ronald Dworkin, op. cit., p. 217 *et seq.*

Bibliografía

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional.* León: Universidad de León, 1966.

ARROYO ZAPATERO, Luís. "Prohibición del aborto y Constitución". In: MIR PUIG, Santiago (Coord.). *La despenalización del aborto.* Bellaterra: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana.* Madrid: Aguilar, 1980.

CARRUTHERS, Peter. *La cuestión de los animales.* Gran Bretaña: Cambridge University Press, 1995.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Barcelona: Ariel, 1994.

GAVARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana.* Madrid: Marcial Pons/ Universidad Complutense de Madrid, 1994.

GRACIA, Diego. "Las lecciones de 'Dolly'". *El Periódico,* 1 de abril de 1997.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y etica. Sobre la práctica del principio de responsabilidad,* Barcelona: Paidós, 1997.

KANT, Inmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* 5. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1977.

_____. *La metafísica de las costumbres.* Madrid: Tecnos, 1989.

KIEFFER, George H. *Bioética.* Madrid: Alhambra, 1983.

MARCIC, René. *Rechtsphilosophie.* Freiburg: Verlag Rombach, 1969.

MATEO PARDO, Regino. "La 'dignidad de la persona humana' y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Escritos Jurídicos en Memoria de Luís Mateo Rodríguez,* Universidad de Cantabria, 1993, t. I.

MORESO, José Juan. *Indeterminación del derecho e interpretación constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos.* Barcelona: Ariel, 1989.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Derecho a la vida y derecho a la muerte.* Rialp/Universidad de Navarra, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos. "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación". *Revista de Derecho y Genoma Humano* 6/21-39. Bilbao, 1997.

SADABA, Javier/ VELAZQUEZ, José Luís. *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética.* Madrid: Temas de Hoy, 1998.

SOTELO, Ignacio. "De la dignidad". Publicado en EL PAIS, el día 21 de octubre de 1997.

SPIEGELBERG, Herbert, "Human dignity: A challenge to contemporary philosophy". In: GOTESKY, Rubin; LASZLO, Ervin. *Human dignity, this century and the next.* New York: Gordon and Breach, 1970.

1.5

UNA ESPECIAL VERSIÓN DEL AUTORITARISMO PENAL EN SUS RASGOS FUNDAMENTALES: la "doctrina" de la seguridad ciudadana*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA**

Resumo: Há mais de duzentos anos (na fase do Iluminismo e precisamente por causa do Iluminismo) estabeleceu-se com clareza inequívoca a aporia entre os direitos fundamentais do ser humano e a Justiça criminal (*ius libertatis X ius puniendi*). Desde essa época o penalista de ética humanista não tem feito outra coisa que buscar limites do *ius puniendi* do Estado. A forma mais sensata para se alcançar esse *desiratum* consiste em recuperar o conteúdo de todos os princípios liberais, enfocando-os desde a perspectiva da Constituição. Só assim pode-se combater a terrível doutrina da segurança pública (ou cidadã), que não foi imaginada para proteger o cidadão, senão para sujeitá-lo a um tipo de direito penal que lembra muito os autoritarismos do século XX. A pena não resolve problemas sociais. O direito penal não pode ser transformado um aparato de guerra.

Palabras-clave: *Ius puniendi* – Limites – Autoritarismo – Segurança – Liberdade.

1. La salvaguardia de los derechos fundamentales ante la Administración de Justicia en lo criminal –tema propuesto como objeto de discusión para esta jornada– presenta la característica de fundir en un presupuesto común la actividad encaminada a ese propósito y los objetos a que se refiere dicha actividad. Con lo que queremos decir que la una y los otros, la función garantizadora y la materia de la tutela, suponen una imagen o idea determinada del hombre al que se aplican las relaciones jurídicas y, en seguida, un concepto del derecho congruente con ella, idea y concepto que han de servir como inspiración al conjunto de la actividad estatal en lo que a las cuestiones criminales concierne, o sea, a todo el plexo del derecho de castigar en sus diversos momentos y formas de manifestarse, por modo de ponerle frenos, sujetarlo a límites y hacer de la protección de los derechos fundamentales razón de ser y eje del *ius puniendi*.[1]

(*) Reconstrucción, anotada, de la intervención del autor en el Primer Foro Latinoamericano de Política criminal ("Los diferentes rostros del crimen"), celebrado en Ribeirão Preto, São Paulo, los días 14 a 17 de mayo de 2002.

(**) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

(1) Parecidamente, Rivacoba, "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología* 4/735-751 y 743-745, Madrid, 2.ª época, julio de 1999.

Ahora bien, el edificio entero del derecho contemporáneo, no sólo su fracción penal, está basado en el concepto de persona; éste, en la dignidad eminente que conviene al hombre en cuanto sujeto de fines, y ambas, en la noción de comunidad, en la vinculación de individuos que se asocian en pro del cultivo de intereses comunes y, sobre todo, porque sólo en el trato recíproco, en el vivir con y ante otros, el hombre es capaz de percibir su autonomía, superar su capa biologicoemocional y cobrar así –en la conocida frase de Kant– conciencia de la entidad de su sustancia como ser pensante a través del cambio de sus Estados.[2] El reconocimiento del hombre como un ser racional y de naturaleza ética, de su individualidad sensible, que le torna apto para el conocimiento de los valores, proponerse fines y hacer de éstos orientación y motivo concretos de su vida y su conducta, reposa, pues, en la voluntad de convivir, o lo que es igual, el respeto del signo de lo humano en el diferente, y es la piedra de toque de los ordenamientos de nuestra cultura jurídica, que consagran y protegen esa dignidad como el elemento que acomuna a todos los hombres, más allá de las infinitas condicionalidades empíricas que les rodean en su existencia social. No hay, entre los máximos poderes jurídicos de disposición del individuo, ninguno que deje de hallar su sustento en esa idea –la idea de humanidad, que "proclama y exige el hombre en sí", según la bella expresión de Max Ernst Mayer[3]–, como tampoco pudiera hablarse en serio de derechos fundamentales, ni serían éstos siquiera concebibles, sin esas dos notas características del derecho que, precisamente por contenerlas y representarse al hombre a su amparo, los reconoce, esto es, la personalidad y la alteridad.

Que debamos el núcleo generador de tales derechos, con su correspondiente traducción política, al pensamiento del iluminismo y a su obra legislativa, apenas requiere mención. No es menos noto que la misma centuria que postuló esos derechos en la fórmula sintética de *libertad, igualdad y fraternidad*, dio también origen al derecho penal liberal. Las demandas principales de la reforma dieciochesca en este terreno, esto es, la consagración de la legalidad de delitos y penas como axioma, la reducción del catálogo de infracciones, la mitigación de sus consecuencias coactivas y la racionalización del proceso penal,[4] así como el ulterior desenvolvimiento de tales exigencias en el seno de la llamada Escuela clásica, acaso traicionen el individualismo abstracto que estaba en la base de entrambos movimientos espirituales, pero no desdice la deuda perenne que tienen aún hoy para con ellos los derechos político y punitivo de la cultura occidental: la concepción liberal de la vida de relación; su forma exterior democrática; el sometimiento de los poderes públicos a un estatuto fijo y general, que rige, ante todo,

(2) *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989. p. 30.

(3) *Filosofía del derecho*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Labor, 1937. p. 193.

(4) Cfr. Rivacoba, "La reforma penal de la Ilustración", *Teoría general del derecho, lógica e informática jurídicas* (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, p. 5, 1987), editado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1988, p. 23 y ss.

la propia actuación estatal, y, en fin, coronando la sede donde expuesto queda el hombre a las mayores restricciones en sus bienes jurídicos más importantes, la articulación de un sistema penal respetuoso de la libertad exterior e interna del hombre, y celoso custodio de su seguridad. Tampoco desmiente, sino confirma la mencionada imagen del hombre, el progresivo perfeccionamiento del liberalismo penal en la doctrina y los ordenamientos posteriores, dentro de una corriente incesante que llega hasta nuestros días. Pues una visión individualista del derecho, y del penal en particular, lleva por sus pasos contados a tomar en consideración los diversos factores personales y sociales que gravitan sobre la conducta de cada cual dentro de la vida en común. El individualismo concreto, centrado, no tanto en descarnadas tipologías individuales, en agrupaciones humanas reducidas al esquematismo de casos, sino atento a la singularidad de cada sujeto en particular inmerso en el gran circuito de la vida, representa una profundización de esa imagen, heredada del pasado glorioso de la Revolución, que lo realza en su individualidad como agente de fines.[5] Tal es, también, la forma en que el derecho hodierno se representa al hombre sobre el cual se propone intervenir penalmente. Del peligro de que el estereotipo deforme y, al cabo, aniquile la persona en su realidad irrepetible, se hacen cargo, en su formulación contemporánea, los principios rectores del derecho penal liberal: basta pensar en el tránsito que va desde la reducción psicológica a la teoría normativa de la culpabilidad, que no es sino el esfuerzo de impedir que las máximas sanciones y responsabilidades jurídicas se rebajen a un mísero doblegamiento de lo humano ante un poder receloso del serpentino surco de las circunstancias, de la libertad condicionada de cada cual.

2. El siglo XX ha sido testigo de múltiples amenazas e incluso ataques bien reales y compactos contra el liberalismo penal, su imagen del hombre y su concepto del derecho, desde la terrible experiencia de los totalitarismos, hasta las numerosas y a veces veladas formas de autoritarismo. No vamos a entrar aquí en el debate sobre si es posible distinguir con claridad, a partir de unos precisos rasgos distintivos, entre totalitarismo y autoritarismo, sea en general, sea en lo que hace a su particular presentación en la disciplina de los delitos y las penas. Por lo demás, y más allá de las diferencias, aun de calado, que existen y se dan con efecto entre ellos,[6] antes cuenta subrayar que las dos tendencias muestran invaria-

(5) "La nueva imagen del hombre es en comparación con el esquema abstracto de la libertad, el interés propio y racional de la época liberal, un tipo mucho más próximo a la vida en el cual es incluida también la relación de poder intelectual, económico y social del sujeto jurídico. El hombre en el derecho no es ya en lo sucesivo Robinson o Adán, no es ya el individuo aislado, sino el hombre en sociedad, el hombre colectivo. Con esta aproximación del tipo del hombre jurídico a la realidad social se fragmenta al mismo tiempo el sujeto de derecho en una diversidad de tipos relevantes, de tipos sociales y ahora también jurídicos". Radbruch. *El hombre en el derecho*. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 24-25.

(6) Sobre lo cual es de ver Rivacoba, "Orden político y orden penal", *Revista chilena de Derecho*, vol. 22, n. 2, p. 201-212, Santiago de Chile, may.-ago. 1995, (monográfico: "Derecho penal y criminología").

blemente una disposición insufrible hacia la libertad del individuo, un obsesivo afán de defensa e intimidación, que impulsan hasta colmar la atmósfera de la vida colectiva con desconfianza, pesadez y rudeza, y una axiología substancialista que no ve en el hombre –en todos los hombres– el único sujeto de fines, sino atribuye esa condición a otras entidades, de carácter transpersonal, de cuyos misteriosos meandros brota una política legislativa que establece a capricho distinciones entre los justiciables, negando a unos aquello que concede a otros. Si la desfiguración de la imagen de la persona, con la correspondiente perforación del principio de igualdad ante la ley, y la substitución del Estado de Derecho por el reino del poder arbitrario aparecen con contornos más definidos en el marco del totalitarismo penal, ello obedece únicamente al *élan* substancialista también más neto y elaborado que le suministra su ideología política, al paso que esa concepción se solapa en la rusticidad monopolar del autoritarismo, cuyo ayuno de pensamientos coherentes y bien afirmados no le impide, empero, elevar las apetencias de los grupos que lo sustentan al plano de una doctrina rudimentaria, con el fin de cohonestar los designios y la actuación pública de tales grupos; remedo ideológico que, en lo medular, consiste siempre en el robustecimiento del poder de unos pocos en desmedro de los demás, amén de la denigración sistemática y tendenciosa de los sectores sociales que esos grupos perciben como un peligro para sus intereses, haciéndolos figurar ante la apreciación pública cual si de bestias dañinas se tratase y frente a los que sólo cabe defenderse, en tanto en cuanto los malignos rostros y rastros del mal subsistan. De ahí a utilizar el derecho penal, degradado a sombrío instrumento de profilaxis colectiva, como un *in fieri* perpetuo orientado a extirpar la parte considerada corrupta del tejido social, media un estrecho paso, paso que ningún sistema político de corte autoritario ha titubeado en dar.

Pues bien, en nuestra opinión hay que cuidarse de creer que tras el formal hundimiento de los regímenes tiránicos que asolaron Hispanoamérica en las últimas décadas, haya desaparecido asimismo el espectro de sus prácticas punitivas. Esto sería tomar apariencias por realidades. En verdad, hoy asistimos a la cruda reviviscencia de esas prácticas, a un impensado renacimiento que suma a antiguos apoyos el respaldo unas veces silente y tácito, otras desembozado y oportunista, de agrupaciones políticas de cuyos principios manifestados uno pudiera esperar antes la formación del primer dique para contener el desarrollo del engendro, que el regazo donde hoy lo acunan amorosamente. De las varias amenazas que se ciernen en el horizonte de la política criminal iberoamericana, poniendo en serio jaque la preservación de los derechos fundamentales ante el magisterio punitivo, existe una que es ya viva, operante realidad, y de su fuerza centrípeta es factible conjeturar que atraerá otras, amalgamando a los vernáculos peligros no oriundos del derecho penal de este continente. Se trata de la "doctrina" de la seguridad ciudadana.

3. Figura deliberadamente entre comillas la palabra doctrina, en trance de caracterizar en sus rasgos fundamentales la que ahora comentamos. Puesto que si por doctrina hay que entender un conjunto sistemático y coherente de principios,

a los que presta garantía una red de razonamientos y estudios bien concatenados sobre la materia de que se trate, nada de eso exhibe la de la seguridad ciudadana. Tampoco aparece expresada en el molde más modesto de un programa, al menos uno que sus creadores se muestren proclives a reconocer como concreción de sus concepciones políticas y jurídicas, y no como la respuesta inmediata a una anomalía real o sólo presunta surgida en el conglomerado social, con la que se busca allegar episódico sosiego a sus miembros. Siguiendo el hilo de sus formas concretas en diversos países de Hispanoamérica, ella se ha manifestado más bien como un postulado oscuro, que a menudo no pasa de eslogan, bandera de lucha o llamado de alarma –un simple *discurso público*, según prefiere Zaffaroni[7] –, para justificar un número cada vez mayor de iniciativas legales o actuaciones gubernativas en el campo de la sanción y prevención del delito. Por modo que sólo del marchamo que imprime sin excepción a estos productos es posible reconstruir el principio común del que proceden.

Es más, se ignora cuál es el significado preciso que encierran esas palabras, si bien es creciente el número de personas que están bajo su influjo, incluso en el campo de la ciencia, a pesar de que ésta no debiera manejar estructuras monolíticas y mucho menos prestarles acatamiento o aprobación. En este sentido, no es menos digno de interés el hecho de que incluso entre partidos políticos de inspiración democrática se ha enseñoreado la equívoca nomenclatura, a cuya difusión y empleo inconscientes acaso favorezca el espíritu de libertad latente en la expresión que ha venido a sustituir –la *seguridad pública* de que hablaron los primeros clásicos[8]– y en la consideración aislada de las palabras "seguridad" y "ciudadano", que una y otra son hijas de la mentalidad liberal. Su combinación, sin embargo, envuelve hoy un significado muy distinto.

Por de pronto, hay tres sentidos que pudieran corresponder por igual a la locución. Primero, el de seguridad *urbana*, la seguridad ante el delito en las ciudades. Mas a poco que se medite sobre el particular se advertirá que la doctrina no tiene en mira las condiciones que preservan la seguridad pública en todo tipo de ciudades, sino sólo aquellas de grandes dimensiones, con alta densidad de población y en las que hondas e irritantes contradicciones de todo jaez han establecido una separación radical entre las capas privilegiadas y desposeídas, divorcio que se

(7) *Derecho penal*. Parte general. En colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 17.

(8) Sea aquí recordado únicamente este pasaje, escrito a propósito del objeto de las penas y de su imprescindible proporción con los delitos que sancionan, en el que se advierte al legislador que "si no se contiene en estos límites, cae en la tiranía; porque si debe ser protegida la sociedad, también deben ser respetados los derechos de los hombres, y no es permitido sacrificar más que la porción de esos mismos derechos que es necesaria para conservar y defender la *seguridad pública*". Filangieri, *Scienza della legislazione*, Napoli, 1780-1783, 4. vols., que aquí se cita según la traducción castellana de Juan Ribera, en 10 vols., Burdeos: Imprenta de don Pedro Blaume, 1823, t. III, p. 324-325 (el grifo, nuestro).

percibe incluso en el emplazamiento físico donde moran unas y otras, lo mismo que en el lenguaje aplicado para nombrarlo, de soterrada descalificación cuando de los barrios más humildes versa el discurso.[9]

La dicotomía verbal se asocia, también, a la segunda acepción: seguridad *de los ciudadanos*. Pero sería un error suponer que aquí estamos frente a un concepto análogo al de los clásicos, empapado en la doctrina de la libertad. Cuando, por ejemplo, Carmignani sentenció que "la *seguridad* de los ciudadanos constituye el principal objeto de la sociedad, hasta el punto de no poder concebirse la *felicidad* sin seguridad", pensaba en "los hombres solamente como seres racionales (...), abstracción hecha de su calidad de ciudadanos y de todo vínculo de poder social", idea en la que pulsan las de humanidad y fraternidad, y de la que Carmignani deduce el lógico corolario de ser un presupuesto fundamental de la Constitución de todo Gobierno, el que las leyes penales resten de la libertad de los ciudadanos "sólo aquella parte cuya sustracción sea estrictamente necesaria para la consecución de la seguridad misma".[10] En cambio, aquella que el confuso corro de voces yuxtapuestas reclama hoy en todos los tonos, es una seguridad acensuada, que se vincula solamente a los afectos y pasiones de quienes poseen casa, ocupación y fortuna, la de los grupos urbanos a los cuales el incremento –que aquí no vamos a entrar a discutir– de ciertas formas de la criminalidad más visible, perturba en grado sumo, hasta transformarse en paroxismo, intransigencia y despropósito; en *miedo al delito*, para usar un cliché consagrado por el uso. Y obsérvese que en nada modifica lo anterior el que el sesgo sectario no aparezca de manifiesto en la voluntad expresada por la legislación penal que alumbra, pues bajo los ropajes de unas normas de sedicente alcance general se oculta una orientación bien precisa, y unas materias y finalidades regulativas de inequívoca significación social y política, harto más estrechas que lo que las formas enuncian.

En fin, al interior del tercer sentido de la fórmula, la mencionada disociación semántica no está presente. Es la seguridad ciudadana como *participación de los ciudadanos en las tareas de policía preventiva*. En efecto, esta insólita invitación al particular a dar *mano fuerte* a la función estatal de defensa del derecho, tiene la peculiaridad de estar extendida lo mismo a los verdaderos que a los falsos ciudadanos; a aquéllos, en su papel de artífices y eco del miedo al delito; a éstos, en la parte en que el miedo anuncia indudables y cotidianas realidades, y a todos, distribuida conforme a los desiguales riegos objetivos y posibilidades económicas de los distintos grupos.

Aunque en las tres acepciones de su denominación se adivina ya los rasgos mezquinos de la doctrina, ellos quedarán mejor enfocados con el somero seña-

(9) En Chile, la exclusión semántica toma forma en el juego contrapuesto de *vecindad* y *población* (o *vecinos* y *pobladores*), y a su uso irreflexivo se entregan con fruición, ante todo, las propias autoridades públicas.

(10) *Elementos de derecho criminal*. Trad. Antonio Forero Otero y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1979. p. 5 y 6 (§§ 10 y 11).

lamiento de su concreta proyección penal, a saber: a) aumentar sin misericordia las penalidades de los delitos que generan o parecen crear especial temor entre los ciudadanos, particularmente el robo, ciertas especies de hurto, el homicidio, las lesiones, la violación, las asociaciones ilícitas, el tráfico indebido de estupefacientes y sus epifenómenos, y la tenencia o porte no autorizados de armas, desproporcionándolas respecto de la gravedad objetiva del acto, lo cual provoca antinomias insolubles dentro del equilibrio axiológico del sistema penal, por lo que a menudo resultarán criminógenas; b) establecer para tales puniciones unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí, es decir y en definitiva, marcos penales indeterminados, en los que un arbitrio judicial desmedido destruye las exigencias de seguridad y certeza inherentes a la legalidad de las puniciones; c) multiplicar sin tasa en esos delitos los tipos calificados, añadirles cláusulas generales por completo imprecisas, o bien acoplarles circunstancias de agravación desprovistas de una razón que las justifique, siendo un ejemplo de esto último el aumentar la pena del de suyo cuestionable hurto con armas, por el mero hecho de que la que cargue el autor sea de fuego, con el consiguiente atentado contra la legalidad de los delitos y el principio de ofensividad; d) buscar hasta conseguir una reducción del límite de la imputabilidad por inmadurez, para someter a pena a quienes recién se asoman a la edad de la adolescencia e incluso a niños, con el correlativo menosprecio de la madurez espiritual que requiere en el hechor el principio de culpabilidad; e) reponer el presidio perpetuo en los Códigos que lo hubieran suprimido, o bien exigir, en aquellos donde preexistía, que el preso cumpla la pena durante varias décadas, como presupuesto para la concesión de la libertad condicional, es decir, tornando la última en un *quid* imposible o convirtiéndola en preparación para la muerte, antes que del retorno del condenado a la vida en libertad; f) privar en muchos casos a los procesados o sentenciados de los beneficios de la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, su capa de la gravedad del delito que se les imputa o su condición de peligrosos; g) fomentar la delación y la soplonería, ya por la oferta de reducir la responsabilidad de los delincuentes que revelen los nombres de sus compañeros, ora por otorgar recompensas a los particulares que denuncien ciertos delitos o entreguen a sus autores, sea, en fin, por regular y declarar lícita la actuación de agentes provocadores y otros turbios sujetos que susurran noticias al oído del aparato policial, con lo que se tiende sobre la Administración de Justicia un manto de ruindad que corroe el poder de autoridad y el significado ético de la Jurisdicción; h) convertir, asimismo, la simple inmoralidad en delito, por ejemplo, en la regulación concreta acordada a algunos que se dice ofenden la libertad sexual; i) favorecer prácticas extremas de autotutela entre los particulares, al dar inaudita extensión a las defensas privilegiadas o al tolerar o lisa y llanamente autorizar la instalación de defensas mecánicas predispuestas para matar a agresores o inocentes; j) facultar a los órganos policiales para que den a sus armas el uso que consideren mejor, con tal de impedir los delitos o evitar la evasión de detenidos o presos, o no conceder importancia a su empleo desproporcionado, cuando no derechamente homicida, todo ello en aras de la superior tarea de combatir la delincuencia; k) hacer de la hipocresía el fin de las penas, ora por postular para ellas un objetivo de recuperación social del

condenado, mas sin destinar recursos a tal finalidad, pero sí a la menos onerosa de construir nuevas cárceles, que se añadan a las ya abarrotadas, ora por proponerse el objetivo de apoyar el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, como eufemismo para atender, en verdad, los temores de éstos o de ciertos grupos de la población, y l) desentenderse olímpicamente de las raíces profundas de la criminalidad y de la política social necesaria para reobrar sobre las primeras y prevenir la segunda, con lo que se realza en el derecho únicamente su faceta de compulsión, se desvirtúa la majestad de su imperio y se reemplaza el monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, con el ejercicio ciego de la violencia, sea la que procede de la entidad estatal, sea la desplegada por el ciudadano privado.[11]

Yendo al fondo del asunto, su pretexto de procurar seguridad, la doctrina en cuestión hace del derecho penal un aparato de guerra, que debilita los lazos de solidaridad entre y al interior de las distintas clases sociales, y en su sitio coloca vínculos de subordinación, sometimiento y lucha.[12] Como política y táctica bélicas, es la negación misma de la fraternidad entre los hombres, pero también de la voluntad de convivir. En principio, se podrá aceptar la sugestiva observación de que el tipo de Estado que corresponde a esta laya de organización social y política, no es aquel fundado en la protección de bienes jurídicos de objetiva importancia para la comunidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vinculación de la autoridad pública a normas estables y dotadas de validez general, que legitiman y enaltecen sus actos, o sea, el Estado de Derecho, sino uno en que impera la voluntad de mando, puesta al servicio de grupos bien circunscritos que erigen sus intereses en ley, esto es, el Estado de policía.[13] El afán de exagerar los males que aquejan a la Administración de Justicia, denostando a sus órganos y caricaturizando sus procedimientos y atribuciones, acusados de ineptitud para contener la ola de criminalidad que asuela las urbes, es apenas uno más de los oblicuos expedientes con que se busca raer el ministerio de los jueces, para que sean un día meros auxiliares llamados a confirmar las decisiones y los actos de la Administración y su policía, emperatriz que declara el derecho.

Todo esto coincide con la constatación de que la doctrina de la seguridad *ciudadana* representa precisamente la continuación de las prácticas penales de la

(11) "Si se tiene presente que la mentalidad autoritaria centra en sí el mundo y pretende someterlo al imperio de su voluntad, se colegirá que no puede captar en el fenómeno jurídico más que el aspecto de compulsión, y, si se piensa que en el derecho se ennoblece la fuerza para elevarla a la categoría de medio para cumplir sus prescripciones en orden a determinados fines, se verá que el autoritarismo acaba desnaturalizando la noción misma de derecho". Rivacoba. "Orden político y orden penal...", cit., p. 211.

(12) "Esta *imagen bélica legitimante del ejercicio del poder punitivo, por vía de la absolutización del valor seguridad,* tiene el efecto de profundizar sin límite alguno lo que el poder punitivo provoca inexorablemente, que es el *debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (autoridad, disciplina).*" Zaffaroni. Op. cit., p. 17.

(13) En este sentido, Zaffaroni, idem, p. 17 y 39.

lamiento de su concreta proyección penal, a saber: a) aumentar sin misericordia las penalidades de los delitos que generan o parecen crear especial temor entre los ciudadanos, particularmente el robo, ciertas especies de hurto, el homicidio, las lesiones, la violación, las asociaciones ilícitas, el tráfico indebido de estupefacientes y sus epifenómenos, y la tenencia o porte no autorizados de armas, desproporcionándolas respecto de la gravedad objetiva del acto, lo cual provoca antinomias insolubles dentro del equilibrio axiológico del sistema penal, por lo que a menudo resultarán criminógenas; b) establecer para tales puniciones unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí, es decir y en definitiva, marcos penales indeterminados, en los que un arbitrio judicial desmedido destruye las exigencias de seguridad y certeza inherentes a la legalidad de las puniciones; c) multiplicar sin tasa en esos delitos los tipos calificados, añadirles cláusulas generales por completo imprecisas, o bien acoplarles circunstancias de agravación desprovistas de una razón que las justifique, siendo un ejemplo de esto último el aumentar la pena del de suyo cuestionable hurto con armas, por el mero hecho de que la que cargue el autor sea de fuego, con el consiguiente atentado contra la legalidad de los delitos y el principio de ofensividad; d) buscar hasta conseguir una reducción del límite de la imputabilidad por inmadurez, para someter a pena a quienes recién se asoman a la edad de la adolescencia e incluso a niños, con el correlativo menosprecio de la madurez espiritual que requiere en el hechor el principio de culpabilidad; e) reponer el presidio perpetuo en los Códigos que lo hubieran suprimido, o bien exigir, en aquellos donde preexistía, que el preso cumpla la pena durante varias décadas, como presupuesto para la concesión de la libertad condicional, es decir, tornando la última en un *quid* imposible o convirtiéndola en preparación para la muerte, antes que del retorno del condenado a la vida en libertad; f) privar en muchos casos a los procesados o sentenciados de los beneficios de la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, su capa de la gravedad del delito que se les imputa o su condición de peligrosos; g) fomentar la delación y la soplonería, ya por la oferta de reducir la responsabilidad de los delincuentes que revelen los nombres de sus compañeros, ora por otorgar recompensas a los particulares que denuncien ciertos delitos o entreguen a sus autores, sea, en fin, por regular y declarar lícita la actuación de agentes provocadores y otros turbios sujetos que susurran noticias al oído del aparato policial, con lo que se tiende sobre la Administración de Justicia un manto de ruindad que corroe el poder de autoridad y el significado ético de la Jurisdicción; h) convertir, asimismo, la simple inmoralidad en delito, por ejemplo, en la regulación concreta acordada a algunos que se dice ofenden la libertad sexual; i) favorecer prácticas extremas de autotutela entre los particulares, al dar inaudita extensión a las defensas privilegiadas o al tolerar o lisa y llanamente autorizar la instalación de defensas mecánicas predispuestas para matar a agresores o inocentes; j) facultar a los órganos policiales para que den a sus armas el uso que consideren mejor, con tal de impedir los delitos o evitar la evasión de detenidos o presos, o no conceder importancia a su empleo desproporcionado, cuando no derechamente homicida, todo ello en aras de la superior tarea de combatir la delincuencia; k) hacer de la hipocresía el fin de las penas, ora por postular para ellas un objetivo de recuperación social del

condenado, mas sin destinar recursos a tal finalidad, pero sí a la menos onerosa de construir nuevas cárceles, que se añadan a las ya abarrotadas, ora por proponerse el objetivo de apoyar el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, como eufemismo para atender, en verdad, los temores de éstos o de ciertos grupos de la población, y l) desentenderse olímpicamente de las raíces profundas de la criminalidad y de la política social necesaria para reobrar sobre las primeras y prevenir la segunda, con lo que se realza en el derecho únicamente su faceta de compulsión, se desvirtúa la majestad de su imperio y se reemplaza el monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, con el ejercicio ciego de la violencia, sea la que procede de la entidad estatal, sea la desplegada por el ciudadano privado.[11]

Yendo al fondo del asunto, su pretexto de procurar seguridad, la doctrina en cuestión hace del derecho penal un aparato de guerra, que debilita los lazos de solidaridad entre y al interior de las distintas clases sociales, y en su sitio coloca vínculos de subordinación, sometimiento y lucha.[12] Como política y táctica bélicas, es la negación misma de la fraternidad entre los hombres, pero también de la voluntad de convivir. En principio, se podrá aceptar la sugestiva observación de que el tipo de Estado que corresponde a esta laya de organización social y política, no es aquel fundado en la protección de bienes jurídicos de objetiva importancia para la comunidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vinculación de la autoridad pública a normas estables y dotadas de validez general, que legitiman y enaltecen sus actos, o sea, el Estado de Derecho, sino uno en que impera la voluntad de mando, puesta al servicio de grupos bien circunscritos que erigen sus intereses en ley, esto es, el Estado de policía.[13] El afán de exagerar los males que aquejan a la Administración de Justicia, denostando a sus órganos y caricaturizando sus procedimientos y atribuciones, acusados de ineptitud para contener la ola de criminalidad que asuela las urbes, es apenas uno más de los oblicuos expedientes con que se busca raer el ministerio de los jueces, para que sean un día meros auxiliares llamados a confirmar las decisiones y los actos de la Administración y su policía, emperatriz que declara el derecho.

Todo esto coincide con la constatación de que la doctrina de la seguridad *ciudadana* representa precisamente la continuación de las prácticas penales de la

(11) "Si se tiene presente que la mentalidad autoritaria centra en sí el mundo y pretende someterlo al imperio de su voluntad, se colegirá que no puede captar en el fenómeno jurídico más que el aspecto de compulsión, y, si se piensa que en el derecho se ennoblece la fuerza para elevarla a la categoría de medio para cumplir sus prescripciones en orden a determinados fines, se verá que el autoritarismo acaba desnaturalizando la noción misma de derecho". Rivacoba. "Orden político y orden penal...", cit., p. 211.

(12) "Esta *imagen bélica legitimante del ejercicio del poder punitivo, por vía de la absolutización del valor seguridad*, tiene el efecto de profundizar sin límite alguno lo que el poder punitivo provoca inexorablemente, que es el *debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (autoridad, disciplina)*." Zaffaroni. Op. cit., p. 17.

(13) En este sentido, Zaffaroni, idem, p. 17 y 39.

doctrina de la seguridad *nacional*.[14] Son numerosos y significativos los puntos de contacto entre madre y heredera, según un común principio autoritario.[15] La imagen de la guerra total, permanente y sin reglas contra la insurrección política, enemiga de la nación, cede paso a la del combate también sin pausas ni consideraciones contra los delincuentes, a quienes se percibe y presenta, en obstinada monserga dirigida a la opinión pública, cual enemigos de la sociedad, merced a un rico abanico de apelativos apropiados para denigrarlos, despersonalizarlos y cosificarlos. Y es claro que al individuo rotulado como *antisocial*, *enemigo*, o con otras "muestras innumerables de carencia del sentido de humanidad que niegan por sí solas la aptitud y la actitud para convivir",[16] no hay por qué respetar los derechos que convienen a los buenos ciudadanos, pues así lo demanda el sacrosanto deber de *combatir* o *luchar* contra el terrible azote, como si la criminalidad fuese lo que definitivamente no es, el peor problema que plantea al hombre el hecho de existir. El derecho penal de la seguridad ciudadana no es, en

(14) Para la última, cfr. Joseph Comblin, *Doctrina de la seguridad nacional*, en el volumen *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, serie Estudios, n. 6, Santiago de Chile, 1979. Sobre su origen, desarrollo y traducción penal discurre críticamente Augusto Sánchez Sandoval, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2000, p. 83 y ss. En p. 100-103 examina los principios orientadores de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas, de 1988, como concreta manifestación actual de la ideología, es decir, la que denomina "seguridad nacional neoliberal", y enjuicia semejantes principios, diciendo que importan "la negación de la cultura jurídica moderna de occidente, con la promulgación de normas espurias que inauguran una nueva etapa, que se puede llamar de la *posmodernidad jurídica cínica*, ya que son las mismas Naciones Unidas las que abanderan el desmonte de las garantías y de los derechos ya adquiridos por las personas y que están reconocidos por tratados y pactos internacionales, dejándolas inermes frente al poder de los gobiernos nacionales o extranjeros" (p. 103). Por lo demás, esta Convención y las leyes dictadas bajo su reinado, constituyen un verdadero paradigma de la doctrina de la seguridad ciudadana.

(15) Cfr. Zaffaroni, *Derecho penal...*, cit., p. 16-17, 244 y 338-339, y "Politique criminelle et droits de l'homme en Amerique Latine: de la 'sécurité nationale' à la 'sécurité civique'", *Archives de Politique criminelle*, 1992, p. 77-86. En este artículo, el autor atribuye la génesis de la doctrina de la seguridad ciudadana a cuatro factores: el poder de las policías de carácter centralizado, vertical y militar, reinantes en Hispanoamérica; el poder los medios de comunicación, que explotan y aumentan cotidianamente la imagen del delito, "con un metadiscurso que difunde una idea falsa de impunidad total"; el poder político, que por oportunismo, demagogia o para satisfacer el ansia vindicativa de los electores, aprueba leyes penales de signo cada vez más autoritario y bloquea toda iniciativa liberal, y el poder económico no tradicional, es decir, el financiero, que procura desviar la atención de las maniobras ilegales producidas en su seno, para que la opinión pública se identifique con las víctimas de la criminalidad callejera.

(16) Rivacoba, "Violencia y justicia", Tirada aparte del volumen *Recuerdo de Jorge Millas* (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, p. 11, 1993), editado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 18.

consecuencia, uno basado en el concepto de persona, porque la persona es una idea de igualdad, refractaria a cualquier ordenación jerárquica.[17] Ya se ve cómo, lo mismo que en toda especie de autoritarismo punitivo, también el que infunde la doctrina en palabra a sus prácticas penales termina por ser la negación del concepto de derecho.

Pero al origen, evolución y persistencia de la monótona prédica de la seguridad ciudadana ha contribuido otro factor. En la espantable figura de esta política criminal está esculpido, además, el proyecto penal vociferado por los corifeos de la *globalización*. Las características esenciales de ésta, o sea, el *capitalismo sin trabajo* y la acelerada eliminación de los cometidos de bienestar colectivo antes asignados al Estado, y el efecto social inmediato de la cada vez mayor concentración del poder económico, que circula sin trabas impositivas entre los Estados, expoliando el erario público y destituyendo en su paso de colocación, medios y esperanza a vastos segmentos de la comunidad, y que remata en una estructura social de incluidos y excluidos, o mejor dicho, de ciudadanos y grupos amorfos considerados como materia de descarte económico y desprecio social, son el campo desolado sobre el que canta su victoria la doctrina de la seguridad ciudadana.[18] Que ésta acaricie el propósito y se lance a la empresa de explotar el único sector de la exclusión social del que puede obtener aún alguna ventaja, el de quienes conturban la representación falsa de seguridad y estabilidad de los incluidos, se corresponde con la antigua enseñanza de que el delito es también base y razón de ser de una industria, que rinde pingües beneficios a muy poderosos clanes, a quienes interesa sobremanera que el sentimiento de inseguridad nacido de él se exacerbe y renueve día a día.[19] La incomprensión e indiferencia por los profundos

(17) "Lo que es un fin en sí excluye toda ordenación jerárquica. Por eso el concepto de persona es un concepto de igualdad". RADBRUCH, *Filosofía del derecho*. 3. ed. Trad. José Medina Echevarría. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952. p. 170.

(18) Acerca de estos caracteres y efectos de la *globalización* (palabra que ponemos en cursiva por no ser castellana), cfr. Beck, "¿Qué es la globalización?", *Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás, Barcelona –Buenos Aires– México: Paidós, 1998, p. 92-98 y 138-141. En punto a su proyecto penal, cfr. Zaffaroni, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", Revista *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 1999; del mismo, "Globalización y sistema penal en América latina: de la seguridad nacional a la seguridad urbana", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 20, São Paulo: RT, 1997, y Alberto Silva Franco, "Globalização: efeitos danosos e alternativas viáveis", *Cuadernos de Criminología y Jurisprudencia Penal* 1/69-98, año I, Criminología, Teoría y praxis, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

(19) Entidades de seguridad y vigilancia privadas; elaboración y venta de puertas blindadas y sistemas de alarma; importación y distribución de armas de fuego y otros adminículos de defensa; edificación y mantenimiento de centros comerciales cerrados; diseño y construcción de un tipo particular de arquitectura urbana, la de viviendas amuralladas a guisa de castillo y autopistas donde no hay semáforos que presten ocasión a eventuales asaltantes, etc., sin nombrar los enormes réditos obtenidos por los medios de comunicación social a costa de la exhibición agigantada de la delincuencia.

problemas sociales de donde surgen los delitos que proclama combatir, es el complemento lógico de la doctrina, cuya esencia radica en ahondar y perpetuar la realidad y el mito de la delincuencia. Y en la imagen de guerra sin reglas, de refriega y peligros que acechan por doquier, a la que se convoca a tomar parte al ciudadano, se desdibuja incluso quién es el amigo y quién el enemigo, ya que ni unos ni otros son para la doctrina verdaderos sujetos de fines. De modo que a ésta no parece que deba objetarse tanto esa deformación de la función penal contra la que se rebeló Carrara, la que hunde sus causas en "la manía de gobernar demasiado, y en la idiotez de gobernarlo todo por medio de procesos criminales",[20] esto es, los usos propios del Estado gendarme, cuanto el desplegar, bajo el dominio de lo único que existe y tiene valor, o séase, la ganancia de mercado, el campo del *bellum omnium contra omnes*. El modelo de Estado correspondiente a la doctrina de la seguridad ciudadana, no es, entonces, el Estado de policía, sino la falta de Estado: el estado de naturaleza.

4. Dimos comienzo a esta intervención evocando la génesis de los derechos fundamentales y la raíz política del sistema penal que heredamos del Siglo de las Luces. Con tal referencia querríamos también terminar. A la imagen del hombre y el concepto del derecho que insuflaron forma y sustancia a los ordenamientos penales de cuño liberal, juzgamos imperioso volver, que nunca como hoy el derecho penal precisó un nuevo 1789. Habrá que insistir en sus principios, reforzarlos y defenderlos contra sus ataques, si no es nuestro deseo que figuras espectrales como la de la seguridad ciudadana cobren más robusto cuerpo, modelen nuestra manera de considerar el problema penal y dicten una a una las decisiones que demanda una política criminal moderna y a la altura de los desafíos presentes planteados por el crecimiento de diversas formas de criminalidad. A este designio de poner coto a prácticas penales primitivas que se creía definitivamente conjuradas, mas tornan a asomar su desagradable cerviz, a través de un derecho penal personalista, consciente de que la pena jamás ha servido para resolver ningún problema social –los que, antes bien, a menudo agudiza o acrecienta–, también pudiera denominarse como ese *derecho penal mínimo* del que mucho se discurre en los medios científicos, pero que los legisladores desatienden sistemáticamente, pues el mundo de la política parece ahora abrigar serias dudas acerca de sus consecuencias... ¡o desconfía de las bondades de sus raíces ideológicas! –aquí queremos partir de la base de que ese medio se ha enterado del tema, aunque este es un punto que presumiblemente quedará abierto a la discusión. Por lo demás, incluso entre respetables penalistas se oyen voces que elevan la objeción de que las transformaciones de todo orden propias de la época que gusta de llamarse a sí misma como la del fin de todas las épocas, harían utópico e infructuoso un regreso a ese cercano pretérito del que por tantos conceptos somos hijos y deudores: en suma, que ya habría expirado la hora del viejo edificio del derecho penal liberal. De ahí las numerosas propuestas encaminadas a flexibilizar sus principios, de forma que

[20] "Programma del corso di diritto criminale". *Del delitto, della pena*. Bologna: Il Mulino, 1993. p. 65 (§ 17).

éstos se ajusten a los requerimientos actuales. He aquí, sin embargo, que esos apotegmas no se prestan para un juego de medias tintas, ni rinden los fundamentos en que se apoyan ante cualquier embate. Los caminos del derecho penal –escribe con razón Jorge de Figueiredo Dias– pasan hoy más bien por una superación de la razón técnico-instrumental de la sociedad postindustrial, no menos que por "el redescubrimiento del axioma ontológico y antropológico que preside la función penal, productor de una imagen del hombre como ser-con y ser-para los otros".[21] De suerte que flexibilizar esos principios implica lisa y llanamente dejarlos de lado y substituirlos por otros, no importa aquí cuáles sean los que en adelante ocupen su lugar.

Tampoco le importan a la doctrina de la seguridad ciudadana, ese vástago de la política de la *tercera vía*,[22] el rapsoda del despotismo del mercado global y lacayo genuflexo de los que de antiguo y con mejor coherencia se empecinan en desmantelar el Estado en su conjunto, para dejar de él sólo su coraza coactiva, como garantía de sus intereses particulares. En la letanía quejumbrosa de unos y otros –que, claro es, se cuidan de expresar su norte político[23]–, apenas se escucha hablar de libertades, derechos o garantías, sino de los deberes y responsabilidades que nos incumben en este nuevo *vivere pericolosamente*, con la dura apuesta de su empeño más urgente y grave, el combate sin tregua contra el delito.[24]

Pero así no se constituye derechos ni garantías, ni se pone límites al *ius puniendi*. Por el contrario, se proyecta hacia lo penal la imagen de un individuo que vive solo y abandonado a sí mismo, desligado de los demás, a quienes ni reconoce

(21) *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. p. 185.

(22) Por impertinente que pueda parecer a algunos, no se trata de una afirmación gratuita. Sobre los puntos de vista autoritarios adoptados en materia de derecho penal por los que se complacen en nombrarse como "nuevos demócratas", "izquierda renovada", "progresistas", etc., puede verse el libro de uno de los que componen su apología, es decir, el de Anthony Giddens, *La tercera vía y sus críticos*, trad. Pedro Cifuentes, Madrid: Taurus, 2000, p. 11-36 y 178; en la última sintetiza su pensamiento al respecto: "Una parte básica del proyecto de la tercera vía es el intento de responder en serio a la preocupación pública por el crimen y la crisis de la vida familiar. Los socialdemócratas no deben temer ser duros donde antes han sido permisivos...".

(23) A propósito de esta "especie de movimiento de alerta, cuyos prosélitos y profetas [...] predican la salvación del mundo por el espíritu del mercado", dice Ulrich Beck que "el globalismo [...], un virus mental que se ha instalado en el interior de todos los partidos [...], es una acción *altamente* política que, en cambio, se presenta de manera totalmente *a*política", y que "su dogma no es que se haya de actuar económicamente, sino que todo –política, economía, cultura– ha de supeditarse al primado de la economía". Op. cit., p. 169 y 170. ¿Por qué no, también, esa parte de la cultura llamada derecho penal?.

(24) A todos los cuales bien pudiera cuadrar la advertencia de Arthur Kaufmann: "Nunca estuvieron tan fuera de lugar como hoy personas temerosas del riesgo en posiciones de responsabilidad". *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München: Beck, 1997. p. 288 (hay versión castellana, de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, *Filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 503).

como sus semejantes ni entiende, y al que no hay comunidad o Estado que tienda una mano para enfrentar los riesgos de la existencia. ¡Y ay de aquel que no pudo o no fue tan listo como para salir ganancioso del lance, que el aparato penal, receloso de su torpeza –la de los que pierden sin haber empezado a ni tener posibilidad de jugar–, estará bien pronto tras sus pasos, y aquí no hay espacio para los vencidos! "Se requerirán primero nuevas y amargas experiencias hasta que se comprenda qué peligros lleva en su seno para la sociedad el egoísmo individual liberado de todos sus frenos, y por qué el pasado ha tenido por necesario ponerle vallas". Estas palabras de Ihering, un individualista y liberal declarado, escritas hace más de un siglo, parecen pensadas para hoy.[25]

Antes que el imperio del miedo se apodere definitivamente del alma y el nervio de nuestras instituciones penales, y lo que es peor, de nuestra forma de vivir con y sentir al prójimo, tenemos la obligación de develar sin desmayos a los que se esconden tras el fantasma cumpliendo el abyecto papel de aprovechados o facinerosos, o la triste figura del que hizo ante nuevo altar capitulación de sus principios, y de recordarles y acordarnos de que el miedo es enemigo de la razón, y la razón, fuente sempiterna de todos esos derechos que hacen del ser humano una persona, y del deambular de las personas sobre la faz de la tierra, algo digno de ser vivido.[26]

(25) Y prosigue: "La libertad de relación ilimitada es una franquicia para la extorsión, una patente de corso para ladrones y piratas con derecho de opresa sobre todo lo que caiga en sus manos –¡ay de los vencidos!. Se comprende que los lobos clamen por la libertad; pero cuando las ovejas, como ha ocurrido tan a menudo en aquel problema, hacen coro, sólo demuestran con ello que son ovejas". *El fin en el derecho.* Trad. Diego Abad de Santillán. Estudio preliminar sobre *El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho* por José Luis Monereo Pérez, Granada: Comares, 2000, p. 99.

(26) "Las relaciones personales del hombre son aquellas que el discurso jurídico identifica como tales, puesto que, en principio, siempre se legitima el derecho *del modo en que a cada quien confiere competencia como persona*: el *suum iustum* (sobre todo, merced a la *garantía de los derechos fundamentales y humanos*). Por eso ya había dicho Hegel que el mandamiento del derecho es: "Sé una persona y respeta a los otros como personas". Kaufmann, op. et ed. cits., p. 292-293 (508-509 de la ed. castellana).

1.6

CRIMINALITÀ E GLOBALIZZAZIONE

LUIGI FERRAJOLI*

SUMÁRIO: 1. Globalizzazione e crisi del diritto penale – 2. La nuova questione criminale – 3. La nuova questione penale – 4. Il futuro del diritto penale. Un programma di diritto penale minimo.

Palavras-chave: Globalização – Crimes de poder – Garantismo – Crise do direito penal – Estado Democrático de Direito – Democracia – Soberania estatal.

1. Globalizzazione e crisi del diritto penale

Uno degli effetti perversi della globalizzazione è indubbiamente lo sviluppo, in dimensioni che non hanno precedenti, di una criminalità internazionale, a sua volta globale. Una criminalità globale, o globalizzata, nel medesimo senso in cui parliamo di globalizzazione dell'economia: nel senso, cioè, che la sua attività criminosa, per gli atti compiuti e per i soggetti coinvolti, non si svolge soltanto in un solo paese o territorio statale, bensì, al pari delle attività economiche delle grandi *corporations* multinazionali, a livello transnazionale o addirittura planetario.

Le ragioni di questo sviluppo sono evidenti e sono state più volte analizzate: la mondializzazione delle comunicazioni e dell'economia non accompagnata da una corrispondente mondializzazione del diritto e delle sue tecniche di tutela; il parallelo declino degli stati nazionali e del monopolio statale della produzione giuridica; lo sviluppo di nuove forme di sfruttamento, di discriminazione e di aggressione a beni comuni e a diritti fondamentali. In breve, le nuove forme di criminalità transnazionale sono l'effetto di una situazione di generale anarchia o a-nomia, in un mondo sempre più integrato e interdipendente e perciò affidato alla legge selvaggia del più forte: un mondo attraversato da disuguaglianze crescenti nel quale, come ci informa il rapporto dell'Onu del 2000 sullo sviluppo umano, il divario di ricchezza tra i paesi più poveri e quelli più ricchi del mondo, che nel 1820 era di 1 a 3 e nel 1913 di 1 a 11, è divenuto di 1 a 35 nel 1950 e di 1 a 72 nel 1992; e dove il patrimonio delle tre persone più ricche del mondo, come ha ricordato in un suo saggio recente Alberto Silva Franco, è superiore al prodotto nazionale lordo di tutti i paesi meno sviluppati e dei loro seicento milioni di abitanti.

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

E' chiaro che tutto questo è l'effetto e insieme una causa di una crisi profonda del diritto. Sotto due aspetti. E' in crisi, in primo luogo, la credibilità del diritto. Disponiamo ormai di fin troppe carte, costituzioni e dichiarazioni dei diritti – statali, continentali, internazionali. Gli uomini sono dunque oggi incomparabilmente più uguali, di diritto, che in passato; e tuttavia sono anche, di fatto, incomparabilmente più disuguali in concreto, a causa della povertà e delle devastazioni di cui sono vittime, a dispetto di quelle carte, miliardi di esseri umani. La nostra "età dei diritti", come l'ha chiamata Norberto Bobbio, è anche l'età della loro più massiccia violazione e della più profonda e intollerabile disuguaglianza.

C'è poi un secondo e ancor più grave aspetto della crisi: l'impotenza del diritto, cioè la sua incapacità di produrre regole all'altezza delle nuove sfide aperte dalla globalizzazione. Se dovessi fornire una definizione giuridica della globalizzazione, la definirei infatti come un vuoto di diritto pubblico all'altezza dei nuovi poteri e dei nuovi problemi: come l'assenza di una sfera pubblica internazionale, cioè di un diritto e di un sistema di garanzie e di istituzioni idonee a disciplinare i nuovi poteri sregolati e selvaggi così del mercato come della politica.

Questa crisi del ruolo del diritto generata dalla globalizzazionea si manifesta, in materia penale, come crisi, o peggio come crollo, di entrambe le funzioni giustificanti del diritto penale e perciò di entrambi i suoi fondamenti di legittimazione. In che cosa consistono queste funzioni e questi fondamenti? A me pare, come ho sostenuto più volte, che consistano nella minimizzazione della violenza sia dei delitti che delle risposte informali ai delitti: non solo dunque, come si ritiene di solito, nella sola prevenzione dei crimini, ma anche nella prevenzione delle pene informali e eccessive, ossia delle vendette, della ragion fattasi o degli arbitri e dei soprusi polizieschi che sarebbero inflitti in sua assenza. Per questo ho definito il diritto penale come la *legge del piú debole*. Esso è la legge – alternativa alla legge del più forte – istituita a tutela della parte più debole, che nel momento del delitto è la parte offesa e nel momento del processo e della pena è l'imputato e il condannato.

Ebbene, la crisi odierna del diritto penale prodotta dalla globalizzazione consiste nell'incrinarsi di entrambe queste funzioni garantiste: della prevenzione dei delitti e della prevenzione delle pene arbitrarie; delle funzioni di difesa sociale e al tempo stesso del sistema delle garanzie.

Per comprendere la natura e la profondità di questa crisi dobbiamo riflettere sul duplice mutamento provocato dalla globalizzazione nella fenomenologia dei delitti e delle pene: un mutamento che riguarda da un lato quella che possiamo chiamare la *questione criminale*, cioè la natura economica, sociale e politica della criminalità; dall'altro quella che possiamo chiamare la *questione penale*, cioè le forme dell'intervento punitivo e le cause dell'impunità.

2. La nuova questione criminale

E' innanzitutto cambiata la *questione criminale*. La criminalità che oggi maggiormente attenta a diritti e a beni fondamentali non è piú la vecchia criminalità di sussistenza, messa in atto da soggetti individuali, prevalentemente emarginati. La criminalità che oggi minaccia maggiormente i diritti, la democrazia, la pace e

lo stesso futuro del nostro pianeta è prima di tutto una *criminalità del potere*: un fenomeno non più marginale né eccezionale come la criminalità tradizionale bensì inserito nel funzionamento normale della società.[1]

Sarebbe utile sviluppare una riflessione teorica e una ricerca empirica, sulla criminalità del potere: analizzarne, scomporne, inventariarne e classificarne le diverse forme, identificarne i tratti comuni e i loro rapporti da un lato con i poteri legali, dall'altro con la criminalità ordinaria. Qui mi limiterò a distinguere tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di *criminalità organizzata*: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei pubblici poteri. Da un lato, dunque, i *poteri criminali*, dall'altro lato i *crimini del potere*, sia economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.

La prima di queste forme di criminalità del potere, quella dei poteri criminali, è quella del crimine organizzato. Innanzitutto la grande criminalità delle mafie e delle camorre. Questa criminalità, ovviamente, è sempre esistita. Ma oggi, come è ormai ampiamente documentato, essa ha assunto uno sviluppo transnazionale e ha acquistato un'importanza e un peso finanziario che non ha precedenti, fino a divenire uno dei settori più potenti, più ramificati, più attivi e redditizi dell'economia internazionale.[2] La cosa straordinaria è che la crescita di questa criminalità, come è stato recentemente osservato da Jean de Maillard, è l'effetto di un fenomeno paradossale: quello in forza del quale "il più cospicuo plusvalore economico trae origine dallo sfruttamento della miseria più assoluta".[3] "I maggiori profitti", dice de Maillard, "sono generati dalla capacità di valorizzare la povertà attraverso la trasgressione sociale dei divieti".[4] Si pensi solo ai profitti colossali generati dal mercato clandestino e dal monopolio criminale della droga, attraverso il reclutamento massiccio tra i ceti emarginati di piccoli trafficanti e spacciatori. Oppure si pensi alle associazioni mafiose finalizzate a eludere i divieti di immigrazione, organizzando il trasporto e l'ingresso, nelle fortezze occidentali, di immigrati clandestini. In tutti questi casi, la piccola delinquenza dei ceti emarginati è direttamente promossa dalle organizzazioni criminali, le quali sfruttano sia le condizioni di miseria e di bisogno della manovalanza da esse assoldata, sia il riflesso identitario e comunitario – è anche questa un'osservazione di De Maillard – dei ceti emarginati, soprattutto se composti da immigrati clandestini cui le mafie offrono un'alternativa di socializzazione in luogo di quella civile ad essi negata. Sotto questo aspetto, un discorso analogo può essere fatto per la criminalità terroristica, anch'essa di solito organizzata. Qui il riflesso identitario su cui fa leva il reclutamento degli associati alle organizzazioni terroristiche è forse ancor più evidente:

(1) *Il mercato fa la sua legge*, p. 17.

(2) Ivi, p. 11, ove si calcolano le dimesnioni del riciclaggio in un importo che va dagli 800 ai 2000 miliardi di dollari l'anno. Vedi altri dati a p. 9.

(3) Ivi, p. 25.

(4) Ibidem e p. 41-46.

l'appartenenza ideologica nel terrorismo politico; quella religiosa – si pensi a organizzazioni come Al Qaeda – nel terrorismo fondamentalista.

La seconda forma di criminalità del potere è quella espressa dai grandi poteri economici transnazionali, che si manifesta nelle varie forme di corruzione, di appropriazione di risorse e di devastazione dell'ambiente. E' questo il tipo di criminalità che rappresenta l'effetto più diretto della globalizzazione. Proprio perché la globalizzazione è essenzialmente un vuoto di diritto pubblico, e specificamente di diritto penale internazionale, essa si manifesta nello sviluppo di poteri sregolati, che hanno nel profitto e nell'accumulazione di potere la loro unica regola. Per questa stessa ragione è sempre incerto il confine tra questo secondo tipo di criminalità e quella dei poteri apertamente criminali di tipo mafioso. Anche questa criminalità, del resto, si fonda sulla valorizzazione, e precisamente nel massimo sfruttamento, di quella stessa povertà che è dalla globalizzazione provocata o comunque accentuata. In assenza di limiti e di regole, infatti, il rapporto tra Stati e mercati si capovolge. Non sono più gli Stati a mettere in concorrenza le imprese, ma sono le imprese che mettono in concorrenza gli Stati, decidendo di collocare investimenti nei paesi che, per il loro stato di indigenza o per la corruzione delle *élites* dirigenti, sono maggiormente disposti a consentire impunemente devastazioni ambientali, danni alla salute delle popolazioni, sfruttamento dei lavoratori e delle risorse naturali, assenza di diritti e di garanzie in materia di lavoro e di ambiente.

Infine, la terza forma di criminalità del potere è quella dei pubblici poteri, anch'essa di solito organizzata. Qui ci troviamo di fronte, purtroppo, a una fenomenologia complessa ed eterogenea. Ci sono innanzitutto le svariate forme di corruzione e di appropriazione della cosa pubblica, che sembrano ormai divenute, come ha ampiamente documentato Jorge Malem Sena, una dimensione ordinaria dei pubblici poteri.[5] Qui l'intreccio con la criminalità dei poteri economici è ovviamente strettissimo. E ci sono poi i crimini più specificamente pubblici: in primo luogo i crimini contro l'umanità, commessi da forze di polizia, forze armate e servizi segreti all'interno e all'esterno dei relativi ordinamenti; in secondo luogo la variegata fenomenologia dell'eversione dall'alto ad opera di organizzazioni occulte, interne e/o internazionali, come quelle tristemente sperimentate in America Latina negli anni 60 e 70, ma tentate anche in Italia attraverso associazioni come Gladio, i servizi segreti, la P2 e simili; infine le guerre e i crimini di guerra promossi, in contrasto e in aperto disprezzo della Carta dell'Onu e, per quel che riguarda taluni paesi come l'Italia, anche delle costituzioni nazionali. E' chiaro che questo tipo di criminalità è una manifestazione non solo, come tutti i fenomeni criminali, di devianza sociale, ma anche di devianza istituzionale. Essa è un segno di patologia dell'ordinamento, e precisamente, a causa del suo carattere prevalentemente occulto, l'espressione più degenere di una crisi dello stato di diritto e della stessa democrazia.

In tutti i casi gli elementi che rendono massimamente minacciose queste nuove forme di criminalità sono il loro carattere *organizzato* e il fatto di essere messe

[5] SENA, J. F. Malem. *Globalización, comercio internacional y corrupción.* Barcelona: Gedisa, 2000.

in atto o comunque soste nute e protette da *poteri forti, occulti*, talvolta *eversivi*: non dunque da soggetti deboli e emarginati ma da soggetti forti e in posizione di dominio. E questo segnala un mutamento profondo nella composizione sociale del fenomeno criminale. Almeno per quanto riguarda la grande criminalità, i suoi connotati di classe si sono capovolti. Le vere "classi pericolose" non provengono più dai ceti emarginati, quanto piuttosto dalle *élites* dirigenti, sia economiche che politiche. Laddove la tradizionale delinquenza di sussistenza delle classi povere è sempre più subalterna alla grande criminalità organizzata, dalla quale è direttamente o indirettamente alimentata o comunque strumentalizzata e sfruttata.

C'è poi una seconda ragione che rende pericolosa e politicamente rilevante la criminalità del potere: il fatto che essa, in tutte le sue varie forme, attenta a beni fondamentali, sia individuali che collettivi, inclusa la pace e la democrazia. Inoltre, consistendo nella devianza non già di singoli individui, ma di poteri sfrenati e assoluti, essa è caratterizzata dalla pretesa di impunità e da una capacità d'intimidazione, tanto maggiori quanto più potenti sono le organizzazioni criminali e i loro intrecci con i pubblici poteri. Ma è proprio questa maggiore pericolosità e rilevanza della questione criminale che rende ancor più importanti le due funzioni di prevenzione e garanzia del diritto penale sopra illustrate.

3. La nuova questione penale

Vengo cosí all'altra grande questione che ho all'inizio enunciato: la *questione penale*, che il mutamento della questione criminale dovrebbe far oggi ripensare radicalmente, dal punto di vista sia dell'effettività delle tecniche di tutela e di garanzia.

Come ha reagito il sistema penale al carico nuovo di funzioni e di responsabilità che dovrebbe provenirgli dal mutamento della questione criminale? Quale bilancio possiamo compiere in ordine alla funzione penale oggi nei nostri paesi? Mi pare che il bilancio sia decisamente fallimentare.

Una risposta adeguata al mutamento della questione criminale avrebbe dovuto essere un mutamento di paradigma del diritto penale all'altezza delle nuove sfide della globalizzazione: all'altezza, cioè, delle nuove forme di criminalità del potere e dei pericoli e degli attentati che da esse provengono a beni e a diritti fondamentali. In questa direzione, bisogna riconoscere, il solo passo avanti compiuto è stata l'istituzione della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità, entrata in vigore l'1 luglio di quest'anno. Ma si tratta ancora, pur sempre, di una promessa, dato che la Corte non è ancora in funzione ed è sottoposta a un sabotaggio permanente da parte degli Stati Uniti.

Al di fuori di questa conquista, pur di enorme importanza, non si è sviluppato nessun processo neppure tendenziale di globalizzazione del diritto e dei diritti, analogo o comunque all'altezza della globalizzazione del crimine. Si è prodotta, al contrario, un'accentuazione dei tradizionali caratteri irrazionali e classisti del diritto penale. Si è infatti determinato, con la crescita delle disuguaglianze econo-

miche, un aumento della criminalità di strada e insieme un irrigidimento dei caratteri selettivi e antigarantisti della repressione penale, la quale colpisce, forse ancor più duramente che in passato, i ceti più poveri e marginalizzati, come i tossicodipendenti, gli immigrati, i sottoproletari. E' invece cresciuta, per esempio in Italia, dopo la breve stagione di "Mani pulite", l'impunità e comunque la pretesa di impunità della criminalità del potere, come la corruzione e i falsi in bilancio e, per altro verso, la criminalità mafiosa dei poteri criminali.

Per altro verso è proseguita la deriva inflazionistiva del diritto penale, che ormai sta portando – in Italia, ma credo anche in Brasile – al crollo della macchina giudiziaria. Proprio in una fase di sviluppo della criminalità organizzata, nella quale si sarebbe richiesto il massimo di deflazione penale e di concentrazione delle energie, la macchina giudiziaria è giunta al collasso perché oberata da un'enorme quantità di lavoro inutile, responsabile al tempo stesso dell'inefficienza e dell'assenza di garanzie. Si pensi alla sconsiderata legislazione sulla droga, rivelatasi come uno dei più potenti fattori criminogeni per l'alimento che ne è venuto sia alla micro-criminalità di sussistenza che alla macro-criminalità mafiosa del traffico. Ma si pensi anche a tutto l'enorme diritto penale burocratico, generato dalla tendenza ad accompagnare ogni legge e leggina con sanzioni penali, in parte per la ben nota inefficienza di altre forme di controllo, di tipo politico o amministrativo, in parte per il carattere simbolico e declamatorio della stigmatizzazione penale.

Assistiamo insomma, in tutti i paesi dell'Occidente, a una crisi di sovraproduzione del diritto penale, anzi del diritto in generale, che sta provocando il collasso della sua capacità regolativa. Le leggi si contano ormai, in tutti questi paesi, in decine di migliaia, tanto che i nostri ordinamenti sono regrediti – a causa del caos normativo, della moltiplicazione delle fonti e della sovrapposizione delle competenze – all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno. E tuttavia, con paradosso apparente, all'inflazione legislativa fa riscontro l'assenza di regole, di limiti e controlli sui grandi poteri economici transnazionali e sui poteri politici che li sorreggono. La globalizzazione, come ho detto, si caratterizza, sul piano giuridico, come un vuoto di diritto pubblico entro cui hanno libero spazio forme di potere neo-assolutistico la cui unica regola è la legge del più forte.

Il risultato di questa bancarotta è un *diritto penale massimo*, sviluppatosi fuori di qualunque disegno razionale e del quale sono perciò entrati in crisi tutti i classici principi garantisti di legittimazione: il principio di tassatività e con esso la certezza del diritto penale e il nesso tra pena e reato; il principio di offensività e quello di proporzionalità delle pene; l'obbligatorietà dell'azione penale, la centralità del dibattimento e il ruolo del processo come strumento di verifica dei fatti commessi anziché di penalizzazione preventiva; l'efficienza infine della macchina giudiziaria, ingorgata da un'infinità di processi cartacei inutili e costosi, il cui solo effetto è di offuscare il confine tra lecito e illecito e di sottrarre tempo e risorse alle inchieste più importanti, destinate sempre più spesso a quella forma di amnistia surrettizia che è la prescrizione.

Fortunatamente la maggior parte di questo inutile diritto penale burocratico rimane ineffettivo. Se per avventura tutti i reati denunciati fossero perseguiti ed accertati, è probabile che la popolazione carceraria si decuplicherebbe. E non è azzardato supporre che se tutti i reati commessi (inclusi, per esempio, i piccoli reati bagatellari di falso, nella firma o nelle attestazioni, commessi quotidianamente nella Pubblica amministrazione) fossero denunciati e accertati, metà della popolazione italiana sarebbe sottoposta a processo e a reclusione e l'altra metà adibita a funzioni poliziesche e carcerarie.

C'è poi un secondo effetto, non meno devastante dell'inflazione penale: il collasso del principio di legalità e con esso della capacità regolativa della legge, cioè di quella *artificial reason* che Thomas Hobbes contrappose alla "*iuris prudentia* o saggezza di giudici disordinati" del suo tempo. Del principio di legalità penale stanno venendo meno tutte le funzioni politiche da esso assicurate quali connotati dello stato di diritto: 1) anzitutto la *certezza del diritto*, che è garanzia di uguaglianza di fronte alla legge, oltre che di conoscibilità e credibilità del sistema penale; 2) in secondo luogo la *soggezione del giudice alla legge*, che è garanzia d'immunità del cittadino contro l'arbitrio e, insieme, fondamento dell'indipendenza della magistratura e della divisione dei poteri; 3) infine il *primato della legislazione*, e perciò della politica e della sovranità popolare nella definizione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale e nell'esatta configurazione come reati delle loro lesione.

E' chiaro che una tale crisi inflattiva del diritto penale è il segno e il prodotto di una politica penale congiunturale, incapace di fronteggiare le cause strutturali della criminalità e rivolta unicamente ad assecondare, o peggio ad alimentare, le paure e gli umori repressivi presenti nella società.

Il terreno privilegiato di questa politica congiunturale e demagogica è quello della sicurezza. In tutti i nostri paesi – in Italia come in Brasile – la domanda drogata di sicurezza, alimentata dalla stampa e dalla televisione, sta accentuando le vocazioni repressive della politica criminale, orientandola unicamente nei confronti della criminalità di sussistenza.

Il messaggio politico che ne risulta è di segno smaccatamente classista, oltre che in sintonia con gli interessi della criminalità del potere in tutte le sue diverse forme. E' un messaggio preciso, che suggerisce l'idea che la criminalità, la vera criminalità che occorre prevenire e perseguire è unicamente quella di strada e di sussistenza. Non dunque le infrazioni dei "galantuomini" – le corruzioni, i falsi in bilancio, i fondi neri ed occulti, le frodi fiscali, i riciclaggi, né tanto meno le guerre, i crimini di guerra, le devastazioni dell'ambiente e gli attentati alla salute – ma unicamente le rapine, i furti d'auto e in appartamenti e il piccolo spaccio di droga, commessi da immigrati, disoccupati, soggetti emarginati, identificati ancor oggi come le sole "classi pericolose". E' un'operazione che vale a incoraggiare nell'opinione pubblica il riflesso classista e razzista dell'equiparazione dei poveri, dei neri e degli immigrati ai delinquenti e a deformare l'immaginario collettivo sulla devianza e il senso comune sul diritto penale: che la giustizia penale smetta

di perseguitare le "persone per bene" e si occupi invece dei soli reati che attentano alla loro "sicurezza".

C'è poi un secondo messaggio, non meno pesante, che viene lanciato dalla campagna sulla sicurezza. Esso punta al mutamento, nel senso comune, del significato stesso della parola "sicurezza". Che non vuol più dire "sicurezza sociale", cioè garanzia della soddisfazione dei diritti sociali, ossia sicurezza del lavoro, della salute, della previdenza, della sopravvivenza. Vuol dire unicamente "pubblica sicurezza", declinata nelle forme dell'ordine pubblico di polizia anziché in quelle dello stato sociale. E questo proprio perché la sicurezza sociale è stata aggredita dalle odierne politiche liberiste e occorre perciò compensare il sentimento diffuso dell'insicurezza sociale con la sua mobilitazione contro il deviante e il diverso, preferibilmente extracomunitario. E' il vecchio meccanismo del capro espiatorio, che consente di scaricare sul piccolo delinquente le insicurezze, le frustrazioni e le tensioni sociali irrisolte.

Con un duplice effetto regressivo. Da un lato l'identificazione illusoria, nel senso comune, tra sicurezza e diritto penale, quasi che l'intervento penale possa produrre magicamente una riduzione dei delitti di strada che richiederebbe invece, ben più che politiche penali, politiche sociali; ben più che politiche di esclusione, politiche di inclusione. Dall'altro la rimozione, dall'orizzonte della politica, delle politiche sociali volte ad aggredire le cause strutturali di questo tipo di devianza e delle forme di tutela alternative al diritto penale, le une e le altre certamente più difficili e costose degli inasprimenti punitivi.

Giacché gli inasprimenti punitivi propagandati annunciati non hanno, come ben sappiamo, nessun effetto deterrente. C'è un principio teorico elementare, suffragato dall'esperienza, in tema di capacità di prevenzione del diritto penale. L'effetto deterrente delle pene e dei suoi inasprimenti è direttamente proporzionale al grado di esigibilità dell'osservanza delle norme violate: massimo per reati come l'omicidio, le violenze alle persone, la corruzione e i delitti del potere, esso è nullo per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati alla tossicodipendenza o all'emarginazione. Tanto quanto è una delinquenza originata dalla povertà, dall'insicurezza delle condizioni di vita o peggio dal bisogno della droga, la delinquenza di strada non è seriamente prevenibile con le pene, che per quanto severe hanno un valore poco più che simbolico. Ovviamente la risposta penale è necessaria, se non altro per evitare, come pure è accaduto, le vendette private. Ma è illusorio affidare ad essa, anziché a politiche dirette a ridurre le cause della devianza accrescendo la sicurezza sociale, la prevenzione dei reati che attentano alla sicurezza individuale. Al contrario, proprio la sua totale inefficacia ha il solo effetto di accrescere il disagio e la sfiducia nel diritto e nelle istituzioni.

4. Il futuro del diritto penale. Un programma di diritto penale minimo

Di fronte a questa crisi regressiva del diritto penale è oggi necessaria ed urgente una battaglia politica e culturale su di un programma penale garantista. Un

simile programma, che ho chiamato per un *diritto penale minimo*, dovrebbe puntare a restituire il diritto penale alla sua natura di strumento costoso, quale *extrema ratio*, e per altro verso al suo ruolo di legge del più debole finalizzata alla minimizzazione della violenza e alla tutela di beni fondamentali. In questa prospettiva mi pare si possano formulare, sommariamente, tre ordini di indicazioni.

4.1 Il primo ordine di indicazioni riguarda la necessità che si sviluppi, nella prospettiva della dimensione ormai planetaria dell' "interesse generale", una sfera pubblica mondiale e perciò un diritto penale all'altezza dei nuovi fenomeni criminali che è deputato a fronteggiare: all'altezza, precisamente, di quella variegata "criminalità del potere" cui la *deregulacion*, ossia il vuoto di diritto nel quale consiste la globalizzazione assicura la massima impunità. In questa prospettiva, la prima indicazione è la difesa, la concreta effettività e il rafforzamento dei mezzi e delle competenze di quella grande conquista che è stata l'istituzione della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità, ancora non entrata in funzione e già duramente e potentemente avversata e sabotata. La seconda indicazione è l'istituzione, sul modello della Corte penale per i crimini contro l'umanità, di altre Corti penali, competenti per crimini diversi e tuttavia accomunati dal loro carattere transnazionale: come il terrorismo internazionale, il narcotraffico e il traffico illecito di armi, le organizzazioni mafiose multinazionali, i reati commerciali che ledono l'ambiente o la salute, i colpi di stato e i tentativi golpisti, e simili; sempre, naturalmente, che questi reati non siano perseguiti nei territori in cui sono commessi.

4.2 Il secondo ordine di indicazioni riguarda il diritto penale sostanziale, e precisamente la sua razionalizzazione secondo il modello del diritto penale minimo. E' infatti evidente il nesso indissolubile tra diritto penale minimo, garantismo ed efficienza. Solo un diritto penale sburocratizzato, limitato quale *extrema ratio* alle sole offese a diritti e a beni fondamentali può infatti assicurare il rispetto di tutte le garanzie e insieme il funzionamento e la credibilità della macchina giudiziaria.

Non mi soffermo sulle molte proposte nelle quali si articola il programma del diritto penale minimo: l'introduzione e l'attuazione del principio di offensività sia in astratto che in concreto, attraverso la configurazione dell'offesa di danno o di pericolo come elemento costitutivo del reato; l'estensione della querela di parte a tutti i reati contro il patrimonio; la depenalizzazione di tutte le contravvenzioni e di tutti i delitti puniti con semplici pene pecuniarie; l'abbassamento dei massimi edittali delle pene detentive e l'introduzione di pene alternative alla reclusione; la restaurazione infine del processo accusatorio variamente manomesso in tutti questi anni.

C'è tuttavia una riforma, a mio parere urgente e pregiudiziale, di cui desidero parlare sia pure sommariamente: il rafforzamento del principio di legalità mediante la sostituzione della semplice riserva di legge con una *riserva di codice*; inteso con questa espressione il principio, da introdursi a livello costituzionale,

secondo cui nessuna norma può essere introdotta in tema di reati, di pene e processi penali se non attraverso una modifica o un'integrazione, da approvarsi con procedura aggravata, del testo del codice penale o processuale. Non si tratterebbe di una semplice riforma dei codici. Si tratterebbe bensì di una ricodificazione dell'intero diritto penale sulla base di una meta-garanzia contro l'abuso della legislazione speciale ed eccezionale. La razionalità della legge, contrapposta da Hobbes alla "*iuris prudentia* o saggezza di giudici disordinati" propria del vecchio diritto comune, è stata infatti dissolta da una legislazione di legislatori ancor più disordinati il cui effetto è esattamente quello di riprodurre, tramite la crescita della discrezionalità nella pratica giuridica, un diritto di formazione prevalentemente giurisprudenziale, secondo l'antico modello del diritto premoderno. Di fronte a questa regressione premoderna è perciò necessaria una rifondazione della legalità penale attraverso questa metagaranzia, idonea a por fine al caos esistente e a mettere il codice penale e quello processuale al riparo dell'arbitrio e della volubilità degli odierni legislatori "disordinati".

Il codice penale e quello di procedura diverrebbero testi normativi esaustivi e insieme esclusivi dell'intera materia penale, della cui coerenza e sistematicità il legislatore dovrebbe ogni volta farsi carico. Ne verrebbe accresciuta la capacità regolativa, nei confronti tanto dei cittadini quanto dei giudici. La drastica depenalizzazione che ne seguirebbe – a cominciare da quel diritto penale burocratico che è formato dalla congerie dei reati oggi puniti come contravvenzioni o con semplici pene pecuniarie – sarebbe largamente compensata dall'aumento della certezza, dell'effettività e del tasso di garantismo dell'insieme.

Solo la rifondazione della legalità indotta dall'integrale ricodificazione del diritto penale – accompagnata dalla restaurazione di tutti i principi garantisti, a cominciare da quello della tassatività delle figure di reato e dalla loro offensività di beni e diritti fondamentali – può d'altra parte restaurare un corretto rapporto tra legislazione e giurisdizione sulla base di una rigida *actio finium regundorum*. Con paradosso apparente, infatti, in tanto la legislazione, e perciò la politica, possono assicurare la divisione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge, e realizzare quindi la prerogativa costituzionale della riserva assoluta di legge, in quanto il legislatore sappia fare il suo mestiere, che è di produrre leggi nel rispetto delle garanzie, prima tra tutte la stretta legalità, idonee a limitare e a vincolare la giurisdizione: ciò che equivale a dire che in tanto la legge può essere effettivamente condizionante in quanto sia anche giuridicamente condizionata. E il fatto che questa sia la vecchia ricetta illuministica non toglie ad essa valore. Il fatto che tutto questo fosse valido due secoli fa, quando la codificazione rese possibile il passaggio dall'arbitrio dei giudici proprio del vecchio diritto giurisprudenziale allo stato di diritto, non lo rende meno valido oggi che l'inflazione legislativa ha praticamente fatto regredire il sistema penale all'incertezza del diritto premoderno.

4.3 Il terzo ordine di indicazioni riguarda il processo e, specificamente, la sua deontologia. Il diritto penale è sempre stato viziato, in contrasto con il suo modello ideale, da un tasso più o meno alto di discriminazione e di selettività

strutturale, che lo ha costantemente portato a reprimere prevalentemente la criminalità di strada delle persone più povere (Zaffaroni). Basti guardare alle altissime percentuali di neri negli Stati Uniti (e in Europa, possiamo aggiungere, di immigrati), tra i condannati e i detenuti. Più che di una consapevole scelta, questa selettività è il frutto, oltre che della pressione dei mass media, di un riflesso burocratico degli apparati polizieschi e giudiziari: i reati commessi da queste persone, di solito privi di difesa, sono accertabili assai più facilmente di quelli commessi dai potenti.

Ebbene, io credo che la presa di coscienza di questa sistematica discriminazione dovrebbe da un lato orientare la politica criminale, che al contrario sembra preoccupata soltanto di asse condare e alimentare, con inutili inasprimenti di pene, proprio l'allarme sociale per i soli reati dei poveri; e dovrebbe, dall'altro, entrare a far parte della deontologia professionale dei giudici che intendono garantire l'uguaglianza e i diritti fondamentali di tutti, sollecitando per questi reati una maggiore indulgenza equitativa onde compensare l'oggettiva disuguaglianza e selettività dell'amministrazione della giustizia.

Si tratta, come ha osservato di recente Alberto Silva Franco[6] di superare il formalismo del giudice-tradizionale, che dietro lo schermo di un preteso tecnicismo esprime in realtà il riflesso burocratico e deresponsabilizzante proprio di tutti gli apparati di potere; e perciò di aprire la giurisdizione ai valori costituzionali dell'uguaglianza e della dignità della persona, tanto più essenziali in un mondo contrassegnato da crescenti disuguaglianze e lesioni sistematiche dei diritti umani.

Naturalmente nei tempi brevi non c'è da farsi illusioni sulle prospettive di una riforma del sistema penale all'altezza delle nuove sfide, e neppure di politiche criminali razionali alternative alle politiche demagogiche oggi prevalenti. E tuttavia, di fronte a questa crisi della ragione giuridica, non possiamo neppure permetterci un rassegnato pessimismo. E' pur vero che allo stato attuale, a causa della sordità della politica e della cultura giuridica, una rifondazione razionale del diritto penale appare sommamente improbabile. Ma improbabile non vuol dire impossibile. Non dobbiamo confondere, se non vogliamo occultare le responsabilità della (nostra) politica e della (nostra) cultura giuridica, tra inerzia e realismo, squalificando come "irrealistico" o "utopistico" ciò che semplicemente non vogliamo o non sappiamo fare. Dobbiamo al contrario ammettere che della crisi in atto portiamo tutti – legislatori, giudici e giuristi – la responsabilità; che il pessimismo "realistico" e il disincanto rassegnato e "post-moderno", di cui in questi anni si compiace una parte della cultura penalistica, corrispondono a petizioni di principio che si autoverificano; che, soprattutto, dal superamento dell'inerzia progettuale che affligge così la politica come la cultura giuridica dipende il futuro non solo del diritto penale, ma anche dello stato di diritto e della stessa democrazia.

[6] FRANCO, A. Silva. "O perfil do juíz na sociedade em processo de globalização". In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Comps.). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 99-111.

1.7

DISCUSSÃO EM TORNO DO INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEL EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA

MARIA JOÃO ANTUNES*

SUMÁRIO: 1. O surgimento da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica – 2. A medida de segurança como sanção de natureza penal: 2.1 A aproximação da medida de segurança à pena; 2.2 A autonomização do facto praticado enquanto pressuposto da imposição do internamento; 2.3 O enfranquecimento do princípio da actualidade do estado perigoso – 3. O futuro da medida de segurança de internamento: 3.1 A perigosidade criminal como pressuposto da medida de segurança de internamento; 3.2 As consequências do entendimento do facto como sendo apenas comprovativo da perigosidade criminal do agente; 3.3 O defasamento entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria e das relações jurídicas de direito administrativo; 3.4 A subsistência do direito penal das medidas de segurança.

Resumo: Considerando o passado da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica e a evolução verificada no sentido de se dever aproximar esta sanção da pena, questionamos esta mesma evolução, que acabou por se traduzir na descaracterização da medida de segurança. Salientando o defasamento detectável entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria enquanto especialidade médica, por um lado, e o direito penal das medidas de segurança e a evolução das relações jurídicas de direito administrativo, por outro, equacionamos a substituição do modelo de justiça penal pelo modelo médico assistencial.

Palavras-chave: Medida de segurança – Internação – Inimputável – Inimputabilidade.

Quando, aceitando o convite para participar no 8.º Seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, escolhi como tema desta minha intervenção o internamento de agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, poderia também ter optado pelo título "Passado, presente e futuro da medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica". Uma opção que se justificaria, na medida em que a discussão em torno desta matéria pressupõe

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

que tenhamos presente o que foi, o que é e o que deverá ser o internamento do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica.

1. O surgimento da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica

É com o direito penal nascido no "Século das Luzes" que a questão da inimputabilidade do agente em virtude de anomalia psíquica ganha os contornos que ainda hoje lhe conhecemos. É a partir desse momento que avulta a preocupação em delimitar, de forma rigorosa, os sujeitos activos de um ramo do direito que conhece somente a pena como consequência jurídica dos comportamentos definidos como crime, podendo afirmar-se que este objectivo de delimitação coincide com o culminar da subjectivação progressiva de um direito que começou por assentar numa relação objectiva e material de causa e efeito e por admitir até, consequentemente, a "punição" dos animais, das coisas inanimadas e também, logicamente, dos loucos. Segundo informação de Levy Maria Jordão, em Portugal, em 1654, foi queimada uma égua como cúmplice de um crime de bestialidade.[1]

O novo direito penal assenta no princípio da responsabilidade moral e tem como destinatário exclusivo o cidadão livre e senhor dos seus actos da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Dentro das fronteiras deste ramo do direito passa a não caber o louco, aquele que no momento da infracção não goza das luzes da Razão. Uma evolução do direito penal, de que é expressão acabada o art. 64.º do Código Penal francês de 1810, para a qual convergiu também toda uma evolução no sentido da afirmação da Psiquiatria enquanto especialidade do saber médico e de que constitui marco fundamental a publicação das obras dos alienistas franceses Pinel e Esquirol: *Traité médico-philosophique sur l'alienation mental ou la manie*, de 1801, e *L'alienation mental*, de 1838.[2]

Aos princípios estruturantes do direito penal clássico, que excluíam os inimputáveis em razão de anomalia psíquica deste ramo do direito, a uma Escola defensora do livre arbítrio, que vê o delinquente como um qualquer outro homem normal e o crime como algo contingente, contrapôs-se, entretanto, uma outra que nega o livre arbítrio, apresenta o delinquente como uma anormalidade da natureza humana e explica o crime como um fenómeno natural e necessário, com causas físicas, antropológicas e sociais que o determinam – a Escola positivista. Com a evolução da investigação médico-psiquiátrica, a escola frenológica de Gall, os

(1) Cf. *Commentario ao Codigo Penal portuguez*, art. 22.º, t. I, Lisboa, 1853. Sobre o direito penal nascido naquele Século, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 49 e ss. e 139 e ss.

(2) Expressamente no sentido daquele artigo do Código Penal francês ter sido influenciado pelos ensinamentos daqueles alienistas, cf., entre outros, R. Garraud, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*[3] I, Paris: Sirey, 1913, p. 614. Stefani/Levasseur / Bouloc, *Droit Pénal Général*[12] Paris: Dalloz, 1984, p. 367 e Dubuisson/Vigoroux, *Responsabilité Pénale et Folie. Ètude Médico-légale*, Paris: Félix Alcan, 1911, p. 16 e s.

estudos sobre a hereditariedade de Morel, o positivismo comteano e o evolucionismo de Lamark e de Darwin estava aberto o caminho para o positivismo criminal fazer "Escola". Uma Escola, cujo contributo foi decisivo para as fronteiras do direito penal se abrirem aos agentes declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica, por via da imposição da medida de segurança de internamento. Uma sanção de natureza penal para os seguidores desta Escola; uma medida de natureza administrativa para os clássicos que, mantendo-se embora fiéis a um direito penal de penas, aceitavam uma decisão processual penal de internamento, por razões garantísticas e de conexão e economia processuais.[3]

O passado mais remoto do internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica – e das medidas de segurança em geral – foi marcado por toda uma discussão doutrinal sobre a natureza jurídica desta medida de segurança, até por nela se destacar uma vertente estritamente médico-assistencial. Mas marcado também por uma associação pacífica entre anomalia psíquica e crime, mercê das certezas da psiquiatria biológica e positivista de então: o portador de anomalia psíquica é, por definição, penalmente irresponsável; o portador de anomalia psíquica é, por definição, perigoso, do ponto de vista criminal ou, pelo menos, socialmente perigoso. Uma associação talhada para servir o pressuposto irrenunciável da medida de segurança – a perigosidade criminal do agente –, com a consequente desvalorização do facto praticado pelo agente inimputável, ao qual cabia ser mero facto desencadeador do internamento.[4] A associação entre anomalia psíquica e crime permitia que o facto fosse tido como indício, como sintoma da perigosidade criminal do agente, ao mesmo tempo em que o modelo médico paternalista então reinante permitia que não se fosse muito exigente com um internamento que seria sempre no interesse e para o bem do autor do comportamento definido como crime. Num tempo em que os doentes mentais, em geral, não eram vistos como titulares de direitos fundamentais, valendo antes em relação a eles as denominadas "relações especiais de poder".[5]

Um passado marcado ainda pela vigência, em termos absolutos, do princípio da actualidade do estado perigoso, um princípio conatural à finalidade preventivo-especial do internamento e à legitimação deste por apelo a uma ideia de pura utilidade social. Um princípio com expressão em regras específicas do regime

(3) Sobre os contributos da Escola italiana do positivismo criminal e a discussão em torno da natureza jurídica da medida de segurança, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 59 e ss. e 91 e ss.

(4) Sobre o conceito de "facto desencadeador", cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 73 e ss. e 365 e ss.

(5) Sobre isto, com indicações bibliográficas, cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 36 e ss. Cf., ainda, especificamente sobre a evolução no sentido de os doentes mentais deverem ser vistos como titulares de direitos fundamentais, Viera de Andrade, "O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais", *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* (Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Instituto de Medicina Legal de Coimbra), Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 73 e ss.

legal da medida de segurança: exclusão do efeito de caso julgado da decisão judicial; imprescritibilidade da medida de segurança; inaplicabilidade de leis de amnistia; irrelevância da proibição de retroactividade da lei; admissibilidade de medidas de segurança pré-delituais; duração indeterminada da medida de segurança; e inexistência de limites decorrentes da ideia de proibição de excesso.[6]

2. A medida de segurança como sanção de natureza penal

2.1 A aproximação da medida de segurança à pena

Ultrapassada a discussão doutrinal inicial sobre a natureza jurídica das medidas de segurança e superado o conflito entre clássicos e positivistas, os sistemas sancionatórios passaram a reconhecer a medida de segurança como uma outra sanção do direito penal, distinguindo-se da pena por pressuposto desta ser a culpa do agente e pressuposto daquela a perigosidade do agente.

Um reconhecimento da pena e da medida de segurança como sanções criminais, chegado ao tempo presente com a marca de toda uma evolução no sentido de aproximar a medida de segurança da pena. Devendo destacar-se que a aceitação progressiva da natureza penal da medida de segurança se foi traduzindo, de facto, numa aproximação ao direito penal das penas. Uma evolução marcada pelo objectivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias político-criminais formais e materiais que rodeia a aplicação das penas.[7] Passando a tornar-se recorrente o apelo aos princípios e garantias do Estado de Direito e expressões como "tendência moderna para de alguma forma se eticizarem as medidas de segurança"; esforço "para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia de Estado de Direito"; "a consciencialização jurídico-política, ligada ao aprofundamento do Estado-de-Direito, vê na sujeição das medidas de segurança, e respectivos pressupostos, aos princípios da legalidade (...) e da jurisdicionalidade uma exigência da necessidade de garantia dos direitos fundamentais, necessidade esta que é conatural à ideia e ao princípio do Estado-de-Direito"; "um direito de medidas de segurança só pode ter uma importância secundária no sistema sancionatório e, em todo o caso, igual ao direito penal da culpa, devendo estar controlado e limitado por princípios que salvaguardem os direitos individuais na mesma medida em que o fazem os princípios penais tradicionais"; "a medida de segurança é estranha – a menos que passe por uma profunda revisão legislativa – a uma tradição jurídica de legalidade

(6) Sobre este princípio, cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 368 e s.

(7) Sobre esta evolução, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 108 e ss. e 365 *et seq.* Expressamente no sentido de as alterações ao regime da medida de segurança se caracterizarem pela "incorporação das garantias próprias do direito penal da pena", avaliando esta aproximação de forma negativa, García Arán, *Fundamentos y aplicación de penas e medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona: Aranzandi, 1997, p. 127 e 133. Cf., ainda, Silva Sánchez, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 24 *et seq.*

e de liberdade".[8] Ao mesmo tempo e também com o sentido de aproximar a medida de segurança à pena, reafirmando-se a natureza penal da primeira, foi-se arredando toda uma argumentação no sentido de a legitimação da medida de segurança residir em considerações de pura utilidade social. Passou a invocar-se um *princípio ético-social geral*, tal como fez Welzel, o *princípio do interesse preponderante*, como defendeu Nowakowski, ou o *princípio da ponderação de bens*, na formulação de Roxin.[9]

2.2 *A autonomização do facto praticado enquanto pressuposto da imposição do internamento*

Deste novo discurso sobre as medidas de segurança resultou, por um lado, a autonomização de um outro pressuposto para além da perigosidade criminal do agente inimputável em razão de anomalia psíquica – a prática por este agente de um facto com determinadas características, com a consequência de deixarmos de poder falar em "facto desencadeador" e passarmos antes a destacar o "facto pressuposto" do internamento.[10] Por outro lado, este novo discurso pôs em causa aquele que era tido como o princípio mais característico da sanção "medida de segurança", o princípio que lhe imprimia carácter, quando contraposta à sanção "pena" – o, já mencionado, princípio da actualidade do estado perigoso.

(8) Cf., respectivamente, "Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral II", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1966, p. 265; Figueiredo Dias, "O sistema sancionatório do direito penal português, no contexto dos modelos da política criminal", Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1984, p. 787; Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*[2], Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 209 *et seq.*; Muñoz Conde, "Monismo y dualismo en el derecho penal español", *Estúdios Penales y Criminologicos*, 1983, p. 235 e s., e G. Bettiol, "I problemi di fondo della misure di sicurezza", *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova: Cedam, 1962, p. 17. Foram sendo expressão de todo este movimento de aproximação da medida de segurança à pena, através da palavra de ordem "Estado de Direito", um conjunto de estudos de que são exemplo os que integram a obra *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova: Cedam, 1962 e os da autoria de F. Nowakowski, "Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen", *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70 Geburtstag*, 1963, p. 98 e ss. e de Eduardo Reale Ferrari, *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: RT, 2001.

(9) Cf., respectivamente, *Derecho Penal aleman. Parte General*[11], Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 334 *et seq.*; "Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen", *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70 Geburtstag*, 1963, p. 103 *et seq.* e "Freiheit, Schuld, Vergeltung", *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, p. 65; e *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*[3], München: C. H. Beck, 1997, p. 64 *et seq.*

(10) Sobre o conceito de "facto desencadeador", cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 89 *et seq.* e 372 *et seq.*

Ao reconhecimento da medida de segurança como uma outra sanção de natureza penal foi correspondendo uma valorização do facto praticado pelo agente inimputável ao ponto de ser hoje comum autonomizar dois pressupostos do internamento: a prática de um facto com determinadas características – um facto ilícito típico, segundo o art. 91.º do Código Penal português ou o § 63 do Código Penal alemão; e um juízo positivo sobre a perigosidade criminal do agente. Uma caracterização do facto, com o sentido de determinar os requisitos indispensáveis para procedermos depois ao juízo sobre a perigosidade criminal do agente, que tem vindo a ser levada a cabo a partir da transposição das categorias do crime do agente imputável (a partir da tipicidade, da ilicitude, da culpa e da punibilidade, quando esta se autonomize) para o facto do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica.[11] O que se compreende, uma vez que o reconhecimento da medida de segurança como uma outra sanção de natureza penal tem vindo a ocorrer por via de uma aproximação à sanção tradicional do direito penal – à pena – e, portanto, por aproximação a uma sanção ligada, de forma principal, ao facto, ao crime, ao delito e não propriamente ao agente, ao delinquente.

Uma caracterização, por transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável, de que se tem servido a doutrina e a jurisprudência – merecendo particular destaque a doutrina e a jurisprudência italianas e alemãs – na resolução de casos onde é equacionável se ao agente inimputável em razão de anomalia psíquica aproveitam as causas de exclusão da ilicitude ou da culpa; ou se ao agente inimputável em razão de anomalia psíquica se estendem os efeitos do erro (seja sobre a factualidade típica, sobre os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa ou sobre a ilicitude). Isto, para além da questão genérica, que tanto tem ocupado a doutrina e a jurisprudência italianas, de saber se também o agente inimputável em razão de anomalia psíquica actua com dolo e com negligência, já que o art. 222.º do Código Penal italiano exclui o internamento em hospital psiquiátrico judiciário, quando a actuação do agente inimputável em razão de enfermidade psíquica tenha sido negligente, no pressuposto de que *le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commeso un fatto preveduto dalla legge come reato* (art. 202.º).

2.3 O enfranquecimento do princípio da actualidade do estado perigoso

Foi também o princípio da actualidade do estado perigoso que foi sendo posto em causa nesta evolução norteada pela aproximação da medida de segurança à pena. Algo que se evidencia, nomeadamente, quando hoje se defende a inadmissibilidade das medidas de segurança pré-delituais, o princípio da proporcionalidade, a fixação de prazo máximo de duração das medidas de segurança, o princí-

(11) Sobre esta caracterização, desenvolvidamente e com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 189 *et seq*. Para uma avaliação crítica desta caracterização, cf., ainda, p. 374 *et seq*.

pio da proibição da retroactividade em matéria de aplicação da lei penal no tempo e, ainda, quando se defende uma certa identidade entre penas e medidas de segurança ao nível das finalidades de umas e de outras. Uma aproximação notória à pena, quando se estende o conteúdo do princípio da proporcionalidade à gravidade do facto, não o limitando antes à perigosidade do agente e ao significado do facto para o juízo sobre a perigosidade; quando se determina o prazo máximo de duração da medida de segurança por referência à pena abstractamente aplicável ao facto cometido ou por referência à pena privativa da liberdade que teria sido aplicada caso o agente tivesse sido declarado imputável; quando se leva a extensão do princípio da legalidade às medidas de segurança, ao ponto de se propugnar que é aplicável a lei vigente no momento prática do facto praticado pelo agente inimputável em razão de anomalia psíquica, com total desconsideração do pressuposto perigosidade criminal; quando se defende que também a medida de segurança de internamento prossegue, de forma autónoma, uma finalidade preventivo-geral positiva ou de integração, tal como defendem Figueiredo Dias e Eduardo Reale Ferrari.[12]

3. O futuro da medida de segurança de internamento

3.1 A perigosidade criminal como pressuposto da medida de segurança de internamento

Com o destaque dado a estas notas actuais do direito penal das medidas de segurança, procurámos concluir também por uma certa descaracterização desta sanção penal. Uma descaracterização ditada por toda uma evolução no sentido da medida de segurança se dever aproximar dos princípios e regras que norteiam a aplicação da pena, que foi tendo a consequência de também quanto à medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica passar a fazer sentido, ainda que com um sentido diferente do original, a expressão "burla (fraude) de etiquetas". Expressão nascida com o fito de criticar soluções dualistas de aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança, em razão da prática de um mesmo facto definido como crime.

3.2 As consequências do entendimento do facto como sendo apenas comprovativo da perigosidade criminal do agente

Cremos que o futuro das medidas de segurança e, concretamente, a de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica, passará, necessa-

(12) Cf., respectivamente, *Direito Penal português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Notícias, 1993, p. 426 *et seq.*, e *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*, p. 61 *et seq.* e 185. Sobre a evolução referida em texto, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 108 *et seq.*

riamente, por uma via em que o direito penal das medidas de segurança seja repensado, à luz de princípios e regras político-criminais, que sejam próprios e específicos desta matéria. Podendo antecipar-se que repensar as medidas de segurança significará um certo retorno àquela que deve continuar a ser a nota distintiva e característica desta sanção, quando contraposta à pena – a perigosidade criminal do agente. Acreditamos que, sob pena de descaracterização e de confusão relativamente ao direito penal das penas, o direito penal das medidas de segurança tem que se afirmar, no futuro, como um direito onde o facto praticado releve, não autonomamente, mas apenas na medida em que tiver significado para o juízo sobre a perigosidade criminal do agente. Por outras palavras, o facto praticado deverá valer apenas enquanto facto comprovativo da perigosidade criminal, derivada da anomalia psíquica de que padece o agente. A perigosidade criminal do agente deverá ser o único pressuposto da imposição da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Na medida em que o juízo sobre a perigosidade criminal do agente – o juízo sobre a probabilidade de o agente voltar a praticar outros factos que a lei penal considera crime – é, por sua própria natureza, um juízo difícil, pelas margens inevitáveis de incerteza que lhe são conaturais, ao facto praticado pelo agente caberá reduzir estas mesmas margens de incerteza. O facto "reforça o prognóstico de perigosidade",[13] ao comprovar que a anomalia psíquica do agente já o determinou, no passado, à prática de um facto tipificado na lei penal, não lhe cabendo, pois, qualquer outro papel em que se destaque autonomamente. Reforçando o prognóstico de perigosidade, porque o facto comprova a perigosidade criminal do agente, é, de resto, a própria intervenção penal que passa a estar duplamente legitimada: internamos o agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, porque foi criminalmente perigoso *e* porque é perigoso do ponto de vista criminal. A esta luz deverá ser defendido o seguinte:

a) A medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica deve ter como finalidade exclusiva evitar que este agente volte a praticar factos tipificados na lei penal, em virtude de padecer de uma anomalia psíquica que o torna incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com a avaliação feita. É, por conseguinte, a finalidade preventivo-especial, de tratamento e/ou de segurança que deve presidir à imposição da medida de segurança de internamento. Com o que deverá ser rejeitado o entendimento daqueles para quem a prevenção geral positiva ou de integração também vale de forma autónoma no âmbito das medidas de segurança;[14]

b) As medidas de segurança pré-delituais devem ser inadmissíveis, porque a circunstância de não haver um facto comprovativo da perigosidade criminal do

(13) Assim, Rodriguez Mourullo, *Comentários al Código Penal* (Rodriguez Mourullo/Jorge Barreiro), Madrid: Civitas, 1997, artigo 6.°. Sobre a função político-criminal do *facto*, por nós defendida, cf. op. cit., p. 473 *et seq.*

(14) Sobre a finalidade da medida de segurança de internamento de agente inimputável perigoso, por nós defendida, cf. op. cit., p. 476 *et seq.*

agente não permite, com alguma certeza, afirmar a probabilidade de o agente vir a praticar factos definidos como crime. Neste sentido, merece destaque a formulação do art. 6.º do Código Penal espanhol – "as medidas de segurança fundamentam-se na perigosidade criminal do sujeito ao qual se imponham, exteriorizada na prática de um facto previsto como delito";

c) O princípio de proporcionalidade, enquanto concretização de um princípio de proibição de excesso, que deve valer quanto às restrições aos direitos fundamentais, deve incidir exclusivamente sobre a perigosidade criminal do agente, no sentido de a medida de segurança dever ser proporcionada em relação a esta perigosidade. Pelo que discordamos de formulações como a do Código Penal português, onde podemos ler, no art. 40.º, n. 3, que "a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente". Concordamos antes com a formulação que podemos encontrar no artigo 133.º do Projecto de Código Penal espanhol de 1980 – "as medidas de segurança devem ser proporcionadas à perigosidade revelada pelo facto cometido e à gravidade do que seja provável o agente poder cometer". Uma formulação que não chegou ao Código Penal vigente, o que tem levado a doutrina a criticar o actual art. 6º – "as medidas de segurança não podem ser mais gravosas nem de duração superior que a pena abstractamente aplicável ao facto cometido, nem exceder o limite do necessário para prevenir a perigosidade do autor" –, quer porque este artigo compara sanções heterogéneas, quer ainda porque funda o juízo de proporcionalidade no facto praticado;[15]

d) Em matéria de aplicação da lei penal no tempo, deve valer a regra da aplicação da lei vigente no momento da declaração de perigosidade criminal do agente, o que vem a coincidir com a lei vigente no momento de ser decidida a medida de segurança de internamento. Não significando isto, contudo, que não deva valer também a lei vigente no momento da prática do facto, ressalvada a retroactividade favorável, para o efeito exclusivo de concluir se o facto praticado pelo agente e aqueles em relação aos quais haja o fundado receio de virem ser praticados estão ou não tipificados na lei penal. O que se rejeita é, por exemplo, a formulação do Projecto Alternativo alemão de 1966 – "a medida de segurança só pode ser imposta quando uma lei anterior ao facto a preveja" (§ 1-2) – ou a formulação, mais recente, do Projecto Preliminar italiano de 2000 – "ninguém pode ser sujeito à medida de segurança que não esteja prevista numa lei entrada em vigor antes da prática do facto de crime que constitui pressuposto da aplicação desta" (art. 1.º-2);

e) O limite máximo de duração da medida de segurança de internamento, a ser estabelecido, só o deve ser a partir de considerações alheias à pena. Não fazendo qualquer sentido defender uma solução como a do Código Penal português – "o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável" (art. 92.º, n. 2) – ou, muito menos, a do

[15] Sobre a formulação do Código Penal espanhol, cf. Silva Sanchéz, op. cit., p. 19, 22 e 35 *et seq.*, e García Arán, op. cit., p. 131 *et seq.*

Código Penal espanhol, onde é por demais evidente a, por nós criticada, aproximação à pena – "o internamento não poderá exceder o tempo que duraria a pena privativa da liberdade, se o agente tivesse sido declarado responsável" (art. 101.º). Solução defensável é já, por exemplo, a do Projecto Preliminar italiano de 2000 – "a duração máxima da medida de segurança aplicada a agente inimputável em razão de enfermidade mental ou outra anomalia não pode ultrapassar cinco anos" (art. 101.º-7).

3.3 O defasamento entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria e das relações jurídicas de direito administrativo

O estabelecimento de prazo de duração máxima da medida de segurança de internamento é, de resto, uma matéria onde se justifica, de uma forma muito particular, que o direito penal da medida de segurança de internamento seja repensado. De uma forma muito particular, porque não bastará criticar a aproximação da medida de segurança à pena. Esta é uma matéria em relação à qual se impõe que tenhamos presente toda uma evolução da psiquiatria enquanto especialidade médica.

No passado da psiquiatria e no passado da medida de segurança havia uma convergência total quanto à duração indeterminada, tendencialmente perpétua até, do internamento do agente inimputável em razão de anomalia psíquica. De um lado, tínhamos uma psiquiatria que não nos oferecia senão internamentos longos – "só se entra no hospício para não mais sair ou, na melhor das hipóteses, para mais voltar", escreveu o pensador brasileiro Roberto Machado[16] – e, do outro, um direito em que valia o princípio da actualidade do estado perigoso – a medida de segurança dura enquanto durar o estado de perigosidade que lhe deu origem.

No presente temos uma intervenção médico-psiquiátrica – psicofarmacológica, mas também psicoterapêutica e psicossocial – que permite internamentos consideravelmente menos prolongados e modalidades de tratamento para além do internamento. Deixou de ser tempo de "pessimismo terapêutico", de abordagens estritamente biológicas e psicológicas da doença mental e de modelo hospitalar.[17] O tempo presente é de optimismo terapêutico, graças à revolução psicofarmacológica ocorrida nos anos cinquenta (sessenta) do século XX; de abordagem bio-psicosocial das perturbações mentais; e tempo também de modelo comunitário. Modelo este que se foi impondo, por via dos avanços psicofarmacológicos, das novas abordagens das perturbações mentais e dos contributos críticos da denominada "antipsiquiatria". No presente, continuamos a ter um direito de medidas de segurança com-

(16) Cf. *A Constituição da Psiquiatria no Brasil*, texto da conferência proferida no âmbito do Projecto "História da Loucura em Portugal", Lisboa, 2000.

(17) A expressão pode ser encontrada em Santos Costa/Morgado Pereira, p. 162. Sobre o passado e o presente da psiquiatria e o passado e o presente do direito penal das medidas de segurança, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 31 *et seq.*

patível com a psiquiatria passada que apenas oferecia internamentos longos. Um direito que continua a partir do princípio que a intervenção médico-psiquiátrica é fundamentalmente hospitalar e tendencialmente perpétua. Um direito que, em regra, não nos oferece, a título principal, medidas de segurança não privativas da liberdade, estabelecendo limites máximos de duração do internamento perfeitamente defasados do tempo médio do internamento psiquiátrico, o que anula a garantia dada, no passado, pela determinação de um limite máximo de duração coincidente com o da pena prevista para o facto praticado. Por exemplo, o legislador português admite que o agente inimputável perigoso, em razão de esquizofrenia, possa estar internado durante dezesseis anos, se se tratar de crime de homicídio, sendo certo que o tempo médio de internamento necessário à compensação clínica desta patologia se cifra hoje em valores que rondam um mês![18]

3.4 A subsistência do direito penal das medidas de segurança

O tempo presente é um tempo em que se impõe que sejam repensados alguns aspectos do internamento do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, fazendo o caminho do futuro direito penal das medidas de segurança. Resta saber, no entanto, se o futuro mais longínquo do internamento do agente inimputável vai continuar a ser o do direito penal das medidas de segurança. Por outras palavras, é para nós duvidoso que seja suficiente repensar apenas alguns aspectos da intervenção penal neste domínio. Para nós está em aberto, afinal, a questão de saber se não é a intervenção penal nesta área, ela própria e não meros aspectos dela, que deve ser repensada. Em aberto, no fundo, a possibilidade de não intervir a justiça penal quando, em processo penal, se declare o agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Uma possibilidade por nós encarada com alguma simpatia. Por um lado, são hoje patentes e irrecusáveis dificuldades inerentes ao conceito de perigosidade criminal; por outro, a justiça administrativa actual pode garantir a tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Cremos que é pertinente interrogarmo-nos sobre a subsistência de um direito penal de medidas de segurança, tanto mais quanto é certo que em relação ao internamento de agente inimputável em virtude de anomalia psíquica avultam mais as dúvidas do que as certezas em relação àquela que é a noção basilar deste direito – a perigosidade criminal do agente. Às certezas da psiquiatria biológica e positivista no que diz respeito à associação entre anomalia psíquica e crime, certezas que facilitaram a reintegração do agente portador de anomalia psíquica nas fronteiras do direito penal, por via da imposição da medida de segurança de internamento, contrapõem-se hoje as dúvidas de uma psiquiatria que se assume com capacidade apenas para afirmar a necessidade de tratamento do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica. Às certezas da psiquiatria biológica e positivista contrapõe-se hoje um discurso que garante taxas mais baixas de criminalidade violenta entre portadores de anomalia psíquica do que entre indiví-

(18) Cf. arts. 92.°, n. 2, e 131.° do Código Penal.

duos que não padecem de anomalia psíquica ou, pelo menos, taxas idênticas entre uns e outros, defendendo-se que a anomalia psíquica é um factor de risco idêntico a outros (à idade, ao sexo, ao consumo de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes). Admitem outros, taxas mais elevadas apenas entre os portadores de anomalia psíquica grave (casos de psicose esquizofrénica ou de psicose paranóide). E, ainda aqui, segundo alguns autores, apenas quando estes doentes estão descompensados, não deixando mesmo de salientar que os doentes esquizofrénicos compensados constituem um exemplo de perigosidade criminal igual (ou mesmo inferior) à da população dita normal. Na verdade, desafiam a nossa reflexão, enquanto penalistas, palavras como as seguintes, da autoria de Ponti: "não existe qualquer dever determinístico para o delirante matar o perseguidor ou obedecer a uma alucinação imperativa. O mesmo doente pode, em circunstâncias análogas, ter agido anteriormente de forma diferente: 'escolheu' a fuga em vez da agressão; 'decidiu' não obedecer à ordem de se matar ou de matar".[19]

Cremos que é pertinente interrogarmo-nos sobre a subsistência de um direito penal de medidas de segurança, tanto mais quanto a integração destas neste ramo do direito é historicamente explicável quer como forma de resolução de um conflito entre Escolas – a clássica e a positivista – quer ainda porque se considerava que a justiça penal garantia melhor os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, quando comparada com a justiça administrativa, "uma jurisdição limitada, que não oferecia as mesmas garantias de protecção efectiva".[20] Daí toda a discussão doutrinal e jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas de segurança, a que já aludimos.

E a interrogação é pertinente, porque também ao nível das relações jurídicas de direito administrativo houve toda uma evolução no sentido de, no presente, se poder assegurar uma tutela judicial, plena e efectiva dos direitos dos particulares. Ao ponto de, com Gomes Canotilho, podermos afirmar o "princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa".[21] Nomeadamente, a tutela do direito à liberdade, quer enquanto liberdade de movimentos do portador de anomalia psíquica, que passou a ser visto como titular de direitos fundamentais, quer enquanto liberdade do portador de anomalia psíquica decidir sobre uma intervenção médico-psiquiátrica determinada, por também em relação a ele ter caído o modelo do paternalismo médico e valer antes o do consentimento informado. Tudo impondo que qualquer limitação necessária do direito à liberdade do portador de anomalia psíquica seja

(19) Cf. "Il dibattito sull' imputabilità", *Questioni sulla imputabilità* (Adolfo Ceretti/Isabella Merzagora), Padova: Cedam, 1994, p. 15. Sobre a questionável ligação entre anomalia psíquica e crime, cf., ainda, Fernando Almeida, *Homicidas em Portugal*, Maia: Publismai, 1999, p. 232 *et seq.*, 333 *et seq.* e 515.

(20) Assim, Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 28, nota 25.

(21) Cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 492. Sobre a evolução verificada ao nível das relações jurídicas de direito administrativo, cf., ainda, p. 489 *et seq.*

considerada como restrição ou compressão deste direito. Quer se trate da limitação necessária no contexto de um tratamento compulsivo, quer seja a limitação necessária na sequência de um comportamento que a lei penal define como crime.

Com isto, queremos apenas significar que à preocupação em garantir o agente inimputável em razão de anomalia psíquica contra privações injustificadas ou excessivas da liberdade – uma preocupação, presente em toda a história da medida de segurança de internamento, nomeadamente quando se entregou a sua imposição ao processo penal e quando se foram construindo regras e princípios próximos das regras e dos princípios aplicáveis à pena – pode ser hoje contraposto, não apenas o modelo da justiça penal, mas também um modelo médico-assistencial, devidamente enquadrado por justiça administrativa, bem distinta da passada. Uma alternativa – a do modelo médico-assistencial – que prosseguiria uma exigência específica de adequação, uma vez que a intervenção médico-psiquiátrica actual (uma intervenção psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial) é muito mais compatível com este modelo do que com o de justiça penal. Para além de que prosseguiria também o mandamento político-criminal da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal.

Recordando o passado e atendendo ao presente, fica-nos a interrogação, formulada com palavras já antigas, se em relação à medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica há que melhorar o direito penal ou, antes, substituir o direito penal por algo melhor.

1.8

CONTROLE DO CRIME NO SÉCULO XXI – Analisando uma nova realidade

RENÉ VAN SWAANINGEN*

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Culturas americana e européia comparadas – 2. Controle social e justiça criminal: 2.1 Mudança no controle social – 3. Mudanças na justiça criminal racional – 4. Gerenciamento e princípios legais – 5. O papel das novas técnicas – 6. Justiça atual e gerenciamento dos riscos – 7. Justiça criminal includente e excludente – 8. Alguns comentários conclusivos – Bibliografia.

Palavras-chave: Prevenção do crime – Controle social.

1. Introdução

A sociedade muda e os padrões criminais mudam com ela. Ainda que os modos pelos quais as sociedades procuram controlar o crime estejam também continuamente em transição. Nas últimas duas décadas as idéias têm mudado rapidamente no campo do controle criminal. Um grande número de novos modelos de controle, novos métodos de investigação, novas técnicas e uma gama de novas agências têm aparecido em um relativo curto espaço de tempo. Temos freqüentemente um sistema de justiça criminal bastante diferente daquele de vinte e cinco anos atrás. Pode até mesmo ser argumentado que a racionalidade da justiça criminal mudou. Este assunto está contido neste artigo. Tentarei responder as seguintes questões. Quais são as mais aparentes mudanças na política de justiça criminal dos últimos vinte anos? E para fazê-las como esta se desenvolveu?

1.1 Culturas americana e européia comparadas

Este artigo lida com a situação da Europa Ocidental, notadamente a holandesa. Isto coloca algumas questões com respeito a validade da análise anglo-americana que prevalece na área de políticas de mudança da justiça criminal. Antes de podermos começar com nosso tema atual, parece-nos entretanto usual contrastar algumas diferenças culturais entre a América do Norte e a Europa Ocidental que parecem ser as mais relevantes a este respeito. Examinarei brevemente o que isto significa para a situação da América Latina. Dentro da Europa existem também

(*) Palestra proferida no VII Seminário Internacional.

grandes diferenças, mas assim que contrastadas com a situação americana as similaridades entre os países europeus tornar-se-ão bastante aparentes.

A maior diferença entre os Estados Unidos da América e a União européia é o tamanho e o estilo do sistema de justiça criminal. As taxas de prisões na União Européia estão na média entre um oitavo daqueles casos de punição capital americana a qual não existe na Europa. Regimes militaristas como os campos americanos, os três silvos ou fora de combate, estão fora de prática, ou ainda o nostálgico folclore do sul dos Estados Unidos tais como tropas com correntes não são nem de perto viáveis em qualquer lugar europeu. A segregação punitiva é também muito criticada (Christie, 2001; Garland, 2001; Zimring et al., 2001) entretanto recebe menos atenção neste artigo. Este não é para dizer que as taxas de prisão na Europa não tenham sido crescentes ou que nas prisões européias a população não consista em grande parte de minorias étnicas, mas o impacto que as prisões têm na sociedade é bem menos dramático que nos Estados Unidos. Em relação as taxas de prisão, a América Latina está bem mais próxima da situação européia, com respeito às condições de prisão parecem mais próximas da realidade estadunidense.

Outras duas marcações diferentes são a centralização da América na "guerra contra as drogas" e o assunto racial na política de justiça criminal. Embora estes assuntos não estejam certamente ausentes na União Européia, estão bem distantes destas marcas, e têm bem menos caráter agressivo que nos Estados Unidos. Em um número crescente de países europeus, e certamente nos Países Baixos, um cuidado com a saúde aproxima-se orientado a uma redução dos danos que prevaleçam sobre a justiça penal com o consumo de drogas. Ambos com respeito à correção política e com respeito à discriminação das minorias étnicas e ao processo de criação de guetos, a situação na Europa é bem menos extrema que aquela dos Estados Unidos. Também estes elementos não receberão a mesma atenção que têm na análise da América do Norte (Miller, 1996; Amnesty International, 1998). Com respeito ao problema das drogas, parece que os países da América Latina – talvez com algumas variações – seguem os Estados Unidos, mas com respeito ao problema racial não é realmente comparável com estes dois continentes de imigração. Relações raciais parecem mais tranqüilas todas juntas.

Uma terceira diferença importante entre a Europa e os relatos americanos são da cultura urbana. Na Europa as pessoas gostam de caminhar e viver dentro da cidade. As pessoas também tendem a freqüentar os bares, restaurantes e cinemas dentro da cidade. Na maioria das cidades americanas, o centro da cidade é ocupado pela comunidade de negócios e parece bastante desolado à noite. Nesses locais, as pessoas preferem viver nos subúrbios, e os restaurantes e cinemas estão concentrados nas junções das estradas. Isto nos leva a uma diferente análise dos chamados "não lugares" – isto são lugares tais como *shopping centers*, junções em tráfego com a concentração de supermercados e restaurantes de *fast-food* ou aeroportos onde muitas pessoas vão e vem, mas ninguém realmente pertence ao lugar – com estruturas de controle implícitas e privadas (Shearing & Stenning, 1985). Obviamente, tais lugares também existem na Europa, e são ainda mais crescentes, mas não fazem certamente o mesmo papel cultural que fazem nos Estados Unidos. Em muitos países da América Latina podemos observar a combinação de ambas as culturas urbanas, a européia de utilização dos centros e a americana dos grandes centros comerciais.

Uma quarta importante diferença relaciona-se com a visão da humanidade. Nos Estados Unidos, tudo que acontece para uma pessoa tende a ser atribuído ao seu próprio mérito ou culpado pelas suas próprias faltas. Em ambos os casos este extremo individualismo está mais generalizado e colocam a Europa dentro do contexto. Os europeus geralmente tendem a ser menos empreendedores morais que os norte-americanos. Em casos onde os estadunidenses falam sobre vícios ou demônios (principalmente com respeito aos gostos destas outras pessoas), os europeus tendem a ter uma aproximação mais liberal e pragmática. A forte pena nos Estados Unidos é definitivamente conectada a este individualismo moralista e rígido (Melossi, 2001). Nesse sentido, este artigo tem marcadamente um tom europeu: tendências pragmáticas prevalecem sobre políticas de justiça criminal. A realidade da América Latina é novamente uma mistura – ainda de acordo com minhas perspectivas de estrangeiro. Os latino-americanos parecem ser menos moralistas que os norte-americanos, mas seu sistema de justiça pode ser chamado dificilmente de pragmático. Aqui, o contraste entre a cultura popular e o sistema legal parece ser mais marcado que na Europa ou nos Estados Unidos.

De alguma maneira relacionada com esta cultura do "mérito próprio da culpa" está o papel do Estado em distribuição da renda. Ainda que os dias da social democracia no Estado americano estejam também terminados, o Estado ainda tem uma grande ordem social a cumprir. Seu papel importante em cuidar da política da casa e do trabalho, na provisão dos benefícios de desemprego e todos os tipos de subsídios. Investe seriamente na boa escola pública, cuidados com a saúde pública e sistema de transporte e toma conta de muitas outras infra-estruturas que são nos Estados Unidos deixadas para as forças do mercado. O fato que freqüentemente implica as pessoas pobres não terem acesso a muitas das necessidades e estarem realmente empurradas sobre a ponta de onde está a decência, tem um curso de enormes conseqüências para os temas criminológicos tal como a mendicância, crimes relacionados a pobreza ou exclusão social. Com a grande colocação nas aproximações sobre o crime, este artigo é novamente tipicamente europeu. A este respeito, a realidade da América Latina é provavelmente ainda mais extrema que nos Estados Unidos, ou seja uma exclusão social aqui parece mais uma questão de falta de significado e uma inabilidade em escapar da economia de mercado globalizada que de uma própria ideologia neoliberal.

Finalmente, parece importante analisar que a posição da criminologia na Europa seja bastante diferente que nos Estados Unidos da América. Se nos EUA a criminologia pode ser caracterizada como predominantemente empirista, os criminologistas europeus trabalham mais no sentido do entendimento, na tradição interpretativa. No continente europeu a criminologia está geralmente baseada nas faculdades legais, e seus criminólogos refletem muito mais o estilo de normas legais de pensamento que aquele dos colegas anglo-americanos. Existe, entretanto, um desentendimento comum entre criminologistas e advogados. Se um criminólogo está descrevendo uma situação empírica, um advogado freqüentemente a toma como um julgamento ou não a considera como uma prática desejável. E vice-versa, se o advogado argumenta em um estilo de fatos sobre os princípios

legais, um criminologista freqüentemente pensa que aqueles podem ser falsificados com argumentos empíricos os quais não estão sendo práticos. Este estilo normativo de pensar também tem outra conseqüência. Por outro lado, existe uma criminologia crítica bem mais estabelecida e institucionalizada na Europa que nos EUA (Van Swaaningen, 1997). De outra maneira, os criminólogos europeus também trabalham muito mais freqüentemente em locais onde as políticas de justiça criminal estejam sendo feitas do que seus colegas americanos. Ainda quando esteja declinando, em muitos países europeus há ainda uma idéia de divisão dentro de uma política de democracia transparente que deve estar baseada nos resultados científicos de pesquisa, mais que justo – ou principalmente – subjugado ao populismo e às prioridades políticas dos partidos. Estes elementos são usualmente mencionados nas análises da justiça criminal dos EUA e receberão comparavelmente menos atenção neste artigo. Na Europa, o crime é ainda um tema menos eleitoral que nos EUA, e encontros com juízes ou procuradores não dependem do resultado eleitoral.

A questão chave que se levanta depois deste breve argumento está para estender todas estas diferenças no padrão de procedimento das recentes mudanças na justiça criminal que não agüentariam no contexto europeu. Com este padrão de procedimento referindo-se às emergências coincidentes de ambos os sistemas integrativos e exclusivos no controle criminal, à orientação gerencial e de atuação no sistema de justiça criminal e à responsabilização dos diferentes lados na luta contra o crime (Garland, 2001).

2. Controle social e justiça criminal

Quando perguntado explicitamente, poucos criminólogos negarão que a lei criminal somente pode ter um efeito marginal no nível superior do crime, e ainda mais que isto contra muitos outros caminhos de controle de crime. O nível de crime social é muito influenciado pelos desenvolvimentos socioeconômico e culturais que não podem ser influenciados pela recriminação da lei. A maioria dos crimes não são resolvidos simplesmente porque nenhum ofensor é jamais encontrado ou a vítima quer esquecer sobre o que aconteceu e apagar o problema. Muitos crimes são resolvidos de maneira informal, sem qualquer intervenção institucional. Muitos crimes estão sendo resolvidos informalmente longe do tratamento da procuradoria. A atual mobilização da lei criminal está bastante rara (Black, 1976).

Apesar destes conhecimentos, quando se estuda as reações sociais do crime a maioria dos criminologistas se mantém em volta da lei criminal. Somente nas últimas duas décadas uma série de estudos empíricos dos mecanismos informais e formais de controle do crime tem ganhado algum prestígio em criminologia. Os advogados criminais ainda parecem acreditar mais que o caos e a anarquia da sociedade será completo se a lei não estiver presente. Dados empíricos, entretanto, não apóiam a idéia de que a lei criminal teria qualquer posição central no processo de controle no crime. Nos países baixos, uma pequena mas densa popu-

lação, altamente industrializada e um país multicultural com cerca de seis milhões de habitantes, pesquisas com as vítimas indicam que cerca de 4,8 milhões de crimes são cometidos por ano. Sobre um terço destes, aproximadamente 1,6 milhões, são realmente entregues para a polícia. A polícia oficial informa a conta de 1,3 milhões de crimes por ano. Somente um sexto destes casos são resolvidos. Juntamente com os crimes detectados por outras forças que não as policiais (serviços econômicos diversos e controles fiscais, polícia militar, alfândegas, polícia alheia ao sistema oficial etc.), o resultado de casos para as cortes é de cerca de 235.000 crimes por ano. Metade destes são parte do sistema da procuradoria (por meio dos setores formais, fora das cortes etc.). O restante de 115.000 casos, que é 2,4% do total destes casos estimados, estão presentes em um júri. Em cerca de 92% destes o ofendido é dito como culpado, 32% deles recebe liberdade, 30% uma sentença de prisão, 14% uma sanção comunitária (como pagar com trabalho pelo interesse público ou então programas educacionais). Estas sanções podem ser combinadas com cada um, com outras penalidades e também com medidas penais como uma ordem hospitalar, caça de licenças ou lucros de ganhos ilegais (Huls et al., 2001: 224). Então, até em casos raros em que os procedimentos penais sejam realmente iniciados, a maioria dos acusados nunca é levada a júri. As maiores seleções de casos são feitas diretamente pelo pessoal da polícia.

Neste artigo não lidaremos com os meios informais nos quais os crimes estejam feitos antes de realmente atingirem o sistema de justiça criminal. Nem mesmo lidaremos com a lei criminal no senso estritamente legal; sendo um sistema de regras e princípios praticados e estudados por advogados. Lidaremos com aqueles crimes institucionais que são geralmente indicados pelos termos sociológicos e da justiça. Isto inclui todas as instituições formais e políticas dirigidas ao controle do crime, voltados para esta questão se estão organizados pelo Estado ou privados, ou se são de natureza legal, terapêutica, administrativa ou política.

2.1 Mudança no controle social

Da análise do controle social – que está contido todo no significado pelo qual as sociedades procuram controlar os comportamentos indesejáveis – cinco distinções analíticas podem ser derivadas. Geralmente distinguimos entre o controle social formal e informal, entre controle organizado pelo Estado e privado, entre controle pró-ativo e pós-fato, entre controle coercitivo e persuasivo e entre controle em esfera privada e pública (Scheerer & Hess, 1997). Já temos argumentado que a aproximação punitiva não tem certamente qualquer chance na Europa. A população carcerária holandesa tem por exemplo aumentado cinco vezes mais que nos últimos vinte e cinco anos. Isto é, entretanto, largamente taxado como sentenças longas e não mais o fato de que muitas pessoas deveriam ser enviadas para a prisão (van Swaaningen & de Jonge, 1995). O balanço de todo este controles do crime tem ficado mais para formas de controle informal, privado, pró-ativo e persuasivo. Com este processo, a premonição de Stan Cohen (1985) de controles sociais mais dispersos tem alguma extensão desta forma.

Enquanto o controle de crime era tradicionalmente limitado à esfera pública, esta nítida divisão é mais clara hoje. Novas técnicas de investigação em chamadas telefônicas e registros em CD-Rom, ou para escutar conversações privadas com microfones bastante sensíveis a longas distâncias, têm transformado totalmente as investigações. E desde assuntos como violência doméstica e incesto têm tido um lugar firme na agenda política, a polícia realmente faz aparecer os problemas privados. Podemos também observar o surgimento na esfera semi-privada de específicos modos de controle. A esfera semi-privada consiste de lugares em que em princípio estão abertos para o público em geral, mas são controlados por funcionários de segurança privada (Jones & Newburn, 1999). Exemplos de esferas semi-privadas são locais como *shopping centers* ou estacionamentos de negócios, mas também lugares não acessíveis a todos, tais como comunidades fechadas ou condomínios – que são bastantes incomuns na Europa.

É bastante novo que as autoridades da justiça criminal agora tenham conhecimento dos documentos oficiais de leis somente por papéis marginais e que existam muitas outras formas de controle que sejam bem mais efetivas. Por meio do Estado em processo de globalização neoliberal, a lei criminal tem tido bastante terreno para empreendimentos privados e para sociedade civil. A recente política da Justiça Ministerial Holandesa (2001) tem revelado a este respeito o título de *Controle Criminal; investindo no governo visível.* Aparentemente o Estado era muito pequeno para tornar-se visível nos últimos anos. O motivo de tal papel está em controlar efetivamente o crime, em nosso mundo novo globalizado e informatizado, somente é possível se muitas agências especializadas colaborarem e o Estado resgatar então sua função central de controle.

O que tem causado estas mudanças na justiça criminal? Deixe-nos iniciar com os cinco maiores desenvolvimentos.

3. Mudanças na justiça criminal racional

Um primeiro fator que tem influenciado o modo pelo qual a justiça criminal tem mudado está no que poderia ser chamado de emancipação da vítima. Em leis de crime tradicionais, a vítima tem uma posição desconfortável. É comum ler livros de leis criminais nas quais a palavra vítima nem mesmo aparece. O real papel da vítima surge com o procedimento penal da testemunha. O papel oculto que clama a procuradoria ou o Estado é mais de natureza da lei civil. A lei criminal está primariamente conjugada com a culpa do réu. Uma vez estabelecida a doutrina penal não se oferecem ferramentas para então compensar a vítima e restaurar o dano. Com esta emancipação da vítima nos anos setenta e centenas de estudos dos efeitos de vitimização e o medo do crime dos anos oitenta, isto foi largamente considerado como uma inaceitável diminuição da justiça criminal (Boutellier, 2000). Desde então uma grande posição de provisões para ajudar a vítima e restaurar o dano tem sido ajustada (Blad, 2001). Próximo a estas mudanças institucionais, a emancipação da vítima também tem adquirido algumas conseqüências para a racionalização da justiça criminal. A lógica interna do sistema

está perturbada pelo subjetivo, elementos irracionais como o medo do crime, insegurança ou ainda sentimentos de vingança.

Relacionado a isto podemos observar uma ligação entre a crescente preocupação sobre o aumento dos níveis de crime e as mudanças na atenção média para o crime. Até os anos oitenta a atenção devotada ao crime era, pelo menos nos Países Baixos, bastante marginal. Desde então, a mídia passou a reportar mais casos sobre crime: crime de rua e do colarinho branco. Tivemos toda uma nova categoria de programas televisivos sobre crime, sob a bandeira de jornalismo investigativo, TV real. Existiam dois tipos de explicação deste desenvolvimento. É dito que este crescimento da atenção da mídia foi uma reação do crescimento criminal contra o público em geral. Até o final dos anos oitenta, os níveis de crime aumentaram, crimes tornaram-se mais sérios e o medo da sociedade cresceu mais ainda. A mídia simplesmente mostrou o que vivia a sociedade. O crescimento do medo, entretanto, também é visto como uma conseqüência do crescimento da atenção da mídia sobre o crime, que por sua vez vê como conseqüência o aumento de competição entre as diferentes mídias. Hoje simplesmente temos muito mais mídia que tem atraído o maior número de pessoas possíveis para sua audiência se puderem sobreviver. Próximo aos programas de jogos, filmes pornôs e novelas, os *shows* de crimes reais atraem grandes audiências. Conseqüentemente, o problema criminal é tremendamente amplificado. Esta dose maciça de novos crimes, por meio das políticas que mostram quem agora na Europa tenta ganhar os benefícios eleitorais com estes estabelecimentos de controle criminal, é uma marca populista na política de justiça criminal.

Uma terceira maior mudança está no conceito do crime ampliado ao da segurança. Uma grande gama de iniciativas de prevenção contra o crime em níveis estruturais, situacionais e individuais tem sido propostas. Mais que o Estado central, os governos locais têm o papel chave a este respeito. Isto não é ideal para colocá-los em contenda (van Swaaningen, 2001). Aqui é importante acentuar que todo governo local tem normalmente seu próprio plano de segurança. Estes planos não são muito orientados para o crime no sentido legal da palavra, mas uma luta muito maior de atos que definam os problemas e as incivilidades e também a insegurança e medo do crime de rua em muitos termos gerais. Em documentos oficiais, a idéia de consertar as janelas quebradas chega claramente a este respeito (Kelling & Coles, 1996; Ministry of Justice, 2001). Os programas de prevenção do crime estão implementados pela polícia, em colaboração com o trabalho de jovens, trabalhadores de rua, comunidades de trabalho e com funcionários de diversos serviços municipais nos campos de limpeza, saneamento, manutenção de ruas e luzes de ruas e demais. Estas políticas são baseadas no conhecimento de que todos estes serviços têm um papel com respeito à prevenção e luta contra o crime. Uma das primeiras sentenças em 2001 do plano de política do Ministro da Justiça Holandês é (2001: 3): "O controle do crime é uma tarefa da administração, sociedade, comunidade de negócios, cidadãos, a polícia e o envolvimento judiciário". David Garland (2001) chamou de responsabilização de tais atividades políticas em incluir uma grande gama de indivíduos, agências e parcerias no controle do crime. O enorme aumento da indústria de segurança privada, de vigilância da

produção da venda de travas e aparelhos eletrônicos, podem ser explicados pela enorme popularidade do discurso de segurança.

Uma quarta tendência é a de que as autoridades criminais têm reconhecido que em muitos casos medidas administrativas estão bastante longe de efetivas para controlar o crime com medidas penais de intervenção. Lento mas certamente, a primazia do papel da lei está fazendo um caminho para o poder executivo. Especialmente no campo da ordem público-administrativa mais que competências penais estão sendo usadas para controlar situações de crime em potencial. Também a prática administrativa de verificar certas licenças podem ser feitas depois da infração com as regras tornando-se amplamente divulgadas. Problemas de tráfego, como velocidade, estão perto da automatização e tornam-se um mero problema administrativo. Câmeras nas auto-estradas registram as violações, e somente em poucos dias mais tarde o dono do veículo recebe uma multa administrativa. Em caso de pagá-la, nenhum processo penal será seguido. Em casos extremos, um caso penal segue-se atrás das cortinas: o motorista poderá perder sua licença de direção ou arriscar-se à apreensão de seu carro. O reforço administrativo das regras é também difundido em práticas de controle do crime corporativo. Se uma companhia viola leis de impostos ou com respeito à proteção ambiental, certas perdas podem ser impostas em bases diárias pelo não cumprimento destas regras até a companhia operar de acordo com as regras estabelecidas. Em casos extremos, por exemplo se uma companhia que polui o ambiente recusa em melhorar seu depósito de lixo, a companhia poderá ser fechada. Também esta prática tem provado ser bem mais efetiva que processar certos empregados ou o diretor da companhia. Um exemplo recente de aumento no uso de medidas administrativas está na descriminalização da manutenção de bordéis na Holanda. Todos que querem abri-lo, agora tem de receber uma licença e obrigar-se a certas condições com respeito à segurança, controle sanitário, condições de trabalho etc. Se estes não são observados, a licença pode ser caçada.

Uma quinta tendência é que a lei criminal está movendo-se mais para as fases preliminares do procedimento penal. Usualmente, não é mais na Corte onde as decisões mais importantes são tomadas, é na esfera policial. Desenvolvimentos na política de justiça criminal mostra um aumento da intervenção antes que qualquer ato criminoso tenha acontecido. Assim o chamado policiamento pró-ativo torna-se muito mais importante que o tradicional depois do fato ocorrido. Observações e infiltrações são os melhores exemplos desta prática. A mais recente e provavelmente mais importante tendência é, entretanto, o crescimento dos chamados profissionais de risco os quais mapeiam situações e localizam (aqueles lugares nos quais muitos crimes de rua estão concentrados) e mostram perfis de risco ou ofensivos para certas práticas criminosas.

4. Gerenciamento e princípios legais

Muitos dos clássicos e normais princípios da lei criminal estão em nova prática do controle de crime ao lado das categorias empíricas de efetivação. A popularidade dos chamados critérios que funcionam, que são estimulados pelas me-

lhores práticas validadas como de sucesso em contribuir no controle do crime, é muito ilustrativa a este respeito (Sherman, 1997; Ministry of Justice, 2001). O clássico postulado de Beccaria sobre a lei criminal como garantidora contra a arbitrariedade de intervenção do Estado é colocado em discussão na proteção da sociedade pelo Estado. Isto, é claro, não é nada novo. No final do século dezenove Franz von Liszt e sua Moderna Escola de Ciências Penais também propuseram tal orientação funcional naquilo que foi chamado de defesa social (van Swaaningen, 1997: 29-44). O modo pelo qual correntemente falamos sobre a justiça criminal é, entretanto, fundamentalmente diferente do que nos dias de Von Liszt e mesmo da *magna charta* dos direitos civis onde estavam prescritas o que se produziria de ordens ou sanções. Uma conclusão do Ministro de Justiça holandês (2001: 5) sobre o plano de política ser mais ilustrativo que de mudança semântica: "A cadeia de penas é uma unidade; mais segurança e investigação automaticamente levaram a mais casos criminais. (...) Investimentos em segurança e investigação deveriam levar os investimentos próximos à cadeia penal (procuradoria, Cortes, prisões, probações, centros de justiça na vizinhança, proteção às crianças e também em casos legais) de modo a estar apto a processar o esperado aumento no influxo de casos". Documentos policiais na justiça criminal estão na Holanda mais ligados com as organizações internas da companhia que com as funções sociais e os efeitos da justiça criminal (van Swaaningen, 2000).

Aproximando-se ao clássico de Beccaria as noções de lei criminal estão de fato no passado. A característica do pós-fato na lei criminal está abatida. O princípio de suspeito individual legal e o princípio relacionado de culpa estão também perdendo suas importâncias de pivô. O princípio da legalidade (a noção de direito romano que a intervenção penal pode somente tomar o lugar em casos descritos nos códigos penais e somente assim estes códigos prescrevem) não está mais dentro dos limites nos quais não exista a lei criminal e pode seguir agora como um gerenciamento de *ante delictum* de riscos e controle de todos os tipos, incivilidades e até mesmo medos. Até Von Liszt considerava estes clássicos princípios de lei criminal como os absolutos para intervenção penal. Agora os agentes de controle do crime incluem a indústria de segurança privada, a sociedade civil, o Estado tem também perdido seu monopólio da violência. E o princípio da igualdade antes que a lei tenha perdido muito de seu sentido agora não mais a culpa e a severidade do crime determina qual reação seguirá, mas o efeito de uma certa reação é provavelmente em tê-la. Se a falta de habilidade social ou o baixo controle está sendo a razão pela qual a pessoa entra em contato com a polícia, o ofendido terá que participar de cursos para melhorar estas proficiências. Outros, que têm comprometimento com o mesmo crime mas que estão sendo diagnosticados diferentemente, receberão outro tipo de penalidade.

Embora seja novo, o gerenciamento do sistema de justiça criminal não tem quaisquer princípios? Sim ele tem; seus princípios guias são a eficiência, calculabilidade, predizibilidade, controle e racionalização. Estes princípios pelos quais toda gama de instituições sociais estão guiadas tem sido chamado de McDonaldização da sociedade (Ritzer, 1996). McDonaldização é um sucessor pós-moderno

dos processos de racionalização de Weber, adaptados à realidade presente de que muitas funções dos Estados devem ser privatizadas ou ideologicamente transformadas em negócios. Baseia-se em assumir que os serviços públicos podem e devem ser gerenciados por uma cadeia de hambúrgueres. O tratamento individual de cada ofensor está recolocado por uma padronização total das penas em processos produtivos baseados em guias que não estão sustentadas em casos legais e prioridades políticas, mas principalmente em estudos de probabilidades estatísticas. A questão última na justiça criminal política é: como certas medidas podem fazer o crime diminuir? Antes de podermos saber se esta questão é ou não necessariamente uma coisa ruim, precisamos examinar algumas outras características de novos modos de controlar o crime.

5. O papel das novas técnicas

Outra coisa nova comparada com a época de Von Liszt é a técnica com a qual a defesa social é feita. Nos dias de hoje a sociedade como um todo pode ser observada de forma científica, com controle tecnológico sobre seus atos. Todas suas transações financeiras, todas as operações em *sites* da Internet visitados e todos os correios eletrônicos enviados podem ser seguidos. Câmeras seguem a maioria dos movimentos físicos. E os registros médicos, escolares, trabalhistas, impostos e policiais podem em princípio estarem a disposição de terceiros se seu interesse for aprovado pelas autoridades. No caso da política holandesa de controle do crime em 2001, ambos tiveram altas expectativas destas novas técnicas, assim como também o medo de reprimenda da lei ainda tinha insuficiente conhecimento da maioria das informações e comunicações de tecnologias (ICT) para superar o oponente como o caso particular do crime organizado.

O papel das técnicas avançadas já tem na lei atual uma dura posição estimada. Agora temos enormes computadores com gigantescas memórias o que torna possível a armazenagem de todos crimes acontecidos em certos lugares e épocas, juntos com o perfil do ofensor e da vítima, e fazendo uma averiguação das relações entre estas variáveis. Desta forma, os perfis dos vigilantes, dos ofensores e das vítimas podem ser mapeados de modo compreensivo e fazer as leis mais ativas. Dentro deste contexto a polícia torna-se um risco em comunicação (Ericson & Haggerty, 1997). Eles sabem muito melhor que antes, onde tem de patrulhar e a que horas e que times especializados necessitarão para cada área de ação. A polícia freqüentemente usa uma metáfora derivada de pescaria a este respeito. Nos anteriores os pescadores diziam que saíam e pegavam o peixe que caía na rede. Agora, primeiramente estudam que tipo de peixe a pescar, onde encontrá-lo, seus movimentos, e então vão até o local com equipamentos especializados para capturar cada tipo particular de peixe.

Outro exemplo de influência de novas técnicas está no aumento dos sistemas de circuito fechado de televisão que nos circundam. Começou com câmeras em estradas, em lojas e supermercados. Vagarosamente outras câmeras foram surgin-

do nos metrôs e nas estações de trens, mais tarde em quadras centrais onde muitas demonstrações eram feitas e novamente em áreas onde muitos bares e discotecas estão concentrados. Existe uma grande área para colocação destas câmeras. Está bastante notório nos crimes de rua, mas quem será provavelmente mais observado? O bom e velho estereótipo conhecido como vilão aparentemente será o alvo. É dito que a simples presença de câmeras teria um efeito detentor, mas não existe um apoio empírico para esta suposição. Nenhum parece trazer o medo do crime. As pessoas nem percebem as câmeras, ou se acostumaram a elas a ponto de não influenciarem mais em seu comportamento. Mais que isto, a polícia é freqüentemente inapta a rapidamente verificar quem é o suspeito de prisão (Ditton, 1999). O que é bastante claro, entretanto, é que a prova está bem mais fácil de estabelecer se a polícia tiver o ofensor na fita gravada. Uma história comparável pode ser dita sobre a verificação de DNA. Tornou-se sem sentido para um ofensor que não estava no *locus delicti*. Um fio de cabelo ou um pedaço de pele podem provar que esteja mentindo. Ainda, isto não diminui todos os problemas da prova. Tendo estado em certo local não significa que o suspeito tenha realmente cometido uma ofensa.

Um exemplo bastante diferente de como as novas técnicas têm modificado os padrões criminais é o gradual desaparecimento de dinheiro nas lojas. Em grandes lojas o dinheiro é automaticamente transferido para um local seguro que não pode ser aberto pelos empregados da loja. Também, a maioria das transações em dinheiro estão sendo feitas por modos eletrônicos de pagamento: cartões com chip, números de identificação pessoais ou cartões de crédito. Tornou-se menos lucrativo cometer roubos se dificilmente pode ser encontrado dinheiro. Mas esta é uma proteção difícil para o consumidor e podemos, ainda mais, observar uma mudança de roubos de postos de gasolina e bancos para pequenas lojas e bares que não tenham acesso a estas tais instalações técnicas.

6. Justiça atual e gerenciamento dos riscos

Outra característica chave deste novo sistema de controle do crime é a sua orientação de fato. Por isto dizemos que uma certa intervenção penal é aumentada quando precedida ou baseada na taxação e verificação dos riscos. A análise de riscos está sendo correntemente utilizada em todo sistema de justiça criminal; a da polícia dentro do sistema de prisões e a dos programas de prevenção de crimes na luta contra a lavagem de dinheiro. Deixem-nos dar alguns exemplos desta enorme variedade de como a análise de riscos está sendo usada.

Em prisões o perfil do sistema de riscos está sendo utilizado para determinar em que tipo de prisão alguém pode ser colocado. Os carcereiros mantêm uma gravação dos comportamentos dos prisioneiros – caso sejam pegos brigando, ou se tentaram fugir da prisão, ou se colaboraram com os maiorais da prisão, ou se têm relacionamento com certos internos etc. Com isto em mãos, este dossiê do prisioneiro determinará por exemplo se alguém poderá ou não ser transferido para uma prisão aberta ou precisará ser enviado para uma prisão de segurança máxima. Também programas de recolhimentos ou liberação são julgados nestas bases.

Em prevenção do crime, os perfis de risco são usados para determinar onde qual tipo de programa deverá ser iniciado e quem deverá ser orientado, e para ver como as oportunidades para realmente cometer crimes podem ser limitadas. O final é freqüentemente feito pela mudança da arquitetura de contorno. Altos arbustos são cortados para melhorar a luz das ruas mostrando a visibilidade. Blocos de casas ou calçadas são construídas de tal maneira que as pessoas sejam fisicamente forçadas a caminhar neles, rotas visíveis como as pequenas ruas escuras e com saídas alternativas. Correntemente não é comum que os criminologistas estejam incluindo em planejamento novas vizinhanças. Uma das chaves elementares que Shearing e Stenning (1985) chamaram de uma ordem de controle social da Disney, mostrando o implícito e relativo descontrole guiado e coercitivamente natural, tornando muito mais difícil para alguém realmente cometer um crime, sendo bastante aparente no campo de prevenção criminal.

Com o objetivo de terminar com as carreiras criminais, os perfis de risco são freqüentemente usados para selecionar um miolo de ofensores juvenis que não cresçam fora do crime uma vez tendo responsabilidades adultas, mas continuem uma carreira mais séria de ofensas. Algumas pesquisas mostram que tais indivíduos freqüentemente mostram uma significante relação com famílias desfeitas, fugas escolares, baixo Q.I., hiperatividade, baixo controle de si mesmo, sem relacionamento interpessoal etc. O perfil de típico ofensor sexual é desenvolvido com bases na idade do ofensor quando comete seu primeiro ataque sexual, o tipo de relações que tenha com mulheres, estruturas pessoais etc. (Loeber et al., 2001). Se existe um número significante de fatores de risco, alguns dos quais podem ser formadores destas crises iniciais.

Um último exemplo de perfil de risco é derivado da indústria bancária e da comunidade de negócios. Para prevenir a lavagem de dinheiro, os bancos estão sendo obrigados a fazer relatórios de transações ditas suspeitas (por exemplo, centenas de milhares de euros sendo levados para um banco em bolsas de esportes) para a polícia poder realmente agir. O crime conhecido da comunidade de negócios é mais criminogênico que outros. Os negócios de *fast-food* não são raramente usados como uma fachada para lavagem de dinheiro. O transporte é usado para o tráfico de imigrantes ilegais. A perda da indústria está freqüentemente envolvida com o uso ilegal de lixo químico. Estes fatos são preventivamente controlados. Particularmente se uma companhia ou tem lucros absurdos ou está à beira da bancarrota, estes são alarmes claros que repercutem na polícia, para mantê-los sob vigília (Huisman, 2001). Todo um novo sistema de inteligência interna na corporação, com ajuda dos departamentos, auditorias, segurança e forenses, têm sido feitos dentro da comunidade negocial (Hoogenboom, 2001).

Todos estes perfis, baseados na pesquisa criminológica, gravações policiais e algum tipo de estudo estatístico de probabilidades, são usados para desenvolver sistemas de intervenção preventiva; aqueles que querem intervir antes que algo tenha acontecido de errado. Com respeito à legitimação de tais intervenções, a primeira questão é como avaliar tais perfis de risco como realmente são. Esta questão é, entretanto, não tão fácil de responder. Desta maneira para chegarmos a

uma resposta apropriada, deveríamos examinar a pesquisa na qual está sendo baseada. Quais relações causais estão sobrecarregando e quais fatores recebem muito pouca atenção em tais pesquisas dominantemente etiológicas e que não podem ser feitas aqui. Nenhum deles, desafio a argumentar, que as expectativas estejam sobre as ciências forenses estando freqüentemente superestimadas. Até mesmo os cientistas estão um pouco mais modestos com eles mesmos, juízes, políticos e o público em geral tendem a tomá-los com muita seriedade. No desejo de uma reparação rápida do crime e na falta de conhecimento sobre as novas técnicas forenses, cedem a elas e não podem ser incomodados pelas questões como o que podemos realmente ver em um perfil de DNA ou o que são as mudanças que lidaremos com falsos testemunhos.

Assumamos que aqui a pesquisa mostra tantas possibilidades das relações casuais que consideramos o desenvolvimento dos perfis de risco como bastante. Com esta visão tentamos ser aptos a observar adequadamente onde estava errado. Mas isto também implica que possamos realmente predizer um crime? Até se pudesse ser inegável o fato que crianças agressivas sofram mais que as não agressivas, ainda assim estaremos com o fato que a maioria das crianças que estejam diagnosticadas com este perfil não chegam a ter problemas com a polícia. E até se todas as companhias fraudulentas tivessem tido enormes perdas anteriormente, a maioria delas perderia mais dinheiro do que elas poderiam, se simplesmente entrassem em bancarrota e não caíssem nas garras das organizações criminosas que podem temporariamente resolver seus problemas. Então, o que podemos realmente conhecer?

Uma aparente fraqueza do atual sistema de justiça criminal é o valor pré-avaliado do perfil de risco. Se acreditarmos muito nele, os velhos problemas da justiça criminal, sua seleção e estigmatização, exclusão natural, pode facilmente chegar até as características mais estruturais e deterministas. Os velhos problemas de seletividade e estigmatização estavam nos anos setenta largamente considerados como efeitos indesejáveis da intervenção penal. No novo sistema de perfis de risco, muitos dos velhos estereótipos sobre o real vilão são racionalizados como achados científicos. Isto faz com que se torne mais difícil ainda descartar os efeitos indesejáveis. Especialmente se os perfis de risco estão ligados com a classe social e a etnia, isto parece ser de certa maneira bastante perigoso no desenvolvimento da teoria. Em tal contexto, um parentesco simples, fora da escola, longe da vizinhança ou da falta de limites com convenções sociais não estará longe de tais problemas que necessitem ser visto de outra perspectiva ou de emancipação, porém meramente devido à representatividade de pouco risco na sociedade convencional.

Esta visão poderia mudar totalmente a aproximação natural do crime para uma terapia de diagnose de nível individual. Em princípio, sinalizar os riscos pode, entretanto, também iniciar mais aproximações estruturais, notadamente se estiverem feitas sobre determinados fatores tais como dentro do contexto criminal. O estudo de fatores de risco necessita incluir a visão de controle social, se estão sendo julgados como desejáveis na política de justiça criminal. Com todas estas vantagens feitas na criminologia etiológica, o estudo do controle social infelizmente tem sido

negligenciado por mais de duas décadas. Existe uma forte necessidade de adaptar a perspectiva de reação social em criminologia, com sua atenção para os problemas de seletividade e estigmatização para a realidade de hoje.

7. Justiça criminal includente e excludente

A presente companhia de justiça criminal está com todo seu cientificismo suportado pelos métodos de investigação e perfis de riscos provavelmente mais racionais, conforme Max Weber, dentro da lei clássica criminal. As preferências pessoais ou simpatias de promotoria ou do juiz tornaram-se menos importantes. Com a grande padronização, o efeito gerencial, existe, entretanto, também menos possibilidade para expressão pública de sentimentos. E aqui vemos uma dificuldade, um ponto ambíguo. Será que não argumentamos acima sobre o aumento do papel da vítima e do debate em segurança que trariam novos elementos irracionais à aplicação da lei? Este é verdadeiramente um paradoxo. A assim chamada credibilidade da lei está sendo julgada em sua própria moral (van Swaaningen, 1997: 170-190). Esta consciência coletiva que a lei criminal engloba, como disse Émile Durkheim, não está encaixando-se com a pragmática, o funcionalismo e o discurso gerencialista que descrevemos. Pode até ser dito que o aumento de influência da ciência, achados científicos tem direcionado o sistema de justiça criminal longe de sua função simbólica de moralizar o que a sociedade sustenta como certo ou errado. Aqui chegamos aos limites do pragmatismo, do discurso funcionalista que trabalha. Uma companhia eficiente é simplesmente a que não entende o que as pessoas dizem sobre a justiça. Por outro lado, um sistema que meramente suporta símbolos, dando sentenças draconianas em casos acidentais, não é muito crível também, para não simplesmente trazer as taxas criminais para baixo. A lei criminal teria desaparecido há muito se fosse julgada por sua efetividade.

Correntemente podemos, entretanto, observar tais bifurcações entre estas dimensões simbólicas e pragmáticas que deveríamos falar sobre dois sistemas distintos, com diferentes funções, endereçando a diferentes audiências, lidando com diferentes clientelas e falando uma linguagem distinta. A idéia que teríamos sobre o sistema includente de controle social e o excludente pareceria, longe do sistema europeu, somente outro lado da história (Young, 1999). Claramente existe uma tendência de aumento para excluir certos grupos da sociedade, mas ao mesmo tempo muitas tentativas de integrá-los dentro da sociedade convencional. O ministro de justiça holandês (2001: 3) inicia pelo exemplo da argumentação: "Controle de crime começa com prevenção. Em senso geral, é sobre a melhora, educação, emprego, taxas com a sociedade". Todo o tom é que devemos primeiramente tentar fazer alguma coisa sobre as causas do crime e tentar solucionar os problemas no contexto onde acontecem e se estas tentativas falharem devemos partir para as sanções de exclusão. Jock Young comparou isto entre a inclusão e exclusão. Nossa sociedade como um todo sofre deste distúrbio: primeiro engole uma enorme quantidade de comida e então joga fora novamente e repetidamente. Em outras palavras, primeiro quer integrar alguém na sociedade convencional. Se

este alguém não se enquadra, os forasteiros são expelidos. Isto parece uma metáfora bastante apropriada da prática. Mais que isto, o sistema de punição e pragmática são complementares.

A audiência de que poderia ser chamada simbólica, punitiva e excludente consiste do público geral e de políticos. Cruzadas simbólicas precisam convencer que estamos cercados pelo crime. A mídia coloca um papel importante na comunicação entre o sistema de justiça criminal e o mundo externo. A audiência do sistema pragmático ou includente consiste de todos que são profissionalmente envolvidos no controle de crimes, sejam policiais, juízes ou trabalhadores sociais.

A clientela do sistema simbólico primeiro consiste em um pequeno número comparativo de ofensores que cometeram um ato que é particularmente hediondo ou prejudicial, necessita que seja encontrada por um forte símbolo público de rejeição. Estes casos servem de exemplo para a sociedade: bastante sério, não pode ser tolerado. A este respeito devemos primeiramente pensar sobre a pequena seleção de corrupção e fraudes oficiais do governo, bancos ou nos negócios, mas particularmente dos novos ricos que têm o mercado de drogas e abuso sexual de crianças como ofensores violentos extremos. Em segundo, a clientela do sistema simbólico consiste nos que são chamados de forasteiros na sociedade (Bauman, 1998). Estes são aquelas pessoas que não contribuem para a sociedade de consumo, os conhecidos pobres ou sem classe social, sobreviventes em asilos ou etnias não integradas, alcoólatras ou drogados problemáticos (crack, heroína e outras drogas). A clientela deste sistema pragmático realmente consiste de todo resto; a grande maioria dos ofensores ou assim chamados potenciais que não contribuem para a sociedade de consumo e estão longe de ser utilizados. Isto inclui aqueles oficiais corruptos ou fraudulentos do governo, banqueiros ou negociantes cujos casos não são usados como exemplos para a sociedade. Para todas estas pessoas, existe uma esperança de que em algum momento tornar-se-ão bem vistos, dentro da lei cidadã. São principalmente financeiramente punidos, tratados com algum tipo de taxa diferenciada ou no máximo seu caso é tratado administrativamente.

O discurso do sistema simbólico é excludente. Objetiva resolver problemas sociais expelindo pessoas da sociedade. O discurso do sistema pragmático é includente. Objetiva resolver problemas sociais pela integração de pessoas na sociedade convencional. A palavra-chave no sistema simbólico é crime. As palavras-chave no sistema pragmático são segurança e risco. A pressuposição de um risco existente, no sistema real de controle criminal é que os riscos podem ser mapeados, calculados, recolocados e até mesmo expurgados.

8. Alguns comentários conclusivos

Apesar de algumas importantes diferenças culturais entre os Estados Unidos da América e a Europa, o padrão das teorias sociais na visão do novo sistema de justiça criminal, marcado pelo gerencialismo, realismo, responsabilização e a inclusão ou exclusão racional de controle, também aparece no contexto europeu e

inclui-se o holandês. Podemos ainda observar uma política de controle do crime baseada na predição dos crimes, um gerenciamento de filosofia de negócio e um funcionalismo que trabalha aproximando a prevenção do crime com as sanções.

Podemos conhecer bastante sobre os fatores de risco e sobre a efetividade de certas sanções, mas ainda temos pouco conhecimento empírico concreto sobre os efeitos sociais do novo sistema de justiça criminal. Primeiro, existem muito poucas análises de reações para o crime que há vinte anos atrás. Segundo, muitos dos estudos empíricos neste campo ainda circulam com os tradicionais controles sobre o crime. E, terceiro, a maioria desses estudos estão relacionados com a efetividade de certas sanções sobre o crime e não com os efeitos sociais de certa política de ação. Apesar disso os velhos problemas de eletividade e estigmatização que já vieram rotulados pela escola têm agora uma dimensão completamente diferente neste sistema marcado pelo gerenciamento de risco. O perigo existe nestes efeitos negativos de justiça criminal em ter até mais caráter estrutural se estes são racionalizados e institucionalizados.

Muitas observações críticas são feitas sobre o desaparecimento gradual de algumas proteções principais do sistema clássico da lei criminal em seu desenvolvimento sobre o sistema de controle baseado no risco. A este respeito existe uma importante mudança de estado na área de advocacia criminal. Queremos soluções para tudo, mudar os princípios de Beccaria sobre a lei criminal? Se positivo, existe um pouco de problemas nas relações com as prevalências funcionais, prática gerencial e real da lei criminal que necessita passar por um debate fundamental. Ou aceitamos que a presente globalização necessita de diferentes mecanismos sobre o controle do crime do que era anteriormente? E neste caso, existe uma maior tarefa para os advogados criminalistas. Todos os valores e princípios de lei criminal que estavam sentidos como importantes na sociedade democrática precisam ser mudados para esta nova realidade. Os advogados criminalistas precisam desenvolver novos limites para aumentar o potencial do sistema de controle criminal. Seu silêncio sobre este problema é bastante preocupante. O professor de justiça criminal que hoje ensina principalmente dogmas penais está como o professor de informática que ensina o código morse.

Em uma forma mais clara, temos também alguns potenciais e inevitáveis problemas no sistema de leis criminais. Primeiro, existem boas razões para manter as tentativas de prevenção do crime em mais de uma forma. Na maioria dos casos, as reações criminais oferecem uma solução bastante pobre. A questão de porque deveríamos esperar até ocorrer algo completamente errado permanece relevante. Em segundo, muitas das novas intervenções estão também menos coercivas e menos prejudiciais para os ofensores que as respostas tradicionais de pena por carceragem. Em terceiro, desde o novo sistema de intervenções estar sendo largamente usado com o crime de colarinho branco, podem contribuir com a mudança na existência de estereótipos do criminoso como a criança negra pobre. E, em quarto lugar, a padronização e racionalização podem realmente ser utilizadas para direcionar a seletividade de justiça criminal, devido às preferências pessoais e preconceitos a que promotores públicos e juízes estão submetidos.

A questão chave é em que tipo de política de justiça criminal estas novas técnicas de controle de crime estão aplicadas. Será puramente funcional, sem limites no sistema social ou dentro de princípios democráticos e sociais somente pela regra da lei? A primeira tarefa vejo como a seguinte: necessitamos detalhar empiricamente as análises de todos estes novos mecanismos de controle criminal em conexão com a visão de controle social no qual estejam ligados e deveríamos ser mais críticos sobre eles como somos a respeito do sistema de justiça criminal tradicional.

Bibliografia

AMNESTY INTERNATIONAL. *United States of America; Rights for All.* New York: AI USA, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Consumerism and the new poor.* Buckingham: Open University Press, 1998.

BLACK, Donald. *The behavior of law.* New York: Academic Press, 1976.

BLAD, John R. "Benadeling en herstel". In: LISSENBERG, Elisabeth; RULLER, Sibo van; SWAANINGEN, René van (Eds.). *Tegen de Regels IV – Een inleiding in de criminologie.* Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2001.

BOUTELLIER, Hans. *Crime and morality; the significance of criminal justice in post-modern culture.* Dordrecht: Kluwer, 2000.

CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry; towards gulags Western style.* Third heavily revised edition. London: Routledge, 2001.

COHEN, Stanley. *Visions of social control; crime, punishment and classification.* Cambridge: Polity Press, 1985.

DITTON, Jason. *The effect of closed circuit television on recorded crime rates and public concern about crime rates in Glasgow.* Edinburgh: HMSO, 1999.

ERICSON, Richard V.; Kevin D. Haggerty. *Policing the risk society.* Oxford: Clarendon Press, 1997.

GARLAND, David. *The culture of control; crime and social order in contemporary society.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

HOOGENBOOM, A. Bob. "Het publiek-private complex van opsporing". In: LISSENBERG, Elisabeth; RULLER, Sibo van; SWAANINGEN, René van (Eds.). *Tegen de Regels IV – Een inleiding in de criminologie.* Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2001.

HUISMAN, Wim. *Tussen winst en moraal; achtergronden van regelnaleving en regelovertreding door ondernemingen.* Den Haag: Boom, 2001.

HULS, F. W. M. et al. *Criminaliteit en rechtshandhaving 2000; ontwikkeling en samenhangen.* Den Haag: CBS/WODC, 2001, n. 189, <www.minjust.nl/wodc>.

JONES, Trevor; NEWBURN, Tim. "Urban change and policing; mass private property reconsidered". *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 7, p. 225-244, s.d.

KELLING, George L.; COLES, Catherine. *Fixing broken windows; restoring order & reducing crime in our communities.* New York: The Free Press, 1996.

LOEBER, Rolf; SLOT, N. Wim; SERGEANT, Joseph A. (Eds.). *Ernstige en gewelddadige jeugddelinquentie; omvang, oorzaken en interventies.* Houten: Bohn Stafleu Van Loghum, 2001.

MELOSSI, Dario. "The cultural embeddedness of social control; reflections on the comparison of Italian and North-American cultures concerning punishment". *Theoretical Criminology*, vol. 5, n. 4, p. 403-424, 2001.

MILLER, Jerome G. *Search and destroy; African-American males in the criminal justice system.* Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

MINISTRY OF JUSTICE THE NETHERLANDS. *Criminaliteitsbeheersing; investeren in een zichtbare overheid* 2001, <www.minjust.nl>.

RITZER, George. *The McDonaldization of society.* Thousand Oaks CA: Pine Forge, 1996.

SCHEERER, Sebastian; HESS, Henner. "Social control; a defence and reformulation". In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (Eds.). *Social control and political order; european perspectives at the end of the century.* London: Sage, 1997.

SHEARING, Clifford D.; STENNING, Philip C. "From panopticon to Disney World; the development of discipline". In: DOOB, A.; GREENSPAN, E. (Eds.). *Perspectives in criminal law.* Ontario: Canada Book Inc., 1985.

SHERMAN, Lawrence W. *Preventing crime; what works, what doesn't work, what's promising.* Washington DC: National Institute of Justice Research, 1997.

SWAANINGEN, René van; JONGE, Gerard de. "The Dutch prison system and penal policy in the 1990s; from humanitarian paternalism to penal business management". In: RYAN, Mick; SIM, Joe; RUGGIERO, Vincenzo (Eds.). *Western european penal systems; a critical anatomy.* London: Sage, 1995.

SWAANINGEN, René van. "Back to the *iron cage*; the example of the Dutch probation service". In: GREEN, Penny; RUTHERFORD, Andrew (Eds.). *Criminal justice in transition.* Oxford: Hart, 2000.

_____. *Critical criminology – Visions from Europe.* London: Sage, 1997.

_____. "Towards a replacement discourse on community safety". In: HUGHES, Gordon; MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John (Eds.). *Crime prevention and community safety; new directions.* London: Sage, 2001.

YOUNG, Jock. *The exclusive society; social exclusion, crime and difference in late modernity.* London: Sage, 1999.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and democracy; three strikes and you're out in California.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.9

LA TEORÍA DEL DELITO

SANTIAGO MIR PUIG*

SUMARIO: 1. Significado de la teoría del delito – 2. La teoría del delito en el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho – 3. Líneas generales de la teoría del delito – 4. ¿Es la "punibilidad" una categoría autónoma de la definición de delito? – Bibliografía.

Resumo: O autor discorre sobre a teoria do delito no Estado Social e Democrático de Direito, definindo-a como elaboração sistemática de características gerais que o direito positivo atribui ao delito. Analisa os elementos do conceito jurídico de crime, concluindo pela existência de conceitos específicos do direito penal: antijuridicidade penal, tipicidade penal e responsabilidade penal.

Palavras-chave: Teoria do crime – Pena – Estado Social e Democrático de Direito – Culpabilidade – Tipicidade – Antijuridicidade – Lesão – Bem jurídico.

1. Significado de la teoría del delito

1. El delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad/medidas de seguridad, constituyen los objetos centrales del derecho penal. En su *parte especial* el derecho penal describe los elementos que *diferencian* a los distintos delitos, como el asesinato, el robo, la estafa, las falsedades, los delitos contra el orden público etc., del mismo modo que para cada uno de ellos se señalan las diferentes penas con que se castigan. Pero existen una serie de principios y elementos que son *comunes* a todo delito o a amplios grupos de delitos, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena o a clases de penas. La *parte general* del derecho penal versa, en lo fundamental, sobre todas estas cuestiones generales acerca del delito y de la pena.

2. La *teoría del delito* reúne en un sistema los elementos que, en base al derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la *dogmática* del derecho penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del derecho penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No

(*) Palestra proferida no 8.° Seminário Internacional.

es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito *debería ser* –no es una construcción *iusnaturalista*–, sino una *elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.*

Ello no significa, sin embargo, que la doctrina penal no elabore la teoría del delito con un cierto (con frecuencia amplia) *margen de libertad.* El derecho penal positivo fija, ciertamente, un *marco* que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un *límite infranqueable* para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina. Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del derecho positivo. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada *momento histórico-cultural.* De ahí que la evolución histórica de la teoría del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el *positivismo* (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX), el *neokantismo* (desde principios de siglo hasta la 2.ª Guerra Mundial), el *ontologismo fenomenológico* (desde los años 30 hasta los 60) y el *funcionalismo* (en derecho penal desde los años 70 hasta el presente) que han determinado las fases más características de la moderna teoría del delito (ver *infra*, Lecciones 6, III, 7, II, y 20, II).

Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral. *La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos*, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado *político*. Desde los años 70 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la *función político-criminal* del derecho penal (funcionalismo). Pero la política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del derecho penal como cometido del Estado.

2. La teoría del delito en el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho

1. Según se ha señalado en las lecciones anteriores, cada modelo de Estado exige una particular concepción del derecho penal y de su función. La imagen del

Estado social y democrático de derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: *Estado, derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia*. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.

2. El entendimiento del derecho penal de un Estado *social* como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las *normas* que castigan con una pena el delito (*normas secundarias*) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al derecho penal de un Estado no sólo social, sino también *democrático* y *de derecho*, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites. El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente *tipificado*; y, por otra parte, exige que el delito constituya *infracción de una norma primaria*. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un *ataque a un bien jurídico-penal*, cuando dicho ataque *no esté justificado* por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente. El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda *imputarse objetiva, subjetiva y personalmente* a su autor en determinadas condiciones. Finalmente, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal ha de condicionar la *punibilidad* del hecho a que manifieste una suficiente *gravedad* y *necesidad de pena*. Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al derecho penal.

3. Líneas generales de la teoría del delito

1. Se admite generalmente –prescindiendo de divergencias menores– que *el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable*, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea *punible*.

En la doctrina actual van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición: 1) Sus dos pilares básicos son la *antijuricidad* –el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuricidad penal– y la *culpabilidad*; 2) "antijuricidad" significa aquí *objetiva contrariedad al derecho penal* (como juicio inter-subjetivo, esto es, válido para todo sujeto), mi-

entras que "culpabilidad" significa posibilidad de *imputación personal* del hecho antijurídico *a un sujeto responsable*. A partir de aquí se dividen las opiniones.

a) En cuanto a la *antijuricidad*, hoy se discute si la unidad del ordenamiento jurídico permite o no hablar de una antijuricidad específicamente *penal*. Aquí parto de que en derecho penal la antijuricidad importa ante todo como una *especie* dentro de la antijuricidad general: como *antijuricidad penal*. El carácter penal de la antijuricidad nace *formalmente* con la *tipicidad penal*.

Tampoco hay acuerdo acerca de si la antijuricidad es (sólo) un *juicio de desvalor jurídico* o también expresa la *infracción de una norma imperativa*. Quien entiende lo primero (por ejemplo, Mezger), sitúa en la culpabilidad la infracción del imperativo, mientras que el segundo punto de vista (por ejemplo, el de Armin Kaufmann) elimina la antinormatividad de la culpabilidad y la reduce a condición de atribución personal de la infracción de la norma. La antijuricidad penal se entenderá aquí sólo como *juicio de desvalor* que parte de la *nocividad* jurídico-penal de un hecho, en cuanto el mismo supone una *lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal no justificada por un interés jurídico superior*. Este juicio no implica *todavía*, esto es, *por sí mismo*, la infracción de una norma primaria (imperativa) por parte de su destinatario concreto.

En efecto, en cuanto imperativo *dirigido a un sujeto* (a todos y cada uno de los sujetos a los que quiere motivar), la norma primaria sólo puede ser infringida personalmente por dicho sujeto. El delito ha de ser un hecho penalmente antijurídico *personalmente prohibido* a su autor. La concreta infracción de la norma primaria, entendida como norma de determinación de un sujeto, no se decide sólo y definitivamente en el terreno objetivo (intersubjetivo) de la antijuricidad penal, sino que afecta también al ámbito de la *imputación personal*.

b) Pero el *término "culpabilidad"* no se utilizará –por las razones que enseguida se indicarán– para incluir los presupuestos de la imputación personal. Prescindiendo de él, se incluirá en la esfera de la imputación personal, tanto la indicada exigencia de infracción personal de la norma primaria, como la necesidad de un *sujeto penalmente responsable*. Comparto las reservas existentes frente al uso de la palabra "culpabilidad" en este contexto, no sólo por sus connotaciones moralizantes, sino, sobre todo, por la ambigüedad de su significado. Ya hemos visto que cuando se habla de "principio de culpabilidad" como límite político-criminal del *ius puniendi*, se usa el término en un sentido amplio, que lo extiende a exigencias necesarias en todos los elementos de la definición de delito (cfr. Lección 4, IV 2): el principio de personalidad requiere un comportamiento humano, el de culpabilidad por el hecho remite a tipos de hecho y no de autor, el de responsabilidad subjetiva condiciona la antijuricidad y, por supuesto, el de atribuibilidad a un sujeto responsable se corresponde con la exigencia de imputación personal (o culpabilidad *en sentido estricto*). Por lo demás, desde que el *finalismo* irrumpió en la teoría del delito, se abrió una discusión, aun no cerrada a nivel internacional, sobre si la culpabilidad incluye o no el *dolo* y la *culpa*.

La comprensión cabal de este debate presupone el conocimiento de la historia de la actual teoría del delito, que se examinará en la lección siguiente. Aquí importa únicamente adelantar un resumen de las posiciones que en esta obra se adoptan ante las cuestiones discutidas que acaban de mencionarse.

2. Se sigue de todo lo anterior que *en esta obra se entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable*. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuricidad penal, exige la *tipicidad penal* y la *ausencia de causas de justificación*. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una *infracción personal de la norma primaria* por parte de un *sujeto penalmente responsable*.

Por lo demás, al requerir que la antijuricidad sea *penal* y que la misma sea imputable a un sujeto *penalmente* responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de *punibilidad*.

A continuación desarrollaré algo más estos conceptos, sin perjuicio de tener que profundizar ulteriormente en ellos en lecciones posteriores.

A) La antijuricidad penal es una especie de *antijuricidad*.

Las expresiones "hecho antijurídico" e "injusto" son equivalentes por lo que tiende a preferirse la segunda a causa de su mayor brevedad. En cambio –como señala Welzel– "antijuricidad" e "injusto" no coinciden: mientras que la "antijuricidad" expresa una relación existente entre una acción y el derecho, el "injusto" es el hecho contrario a derecho. De ahí deduce el autor citado que el concepto de "antijuricidad" –como relación– es el mismo en todas las ramas del derecho, en tanto que el contenido del "injusto" –los hechos antijurídicos y sus presupuestos– puede variar en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico. Como sinónimo de "injusto" se usa a veces el término "ilícito".

La antijuricidad penal supone una doble exigencia: a) *la lesión o puesta en peligro* de un bien jurídico-penal lo suficientemente grave y necesitada de pena para que el legislador la haya previsto en un *tipo de delito*; b) que el bien jurídico correspondiente no entre en conflicto con otros intereses superiores que *justifiquen* su ataque. Ampliemos un poco más la explicación de estos dos aspectos:

a) El derecho penal ha de desear evitar lesiones en los bienes jurídicos más importantes, como la vida, la integridad física, la propiedad, el orden público, etc. El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el *principio de dañosidad o lesividad* (*nullum crimen sine iniuria*), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos (*supra*, Lec. 4, III 3), ha de ser el punto de partida de la antijuricidad penal.

En los *tipos de delito* se describen las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales más graves y necesitadas de pena: por ejemplo, matar a otro, robarle o coaccionarle. Ello exige, por de pronto, la producción del *resultado típico* de lesión o puesta en peligro, pero también que dicho resultado sea imputable como tal a una *conducta humana peligrosa ex ante*.

b) Pero no todo ataque típico a un bien jurídico-penal se halla desvalorado por el derecho como contrario a sus intereses globales. Las *causas de justificación* (por ejemplo, la legítima defensa) excluyen la antijuricidad del hecho.

B) *El hecho penalmente antijurídico ha de ser "personalmente imputable"* a su autor. Ello requiere dos cosas:

a) El injusto penal ha de ser imputable a la *infracción personal de una norma primaria*. Si el derecho penal constituye un conjunto de normas dirigidas a motivar al ciudadano en contra del delito, lo intenta en primer lugar a través de las prohibiciones o mandatos en que consisten las *normas primarias*. Estas normas tratan de prevenir la producción de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales previstas en los tipos penales no justificadas. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando *él* pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o situacionales son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado, por lo que infringirá la norma primaria. Aunque ello sucederá en la mayoría de los casos, puede no ocurrir. Ello no sucede cuando el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuricidad.

En términos técnicos, que en su momento se explicarán, en el primer grupo de casos existe una *imposibilidad personal de observar el deber objetivo de cuidado*, que puede proceder de un *error de tipo personalmente invencible*; y en el último caso se da el llamado *error de prohibición invencible*.

b) Una segunda condición de la imputación personal de la antijuricidad penal es que pueda atribuirse a un *sujeto penalmente responsable*. Para que tenga sentido dirigir al sujeto la norma primaria basta que el autor tenga *alguna capacidad* para cumplir dicha norma, pero ello no es suficiente para que deba *penarse* al autor de la infracción. La responsabilidad penal del autor exige algo más que alguna posibilidad de cumplir el mandato de la norma primaria –cosa que basta sólo para el primer presupuesto de la imputación personal: la infracción personal de la norma primaria. Exige que la capacidad de cumplimiento de la norma primaria exista en un *grado* tal que pueda considerarse *normal*. El autor es penalmente responsable cuando realiza el hecho en *condiciones psíquicas de normalidad motivacional* suficientes para que proceda la imposición de una pena. Falta, en cambio, cuando el infractor de la prohibición no puede ser motivado normalmente por la norma en tales términos. Para que sea lícito imputar un hecho prohibido a su autor como sujeto susceptible de ser penado, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la prohibición en unas condiciones mentales normales. No son penalmente responsables, pues, de los hechos penalmente antijurídicos y antinormativos que cometen, sujetos como los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable etc.

Para que el *hecho* sea penalmente relevante, basta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal prevista en un tipo penal. Esto último constituye el primer presupuesto exigido por la *norma secundaria* que impone la

pena. Pero, además de esta relevancia penal del hecho, la norma secundaria requiere que el mismo sea *imputable a su autor* en términos en que sea legítimo *penarle* por su hecho penalmente antijurídico y antinormativo. Ello sólo sucede cuando el autor del hecho lo ha realizado en condiciones en que puede hacérsele penalmente *responsable*.

La irresponsabilidad penal del sujeto no impide ni la antijuricidad penal del hecho ni la infracción personal de la norma. Ello se debe a que la anormalidad motivacional del sujeto no sólo no impide que el derecho penal pueda seguir desvalorando el hecho como indeseable, sino tampoco prohibírselo a su autor, puesto que la *anormalidad* motivacional que aquí exigimos no excluye por completo la posibilidad de motivación normativa. Si las condiciones mentales del sujeto llegan a determinar no sólo una recepción anormal de la prohibición, sino incluso la *absoluta imposibilidad* de recibirla, dejará de tener sentido prohibirle el hecho, porque sería totalmente inútil. Faltará entonces, o bien un comportamiento humano, o bien, por lo menos, la propia prohibición personal, primer presupuesto de la imputación personal del hecho antijurídico.

4. ¿Es la "punibilidad" una categoría autónoma de la definición de delito?

Con frecuencia las definiciones de delito añaden a las notas de "comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable", la de que el mismo sea "punible". Se trata de una característica muy discutida que agruparía a ciertas condiciones *positivas* ("condiciones objetivas de punibilidad") o *negativas* ("causas personales de exclusión de la pena", "excusas abolutorias") que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirían a la necesidad de antijuricidad y "culpabilidad" (aquí, imputación personal). Su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría la antijuricidad ni la "culpabilidad" (aquí, imputación personal), sino sólo la conveniencia *político-criminal* de la pena por *otras razones* ajenas a la gravedad de la infracción (y, a veces, hasta al hecho mismo) o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas etc. Un ejemplo de *condición objetiva de punibilidad*: la previa declaración judicial de quiebra, concurso o suspensión de pagos en un proceso civil es condición de las insolvencias punibles del art. 260 del CP. Un ejemplo de *excusa absolutoria*: el parentesco muy próximo, como el que existe entre padres e hijos, hace impunes los hurtos entre ellos (art. 268 del CP).

Otros ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad serán contemplados *infra*, Lec. 6, V, en donde se trata más detenidamente este concepto. Otro ejemplo de excusa absolutoria, según la doctrina dominante, lo ofrece el art. 480 del CP. Junto a las excusas absolutorias cabe incluir también, bajo la rúbrica general de "causas personales de exclusión de la pena", las llamadas "inviolabilidades" o "indemnidades": son inviolables el Rey, que según el art. 56, 3 Const. "no está sujeto a responsabilidad", los parlamentarios por las opiniones mani-

festadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71, 1 Const.) (esto es extensible a los parlamentarios autonómicos: así, por ejemplo, art. 31, 2 Estatuto de Autonomía de Cataluña), el Defensor del Pueblo por las opiniones que formule o los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo (art. 6, 2 LO 3/1981), lo que se extiende a sus adjuntos (art. 6, 4 LO 3/1981), y los Magistrados del Tribunal Constitucional por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Estas inviolabilidades han de distinguirse de las "inmunidades", que afectan a más cargos políticos y que no excluyen la punibilidad material del hecho, sino que suponen sólo ciertos *obstáculos procesales* que condicionan la posibilidad de su enjuiciamiento o de determinadas medidas procesales como la detención o el procesamiento.

Algunos autores prefieren estudiar por lo menos una parte de la problemática de la "punibilidad" al filo de la *tipicidad*, aunque sea sin una justificación sistemática clara. Me inclino por entender que no se trata de una categoría unitaria, sino que hace referencia a *dos grupos de elementos* de distinta naturaleza: a) por una parte, las condiciones objetivas de punibilidad de las que depende la relevancia jurídico-penal del hecho con carácter *objetivo* (frente a todos los sujetos que intervienen en él, sea como autores, sea como partícipes); b) por otra parte, aquellas circunstancias que impiden castigar a *una determinada persona*, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él (así, el art. 268, 2 CP denomina "delito" a los hurtos y demás hechos entre parientes que considera impunes, y mantiene la punibilidad de los partícipes que no cuenten entre dichos parientes).

a) Las *condiciones objetivas de punibilidad* (vid. *infra*, Lección 6, V, con ejemplos) afectan al *carácter penal de la antijuricidad del hecho* y de ellas depende, pues, el *injusto penal*. La antijuricidad de un hecho no puede, ciertamente, condicionarse a que sea *penal*, pero sin este carácter es evidente que no será penal.

La antijuricidad que importa a la teoría del delito debe ser una antijuricidad *penal*, que, en su caso, pueda suponer la imposición de una pena y que se halle prevista en un tipo de delito. Sólo interesa, pues, el *injusto penal típico*. Mediante este concepto se efectúa la selección de los hechos penalmente relevantes. Esta selección se hace en primer lugar en base a la gravedad y a la peligrosidad del hecho antijurídico –lo que se llama la cantidad o grado de lo injusto del hecho–, pero también en atención a consideraciones político-criminales distintas (de oportunidad o conveniencia de la pena), y hasta independientes del hecho mismo. Éste es el fundamento de las condiciones de punibilidad que condicionan la objetiva relevancia jurídico-penal del hecho. Ciertamente, se basan en razones de Política criminal diferentes a la cantidad de injusto del hecho (y, por tanto, a su contenido de antijuricidad material), pero no por eso dejan de condicionar su antijuricidad *penal*.

Puesto que el tipo penal es el concepto que sirve para seleccionar los hechos que son penalmente relevantes, lo más oportuno parece incluir *todos* los elementos que condicionan la objetiva punibilidad de un hecho –tanto si afectan

a la gravedad del injusto, como si obedecen a otras razones político-criminales– en el tipo penal. Éste aparecerá, entonces, no sólo como "tipo de injusto", sino como "tipo de injusto penal".

En el tipo penal se incluyen, por tanto, no sólo los presupuestos específicos de la infracción de la norma primaria, sino también presupuestos de aplicación de la norma secundaria que se refieren a la objetiva relevancia penal del hecho (vid. *supra*, 1 B).

b) El *segundo grupo* de circunstancias mencionadas (como determinado parentesco en el hurto, en el ejemplo antes mencionado), que impiden castigar a una determinada persona (aquí se habla de "excusas absolutorias" y de "causas personales de exclusión o levantamiento de la pena"), al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no pueden impedir que subsista su antijuricidad penal típica. Frente a estos elementos caben, entonces, dos actitudes. Por una parte, puede sostenerse que, no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, *no impiden la presencia de un delito*, sino, sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona. Por otra parte, si sólo se entendiera por "delito" el hecho concreta y personalmente "punible", debería exigirse la concurrencia de los elementos personales referidos en el seno de una *categoría de punibilidad posterior* a las de antijuricidad e imputación personal. Me inclino por la primera solución, más acorde con el significado de objetivo desvalor que tiene el término "delito".

Más allá de estos supuestos, excepcionales, *la punibilidad afecta a todas las categorías del delito*, que es ante todo un hecho *punible*. La decisión acerca de lo que es no sólo dañoso e imputable a su autor, sino también punible, condiciona el contenido y los límites del injusto penal y de la imputación personal jurídico-penal. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también de que parezca necesaria y oportuna su conminación penal. La exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena. Por último, también las causas de exclusión de la responsabilidad penal se van ampliando históricamente a medida que aparecen tratamientos alternativos preferibles a la pena. Tendría sentido, por ello, definir el delito como un comportamiento humano *penalmente* antijurídico e imputable a su autor. Y ésta es la razón por la que en esta obra se habla de antijuricidad *penal*, tipicidad *penal* y responsabilidad *penal*.

Bibliografía

ALTPETER. *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990.

BACIGALUPO. *Delito y punibilidad*, 1983.

_____. *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad.* La Ley, 23 dic. 86.

BALDÓ. *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994.

_____. "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito". In: SILVA (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal.* Libro Homenaje a Roxin, 1997.

BERDUGO. *Honor y libertad de expresión*, 1987.

BRICOLA. "Teoria generale del reato". *Novíssimo Digesto*, XIX, 1974.

BUSCH. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, 2. ed. Bogotá, 1980 (el texto alemán original es de 1949).

CARNELUTTI. *Teoría general del delito*. Trad. Conde, 1941.

CÓRDOBA RODA. *Una nueva concepción del delito*, 1963.

CORTES ROSA. "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

COSTA ANDRADE. "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS. *La categoría de la antijuricidad en derecho penal*. ADPCP 1991.

ENGISCH. *Introducción al pensamiento jurídico*. Trad. Garzón Valdés, 1967.

_____. *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für Welzel*, 1974.

_____. *Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale*, 1957.

GALLAS. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Córdoba Roda, 1959.

GARCÍA VALDÉS. "Principios de la teoría del delito". *Anuario de la Facultad de derecho*, 1996.

GIMBERNAT. "El sistema del derecho penal en la actualidad". *Estudios de derecho penal*, 2. ed. 1981.

_____. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". *Estudios de derecho penal*. 2. ed. 1981.

GRAF ZU DOHNA. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires, 1958 (orig. alemán 1941).

GÜNTHER. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983.

HAFFKE. "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal". In: SÁNCHEZ. Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/ Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

HASSEMER. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974.

ONG. "Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele". *Festschrift für K. Larenz*, 1963.

JIMÉNEZ DE ASÚA. *La teoría jurídica del delito*, 1931.

KAUFMANN. *Armin, lebendiges und totes in bindings normentheorie*, 1954.

KAFMANN, Arthur. "Concepción hermenéutica del método jurídico". *Persona y derecho*, n. 35, 1996.

KELLER. "Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus". *ZStW*, n. 107, p. 457 ss., (1995).

KÜPPER. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990.

JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", *ZStW*, n. 107, p. 843 ss., (1995).

LARENZ. "Der Rechtssatz als bestimmungssatz". *Festschrift für K. Engisch*, 1969.

LUZÓN PEÑA. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". *ADPCP*, 1993. p. 21 ss.

MAPELLI. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, 1990.

MARTÍNEZ PÉREZ. "Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad". *Libro-Homenaje a Beristain*, 1989.

MIR PUIG. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal*. ADPCP, 1994. p. 5 ss. (=el mismo, *El derecho penal en el Estado*. cit., p. 225 ss.).

_____. "Dogmática creadora y política criminal". *Rev. int. droit pen*, p. 223 ss., 1978. (=*RJCat*, p. 649 ss., 1978, y el mismo, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994.).

_____. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2. ed. 1982 (el mismo, *El derecho penal en el Estado...*, cit., p. 29 ss.).

_____. "La imputación en el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho desarrollado". A.A.V.V. *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó*, 1997.

_____. "La perspectiva ex ante en derecho penal", *ADPCP*, 1983. p. 5 ss. (= el mismo, *El derecho penal en el Estado...*, cit.).

_____. "Los términos 'delito' y 'falta' en el Código penal". *ADPCP*, p. 319 ss., 1973.

_____. "Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la PANCP de 1983", *RFDUC monogr.*, n. 6, p. 471 ss. (1983).

_____. "Responsabilitat penal del president de la Generalitat i dels Consellers". A.A.V.V., *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, III, 1988.

MOCCIA. "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/ Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

_____. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992.

MUÑOZ CONDE. "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform". *Libro Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974.

NAUCKE. *Grundlinien einer rechtsstaatliche praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979.

NINO. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México, 1974.

_____. *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, 1981.

OLESA MUÑIDO. *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, 1971.

OTTO. "Personales Unrecht, Schuld und Strafe". *ZStW*, n. 87, p. 593 ss., (1975).

_____. "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?". *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978. p. 53 ss.

PADOVANI. "Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva". *RitDP*, p. 532 ss., 1983.

RADBRUCH. "Zur Systematik der Verbrerchenslehre". *Festgabe für R. Frank*, I, 1930.

ROCCO. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 2. ed. Bogotá, 1982 (texto original italiano en *Riv. diritto e Procedura penale*, n. 1, p. 499 (1910)).

RÖDIG. "Zur Problematik des Verbrechensaufbaus". *Festschrift für R. Lange*, p. 39 ss., 1976.

ROMANO. "'Merecimiento de pena', 'necesidad de pena' y teoría del delito". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

ROXIN. "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechsstoff in der Systematik unseres Strafrechts". *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968. p. 260 ss.

_____. *Política criminal y estructura del delito*, 1992.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Muñoz Conde, 1972.

SCHILD. *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, 1979.

SCHMIDHÄUSER. "Zur Systematik der Verbrechenslehre". *Gedächtsnisschrift für G. Radbruch*, p. 276 ss., 1968 (= "Sobre la sistemática de la teoría del delito". *Nuevo pensamiento penal*, 1975).

SCHÜNEMANN (ed.). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, 1996.

_____. *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales, introducción. Traducción y notas de Silva Sánchez, 1991.

_____. "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

_____. "Strafrechtssystem und Kriminalpolitik". *Festschrift f. R. Schmitt*, p. 117 ss., 1992.

SCHWINGE. *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.

SÁNCHEZ, Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992.

SINISCALCO. *Irretroattività delle leggi in materia penale*, 1987.

TORÍO. Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito. ADPCP, p. 489 ss., 1989.

WALTER. "Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität", *ZStW*, n. 95, p. 32, (1983).

WOLTER. "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal". In: SÁNCHEZ, Silva (ed. española); DIAS, Schünemann/Figueiredo (Cords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995.

_____. "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem". In: Wolter (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 269 ss.

WOLTER/FREUND (ed.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996.

WÜRTENBERGER. *Die geistige situation der deutschen strafrechtswissenschaft*, 1957.

1.10

'LEGALITÀ' E 'FLESSIBILITÀ' DELL' INTERVENTO PENALE

SÉRGIO MOCCIA*

Sintesi: Le esigenze della postmodernità hanno determinato l'adozione di canoni 'deboli' di comprensione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuridica, a logiche, miopi, di immediatezza. Ma in diritto penale vi è necessità di regole 'forti', di 'fondamenti', di sistema, di principi, cioè il contrario di una legislazione occasionale, contraddittoria, orientata all'emergenza. Quando la 'postmodernità' chiede forme di controllo penale più 'flessibili', il complesso dei principi dello stato di diritto viene inaccettabilmente sacrificato; in particolare, è il principio di legalità/determinatezza e l'idea della tutela di beni giuridici ad essere in crisi. Lo *slogan* 'diritto penale del rischio' e l'idea di tutela della 'sicurezza' unitamente ad una caratterizzazione di forte alterità dal comune cittadino dei criminali fanno percepire le garanzie come ostacoli ad una 'effettiva lotta al crimine'. In realtà, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori di interesse – che vanno attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi – derivanti da attività complesse legate allo sviluppo tecnologico, scientifico, economico.

Parole chiave: Legalità – Determinatezza – Diritto penale del rischio – Bene giuridico – Garanzie fondamentali.

1. Quando la 'postmodernità' chiede forme di controllo penale più 'flessibili', più 'dinamiche', anche ai fini di una 'semplificazione' processuale,[1] il complesso dei principi dello stato di diritto, quali determinatezza, personalità della responsabilità, offensività, materialità, frammentarietà, sussidiarietà – viene ad essere insopportabilmente sacrificato.[2] È possibile sostenere che l'accentuata disattesa di questi principi rappresenta, per le sue implicazioni, l'esempio più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica, quali tutela di libertà e dignità dell'uomo, che rappresentano i valori supremi dello stato di diritto.

(*) Palestra proferida no 8.° Seminário Internacional.

(1) Cf. sul tema Albrecht, "Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?", in Aa.Vv., *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, a cura di L. Böllinger e R. Lautmann, Frankfurt a.M. 1993, p. 255 ss.

(2) Ci sia consentito in proposito il rinvio al nostro *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2. ed., Napoli, 1997, p. 53 ss., 99 ss., 113 ss.

In sostanza le esigenze della postmodernità, con la fine dello storicismo, hanno determinato la perdita dell'idea di fondamento[3] che ha spinto all'adozione di canoni 'deboli' di comprensione e di interpretazione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuridica, a logiche, miopi, di immediatezza. Ma queste, secondo me, mal si adattano alla 'forza', alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente in discussione con il controllo penale. In questa materia vi è necessità di regole 'forti', di 'fondamenti' e, dunque, di sistema, di principi.[4]

Tutto il contrario di una legislazione casuale, occasionale, contraddittoria, orientata a vere o presunte emergenze, foriera di perdita di garanzie ed efficienza come testimonia, impietosamente, ormai da anni, l'inconcludente 'politica della sicurezza':[5] a 'pacchetti' e sfusa, iniziata dal centrosinistra e proseguita dal centrodestra.

In effetti, se il problema sociale della criminalità tende ad essere considerato non dal punto di vista di un sistema penale, quale sistema generale di controllo secondo moduli precostituiti e formalizzati, bensì come 'problema di singoli criminali', allora appare quasi scontato liberarsi di impaccianti presupposti, quali i principi, per consentire un'azione quanto più rapida ed efficiente. Naturalmente, una fattispecie servirà egregiamente allo scopo se più ampia e meno determinata possibile.

In realtà, diffuse 'esigenze di sicurezza' unitamente ad una caratterizzazione di forte alterità dal comune cittadino dei potenziali criminali (di solito tossicodipendenti ed immigrati) rendono costoro, soggetti a diritti minorati – per i quali non si fanno né fiaccolate, né girotondi – e fanno percepire le garanzie, specialmente quelle di tipo formale, come dei veri e propri ostacoli ad una 'effettiva lotta al crimine'. È questo un fatto che si verifica pure perchè nella considerazione del fenomeno si sta producendo un mutamento radicale di prospettiva: dall'individuo verso aggregati statistici del tutto impersonali, che, tuttavia, hanno il *trait d'union* di rappresentare un 'rischio' per la società.

La sicurezza, dunque, non è più la conseguenza di un ordine sociale teso alla giustizia, ma è l'esito di scelte politiche, approssimative, orientate nel migliore dei casi alla 'riduzione del danno'; esse, in ogni caso, come l'esperienza di questi

(3) Sull'argomento v. Vattimo, *La fine della modernità*, 3. ed., Milano, 1999, p. 9 ss.; più in generale Lyotard, *La condizione postmoderna*, Milano, 1990, passim; per una prospettiva giusfilosofica Arth. Kaufmann, *Die Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg 1990, passim.

(4) Per un fermo, argomentato richiamo al significato essenziale dei principi in diritto penale v. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 4 ss. e passim.

(5) Per una prospettiva "alta" in rapporto alle complesse tematiche della sicurezza, per tutti, egregiamente, Baratta, "Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?", in Aa.Vv., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Milano, 2001, p. 19 ss.

anni sta dimostrando, sono condannate al fallimento, anche perché la persona, la sua individualità, più o meno dolorosa, non si lascia facilmente sostituire da insiemi matematici o *clusters* statistici.

In questi termini la sicurezza è solo una finzione sociale: dunque il superamento del rischio è destinato ad essere solo simbolico. E la media attuariale delle emozioni private, disinvoltamente scambiata per opinione pubblica, viene sovente assecondata da un legislatore poco attento, poco informato e, forse, in mala fede. Esemplare, in merito, appare la normativa proposta nel 1999 dal Ministro di grazia e giustizia all'interno di un velleitario "pacchetto giustizia" in materia di scippi e furti in abitazione, divenuto, purtroppo, legge quasi all'unanimità dei voti parlamentari; essa riproponeva, in ultima analisi, la vigente disciplina, lasciando, tuttavia, intendere che quest'ultima sia stata la causa dell'intensificarsi del fenomeno e non, piuttosto, l'aggravarsi del disagio legato a tossicodipendenza, emarginazione, disoccupazione,[6] espressivo del sempre più deciso – ed irresponsabile – abbandono di quell'ordine sociale razionale alla cui realizzazione mirava l'ideale dello stato sociale di diritto.

L'orientamento attuale ai flussi emotivi dei consociati o di *lobbies*, anche per demagogiche finalità elettorali, spinge il legislatore ad esaudire i desideri di criminalizzazione, al di là di parametri di effettiva meritevolezza di pena di talune condotte e ciò comporta l'estrema difficoltà di una precisa formulazione legislativa: esemplari nel senso di un modestissimo livello tecnico, come vedremo, appaiono per molti versi le disposizioni recentemente introdotte in materia di discriminazione razziale, di violenza sessuale, di usura, di riservatezza e di pedofilia.[7]

Sembra quasi esservi un bisogno di vaghezza, se non di ambiguità. E ciò può anche servire allo scopo di trasferire sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, anziché favorire il corretto adempimento della istituzionale funzione di soluzione, secondo parametri formalizzati e precostituiti, dei singoli conflitti socialmente rilevanti. L'argomento giustificativo tradizionale è quello della giustizia per il caso singolo, ma questa è raggiungibile anche con norme tassative.[8] Anziché aprire spazi eccessivi di 'creazione' giurisprudenziale,[9] il legislatore, nel caso di una valutazione di non coperta meritevolezza di pena, potrà sempre introdurre una nuova disposizione; certo, per qualche tempo, che, tuttavia, può anche essere molto breve – dipende

(6) Ci sia consentito, sul tema, il rinvio al nostro "La politica criminale della postmodernità", in Aa. Vv., *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista. Tentativo di bilancio*, a cura di S. Moccia.

(7) In proposito, v. *infra*.

(8) Cf. sul punto Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale...*, cit., p. 305 ss.; Bricola, *Legalità e crisi*, p. 187-188, 213-214.

(9) In proposito, si vedano le convincenti considerazioni svolte da Ferrajoli, "Crisi della legalità e giuridizione. Una proposta: la riserva di codice", in Aa.Vv., *Legalità e giurisdizione...*, cit., p. 27 ss.

solo dal legislatore medesimo – potrà accadere che taluni consociati si comporteranno in maniera meritevole di sanzione e ciò nondimeno non saranno passibili di pena, ma questo è un prezzo che lo stato di diritto deve essere pronto a pagare, per non tradire se stesso.

Strettamente connessa a questa prospettiva è quella, più generale, legata ad esigenze di deformalizzazione del diritto penale per finalità ad ampio spettro, eccentricamente orientate alla soluzione di problemi di politica economica e di politica sociale,[10] per lo più legati alla tutela di interessi c.d. diffusi.[11] Ed un tale uso strumentale del diritto penale può aspirare al successo, se esso funziona velocemente e senza eccessive complicazioni, che pure possono venire da leggi formulate con estrema precisione.

È questo in realtà il problema del cosiddetto 'diritto penale del rischio'[12] – naturalmente connesso all'impostazione sociologica della *Risikogesellschaft* prospettata a metà degli anni Ottanta da Beck[13] -, per il quale, a fronte di fenomeni a cui è possibile connettere gravi implicazioni sul piano della dannosità sociale, si discute se sia ammissibile, per finalità preventive, ipotizzare un controllo penale caratterizzato dalla rinuncia a talune garanzie offerte dal sistema penale dello stato di diritto, o ad un loro notevole affievolimento. In particolare, il riferimento è al bene giuridico come oggetto effettivo dell'offesa e ad affidabili criteri di imputazione oggettiva e soggettiva,[14] con quel che ne consegue in campo processuale in rapporto all'accertamento del fatto e, dunque, in materia di prova. Ove tali garanzie non dovessero essere assicurate, appare evidente che, in uno stato di diritto, il controllo penale non può essere, legittimamente, attivato.[15]

(10) Cf. sull'argomento Müller-Dietz, "Instrumentelle vs. sozialethische Funktionen des Strafrechts am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen", in Aa.Vv., *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di H. Scholler e L. Philipps, Heidelberg, 1989, p. 95 ss.

(11) Per un'ampia, esaustiva indagine, di taglio interdisciplinare, su questa materia complessa cf. De Vita, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, passim, spec. p. 17 ss., 393 ss.

(12) Oggetto in Germania di un ampio ed appassionato dibattito, per tutti si vedano i lavori monografici di Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a.M., 1993 e di Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993; Kuhlen, "Zum Strafrecht in der Risikogesellschaft", in *GA*, 1994, 347 ss.

(13) Cf. Beck, *Die Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M. 1986; per ulteriori sviluppi v. anche Id., *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a.M., 1988 e Id., *Was ist Globalisierung ? – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt a-.M., 1997.

(14) Come ammonisce Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3. ed., München, 1997, Rn.28, p. 21.

(15) Cf. Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", in *ZRP*, 1992, 378 ss.; Id., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", in *Strafverteidiger*, 1995, 483 ss.; Albrecht, "Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts", in *KritV*, 1993, 163

In ogni caso, non solo per esigenze di garanzia, ma anche di effettività della tutela, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori di interesse – che vanno ricercati ed attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi per la stessa sopravvivenza della specie umana – derivanti da attività complesse legate allo sviluppo tecnologico, scientifico, economico.[16] Certo, qualora dovessero emergere profili d'illiceità quali il diritto penale è in grado di conoscere e gestire, è evidente che questo debba essere attivato, ma solo a tali condizioni, altrimenti il 'rischio', fondato, è quello concreto del solito uso simbolico dell'intervento penale, strutturalmente inefficace, se non controproducente sul piano della tutela, perché in molti casi fornisce, con la sua mera presenza, un alibi per non affrontare, 'seriamente', nelle sedi più consone, il problema.[17]

Ma, al di là di complesse contingenze, che, indubbiamente, condizionano non poco la precisione della norma, è innegabile il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della *ratio legis,* capace di rappresentare sufficientemente una realtà empirica.[18] Vi è necessità di applicazione, esperienza, conoscenza della tecnica della legislazione e tempo; non sempre chi fa le leggi è in grado di farle e non sempre l'*iter* procede in maniera ragionevole: è noto lo stravolgimento dei testi all'ultimo minuto tramite emendamenti di difficile compatibilità con il resto del provvedimento.

L'osservazione dell'esperienza secondo cui le istituzioni parlamentari raramente si sono dimostrate all'altezza di legiferare in termini di determinatezza, ha assecondato una tendenza, mai sopita nella giurisprudenza, di emancipazione dalla soggezione alla forma della legge, per costituirsi interprete immediata della coscienza comune, se non del pubblico interesse.[19] Sovente si è verificato

ss.; Baratta, "Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", in *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, p. 393 ss.; Naucke, "Schwerpunktverlagerung im Strafrecht", in *KritV*, 1993, 135 ss.; Herzog, "Grenzen der strafrechtlichen Kontrolle gesellschaftlicher Risiken", in Aa.Vv., *Strafrechtstheorie im Umbruch*, 1992, p. 367 ss.

(16) Per una risposta penale "modernizzata" – nel senso del superamento delle modulazioni "classiche" dell'intervento penale – a tali rischi, si pronuncia, con accenti di elevata tensione eitca, Stratenwerth, "Zukunftssicherung mit den Mittel des Strafrechts?", *ZStW*, 1993, 679 s.; in proposito, criticamente, dal punto di vista delle ragioni del diritto penale dello stato di diritto, Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1996, p. 23 ss.

(17) Cf. in proposito Lüderssen, "Übernahme der Aufgaben des Strafrechts durch andere Rechtsgebiete". *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M., 1995; Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 4 ss., 352 ss. e passim.

(18) Sul punto si vedano le puntuali considerazioni di Hassemer, *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht...*, cit., p. 12 ss.; cf. anche Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege...*, cit., p. 321; Licci, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, p. 13.

(19) Cf. in proposito il nostro *La perenne emergenza...*, cit., p. 144 ss.

in giurisprudenza il fenomeno dell'ampliamento dell'ambito applicativo della norma, ben oltre i limiti segnati all'interno della stessa, per soddisfare c.d. 'esigenze di difesa' dei consociati o dello Stato.[20] Va solo notato che nelle costituzioni dello stato di diritto, ad esprimere coscienza ed interesse comune, sono legittimati i rappresentanti del popolo democraticamente eletti e non i giudici, per i quali, talvolta, sembra sussistere pur sempre un ordine normativo indipendente dalla legge: come ammoniva Radbruch, "il giudice non è servo della giustizia, bensì della certezza del diritto".[21]

Pare che si dimentichi che anche quando la dottrina di ispirazione giusrazionalistico-illuministica intendeva punire come reati i *mala in se*, contestualmente esigeva, per la definizione dei fatti penalmente sanzionati, la rigorosa descrizione della fattispecie determinata:[22] nello stato di diritto la forma ha un'importanza essenziale e dunque, in nessun caso, in rapporto ad alcun fenomeno, connotato anche da grave dannosità sociale, è possibile disattendere l'assunto secondo cui "la legge non può abbandonare la lettera perché la lettera è per essa lo spirito".[23] Naturalmente 'spirito' e 'lettera' dovranno corrispondere pienamente a quei requisiti di legalità, formale e sostanziale, che lo stesso stato di diritto esige.

2. Sicuramente, dunque, si pongono in contrasto con il principio di stato di diritto i tentativi di sostenere con sanzioni penali azioni di intervento in campo economico, configurando come beni a spettro complessivo, delle mere *rationes* di tutela quali il corretto funzionamento del sistema economico o la difesa dell'ordine economico e l'attuazione di un programma di politica economica, la corretta gestione economica, la fiducia degli investitori e, di converso, configurando l'offesa in termini di intralcio al raggiungimento di determinati scopi: in questi casi all'opacità del bene corrisponde l'inafferrabilità dell'evento e, dunque, l'indeterminatezza della fattispecie.[24]

(20) Cf. per tutti Stile, "Conclusioni", in Aa.Vv., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 287 ss.; Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale...*, cit., p. 342 ss.

(21) Cf. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5. ed., Göttingen, 1956, p. 182.

(22) Marat, *Disegno di legislazione criminale* (1790). Trad.it. M.A. Aimo, Milano-Varese, 1971, p. 70 ss., 80 ss.

(23) Cf. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto...*, cit., p. 159; sull'argomento anche Arth. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965, p. 3 ss., 31, 47; Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Koeln – Berlin – Bonn – Muenchen, 1968, p. 162 ss.

(24) Cenni, in proposito, di Bricola, *Legalità e crisi...*, cit., 203; v. anche Cavaliere, "Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata", in Aa.Vv., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1998, p. 266 ss.; in argomento, da altra prospettiva, cf. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 124 ss.; v. inoltre le considerazioni svolte da Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 97 ss.

Vi sono, infatti, figure di reato in cui l'evento risulta indicato in termini del tutto generici, come esito di una condotta in grado di cagionare un generale disordine di tipo economico o finanziario, ipotizzando enfaticamente un evento, del tipo 'grave nocumento all'economia nazionale' come, ad esempio, nelle norme di cui agli art. 499, 501, 514 c.p.,[25] rispettivamente in tema di distruzione di materie o di prodotti agricoli o industriali, rialzo o ribasso fraudolento di prezzi sul mercato pubblico o nelle borse di commercio; ovvero, come accade nell'ipotesi, di più recente introduzione, di cui all'art.138 T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, ove si fa riferimento a condotte "atte a turbare i mercati finanziari o a indurre il panico nei depositanti o comunque a menomare la fiducia del pubblico"; e nello stesso senso si segnala la norma di cui all'art.181 n.1 d.lgs. 24 febbraio 1998, n.58 in materia di aggiotaggio finanziario, ove si fa riferimento a condotte idonee "a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari o l'apparenza di un mercato attivo dei medesimi".

Tutto ciò genera, come si è accennato, una complessiva indeterminatezza della previsione del fatto illecito, da cui deriva una serie di deroghe ai compiti propri della giurisdizione, con una vera e propria confusione tra poteri, dal momento che, per quelle ipotesi di reato si tratta, in effetti di valutare e decidere intorno alle condizioni di crisi dell'economia nazionale o di un rilevante settore della medesima, anziché giudicare di una singola condotta: e questo è un compito che spetta all'autorità politica e non al giudice.

I fondamentali principi dello stato di diritto implicano necessariamente un modello di criminalizzazione con la definizione di regole di condotta che, facilmente comprensibili dai consociati, siano al tempo stesso facile oggetto di prova sul piano della verifica giudiziaria.[26] Si tratta, dunque, di costruire fattispecie imperniate su di un risultato esteriore rispetto alla condotta del soggetto, utile ad esprimere la reale dannosità sociale del fatto, che, sotto il profilo della tecnica di incriminazione, potrà configurarsi come evento di danno o di pericolo, quando si voglia realizzare una tutela più avanzata di interessi ritenuti di particolare significatività; sarà, in ogni caso, un evento di danno o di pericolo concreto da accertare caso per caso. Una volta che si sia ben delineato l'evento, emergerà nei suoi contorni definiti la condotta tipica e l'elemento soggettivo assumerà un'evidente nota di disvalore: la previsione e la volontà del danno o del pericolo.

Al fine dell'accertamento della tipicità, la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta richiede un processo logico di separazione, pertanto un singolo accadimento è considerato avulso dall'insieme dei fenomeni sociali e naturali a cui nella realtà risulta congiunto. Dalle fattispecie impostate su di un esito a raggio amplificato consegue che la valutazione della tipicità finisce per

(25) Sul tema, per tutti, egregiamente già Pedrazzi, "Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)", in *Enc. dir.* XIV, Milano, 1965, p. 280 s.

(26) Sull'argomento, fondamentale, Volk, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Konstanz 1980, p. 29 ss.

estendersi tanto, da riguardare non singoli fenomeni, ma condizioni generali della società, orientandosi in una direzione opposta a quella della tassatività, a conferma della crisi legata alla generale caduta delle garanzie. Tale crisi sembra caratterizzare, in maniera preoccupante per le ragioni dello stato sociale di diritto, la politica criminale postmoderna, tutta tesa alla risoluzione della conflittualità sociale in termini panpenalistici, secondo cadenze di tipo autoritario, con una naturale 'sovraesposizione' del potere giudiziario, che, a sua volta, in occasione di vere e/o presunte emergenze ha occupato, indebitamente, spazi lasciati, irresponsabilmente, vuoti dalle istituzioni politiche.[27]

Invero, la complessità degli attuali rapporti sociali può anche esigere la necessità di regole e, quindi, di sanzioni per le infrazioni alle medesime regole, ma non necessariamente di sanzioni penali. È invalsa, invece, una sorta di disinvolto pragmatismo efficientista, poco attento al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale che, una volta perse di vista prospettive sistematiche di ampio respiro, rischia di ridurre l'azione del legislatore, al di là delle proclamazioni ufficiali, al perseguimento di interessi di basso profilo, se non di parte.

La fuga nel penale ha, in realtà, il solo significato di un miope sottrarsi delle istituzioni ai loro doveri di corretta azione politico-sociale, in nome di un superficiale ed inappagante 'realismo' per il quale viene sacrificato il complesso delle garanzie, con un'estensione smisurata dell'intervento penale, ben al di là di termini di ragionevolezza, sussidiarietà, frammentarietà e, dunque, di efficienza. Com'è stato felicemente sottolineato: "Si è realizzato uno stato impossibile del diritto penale; si è realizzato qualcosa di diverso dal diritto penale, ma non qualcosa di migliore".[28]

Bisogna prendere atto del fatto che il sorgere ed il consolidarsi di fenomeni connotati da dannosità sociale è l'esito di un disagio che, sovente, è di tipo socio-istituzionale ed è, innanzitutto, in quelle sedi che i problemi vanno affrontati. Il diritto penale, seriamente inteso, rappresenta soltanto l'*extrema ratio* della politica sociale, e non solo per evidenti ragioni di difesa della libertà, ma anche perché il diritto penale non ha affatto la capacità di risolvere alla radice la gran parte dei problemi che pur è chiamato a fronteggiare. E questo assunto trova una sua evidente conferma – per quanto ciò possa apparire poco credibile – se i problemi sono di grandi dimensioni e di rilevante consistenza: cioè proprio da quei casi per i quali maggiore è la richiesta di attivazione dell'intervento penale.

(27) Si veda, in proposito, l'interessante analisi di Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, trad.it., Milano, 1997, passim; cf. inoltre Garapon-Salas, *La repubblica penale*, trad. it., Macerata, 1997, passim.

(28) Cf. Naucke, "Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus", in Aa.Vv., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, a cura dell'*Institut für Kriminalwissenschaften* dell'Università di Frankfurt am Main, Frankfurt am Main – Berlin – New York – Wien, 1995, p. 498.

Quest'ultimo, tuttavia, è in grado solo di arginare, quando ci riesce, il fenomeno, mai di neutralizzarlo.[29]

Indubbiamente, legittime esigenze di difesa sociale possono anche imporre l'adozione del controllo penale, ma questo, anche per finalità di efficienza, deve essere l'espressione di una strategia razionale, di ampio respiro, al cui interno il rispetto di garanzie formali e sostanziali rappresenta uno dei presupposti a cui non possibile derogare. Appare, infatti, illusorio, se non mistificatorio coltivare e diffondere speranze di reale soluzione dei problemi attraverso la mera attivazione del diritto penale.

Esemplare appare, in proposito, la vicenda della tutela dell'ambiente; in questo caso, per quanto possa apparire paradossale, la tutela penale, per la conformazione che ha attualmente in questa materia, probabilmente ha nociuto, più che giovato, alla difesa dell'ambiente. Certamente la difesa del bene ambiente è l'esito di una valutazione più attenta da parte dei consociati di diversi fenomeni socialmente dannosi e, dunque, è espressione di una sensibilità più accentuata nei confronti delle varie componenti ambientali, quali aria, acqua, territorio, oggetto da tempo di gravi e costanti aggressioni. Tuttavia, se andiamo ad identificare l'oggetto reale della tutela sotteso alla normativa penale in materia, non troviamo affatto come bene di riferimento una delle versioni di bene giuridico ambientale, individuale o collettivo, qualificabile come "situazione offendibile e tutelabile", preesistente alla valutazione del legislatore.[30]

Dai precetti individualizzati derivanti dalla concretizzazione di moduli normativi ingiunzionali, che per lo più caratterizzano questo settore,[31] emergono

(29) Per una forte riduzione in termini "marginali" dell'intervento penale cf. Baratta, "Principi del diritto penale minimo", in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, ivi, 44 ss.; Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute* (1989), trad. it., Napoli, 1994; p. 229 ss.; sull'argomento si vedano anche e lucide considerazioni svolte da Pavarini, "La penalistica civile e la criminologia ovvero discutendo di diritto penale minimo", in Aa.Vv., *La bilancia e la misura...*, cit., p. 80 ss.; Yacobucci, *La deslegitimación de la potestad penal*, Buenos Aires 1998, passim, spec.341 ss. Per una critica serrata alla concezione del diritto penale minimo cf. Marinucci – Dolcini, "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità", in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 802 ss.; in proposito si veda la replica, non meno serrata, di Ferrajoli, "Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)", in *Foro it.* 2000 V c.125 ss.

(30) Cf. sul tema, per tutti, Giunta, "Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?", in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 1097 ss.

(31) Il d.lgs. n.22/1997, in materia di rifiuti solidi, contiene una lunga serie di divieti e di prescrizioni di tipo meramente formale-burocratico. Ad esempio, l'art.15, in tema di trasporto di rifiuti, prescrive un formulario di accompagnamento dal quale devono risultare: nome e indirizzo del produttore e del detentore; origine, tipologia e qualità del rifiuto; data e percorso dell'estradamento; nome e indirizzo del destinatario; la redazione del formulario in quattro copie, compilato, datato e firmato dal detentore dei rifiuti e controfirmato dal trasportatore. E' previsto, ancora, che una copia del formulario deve rimanere presso il detentore, e le altre tre, controfirmate e datate in arrivo dal

fattispecie che hanno la fisionomia di atti amministrativi, più che di precetti penali, e tuttavia sottopongono a pena condotte che non solo non offendono alcunché, ma neppure lo pongono in pericolo: qui quel che è messo in discussione è la sola 'funzione amministrativa di controllo di rischi potenziali', questo è il reale 'oggetto' della tutela penale.[32]

Rispetto al bene ambiente, il diritto penale – assecondando quell'orientamento di tipo 'postmoderno' che coinvolge anche altri settori di rilevanza sociale[33] – non prende in considerazione condotte concretamente offensive, ma crea relazioni di pericolo tra condotte astrattamente pericolose e potenziali pericoli sociali. E a questo scopo si dimostra indispensabile l'utilizzazione di formule vaghe, di norme in bianco e di rinvii anche a catena, che collidono in maniera stridente con il rispetto di esigenze di legalità/determinatezza.[34] Qui la funzione sanzionatoria del diritto penale rispetto alla disciplina amministrativa, già di per sé problematica, precipita in funzione sanzionatoria dell'atto amministrativo, con tutto quel che consegue non solo sul piano della determinatezza, ma anche dell'uguaglianza e di una ragionevole funzione della pena, quando la definizione effettiva di una fattispecie penale viene ad essere affidata alla discrezionalità amministrativa.[35]

Da ciò deriva, sul piano della tutela reale, una serie di inconvenienti di non poco momento, specialmente in rapporto al principio di uguaglianza, in quanto la mera violazione della fattispecie di pericolo astratto pone sullo stesso piano chi trasgredisce *sic et simpliciter* la norma, e magari non offende affatto l'ambiente, e chi trasgredisce la medesima norma, cagionando, però, gravi danni all'ambiente. Ancora, con la 'stranezza' dell'accessorietà dell'intervento penale all'atto amministrativo, e, quindi, con la tutela penale della funzione amministrativa di controllo, non risulta stare a cuore del legislatore la difesa delle condizioni naturali di vita, bensì la loro offesa autorizzata.[36]

destinatario, sono acquisite una dal destinatario e due dal trasportatore che provvede a trasmetterne una al detentore. Le copie del formulario devono essere conservate per cinque anni. Nel caso di trasporto di rifiuti pericolosi, senza il prescritto formulario o con dati incompleti o inesatti, si applica, per il richiamo operato dall'art. 52 co.3 dello stesso provvedimento, il regime sanzionatorio di cui all'art. 483 c.p.

(32) Su questo argomento si vedano le considerazioni svolte da Patrono, "Inquinamento idrico da insediamento produttivo e tutela penale dell'ambiente", in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1989, 102; Baino, *La tutela penale dell'ambiente*, ivi 1990, 356; per altro ordine di idee, cf. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente...*, cit., 1112 ss.

(33) V. *supra*.

(34) Sui problemi di compatibilità delle fattispecie 'ambientali' con i principi di legalità ed offensività, cf. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, p. 119 ss., 205 ss.

(35) Sul ruolo sottordinato del controllo penale rispetto a quello amministrativo già Nuvolone, "La delinquenza ecologica in Italia", *Ind. pen.* 1978, 25; cf. anche Eser, *La tutela penale dell'ambiente in Germania*, ivi 1989, 242; Pedrazzi, *Profili penalistici di tutela dell'ambiente*, ivi 1991, 617 ss.

(36) Cf. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 12 ss., 52 ss.

In altri termini, a me sembra che questo tipo di tutela penale anticipata, che abbandona prospettive di reale dannosità sociale, e dunque di *extrema ratio*, con il ridimensionamento di tutti i principi garantistici, ed *in primis* di quello di determinatezza, anziché predisporre una rafforzata difesa dell'ambiente, finisce col pregiudicarla. E ciò si verifica anche perché, pure in questo settore, l'ipoteca panpenalistica con il suo bagaglio di simbolicità e di ineffettività fornisce, come di consueto, l'alibi per non affrontare i problemi dell'inquinamento con una seria, ampia, costosa, politica ecologica, per la quale, forse, potrebbero sussistere forti, potenti controinteressi.

Se, dunque, si considera, al di là dell'esempio relativo all'ambiente, il dato delle smisurate dimensioni dell'intervento penale, penetrato ormai – anche attraverso l'abuso della tecnica dei rinvii normativi e delle clausole generali di chiusura – in ogni settore dell'esperienza socio-individuale, con una produzione ipertrofica di norme penali, è ben presente il pericolo che venga meno lo stesso sistema penale e con esso la funzione di certezza, naturalmente connessa a quest'ultimo. Rischia, infatti, di venir meno la struttura di complesso normativo tendente ad orientare la condotta dei consociati ed a limitare la possibilità di arbitrio statuale.

Il rispetto dei criteri di determinatezza e tassatività impedirebbe, invece, sin dal principio, l'adozione in termini meramente sanzionatori di precetti previsti all'interno di altri settori dell'ordinamento e, quindi, non consentirebbe rinvii a catena, testi oscuri e sovrabbondanti, e con questo manterrebbe alla norma penale l'essenziale funzione di regola di condotta individuale e di garanzia di un equilibrato esercizio del potere giudiziale.

Non va dimenticato, infatti, che, se alla profluvie di norme penali si abbina una totalmente carente tecnica di legislazione, con approssimazioni, farragini, oscurità dei testi, connesse ad anticipazioni esasperate, e sovente velleitarie, della tutela, finiscono per imporsi scorciatoie probatorie, abusi in materia di custodia cautelare, titoli presuntivi di responsabilità e contestuali meccanismi *lato sensu* premiali, che determinano un rapporto di mera casualità tra commissione del reato ed inflizione della sanzione.[37]

D'altronde, le stesse esigenze di efficienza e celerità processuale in rapporto ad una conformazione ipertrofica del diritto sostanziale, secondo una spirale perversa, impongono scelte normative che, nel quadro di un tendenziale superamento di 'sterili formalismi',[38] finisce per ridimensionare in maniera preoccupante, tra gli altri, il diritto di difesa, ma con questo anche principi elementari di garanzia

(37) Cf., in proposito, il nostro *La perenne emergenza*, cit., p. 29 ss., 143 ss., 209 ss.

(38) Così come è stato auspicato da Fassone, "La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata", in Aa.Vv., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 235; in proposito si veda la magistrale replica di Nobili, "Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: 'Voi invocate le forme perché non avete principi'?", in *Crit. dir.* 1994, 67 ss.

sostanziale: le esigenze di semplificazione in materia probatoria inducono alla creazione di norme che nella loro conformazione risultano porre in discussione alcuni principi essenziali per un sistema penale adeguato allo stato di diritto: oltre al principio di determinatezza/tassatività, vengono sovente in questione anche quelli di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale: com'è stato acutamente affermato il processo, da "servo muto" del diritto penale, ne è divenuto prima "socio paritario" ed infine "socio tiranno".[39]

3. Un grosso problema è dunque dato da quelle fattispecie che fanno riferimento a beni ad ampio spettro: esse per la loro estrema flessibilità non consentono una precisa definizione contenutistica, proprio per la loro caratteristica di inafferrabilità in concreto. L'incertezza intorno al bene comporta, ovviamente, indeterminatezza dell'evento e, quindi, della fattispecie.[40]

Non è inutile, infatti, sottolineare, ancora una volta, come la determinazione dell'evento risulti essenziale per la ricostruzione della condotta e per l'imputazione oggettiva dell'evento alla stessa e, dunque, per la configurazione soggettiva del fatto, e quanto questo procedimento di interpretazione e sussunzione rilevi ai fini della esatta individuazione e valutazione del fatto all'interno del processo, con tutto quel che ciò comporta, in una logica endoprocessuale, in termini di esercizio dell'azione penale, del diritto di difesa, e così via.

Come si è già avuto modo di evidenziare, con beni ad ampio raggio e, conseguentemente, con eventi indeterminati si verifica, in realtà, un ampliamento del potere giudiziario con vere e proprie deroghe ai compiti della giurisdizione, finendo per contraddire una delle ragioni fondamentali di politica del diritto per le quali è stato posto il principio di legalità/determinatezza, e cioè quello della separazione dei poteri. Se il giudice, invero, deve decidere intorno a 'situazioni critiche', oppure a forme "di incompatibilità con le tendenze programmatiche del sistema",[41] e non intorno a conseguenze concrete di un'azione, si vengono a surrogare competenze dell'autorità politica, con un tendenziale, pericoloso spostamento dallo stato di diritto allo stato di giurisdizione, facendo assumere al diritto penale – surrettiziamente per uno stato di diritto – la funzione di strumento di governo e di disciplina della società:[42] in effetti, il diritto penale clas-

(39) Cf. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale...*, cit., 430 ss.

(40) Cf., in proposito, Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 126-127; Sgubbi, *Il reato come rischio sociale...*, cit., p. 52 ss.

(41) Cf. Pedrazzi, "Interessi economici e tutela penale", in Aa.Vv., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, p. 304.

(42) Secondo l'impostazione di Kratsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 269 ss. e passim; sul punto, v. le considerazioni critiche svolte da Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, Heidelberg, 1991, p. 50 ss.

sico, quello dello stato di diritto, pretende, ed è in grado, di giudicare singoli fatti e, in particolare, ai fini di una valutazione giuspenalistica l'obiettivo è di circoscrivere una condotta materialmente esteriorizzata, che dà vita ad un evento chiaramente percepibile, rispetto al quale è agevole la ricostruzione di un rapporto di tipo psicologico.

Tra i possibili modelli di norma penale la tradizione dello stato di diritto privilegia quello che si sforza di esprimere una regola di condotta facilmente comprensibile dai consociati ed agevolmente accertabile sul piano della verifica giudiziaria.[43] Ciò ha luogo con una fattispecie imperniata su di un risultato esteriore rispetto alla condotta, nel quale si esprima la dannosità sociale del fatto; esso potrà configurarsi come evento di danno o di pericolo, quando si vorrà realizzare una tutela più avanzata di interessi di particolare significatività. Ma sarà, in ogni caso, un evento di danno o di pericolo concreto da accertare caso per caso, senza eccessiva difficoltà: il danno e lo stesso pericolo va estrinsecato in una situazione accessibile, se non alla misurazione – come, in una dimensione patrimoniale –, certamente all'analisi empirica.

Una volta che si sia ben delineato l'evento, emergerà nei suoi contorni definiti la condotta tipica e l'elemento soggettivo assumerà una nota evidente di disvalore: la previsione/prevedibilità e/o la volontà del danno o del pericolo. Questo tipo di norma presenta il pregio della chiarezza e precisione, che agevola non poco la possibilità di recezione da parte dei consociati, anche perché, in rapporto alla loro redazione, tendenzialmente, il linguaggio adoperato si avvicina a quello della realtà dei rapporti socio-individuali.

Ed invece, lungi dalle sue caratteristiche di frammentarietà e di sussidiarietà, il diritto penale viene sempre più invocato, e sovente attivato, per affrontare in prima linea problemi di rilevanza sociale, al centro del dibattito pubblico, anche se non tutti della medesima significatività: dalla droga alla tratta di minori, dalla genetica alla prostituzione, dall'alterazione dell'equilibrio ecologico al *doping* nello sport, dai videogiochi alla lotta tra cani. Ponendo la risposta penalistica come *prima ratio* della politica sociale per male intese esigenze efficientiste, spesso si tralascia l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale. Si finisce, così, con l'abbandonare l'intervento penale al controproducente simbolismo efficientista della 'politica criminale – spettacolo': come fu lucidamento inteso da Cesare Beccaria "ogni legge che non sia armata o che la natura delle circostanze renda insussistente non deve promulgarsi... così le leggi ingiuste, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilimento alle leggi anche più salutari".[44]

(43) Fondamentale, in proposito, Volk, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, p. 29 ss.

(44) Beccaria, *De' delitti e delle pene...*, cit., § XXXV, p. 65.

In ogni caso, quando, l'attenzione della norma non riesce a concentrarsi su di un evento, derivato nella sua individualità da un procedimento logico di separazione, per il quale un singolo avvenimento viene preso in considerazione staccato dal complesso dei fenomeni e delle circostanze storiche a cui risulta congiunto nella realtà, ma guarda a condizioni generali o ad espressioni universalistiche, allora risultano giocoforza inoperanti quelle regole di chiarezza, precisione, determinatezza, orientate alla previsione di fattispecie ben definite, per privilegiare espressioni 'flessibili' idonee ad essere applicate al maggior numero di situazioni possibili, anche impreviste. E così viene a smarrirsi quella regola di elementare giustizia, secondo cui la sanzione è il risultato di una condotta individuale sbagliata, rinunciando, in tal modo, a quella certezza delle aspettative personali – essenziale nello stato di diritto – e che il postmoderno pare aver perduto, malgrado le tante sue radicali 'certezze'.

E questo si verifica, in particolare, se si vuole utilizzare il controllo penale in prima linea come strumento della politica di limitazione dei rischi[45] – in materia economica, ambientale, dell'immigrazione, e così via – sia pur potenziali ed astratti, ovvero della sicurezza, secondo un'accezione del termine tanto diffusa, ma altrettanto ingiustificata: un semplice sguardo ad una delle tante norme a cui abbiamo fatto cenno in precedenza sarà sufficiente a far comprendere come l'ordinamento in questi casi, con l'uso di un linguaggio incomprensibile, all'interno di norme sovente magmatiche, abbia consapevolmente rinunciato non solo al compito di tutelare la libertà individuale, ma alla stessa funzione preventiva, o di 'appello', legata a norme formulate con serietà.

L'attesa di efficienza viene ad essere rimpiazzata proprio con un passo indietro dal punto di vista delle garanzie formali, sia processuali che sostanziali. Norme vaghe, dal punto di vista della forma e dell'oggetto, dovrebbero servire alla giustizia del caso singolo ed all'adeguamento del controllo di pari passo con il mutamento dei rapporti interindividuali e, più in generale, delle situazioni personali. Il problema è dato dal fatto che questa maggiore, 'disinvolta' flessibilità nella previsione dei fatti da parte del legislatore, unita sovente a 'giri di vite' repressivi sul piano delle sanzioni, non è che abbia portato grossi risultati quanto al controllo dei fenomeni criminali: in materia di droga e di economia gli esiti non sono confortanti, come, del resto, per tutti i delitti denunciati all'Autorità giudiziaria.[46]

(45) Cf., sull'argomento, Sgubbi, *Il reato come rischio sociale...*, cit., p. 16 ss. e passim; sul tema, da altra prospettiva Paliero, "Consenso sociale e diritto penale", in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 915 ss.

(46) I delitti in materia di produzione e spaccio di stupefacenti denunciati all'Autorità giudiziaria, e per i quali è stata iniziata l'azione penale, sono aumentati tra il 1990 e il 1998 da 18.904 a 30.685, con un incremento del 38,4%; negli stessi anni i delitti denunciati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio sono aumentati da 116.333 a 122.270, con un incremento del 5,1%. Nel primo caso, si registra un aumento percentuale, che è addirittura superiore all'aumento di tutti i delitti che negli stessi

In realtà, le condanne inflitte, data la logica individualizzante dell'imputazione penale, a tassi di illegalità inalterati, testimoniano soltanto la mera selettività del controllo e, contestualmente, la sua inadeguatezza: ma ciò non significa rinunciare a soluzioni di tipo giuridico, tutt'altro, a partire dallo stesso diritto penale, nei termini ed alle condizioni in cui può essere legittimamente e proficuamente attivato nello stato di diritto, vanno con consapevolezza utilizzati i rimedi offerti dal diritto civile e dal diritto amministrativo, così come vanno attivati strumenti razionali di politica sociale. In ogni caso, la soluzione di complessi problemi di politica sociale non può essere affidata in prima istanza al diritto penale.[47]

anni sono stati denunciati all'Autorità giudiziaria e per i quali è stata iniziata l'azione penale, i quali sono stati 1.998.074 nel 1990 e 3.090.912 nel 1998 con un incremento del 35,3%. Cf. Istat, *Statistiche giudiziarie penali. Anno 1993*, Roma, 1994, p. 30; Istat, *Statistiche giudiziarie penali. Anno 1998*, Roma, 2000, p. 33.

(47) Si veda, in proposito, la convincente analisi di Baratta, "La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali", *Dei delitti e delle pene*, 1998, 5 ss.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

ASPECTOS PENAIS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tipo subjetivo – 3. Exegese – 4. Co-autoria e participação – 5. Natureza da ação penal.

Resumo: A Lei 8.666/93 sobre licitação e contratos administrativos consagra diversos dispositivos específicos com relação às infrações de natureza penal cometidas nesses procedimentos até a finalização dos compromissos fixados. Essas normas, pelo princípio da especialidade, revogaram alguns dispositivos da legislação penal ordinária. Os crimes tipificados pela Lei 8.666/93 não admitem a modalidade culposa, com o que são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo objetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo, nos termos preconizados pela Lei 8.666/93 porta, também uma intenção que é de intervir em uma pública licitação.

Exegese dos arts. 89-98 da mencionada Lei 8.666, de 21.06.1993.

Palavras-chave: Licitação – Contrato – Administrativo – Penal – Crime.

1. Introdução

Uma das inovações significativas implementadas pela Lei Federal 8.666, de 21.06.1993, que disciplina as licitações e contratos administrativos, foi a consagração da tutela penal específica relativamente às infrações cometidas nesses procedimentos até a finalização dos compromissos fixados.

Convém frisar, de imediato, que as normas penais contidas na Lei 8.666/93 terminaram por revogar alguns dispositivos da legislação penal ordinária, que disciplinavam matéria idêntica, atendendo-se o *princípio da especialidade*, recolhido no § 1.º do art. 2.º da LICC, segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Não vejamos, porém, na legislação específica, manifestação de desprestígio do legislador penal, mesmo porque grande parte das condutas fraudulentas próprias dos agentes públicos

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

e dos particulares praticadas no curso de procedimento licitatório ou de contratação administrativa, continuam subsumidas a tipos delitivos preconizados pelo Código Penal, como a hipótese da falsificação documental. Em realidade, os dispositivos originários do Código Penal que, especificamente, tutelavam a licitação eram poucos e esparsos; o art. 326, por exemplo, tipificador da violação de sigilo em concorrência, o art. 335, que dispunha acerca de outras condutas reprováveis, e outros eventuais que se prestassem à matéria. Contudo, em resposta às manifestações da reprovabilidade social em virtude da extrema gravidade das potenciais lesões justificou-se a concepção de regulamento específico para as licitações e contratos havidos com a Administração Pública.

2. Tipo subjetivo

Os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com dispositivo da parte geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo objetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação; essa intenção foi remotamente considerada como dolo específico, hoje inexistente.

No desenvolvimento da argumentação do tema que nos foi proposto para esta ocasião, havemos de, agora, partir da consideração de *crime*, ação ou omissão do homem assim considerada em virtude de lei, conceito legal que se presta aos termos da Lei federal das licitações e contratos da Administração Pública. São, portanto, crimes os comportamentos humanos enquadráveis em uma das características tipificadoras consignadas nos arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93, importando o nexo causal entre o agir e a sua conseqüência e a circunstância antijurídica.

Na perspectiva dos comportamentos considerados como socialmente reprováveis, temos, *in genere*, os crimes e as contravenções. Os crimes são sancionados com pena de reclusão ou de detenção e multa. Já as contravenções, consideradas desacertos comportamentais de repercussão social – de reprovabilidade – menos graves que o crime, são puníveis com prisão simples e multa, que podem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente, conforme estabelecido na lei contravencional.

Na especificidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os crimes aí tipificados são de consecução instantânea e permanente; instantâneos porque a consumação ocorre em um momento definido, e permanentes, na medida em que a situação de dano pode se prolongar enquanto durar a conduta do agente.

3. Exegese

Do disposto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, é crime "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade". São, portanto, três os modos de conduta alvitrados: dispensar, não exigir, ou deixar de cumprir o procedimento

formal pertinente à dispensa ou à inexigibilidade. A conduta da *inexigibilidade* constitui-se no chamado *crime omissivo próprio*, ou seja, uma ação típica que se realiza com a abstenção do sujeito ativo ao comando do preceito legal que impõe um *fazer*.

Para o desenvolvimento regular do procedimento formal da licitação é necessária a vinculação a preceitos legais que norteiem seus momentos processuais. O desatendimento a qualquer desses elementos legais é suficiente para a caracterização do tipo criminoso.

No tipo constante do art. 89, cuja objetividade jurídica é a moralidade administrativa, o respeito à lisura e à consagração da isonomia entre os partícipes do certame, a modalidade de conduta *dispensar a licitação* é de natureza comissiva, com o agir intencional da autoridade pública, enquanto que a *inexigência*, em não cuidando de nenhuma das hipóteses contempladas pelo art. 25 da Lei 8.666/93, será sempre omissiva, quando o agente público, na condição de sujeito ativo, não observa o atendimento dos requisitos legais. O elemento subjetivo consiste, precisamente na disposição livre e consciente de dispensar ou não exigir o cumprimento das formalidades que a lei determina. O dolo é sempre genérico, sem lugar para modalidade culposa. Vicente Greco Filho[1] entende "admissível o dolo eventual se o agente, tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou de declarar a inexigibilidade ainda que regular".

Destaca-se do par. ún. do art. 89, a disposição no sentido de erigir a co-participação delituosa em crime autônomo. Destarte, aquele que, ademais de concorrer para a ilegalidade, beneficiar-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal para ajustar com o Poder Público, responde pelo delito.

Sempre com a objetividade jurídica de preservar a regularidade da ação administrativa pública em matéria de licitação e contrato, o art. 90 delineia o crime de "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".

São dois os elementos que fazem ressaltar o núcleo do tipo: frustrar ou fraudar o certame para benefício do próprio agente ou de outra pessoa, alcançados mediante qualquer expediente, inclusive o ajuste ou combinação escusa.

O sujeito agente deste crime é o concorrente que, em seu prol, frustra ou frauda o processo licitatório. Havendo o concurso de agente público, este responde pelo mesmo delito, quando não por corrupção passiva, de maior gravidade.

O sujeito passivo é sempre a União, o Estado, o Distrito Federal ou Municípios ou quaisquer outras pessoas de direito público, como autarquias, sociedades de economia mista etc. O concorrente fraudado, na condição de sujeito passivo secundário, poderá promover ação penal subsidiária, caso o Ministério Público se mantenha inerte (arts. 29 e 30 do CPP).

[1] *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13.

Este é crime tipicamente de dano ou de resultado na medida em que para o aperfeiçoamento da conduta ilícita é indispensável que aconteça o desarranjo da competição mediante fraude ou que esta seja, deliberadamente, frustrada. Ressaltam as características dolosas genérica e específica, quando existe a vontade de frustrar ou fraudar o processo licitatório para obter vantagem econômica decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

De acordo com a teoria geral dos delitos, os crimes podem ser simples, qualificados e privilegiados. São simples aqueles praticados consoante seu tipo de base. Nele não há qualquer circunstância que aumente ou diminua a sua gravidade. A Lei das Licitações e Contratos Administrativos não vislumbrou nenhuma circunstância qualificadora ou privilegiadora em qualquer dos tipos básicos, razão pela qual não há crime licitatório qualificado ou privilegiado.

Os crimes consagrados na Lei 8.666/93 são materiais na medida em que, externamente ao comportamento criminoso, acontece um resultado, como a hipótese de patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa a instauração de licitação, previsto no art. 91. Em contraposição, são chamados *crimes formais* aqueles cuja consumação se opera com a simples prática da ação típica, sendo dispensável a produção de um resultado, como conseqüência da ação; ora, há crime licitatório pelo simples fato de "afastar ou procurar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de todo tipo" (art. 95 da Lei 8.666/93). Consuma-se, portanto, o crime com qualquer desses fatos, independentemente de ocorrer o afastamento.

Pode-se, também, considerar, na Lei das Licitações e Contratos Administrativos, a ocorrência de crimes de *mera conduta*. Essas são infrações em que não é exigido qualquer resultado naturalístico, bastando para caracterizá-la tão-somente a ação ou omissão do agente, por tal razão também são chamadas de *crimes de simples atividade*. Basta o comportamento comissivo ou omissivo do agente para que seja caracterizado o gravame, a ofensa presumida pela lei penal. O art. 97 da Lei 8.666 contempla, nesta espécie, a hipótese de admitir a licitação ou celebrar contrato com empresa profissional declarada inidônea. O crime de mera conduta diferencia-se do crime formal na medida em que neste o resultado pode ou não acontecer, enquanto naquele o resultado de modo algum acontece.

Quanto à qualificação do autor da infração, o crime pode ser comum ou próprio. Comum é o crime que pode se praticado por qualquer pessoa, isto é, para a sua caracterização não é exigida qualquer capacidade do autor. É, pois, crime, segundo o art. 95, da lei já mencionada, o fato de afastar ou procurar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. *Próprio*, ou *especial*, é o crime que somente pode ser praticado por agente dotado de capacidade ou qualificação profissional. À falta do requisito do agente, não há o tipo para o crime. Para que aconteça o crime decorrente de dispensa da licitação, fora das hipóteses legais elencadas no art. 89, é necessário que o agente seja servidor público, caso contrário não é possível o crime.

Na Lei 8.666/93 são crimes de dano (aqueles em que o agente com sua ação causa efetiva lesão ao bem jurídico protegido, como são a vida e o patrimônio da

pessoa) as ações previstas nos arts. 90 e 92, par. ún., onde se exige, respectivamente, que o comportamento criminoso frustre ou fraude o caráter competitivo da licitação ou possibilite uma vantagem ao contratado. De perigo é o crime em que o autor com o seu comportamento cria uma situação de risco para o bem jurídico protegido, como é a integridade da pessoa. As infrações constantes dos arts. 90 e 95, *caput*, são exemplos de crimes de perigo, pois não se exige para a consumação da primeira qualquer prejuízo concreto, nem para a segunda, o efetivo afastamento do licitante.

Como para os crimes materiais, de ação e resultado, o momento consumativo da conduta criminosa na licitação é aquele em que se verifica o resultado. Desses são exemplos também os arts. 90 e 95, onde para a tipificação da conduta criminosa basta a iniciativa do afastamento ou esforço tendente a afastar o licitante.

A par dos crimes consumados, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite, em algumas de suas hipóteses penais, a figura da tentativa, como as hipóteses previstas pelos arts. 90 e 94, para cuja ação delitiva há de se percorrer um *iter criminis*. Aliás, a possibilidade dos crimes tentados é inferida do art. 83 dessa mesma lei. No caso do tipo tentado, a pena prevista, *ex vi* do par. ún. do art. 14 do CP, é a do crime consumado, diminuído de um a dois terços.

Se mediante um único comportamento o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, diz-se que há concurso formal, conforme definido pelo art. 70 do CP. Na Lei 8.666/93 caracteriza-se o concurso formal quando o agente, no exemplo de Vicente Greco Filho, altera mediante publicação de véspera, o local da entrega dos envelopes. Com essa fraude os interessados restaram impedidos de promover a entrega dos envelopes no local originalmente indicado, perdendo, com isso, a oportunidade de entregá-los no novo endereço em virtude da falta de tempo para ir de um lugar para outro. Com essa única ação o agente cometeu vários crimes.

Pelo descumprimento das normas não-penais, sem prejuízo da nulidade do ato, pode o servidor público ser responsabilizado civil e administrativamente, e mesmo se estranho ao funcionalismo, observados, sempre, o princípio do devido processo legal, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.°, LV, da CF). Aliás, com relação aos servidores públicos, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos prescreve, no seu art. 82, que "os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar".

A responsabilização civil tem origem na violação culposa ou dolosa da lei e obriga seu infrator a reparar, se efetivo, o dano causado ao prejudicado, seja ele pessoa física ou jurídica e esta privada (sociedade comercial), pública (União, Municípios) ou governamental (sociedade de economia mista, empresa pública). O autor da violação tanto pode ser um agente administrativo como um particular, pois tanto um como outro podem descumprir, dolosa ou culposamente, uma norma da lei e causar, com esse comportamento, um dano a alguém.

Quanto à responsabilidade administrativa, a dita espécie decorre da violação culposa ou dolosa, por agente administrativo, de norma interna da Administração

Pública. Por ser assim, dá ensejo à punição administrativa de seu autor, entre as providências estabelecidas na legislação competente, e que podem ir desde uma simples advertência, à suspensão, cassação da aposentadoria ou mesmo demissão. Seu autor somente pode ser servidor público, ou seja a pessoa que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público (art. 84).

Não é exigido para sua configuração que da violação da norma administrativa decorra um dano. Basta a afronta culposa ou dolosa da norma.

Como exemplo de objetividade jurídica na lei federal de licitações e contratos da Administração Pública, tem-se o requerimento da observância estrita da moralidade administrativa (art. 89), a regularidade do procedimento licitatório (art. 94) e o patrimônio público (art. 96).

O sujeito ativo das infrações caracterizadas por essa lei como crime, conforme a circunstância, pode ser tanto uma pessoa privada como um servidor. É assim, na hipótese do art. 93, pois qualquer uma dessas pessoas pode impedir a realização de ato do procedimento licitatório. Outras vezes somente pode ser uma pessoa física qualquer, como ocorre na figura descrita no art. 96, III, dado que só ela é capaz, por exemplo, de fraudar a Fazenda Pública, entregando uma mercadoria por outra. O servidor somente cometeria esse crime em co-autoria. Em outras situações, o sujeito ativo dos crimes licitatórios somente pode ser um certo servidor ou quem a ele for equiparado, como ocorre na hipótese do art. 89, *caput*.

Já o sujeito passivo, nos crimes elencados por essa lei, é, como regra, a Administração Pública, tomada essa expressão no sentido amplo do seu art. 6.°, XI (administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas ou mantidas. Só as pessoas e órgãos genericamente obrigados a licitar podem ser as vítimas dos crimes da lei de licitações e contratos administrativos, bastando que sejam ofendidas pela ação criminosa, a exemplo do que ocorre na hipótese do crime do art. 98.

4. Co-autoria e participação

Na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública poderá dar-se a co-autoria no crime configurado no art. 94. Com efeito, dois agentes podem devassar o sigilo e proposta apresentada em procedimento licitatório. Também pode haver co-autoria na infração do art. 93, na medida em que vários agentes podem ajustar uma ação com o objetivo de perturbar a realização da sessão pública de habilitação dos participantes à licitação.

5. Natureza da ação penal

Embora o art. 100 estabeleça que os crimes definidos nesta lei são de ação penal pública incondicionada, admite-se ação penal privada subsidiária, tal como previsto no art. 103.

2.2

HABEAS CORPUS EM SEGUNDA INSTÂNCIA

FELIPE AMODEO,
ROGÉRIO MARCOLINI
e
RAFAEL TUCHERMAN*

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus. *Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que deve concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de* habeas corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso do poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do* habeas corpus*"* (Rui Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915).[1]

SUMÁRIO: 1. Breve introdução: origem, evolução e atualidade – 2. Segunda instância. Violência ou coação ilegal, ilegalidade ou abuso de poder – 3. Temas laterais: 3.1 *Habeas corpus* e o Estatuto da Criança e do Adolescente; 3.2 *Habeas corpus* em matéria eleitoral; 3.3 *Habeas corpus* e Juizados Especiais Criminais; 3.4 Habilitação da parte assistente no *habeas corpus* que busca o trancamento da ação penal – Bibliografia.

Resumo: Exame da aplicação do *habeas corpus* no direito brasileiro, especialmente na segunda instância, remontando à origem do instituto, sua transposição para o direito pátrio, sua ampliação pela chamada Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1891-1926) e posterior limitação a seus parâmetros atuais: medida de proteção contra violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF/88). Cabimento do *habeas corpus* impetrado originariamente na segunda instância como instrumento de resistência e correção para número expressivo de práticas abusivas ou ilegais perpetradas na condução de processos criminais em primeira instância (comum estadual,

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

(1) NOGUEIRA, Rubem. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, n. 84, p. 136, out.-dez. 1984.

federal, eleitoral) ou em juízo de execuções penais. Temas laterais: cabimento do *habeas corpus* contra decisões das Varas da Infância e da Juventude; competência para julgamento do *habeas corpus* contra atos dos Juizados Especiais Criminais e decisões das Turmas Recursais; o *habeas corpus* na Justiça Eleitoral; possibilidade de habilitação de assistente de acusação nos autos do *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio ou que busque o trancamento da ação penal.

Palavras-chave: *Habeas corpus* – Segunda Instância – ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) – Eleitoral – JECrim.

1. Breve introdução: origem, evolução e atualidade

Tão-só para relembrar, vale anotar que, apesar de registros vincularem o nascimento do *habeas corpus* a alguns excertos do Direito romano, a unanimidade dos que examinam o assunto tem como certo de que sua origem, na forma como hoje conhecido, legislado e aplicado, se deu na Magna Carta, em 1215, quando o rei João-sem-Terra sucumbiu à pressão da nobreza e do clero inglês e anotou-o em seu artigo XXXIX,[2] tomando posteriormente melhor forma no reinado de Eduardo I, na Cláusula XLII dos Estatutos do Reino.[3]

O instituto ganhou importância e força em episódio de oposição contra o abuso fiscal, que resultara no encarceramento dos inadimplentes insatisfeitos com a voracidade tributária do rei. Nesse momento, consolidou-se o instrumento quando o parlamento inglês mandou sumariamente devolver à liberdade os aprisionados fazendo uso do *writ*. Camilo Terra dos Santos anota "o famoso caso da prisão do nobre Hampen e outros que, por se negarem a pagar um empréstimo forçado que o parlamento não havia autorizado, foram presos por ordem do rei; assim, impetrou-se o *writ* a pretexto de que a ordem do rei era ilegal e que por isso o nobre e seus companheiros não deveriam permanecer presos".[4]

Terá sido, por certo, o *writ of habeas corpus* o primeiro freio legal conhecido e aplicado contra o poder absoluto.

O instituto que inspirava repugnância ao absolutismo foi "uma das principais reivindicações das revoluções liberais inglesas do século XVII, estando presente já na *Petition of Rights* de 1628. Sua disciplina processual, contudo, só é delineada em 1679, com o *Habeas Corpus Act*, que proibia as deportações em prisões

(2) O art. XXXIX estabelecia que ninguém seria aprisionado sem "julgamento pelos seus pares segundo a lei da terra". Na verdade, o princípio é o embrião do *due process of law*.

(3) "nenhum homem será preso ou aprisionado sem o julgamento legal de seus pares e em nome das leis vigentes no país".

(4) Eduardo Camilo Terra dos Santos. *O instituto jurídico do habeas corpus*. Disponível em: <www.catar.com.br/hg/eduardoadv>: "Em julgamento histórico o Parlamento mandou soltar os impetrantes, com o fundamento de que o *habeas corpus* não podia ser negado a qualquer homem que fosse preso ou privado de sua liberdade pessoal, mesmo que a ordem de prisão viesse do rei ou de qualquer outra autoridade".

legais e estabelecia multas para agentes carcerários e prazos para apresentação dos presos".[5]

Samuel Naspoli[6] traça ilustrativo e sintético escorço do percurso inglês do *habeas corpus*: "o aperfeiçoamento do *writ* continua em 1766, com a declaração de ilegalidade dos *general warrants*, mandados gerais de prisão sem especificação dos indigitados, muito utilizado pelo Governo para burlar os ditames do *Habeas Corpus Act*. Entre 1796 e 1801, com as guerras napoleônicas, o *writ* será formalmente suspenso pela primeira vez na história inglesa. Por fim, em 1816, por meio do *Habeas Corpus Act II*, todas as formas de coação à liberdade física são equiparadas à prisão".

O instituto permaneceu inglês, até que adotado pelo Estado de Virgínia (Declaração de Direito de Virgínia), em 1776, nos Estados Unidos da América. Ganhou terreno ao tornar-se prática comum nas cortes ainda antes da independência norte-americana e da Constituição de 1787, para, afinal, com a Emenda 14, ganhar *status* de regra constitucional. A Constituição norte-americana, se antes já dispunha "a proibição de suspensão do *habeas corpus*, excetuados apenas os casos de guerra ou invasão estrangeira", depois da Emenda 14 "definirá o *due process of law* como único meio estatal lícito para atingir a vida, liberdade e propriedade dos cidadãos norte-americanos. Dentro das características próprias do sistema *common law*, a jurisprudência estadunidense desenvolverá, com o passar das décadas, um conjunto de práticas que estendem sobremaneira o *writ*, determinando seu cabimento em prisões efetuadas pela Câmara e Senado, além de propiciar o controle constitucional das leis (*judicial review*) por meio do julgamento de *habeas corpus*", arremata Samuel Naspoli.[7]

Importantíssimo o destaque a esse momento do *habeas corpus* para a perfeita compreensão da extensão que vai assumindo simultânea e posteriormente no Brasil; de sua implantação, ampliação, até as restrições que sofreu, passando a ter seu melhor momento no que ficou conhecido como "doutrina brasileira do *habeas corpus*"; para depois, novamente ofuscado, chegar aos dias de hoje.

Até a Constituição de 1824, que implicitamente reconheceu o *habeas corpus*, adotava-se no Brasil o Interdito Romano.[8] O *habeas corpus* no Brasil só veio a ser regulamentado no art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832.[9]

(5) NASPOLI, Samuel Dal-Farra. *Doutrina brasileira do* habeas corpus – *Fundamentos históricos e polêmica doutrinária*. Disponível em: <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/habeascorpus.html>.

(6) Idem, ibidem.

(7) Idem, ibidem.

(8) "Interdictum de libero homine exhibiendo".

(9) "Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor."

O instituto foi ocupando cada vez mais espaço, para passar a atingir atos de autoridade administrativa, protegendo estrangeiros, culminando por se fazer obstáculo à mera ameaça da liberdade individual. Aí nascia o *habeas corpus* preventivo. Assume importância de garantia constitucional após a Proclamação da República e, passando por correntes antagônicas de discussão,[10] como registra Eduardo Camilo Santos, firma-se como remédio dirigido à garantia de locomoção, até a revisão constitucional de 1926.

Relativamente ao *habeas corpus* preventivo, diria Pontes de Miranda: "O *habeas corpus* pode ser para evitar que se dê o constrangimento. Então, impede a coação à liberdade de ir, ficar e vir, qualquer que seja a sua espécie (e não só a prisão). Diz-se, na linguagem jurídica, preventivo. A cautelariedade não está aí ligada à cognição parcial ou adiantada. Há cognição plena de modo que não se pode transferir para a doutrina do *habeas corpus* preventivo o que concerne às medidas cautelares, ditas preventivas, do processo civil. A ameaça de constrangimento pode ocorrer e dar ensejo a pedido de *habeas corpus* e o deferimento do pedido de quaisquer casos do art. 648 do CPP".[11]

De qualquer sorte, antes disso, "o direito à liberdade física e os pressupostos necessários à efetivação de prisões, sem os quais cometer-se-ia uma ilegalidade já estavam previstos em Alvará Real de maio de 1821, sendo proclamados também na Constituição Imperial de 1824, nos termos do art. 179, n. 8".[12]

O *habeas corpus* vai pela história brasileira acompanhando os confrontos conservadores e liberais do momento.

Há passos de significativa curiosidade. Até o Código Criminal do Império, por exemplo, o ordenamento vigente atribuía sanções aos juízes que não concedessem o *habeas corpus* nos casos em que cabível, apesar do *writ* não estar previsto em regra constitucional e em qualquer dispositivo infraconstitucional, posto que só viria a surgir no ordenamento brasileiro depois de 1832.

Como sublinha Samuel Naspoli, "em 1863 todas as formas de coação física são equiparadas à prisão para fins de *habeas corpus*, inclusive o cárcere privado. O grande avanço viria, porém, em 1871: a Lei 2.033 estende o remédio aos estrangeiros (excluídos anteriormente pela exclusividade do *writ* aos cidadãos brasi-

(10) Eduardo Camilo Terra dos Santos, op. cit.: "Nesse momento histórico duas correntes debatiam sobre a esfera de alcance do *mandamus*: de um lado Ruy Barbosa defendia não só a manutenção da proteção à liberdade de ir e vir mas, também, de toda liberdade, como a de expressão; do outro Pedro Lessa que defendia a restrição da aplicação do *habeas corpus* apenas para garantir a liberdade de locomoção".

(11) PACHECO, J. E. Carvalho. *Prática e jurisprudência do* habeas corpus. Curitiba, 1983, p. 29; referindo Pontes de Miranda. *História e prática do habeas corpus.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

(12) Samuel Dal-Farra Naspoli, op. cit.: "Ninguém poderá ser preso sem culpa formada (...) o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão...".

leiros) e aos casos de simples ameaça de coação à liberdade física, origem do *habeas corpus* preventivo".[13]

Hoje, sob a regência da Constituição Federal de 1988, observa-se a importância das ações constitucionais, pois contempladas na Carta atual entre três novos institutos: mandado de injunção, *habeas data* e o mandado de segurança coletivo. Relativamente ao *habeas corpus* a inovação, ainda polêmica na doutrina, seria a admissão de sua aplicação aos casos de prisões militares por motivos disciplinares, proibição essa expressa nas Cartas anteriores.

O percurso do *habeas corpus* depois de elevado à categoria de regra constitucional no Brasil fez com que se estabelecessem discussões extensas, especialmente no período entre a Constituição de 1891 até a reforma constitucional de 1926, de tal sorte que a abundante produção intelectual motivou o que posteriormente veio a ser reconhecido como "doutrina brasileira do *habeas corpus*" e aquele momento tratado como período áureo do direito brasileiro; hoje reconhecida e lamentavelmente vencido, até mesmo nas decisões relatadas pelos mais expressivos integrantes das Cortes superiores.[14]

Excelente o registro de Andrei Koerner, que destaca mudanças na Primeira República que afetaram a prática judicial do *habeas corpus*: a passagem do trabalho escravo ao trabalho livre e a conseqüente uniformização do estatuto jurídico do País em direção aos libertos, e a reboque os estrangeiros equiparados aos nacionais; a recepção do paradigma positivista na década de 1870 que trazia novas definições nas relações entre o poder político, direitos individuais e garantias constitucionais; tudo coroado pelas alterações significativas provocadas pela passagem do Império à República. Afirma Koerner que essas mudanças, que resultaram inicialmente no alargamento de fronteiras no uso do *habeas corpus* pela cogência da regra constitucional, agigantando o exercício do *writ* em profundidade e largura, provocaram que a prática judicial criasse "condições restritivas ao uso do *habeas corpus*, do seu campo de aplicação, dos requisitos de admissibilidade do pedido e para a concessão da ordem" tudo remetendo a (...) "problemas atuais da garantia judicial à cidadania no Brasil, pois as restrições ao *habeas corpus* criadas na Primeira República mantêm-se em vigor, tanto na legislação como em regras da prática judicial. Elas foram criadas noutro contexto histórico, seguindo objetivos políticos determinados, e ainda servem como requisitos para a utilização das garantias constitucionais".[15]

(13) NASPOLI, Samuel Dal-Farra, op. cit.

(14) STF, Tribunal Pleno, HC 80199-MT, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.2000, *DJ* 24.08.2001. "Após a Reforma Constitucional de 1926, e com a cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, esse remédio processual passou a ter pertinência somente nos casos em que ocorrer situação de risco efetivo ou de dano potencial à liberdade de locomoção física do paciente ('jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque')".

(15) KOERNER, Andrei. Habeas corpus, *prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*, São Paulo: IBCCrim, 1999; e, ainda, *O* habeas corpus *na prática judi-*

De qualquer sorte, o *habeas corpus* está hoje ancorado entre as chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; em seu art. 5.º, LXVIII, que dispõe: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Sua disciplina está no art. 647 *et seq.* do CPP:

"Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

E o art. 648 do mesmo Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 (CPP), sintetiza o que o Código pretendia definir como coação ilegal; dispositivo que mereceu ao curso do tempo alargamento pela farta discussão judiciária e parâmetros jurisprudenciais fixados:

"Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade".

Essa, em apertada síntese, a história e evolução do *habeas corpus*, até os dias atuais e suas regras constitucionais e infraconstitucionais no Brasil, que introduzem o escopo dessas notas em direção a abordagem do *writ* em segunda instância.

2. Segunda instância. Violência ou coação ilegal, ilegalidade ou abuso de poder

Onde, quando e porque o *habeas corpus* em segunda instância?

Inicialmente, "a competência para se conhecer de pedido de *habeas corpus* é, em primeiro lugar, territorial. Tem-se de saber aonde vai, no espaço, a jurisdição do juiz, ou do tribunal (cf. TJSC, 14.06.1950, *J* de 1951, 241)".[16]

cial brasileira (1841-1920), disponível em: <http://www.juridico.pro.br/artigo/viewnws.cgi?newsid1016829805,23980>, acesso em 22.03.2002.

(16) PONTES DE MIRANDA. *História e prática do* habeas corpus. Vilson Rodrigues Alves (atual.). Campinas: Bookseller, 1999. vol. II. p. 91.

Em segundo lugar, "a competência para o processo e julgamento do *habeas corpus* obedece ao princípio da hierarquia. Não se pode reputar competente o mesmo juiz que autorizou a coação, ou que a ordenou, nem o seu igual, nem, a *fortiori*, o juiz inferior a ele".[17]

Vai daí que o Código de Processo Penal dispõe no § 1.º, II, de seu art. 650:

"A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição".

Antes disso, o mesmo inc. II do art. 650 inscreve que "competirá conhecer, originariamente, do pedido de *habeas corpus*":

"Aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia".

O que aqui é referido como "tribunais de apelação" é o que hoje se tem como tribunais de justiça, alçada, ou os regionais federais.

O dispositivo trata de competência originária dessas Cortes, que têm hoje essa configuração, para julgarem *habeas corpus*. Competência fixada em razão da função da autoridade coatora.

Assim, na dicção do referido inciso, os governadores e secretários de Estados federados teriam Corte para apreciação de seus atos pela via do *habeas corpus* nos tribunais de justiça e alçada (ou regionais federais) dos próprios Estados-membros,[18] alguns dos quais, Minas Gerais, por exemplo, reprisam este dispositivo em suas Constituições.

Acirradas discussões se estabeleceram a partir da edição da Carta de 1988, que erigia competência do STJ, dispondo em seu art. 105, I, que a essa Corte competia julgar originariamente "os *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral". E, na alínea *a*, indicava os destinatários da norma: "... os governadores dos Estados e do Distrito Federal (...) os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais". Tudo afinal arrematado pela atual redação da alínea *c*, trazida na EC 23, de 09.09.1999, que –

(17) PONTES DE MIRANDA, op. cit., 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, p. 446. SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 115.

(18) A própria Carta delega aos Estados federados (art. 125, § 1.º), a fixação de competência de seus tribunais e a edição de regras de organização judiciária, observados os princípios vetores que estabelece.

mudando o texto da EC 22/99 que criara referida alínea – passou a afirmar a competência do STJ para julgar "... os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".[19]

Importantes esses rápidos registros, para que se situe o que é a segunda instância, e nela o *habeas corpus* especialmente, assunto ao qual se dedicam essas reflexões. Não se enfrenta aqui a segunda instância recursal para a decisão em *habeas corpus*, senão o *habeas corpus* na segunda instância, assim compreendida pela sobreposição à primeira instância, de partida, e exclusão da instância especial ou extraordinária, de final. No entanto, não há como deixar de registrar os casos em que a efetiva segunda instância em matéria de *habeas corpus* se dá, desde logo, nas Cortes superiores.

Assim, temos que juiz não julga em *habeas corpus* ilegalidade praticada por juiz de igual quilate. Igualmente a segunda instância será originária – e inicial – para julgar em *habeas corpus* atos ilegais praticados ou *writ* que tenha como pacientes aqueles definidos na Constituição Federal ou nas Constituições dos Estados-membros. Neste último caso, a efetiva segunda instância para apreciar em *habeas corpus* – quando couber –, a violência ou ilegalidade praticada por ou contra aqueles que têm foro especial em razão da função nas Cortes máximas estaduais, serão as Cortes superiores,[20] competentes para apreciar em *habeas corpus* ilegalidades praticadas ou encampadas pelas Cortes máximas estaduais ou regionais federais.

É correto afirmar, portanto – e em síntese –, que "em regra, competirá conhecer o pedido de *habeas corpus* a autoridade judiciária imediatamente superior à que pratica ou que está em vias de praticar o constrangimento ilegal. (...) já os Tribunais de Justiça ou de Alçada[21] serão competentes, originariamente, sempre que a autoridade coatora for juiz de direito estadual ou Secretário de Estado (art. 650, II CPP[22]) (...) sendo o... juiz federal a autoridade coatora, será o *writ* da competência do TRF a que estiver ele subordinado (art. 108, I, *d*, CF). (...) Nos crimes eleitorais (...) sendo a autoridade coatora juiz eleitoral, a competência passa para o Tribunal Regional Eleitoral. (...) por último, em se tratando de crime previsto no Código Penal Militar, a competência para o conhecimento de *habeas*

(19) SOUZA, José Barcelos de, op. cit., p. 121.

(20) E nelas especialmente o STJ, salvo raras exceções como nos casos de competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais.

(21) E leia-se também dos Tribunais Regionais Federais relativamente a juízes federais.

(22) E, de modo geral, como previsto nas Constituições estaduais, o vice-Governador, deputados estaduais, Procurador-Geral de Justiça, o defensor público geral, os Prefeitos, membros dos Ministérios Públicos estaduais, juízes auditores militares estaduais, chefes de Polícia Civil e comandantes de Polícia Militar.

corpus é privativa Superior Tribunal Militar, segundo dispõe o art. 469 do CPP Militar"[23] contra ato praticado por qualquer autoridade ou instância judiciária militar, entre os que toleram o *habeas corpus* como remédio, segundo a dicção da Constituição Federal e daquele Código de Processo especial.[24]

Certo é que a chave de acesso ao *writ* constitucional está nas expressões "violência ou coação (na) liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Há aqui que se enfrentar, dentro do escopo dessas reflexões, a violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder que remeta o paciente à busca de remediá-la em segunda instância.

Regra geral, trata-se de ilegalidade ou abuso de poder praticado por magistrado de primeira instância, ou aquelas pessoas que remetem – por sua condição – diretamente a segundo grau o exame judicial à correção de seus atos.

Sem dúvida, a coleção maior dessas práticas encontra sede no órgão judicial criminal de primeira instância, quando o magistrado ao conduzir o feito punitivo de sua competência, por descumprimento de regra do procedimento, pratica ilegalidade, coação, violência ou abuso de poder que atinjam imediata, mediata ou futuramente, ao fim do processo, a liberdade de locomoção do acusado sujeito à condenação em ação com resposta e conseqüência penal, não importando se há pena constritiva ou qualquer outra, desde que expresse o juízo concretizado de reprovação penal.

Tal se dá quando "... exista um ato lesivo ou sua ameaça à liberdade de locomoção; (...) a ameaça ou a lesão decorra de violência ou coação e que esta tenha origem na ilegalidade ou abuso do poder. Juridicamente, o constrangimento tem seu conceito pelo qual uma pessoa obriga a outra a fazer o que não quer, ou o contrário. O constrangimento é ilegal quando não possuir qualquer direito ou autoridade para obrigar que alguém faça ou deixe de fazer certa coisa, e se esse constrangimento revelar uma violência ou ato de força".[25]

E não se diga que as hipóteses elencadas no art. 648 do CPP são exaustivas.[26] Antonio Zetti Assunção, citando Tourinho Filho, aponta que, "se a intenção do

(23) PACHECO, José E. Carvalho, op. cit., p. 48.

(24) Fala-se aqui de militares das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), sendo certo que militares das polícias militares estaduais e bombeiros, normalmente encontram foro nos Tribunais de Justiça estaduais, ou nos Tribunais de Justiça Militar estaduais (quando a Corporação tem efetivo superior a 20.000 homens; com previsão nas respectivas Constituições, como, por exemplo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 81); a de São Paulo (art. 74, inc. IV), a de Pemambuco (art. 61, inc. I, *i*) etc.

(25) ASSUNÇÃO, Antonio Zetti. *Habeas corpus*. São Paulo: Lawbook, 2002. p. 23.

(26) "A casuística do cabimento do *writ* vem disciplinada no art. 648 do mencionado diploma processual, em seus sete incisos, que contemplam as seguintes hipóteses de coação ilegal: I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V –

legislador foi a de permitir o uso do *habeas corpus* desde que alguém sofra ou esteja na iminência de sofrer um constrangimento na sua liberdade de ir e vir, bastaria dizer quando é que a coação é ilegal. Se a coação e a violência são formas de constrangimento, e sendo a coação um *minus* em relação à violência, entender-se-á que, naqueles mesmos casos elencados no art. 648, subentende-se a violência. Mas se o legislador dissesse: a violência considerar-se-á ilegal, estaria excluída a coação".[27]

Ainda assim, e com todo o estreitamento em sua aplicação noticiado ao curso da história pelos que se dedicam ao assunto, fato é que o *habeas corpus* acaba sendo instrumento de resistência e correção para número expressivo de práticas abusivas ou ilegais perpetradas na condução de processos criminais em primeira instância (comum estadual, federal, eleitoral) ou em juízo de execuções penais, que encontram modo de correção em impetração exatamente na segunda instância, objeto dessas reflexões. Mirabete[28] sintetiza com propriedade pedagógica o elenco exemplificativo de aplicações do *writ*. Indica como hipóteses que merecem receptividade das Cortes as irregularidades na prisão em flagrante (de apreciação em segundo grau de jurisdição quando encampadas pelo magistrado que recebe a comunicação); a negação à concessão de liberdade provisória, nos casos em que cabível; a existência ou inexistência de crime em tese como ilegalidade praticada tanto no inquérito policial, encampada pela autoridade judicial a qual distribuído seu controle, ou mesmo na ação penal, do que resulta falta de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, merecendo como resposta o trancamento de um ou de outra; trancamento do procedimento que enfrente crime de ação privada sem requerimento; por prescrição da pretensão punitiva; trancamento por se avizinhar a prescrição, conflituoso na doutrina e minoritário na jurisprudência; a admissibilidade do *writ* para exame de circunstância essencial à atipicidade, inclusive de fato atípico relatado em termo circunstanciado; inexistência de prova da materialidade e indícios de autoria ou de co-autoria; prova da exclusão da ilicitude; exame da classificação do crime; exame do dolo, exame da culpa, desclassificação de crime doloso para culposo; sempre ressalvando a concessão só com nulidade manifesta e a inadmissibilidade de exame aprofundado e valorativo da prova em *habeas* corpus, não excluído o exame da idoneidade jurídica da prova; falta de elementos para a denúncia e abuso do poder de denunciar; duas

quando não for alguém admitido a prestar fiança, os casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade. *Não se pode falar, evidentemente, em rol taxativo das hipóteses* de cabimento. A falta de justa causa, prevista no inc. I, abrange inúmeras situações, que devem ser analisadas em cada caso concreto, e que abrangem, inclusive, aquelas enunciadas pelo legislador nos incs. II a VII. *O elenco é, pois, exemplificativo*" (PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, 5: tortura, crime militar,* habeas corpus. São Paulo: RT, 1997, p. 135).

(27) ASSUNÇÃO, Antonio Zetti, op. cit., p. 24.

(28) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, s.d. p. 1.693-1.717.

condenações pelo mesmo fato; a admissibilidade de *habeas corpus* em tese rejeitada em revisão criminal etc. Ainda em exposição pedagógica e seguindo o roteiro das hipóteses referidas no Código de Processo Penal, anota, relativamente ao excesso de prazo na prisão, as discussões sobre o excesso superado; retardamento no inquérito e prisão preventiva e retardamento para o encerramento de instrução em sede judicial; pela expedição de carta precatória; extensão da ordem a co-réu; relativamente a réu preso por outro processo; contagem englobada do prazo; excesso de prazo e critério de razoabilidade; em processo em fase de alegações finais (art. 500 do CPP); em processo em fase de diligências (art. 499 do CPP); com instrução criminal encerrada; por motivo de força maior; excesso de prazo em causa complexa; excesso justificado, provocado pelo incidente de insanidade mental, provas de defesa; excesso não atribuível ao juízo; erro de soma na pena aplicada; excesso de prazo após anulação de processo; excesso de prazo no julgamento da apelação e pena cumprida; excesso de prazo em incidente de execução. Abordando a coação praticada por autoridade incompetente, Mirabete continua sua exposição, de leitura obrigatória, enumerando a prisão preventiva decretada por autoridade incompetente e finaliza com outras ilegalidades, caracterizadoras de constrangimento ilegal: reconhecimento da prescrição; nulidade por ausência de quesito em julgamento do júri; correção da aplicação da pena; constrangimento ilegal em caso de expulsão etc.

Trabalho de fôlego, em visão atualíssima do tema, de conhecimento obrigatório para quem queira esgotar em leitura agradável o assunto, é o de Alberto Silva Franco,[29] que reporta entre lúcidos comentários o melhor exame de manifestações adotadas nas Cortes brasileiras. A divisão do tema de maneira sistemática feita pelo autor, oferece capítulo inicial dedicado ao conceito, finalidade e abrangência do *habeas corpus*, inaugurando com detida coletânea de julgados – cuja crítica é intrínseca à própria seleção – em exposição sobre a tutela direta e exclusiva do direito de locomoção, tutela de outros direitos que têm a liberdade de locomoção como condição de exercício e abrangência da tutela no tempo. Nos vinte e dois capítulos que seguem, exaure a melhor abordagem do tema, sendo a mais justa homenagem nada mais comentar, senão afirmar: é leitura obrigatória. Relativamente ao assunto das presentes notas, o *habeas corpus* em segunda instância – abordado de certo em toda extensão e em todos os capítulos –, Alberto Silva Franco dedica especial atenção à competência de órgãos de segundo grau no Capítulo VII[30] de seu trabalho, titulado "Competência dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Estaduais, juízes federais, eleitorais, estaduais e Turmas de recursos". É de leitura imprescindível ao conhecimento do tema.

Esse passeio rápido pelo "*habeas corpus* em segunda instância", que pretende mais indicar os caminhos de pesquisa e a leitura indispensável para boa com-

(29) FRANCO, Alberto Silva. Habeas corpus. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (Coord.). São Paulo: RT, 2001. vol. I. p. 351-777.

(30) Idem, ibidem, p. 541-571.

preensão do tema, já de há muito por muitos abordado, indica ao final bibliografia ou referida ou recomendada para exaustão do assunto.

Agora, adiante, apresenta temas chamados "laterais" ao escopo destas notas, pretendendo explorar enfoque de assuntos não completamente esgotados, em finalização da exposição que mais pretende deixar indagações e perspectivas de reflexões do que – e seria pretensioso – esclarecer.

Seguem os temas para discussão.

3. Temas laterais

3.1 Habeas corpus *e o Estatuto da Criança e do Adolescente*

Antes de se tecer comentários sobre *habeas corpus* em segunda instância na esfera do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.096, de 13.07.1990), é necessário questionar se cabível o *writ* contra atos praticados na aplicação das regras inscritas no referido diploma.

Usualmente, o *habeas corpus* presta-se a afastar atos que vão de encontro ao interesse dos que atingidos pelo constrangimento à liberdade de locomoção, produto de ilegalidade ou abuso de poder. Prisão cautelar arbitrária, processo nulo que almeje ao final aplicar sanção criminal ao acusado, ou mesmo ato de particular que impeça outrem de exercitar seu direito de ir e vir constituem evidente afronta à órbita de valores do coarctado, passíveis de impugnação pelo *writ*.

Como se situa a questão, porém, na hipótese de ato que, a pretexto de zelar pelo bem-estar de certos indivíduos, acaba por lhes cercear a liberdade de locomoção, por vezes de forma manifestamente ilegal? Seria possível admitir-se a impetração de *habeas corpus* para pugnar contra ato que a lei considera benéfico ao que se apresenta por ele vitimado?

O (aparente) paradoxo, longe de se resumir à conjectura abstrata sem implicações no campo prático, vem limitando de modo considerável a aplicação do primordial instrumento garantidor da liberdade aos indivíduos que dela mais necessitam: as crianças e adolescentes.

Com efeito, qualquer análise jurisprudencial envolvendo a relação entre o *habeas corpus* e o Estatuto da Criança e do Adolescente certamente revelará que a aplicação do *writ* no Direito da Criança e do Adolescente é mínima em comparação com o destaque que ocupa no que se poderia chamar de Direito dos Adultos.

Aqueles que afastam a incidência do *habeas corpus* às crianças e adolescentes fundam-se em um argumento principal. Segundo tal entendimento, as medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes, que poderiam em princípio configurar constrangimentos eventualmente ilegais à liberdade de locomoção, são aplicadas no interesse dos menores, para sua estrita proteção – nunca sob a forma de

punição.[31] Às crianças, por sua vez, sequer podem ser infligidas medidas socioeducativas, de modo que seria ainda menos apropriado cogitar-se de coação ilegal à sua liberdade física.

Em conseqüência, da aplicação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente nunca poderia resultar constrangimento algum à liberdade de locomoção de seus destinatários, pelo que o *habeas corpus* seria de todo incabível em hipóteses que tais.[32]

Pelos mais diversos ângulos, porém, é absolutamente incompreensível retirar dos indivíduos mais frágeis e suscetíveis de abusos justamente a salvaguarda que o *habeas corpus* tem por finalidade conferir. Mais ainda, encerra contradição insuperável excluir dos menores, por conta de suposta natureza protetiva de seu Estatuto, precisamente o mais poderoso instrumento de proteção à liberdade individual.

O *habeas corpus,* enquanto ação, garantia e direito fundamental do indivíduo na resistência a ataques contra sua liberdade de locomoção por atos abusivos ou ilegais, não admite quaisquer restrições em razão da modalidade do ato[33] ou de qualidade pessoal daquele submetido ao constrangimento. Basta que alguém – adulto, adolescente ou criança – sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou

(31) O TJSP já decidiu que "a medida socioeducativa consistente na internação em estabelecimento de ensino do menor autor de infrações graves não tem como finalidade a punição deste, mas a sua proteção com vistas à recuperação" (*RT* 687/295).

(32) Nesse sentido, o STJ entendeu que "não se reconhece alegação de constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a decisão que, no caso específico, entendeu que a coação contra a liberdade do menor seria benéfica", posto que "a medida de internação por tempo indeterminado imposta caracteriza-se como plena aplicação do 'Princípio da Proteção Estatal' do ECA, (...) tudo a garantir os interesses do menor" (5.ª T., RHC 8642-SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.08.1999).

(33) A única exceção, taxativamente prevista no art. 142, § 2.°, da CF, exclui o cabimento do *habeas corpus* "em relação a punições disciplinares militares". "Entretanto, segundo preconiza a melhor doutrina – desde os textos anteriores, que vedavam o *habeas corpus* mais amplamente nas transgressões disciplinares em geral – a proibição não é absoluta, devendo ser admitido o pedido quando se alegar incompetência da autoridade, falta de previsão legal para a punição, inobservância das formalidades legais ou excesso de prazo de duração da medida restritiva da liberdade. Se o simples rótulo de punição disciplinar pudesse afastar a garantia constitucional, estaria aberta a porta para os maiores abusos de poder e arbitrariedades" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal.* 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 349). Mais: "em comentários à Constituição de 1988, Paulo Cláudio e João Batista Tovo afirmaram: 'Cabe *habeas corpus* até mesmo nas transgressões disciplinares, pois a Constituição não mais as exclui do remédio extremo, como o faziam a Constituição de 1946 (art. 141, § 23)'" (TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição.* Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 33. PETRY, Marcelo José da Costa. Habeas corpus, *aspectos políticos e jurídicos.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 48.

coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder – de qualquer espécie – para que o *habeas corpus* se faça cabível.

Assim, se qualquer ato levado a efeito com apoio nas regras do Estatuto da Criança e do Adolescente conformar-se ao pressuposto fixado no art. 5.°, LXVII, da Constituição da República, será plenamente admissível a impetração de ordem de *habeas corpus* para fazer cessar o constrangimento ilegal. Inteiramente despiciendo que a coação (efetiva ou iminente) manifeste-se sob a forma de reprimenda aplicada em contrapartida a ato infracional.[34]

Em conseqüência, mesmo as medidas denominadas pelo Estatuto de "específicas de proteção", enumeradas em seu art. 101[35] e aplicáveis inclusive a menores de 12 anos por força de seu art. 98,[36] podem ensejar a impetração do *writ* – desde que configurem coação ilegal ao direito de ir e vir do menor. Em princípio, ao menos três das medidas são capazes de consubstanciar limitação ilegal à liberdade de locomoção: requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; abrigo em entidade; e colocação em família substituta.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em artigo específico sobre o tema, faz distinção com a habitual proficiência entre o caráter protetivo e o punitivo das medidas disciplinadas no art. 101 do Estatuto. Para o autor, tais medidas deverão ser consideradas como de proteção específica aos direitos das crianças e adolescentes

(34) O STJ já proclamou que a intimação de criança de nove anos para prestar esclarecimentos em audiência perante juiz, sob a acusação de ter causado lesões corporais em menina da mesma idade, "foi abusiva e podia ser corrigida pela via do *habeas corpus*" (6.ª T., RHC 3547-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 09.05.1994).

(35) "Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII – abrigo em entidade;

VIII – colocação em família substituta."

(36) "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta."

quando "houver situação de risco a esses direitos, criada por ação ou omissão da sociedade e do Estado ou pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável", pois "nessas hipóteses está a criança situada na posição de vítima de ações ou omissões nocivas à integralidade de seus direitos legalmente definidos, e a ação da autoridade judiciária se dá com o escopo exclusivo de privilegiar esses direitos violados (...). Por outro lado, as medidas hão de ser consideradas punitivas caso impostas "em conseqüência da conduta da própria criança ou do adolescente".[37]

Sejam de natureza protetiva ou punitiva, as medidas previstas no art. 101 do ECA podem vir a merecer impugnação pela via do *habeas corpus*. Afinal, não é necessária a prática de ato infracional para que se permita a utilização do remédio heróico, sendo suficiente que se evidencie o constrangimento à liberdade física derivado de abuso de poder ou ilegalidade.

Assim, por exemplo, a colocação de menor em abrigo – que, apesar da utópica disposição em contrário do Estatuto no par. ún.[38] do art. 101, priva induvidosamente a criança ou adolescente de sua liberdade – sem que se observe a necessidade da medida e sem que ela seja devidamente fundamentada caracteriza limitação à liberdade eivada de manifesta ilegalidade, que pode – e deve – ser fulminada por meio da concessão de *habeas corpus*.

Por raciocínio idêntico, até mesmo ato não incluído entre as medidas de proteção pode viabilizar o emprego do *writ*. Nesse sentido, o STF já deferiu *habeas corpus* à criança que, em meio a litígio entre seus genitores, foi obrigada contra sua vontade a seguir determinação de um deles no sentido de permanecer sob sua guarda.[39]

Se cabível o *habeas corpus* quando menores sequer praticam ato ilícito, é ainda mais palpitante a viabilidade da impetração na hipótese de medida socioeducativa advinda do cometimento de ato infracional.

Os atos infracionais em tudo se assemelham aos crimes previstos no Código Penal ou em leis extravagantes. Sua prática corresponde à conduta inscrita em norma penal incriminadora, conforme faz claro o art. 103 do Estatuto,[40] e gera a aplicação de medidas socioeducativas cominadas no art. 112,[41] entre elas a priva-

(37) LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *O* habeas corpus *no ECA*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, 5: Tortura, crime militar,* habeas corpus. São Paulo: RT, 1997. p. 171.

(38) Art. 101, par. ún.: "O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade".

(39) 2.ª T., HC 69.303, rel. Min. Néri da Silveira, j. 30.06.1992.

(40) "Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal."

(41) "Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

ção da liberdade (internação). A imposição dessas medidas, por sua vez, subordina-se à observância do devido processo legal, na forma do art. 110.[42] Diversas garantias, análogas às que dão corpo ao processo penal, são asseguradas ao adolescente infrator no art. 111.

Enfim, por essas e outras similitudes ganha força atualmente o conceito de "responsabilidade penal juvenil",[43] segundo o qual as medidas socioeducativas nada mais são que sanções penais, de acordo com as peculiaridades da condição de adolescente do infrator e, fundamentalmente, em respeito às garantias que lhe seriam vedadas pela hipócrita e perversa despenalização das medidas previstas no Estatuto.

Conforme alerta o Des. catarinense Antonio Fernando do Amaral e Silva, atribuir às medidas socioeducativas exclusivo caráter de proteção significa adotar "sistema de penas disfarçadas, impostas com severidade e sem os limites do Direito Penal, em muitos casos mais rigorosas do que, em iguais circunstâncias, seriam fixadas pela Justiça Criminal".[44]

Este, certamente, não foi o propósito da Lei 8.069/90. Ainda segundo o eminente Desembargador, "com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não cabe persistir reproduzindo vieses, equívocos, mitos e falácias do antigo modelo, onde a 'proteção' não passava de odiosa 'opressão', onde o sistema 'educacional' e 'protetivo', na prática, reproduzia o sistema carcerário dos adultos".[45]

Entre as garantias que se fortalecem com a concepção do ato infracional e das medidas socioeducativas como vértices da responsabilidade penal juvenil, situa-se sem dúvidas a referente à ampla utilização do *habeas corpus*. Tal qual no processo penal comum, também do processo que apura prática de ato infracional

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI."

(42) "Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal."

(43) Sobre o tema, afirma Emílio García Mendez que "a construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes, inspirada nos princípios do direito penal mínimo, constituiu uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrado no ECA" (MENDEZ, Emílio García. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano*. Disponível em: <http://www.abmp.org.br/publicacoes/Portal_ABMP_Publicacao_88.doc>.

(44) SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. *O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0003.html>.

(45) Idem, ibidem.

deriva risco de futura aplicação de sanção privativa de liberdade. Assim, tanto num quanto noutro, qualquer causa de nulidade que ponha em risco a liberdade do imputado torna cabível a impetração do remédio heróico.

Além disso, o Estatuto contém particularidade que pressupõe um alargamento ainda maior do espectro de cabimento do *writ*. De forma diversa do Direito Penal dos adultos, as medidas socioeducativas aplicadas por sentença admitem substituição a qualquer tempo[46] – inclusive pela privação total da liberdade correspondente à internação. Ou seja: mesmo a imposição de medida que em si não caracterize cerceamento à liberdade de locomoção pode, em tese, dar margem à futura coação dessa natureza. De forma que, ainda quando infligida medida socioeducativa aparentemente inofensiva ao direito de ir e vir, não se pode tolher a utilização do *habeas corpus* para atacar eventual ilegalidade.

Em suma, consoante bem definiu o STF, "estando em questão a liberdade de ir e vir do adolescente" – e da criança, vale acrescentar – "cabível é o *habeas corpus*, perquirindo-se até que ponto a providência jurisdicional implica ato de constrangimento".[47]

O constrangimento que tem origem em ato com supedâneo no Estatuto da Criança e do Adolescente, a despeito de ser passível de impugnação por *writ* impetrado em primeira instância,[48] normalmente se configura por decisão de juiz ou ato do membro do *Parquet* atuantes na Justiça da Infância e Juventude.

Nessas hipóteses, assim como no processo penal de imputável, compete aos Tribunais de Justiça de cada Estado julgar, em segunda instância, o *habeas corpus* impetrado contra a decisão judicial ou o ato do promotor de justiça – mesmo que relacionado a ato infracional em detrimento da União, visto que, invariavelmente, a competência para processar e julgar menor infrator é da Justiça da Infância e Juventude, conforme inscrito no art. 148, I, do Estatuto.[49]

Cumpre aos regimentos internos de cada Tribunal de Justiça estipular o órgão a quem incumbirá o julgamento das ordens de *habeas corpus* impetradas em favor de menor coagido por ato fulcrado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

(46) O Estatuto prevê em seu art. 113 que se aplica ao Capítulo concernente às medidas socioeducativas o disposto nos arts. 99 e 100. O art. 99, por seu turno, preceitua que "as medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo". Ainda, o art. 122, III dispõe que a medida de internação poderá ser aplicada por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Por fim, especificamente no que tange à medida de liberdade assistida, o Estatuto inscreve em seu art. 118, § 2.º, que a mesma pode a qualquer tempo ser substituída por outra.

(47) STF, 2.ª T., HC 75629/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.10.1997.

(48) Caso, por exemplo, da colocação de menor em abrigo (art. 101, VII, do ECA) determinada ilegalmente pelo Conselho Tutelar, como faculta o art. 136, I.

(49) Nesse sentido já decidiu o STJ: 5.ª T., CC 31603-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27.08.2001.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, compete às Câmaras Criminais processar e julgar *writ* cujo paciente é criança ou adolescente,[50] enquanto em Estados como a Paraíba a competência é do Conselho da Magistratura,[51] em São Paulo da Câmara Especial[52] e no Rio Grande do Sul de Câmaras Cíveis.[53]

O rito do processo de *habeas corpus* em favor de menor por ato advindo do Estatuto da Criança e do Adolescente, à falta de previsão legal específica, é aquele preceituado nos arts. 647 *et seq.* do CPP, por força do disposto no art. 152 do ECA.[54]

Inúmeras são as modalidades de constrangimento ilegal advindas da aplicação do Estatuto e suscetíveis de cassação pela via do *habeas corpus* em segunda instância. Entretanto, a diversidade de hipóteses não se reflete na prática dos tribunais, o que, longe de fazer crer que a incidência de coação ilegal à liberdade física de crianças e adolescentes é remota, somente ilustra a inaceitável restrição ao emprego do *writ* que ainda impregna nosso panorama jurídico.

Conforme atesta Maurício Antonio Ribeiro Lopes, "os pronunciamentos da jurisprudência em torno do *habeas corpus* relativos à prática de atos infracionais por crianças e adolescentes não são muito abundantes em nosso Direito, sendo de ocasião e freqüência mais restrita do que a realidade faria supor".[55]

Não obstante, a partir de alguns julgados de Cortes estaduais, pode-se enumerar alguns casos que ilustram o vasto campo de aplicação do *habeas corpus* para cessar restrições abusivas à liberdade de locomoção de menores, oriundas da aplicação desvirtuada de normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse passo, configuram constrangimento ilegal sanável por remédio heróico na segunda instância, entre outros atos, a aplicação de medida socioeducativa por fato atípico,[56] a imposição da medida de internação por fato já prescrito,[57] a internação de menor sem fundamentação,[58] a limitação injustificada de saídas do adolescente submetido ao regime de semiliberdade,[59] a imposição de medida socioeducativa sem provas suficientes da materialidade do ato infracional,[60] o recolhimento de menor a estabelecimento especial por ordem do delegado de polí-

(50) Art. 8.°, I, *a*, do Regimento Interno do TJRJ.

(51) Art. 8.°, IX, do Regimento Interno do TJPB.

(52) Art. 188, I, do Regimento Interno do TJSP.

(53) Art. 11, IV, *d*, do Regimento Interno do TJRS.

(54) "Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente."

(55) LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, op. cit., p. 185.

(56) TJRJ, 7.ª Câm. Crim., HC 759/02, rel. Des. Eduardo Mayr, j. 09.04.2002.

(57) TJRJ, 5.ª T., HC 3512/01, rel. Des. Alberto Craveiro, j. 08.01.2002.

(58) TJRJ, 5.ª Câm. Crim., HC 3031/01, rel. Des. Sérgio de Souza Verani, j. 13.11.2001.

(59) TJRJ, 7.ª Câm. Crim., HC 2943/00, rel. Des. Moacir Pessoa Araújo, j. 19.12.2000.

(60) TJRJ, 5.ª Câm. Crim., HC 2879/99, rel. Des. Sérgio de Souza Verani, j. 31.01.2000.

cia,[61] o excesso de duração de internação provisória,[62] a regressão de medida socioeducativa sem prévia oitiva do adolescente.[63]

Finalmente, vale destacar que a existência de outra via recursal prevista no Estatuto para fazer cessar a restrição ilegal ao direito de ir e vir do menor não impede a utilização substitutiva ou concomitante do *habeas corpus*, haja vista sua envergadura constitucional e sua função de guardião precípuo da liberdade do indivíduo.[64]

3.2 Habeas corpus *em matéria eleitoral*

O Título I da 5.ª Parte do Código Eleitoral[65] consagra garantias eleitorais, que encontram mais ampla expressão no disposto no art. 234 daquele mesmo diploma: "ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio"; sendo certo que o "desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto", será coibido e punido, na forma da legislação.[66] Quando o ilegal embaraço ao exercício do voto ou do sufrágio for conexo à liberdade de ir e vir, será cabível a correção do abuso mediante o emprego do *habeas corpus*. Afinal, "em se cometendo à Justiça Eleitoral competência em matéria penal, era de mister que por igual existisse um provimento para proteção à liberdade pessoal".[67]

Fávila Ribeiro lembra que o remédio "torna-se cabível sempre que existir procedimento abusivo de autoridade, em detrimento do direito de normal movimentação do cidadão, em matéria eleitoral", frisando ser necessário "que o cogitado cerceamento se reflita contra uma atividade que legitimamente pretenda o cidadão aplicar relacionada com matéria eleitoral, para dar margem à concessão de *habeas corpus* perante a Justiça Eleitoral".[68] Tito Costa ressalta que, "em matéria eleitoral, não são incomuns, por exemplo, atos de autoridades policiais que possam consubstanciar violação à liberdade de locomoção de eleitor, de candidato, de membro de partido político, de dirigente partidário etc., ou mes-

(61) TJRS, 7.ª Câm. Cív., HC 591013651, rel. Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. 24.04.1991.

(62) TJRS, 7.ª Câm. Cív., HC 596004754, rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes, j. 14.02.1996.

(63) TJRS, 8.ª Câm. Cív., HC 70004034609, rel. Des. Alfredo Englert, j. 11.04.2002.

(64) Segundo o entendimento do STJ em hipótese na qual se impugnava internação de adolescente, "sempre que algum sofrer violência ou coação em sua liberdade de ir e vir, por ilegalidade, caberá o *habeas corpus*, independentemente de haver recurso utilizável contra o ato do coator" (6.ª T., HC 9619/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 07.12.1999).

(65) Lei 4.737, de 15.06.1965.

(66) Art. 237 do Código Eleitoral.

(67) RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 107.

(68) Idem, ibidem.

mo de ameaça de violação, ensejando a medida heróica, cujo conhecimento caberá ao juiz eleitoral".[69]

O constrangimento que se pretenda ver sanado pela via do *habeas corpus* pode decorrer de abusos e ilegalidades perpetradas em matéria referente aos crimes eleitorais, inscritos nos arts. 289 a 354 do Código Eleitoral e demais dispositivos correlatos, quando as hipóteses de seu cabimento serão aquelas previstas no art. 648 do CPP. Todavia, não só nessas hipóteses será cabível o *habeas corpus*, mas "sempre que existir procedimento abusivo de autoridade, em detrimento do direito de normal movimentação do cidadão, em matéria eleitoral".[70] São casos em que a legislação eleitoral assegura o salvo-conduto.

Fávila Ribeiro assevera que, "em caso de constrangimento perpetrado abusivamente à liberdade física e moral do eleitor, torna-se cabível a expedição do salvo-conduto para fazer cessar o constrangimento pelo voto dado ou a ser dado. Essa medida vigorará no lapso de tempo que vai das 72 horas anteriores ao pleito até 48 horas após sua realização",[71] e poderá "ser ordenada não apenas contra autoridade policial ou autoridade pública em geral, dispondo de maior elastério, recaindo contra qualquer pessoa que esteja a ocasionar gravame, físico ou moral, à liberdade do voto. Nessas condições, o salvo-conduto poderá ser emitido em favor do eleitor em virtude de coação emanada de patrão contra o seu empregado, do agricultor contra os seus colonos ou rendeiros, do dirigente sindical contra os associados, do diretor do estabelecimento de ensino contra seus discípulos, do chefe de família contra o outro cônjuge, seus filhos e dependentes, enfim, genericamente, contra quem quer que esteja a cometer violência moral ou física sobre o desempenho do eleitor no ato de votação".[72]

Nesse sentido o art. 235 do Código Eleitoral ao dispor que "o juiz eleitoral, ou o presidente da mesa receptora, pode expedir salvo-conduto com a cominação de prisão por desobediência até 5 (cinco) dias, em favor do eleitor que sofrer violência moral ou física, na sua liberdade de votar, ou pelo fato de haver votado".

Já o art. 236 do Código Eleitoral prescreve que "nenhuma autoridade poderá desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou ainda, por desrespeito a salvo-conduto", acrescentando, no seu § 1.º, que "os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição".

(69) COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 159.

(70) RIBEIRO, Fávila. Op. cit., p. 107.

(71) Idem, ibidem, p. 268.

(72) Idem.

Nessas hipóteses, ocorrendo qualquer prisão, "o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator".[73] A verificação da legalidade da prisão "está restrita unicamente a três hipóteses": de "flagrante delito, de execução de sentença criminal condenatória por crime inafiançável e por desrespeito a salvo-conduto. Fora disso estará caracterizada a ilegalidade, a exigir a liberação do preso e a apuração de responsabilidade penal da autoridade infratora".[74]

A concessão dessa ordem de salvo-conduto "pode resultar de impetração de qualquer cidadão ou partido político, ou pode ser adotada de ofício pelo juiz eleitoral ou presidente da mesa receptora a que esteja vinculado o eleitor coacto".[75] Aqui, "intenta-se proteger, nas situações contempladas, a liberdade de locomoção, nos seus modos de exteriorização, de ir, ficar ou permanecer, contra procedimento abusivo de autoridade pública, policial ou não. É uma transplantação para o âmbito eleitoral da garantia constitucional do *habeas corpus*".[76]

Logo, "qualquer interessado pode, pois, impetrar *habeas corpus* para o livre exercício dos direitos ligados ao ato de votar e à constatação da lisura da votação, inclusive fiscais de partido, conferindo-se ao eleitor uma garantia a mais – o salvo-conduto, que vigorará no período compreendido entre as setenta e duas horas antes até quarenta e duas horas depois do pleito".[77]

A competência do órgão judiciário para conhecer e julgar o *habeas corpus* "é determinada pelo fato de estar a autoridade coatora no respectivo âmbito de jurisdição".[78]

O art. 35 do Código Eleitoral, em seu inc. III, atribui competência aos juízes eleitorais para decidirem "*habeas corpus* e mandado de segurança em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída *privativamente* à instância superior". Deduz-se da ressalva trazida na parte final do artigo, *contrariu sensu*, que há hipóteses de competência *concorrente*, em matéria de *habeas corpus*, entre o juiz eleitoral de primeiro grau e os tribunais de instância superior. Isso ocorre de fato porque a legislação eleitoral confere tanto aos Tribunais Regionais Eleitorais como ao Tribunal Superior Eleitoral a possibilidade de processar e julgar originariamente "o *habeas corpus* quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração".[79]

(73) Art. 236, § 2.°, do Código Eleitoral.

(74) RIBEIRO, Fávila. Op. cit., p. 271.

(75) Idem, ibidem, p. 269.

(76) Idem, p. 270.

(77) CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. Habeas corpus *no direito brasileiro (de acordo com a nova Constituição)*. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 131-132.

(78) GOMES, Suzana Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: RT, 1998. p. 153.

(79) Arts. 22, I, *e*, e 29, I, *e*, do Código Eleitoral.

Assim, como observa Suzana Camargo, "quando houver perigo de consumação de violência antes que o juiz competente possa prover a impetração, em matéria eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, mesmo não detendo competência originária, poderá conhecer e julgar o *habeas corpus*, dado que assim autoriza a dicção do art. 22 do Código Eleitoral brasileiro".[80]

Além dessa competência concorrente, que se manifesta na impossibilidade de o juiz de primeiro grau conhecer e prover da impetração antes de se consumar a violência contra o paciente, caberá ao Tribunal Regional Eleitoral processar e julgar originariamente "o *habeas corpus* (...) em matéria eleitoral contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade".[81] É o que enfatiza a Desa. Federal Suzana Camargo ao discorrer obre o tema:

"Aos Tribunais Regionais Eleitorais compete o processo e julgamento dos *habeas corpus*, se as autoridades estiverem sob sua jurisdição, ou seja, desde que se trate de matéria eleitoral e seja impetrado contra ato de autoridade que responde perante o Tribunal de Justiça por crime de responsabilidade. Portanto, aqui, a violação ao direito de ir e vir deve decorrer de ato de Juiz Eleitoral, membros do Ministério Público, ou atingir autoridades que gozem desse foro privilegiado, arts. 96, III, e 29, VIII, da CF".[82]

Já no que tange ao Tribunal Superior Eleitoral, a competência para o julgamento de *habeas corpus* é hoje mais restrita do que aquela originariamente estabelecida pelo Código Eleitoral, limitando-se aos casos de "ameaça ou violação ao direito de locomoção impostos em razão de atos praticados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, em matéria eleitoral, ou mesmo se decorrentes de seus próprios membros".[83]

Na verdade, o art. 22, I, *e*, do Código Eleitoral, atribuía ao Tribunal Superior Eleitoral competência para processar e julgar originariamente os *habeas corpus*, em matéria eleitoral, "relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais", dispositivo que passou a constar do próprio regimento interno daquela Corte. Ocorre, entretanto, que a EC 22, de 1999, ao conferir nova redação à alínea *i* do inc. I do art. 102 da CF, veio atribuir competência exclusiva ao STF para o julgamento de ordens de *habeas corpus* em que figurem, como *coator ou paciente*, o Presidente da República e os Ministros de Estado.[84]

(80) GOMES, Suzana Camargo, op. cit., p. 157.

(81) Art. 29, I, *e*, do Código Eleitoral, primeira parte.

(82) GOMES, Suzana Camargo, op.cit., p. 154.

(83) Idem, ibidem, p. 155.

(84) "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o *habeas corpus*, sendo paciente quaisquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores" [o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacio-

Portanto, os *habeas corpus*, mesmo em matéria eleitoral, em que figurarem, seja como paciente ou como autoridade coatora, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, serão sempre de competência do STF.[85]

Assim, mesmo quando for apontado como autoridade coatora Ministro do próprio Tribunal Superior Eleitoral, a competência será do STF, e não daquele. Nesse sentido voto do Min. Eduardo Alckmin proferido no julgamento do HC 329 do Tribunal Superior Eleitoral, acolhido por unanimidade:

"*Habeas corpus* – Alegação de constrangimento ilegal decorrente de ato do TSE – Incompetência desta Corte – Remessa dos autos para apreciação pelo E. STF".

Registre-se, entretanto, que, não se tratando de matéria eleitoral, a competência para julgamento de *habeas corpus* em que for coator ou paciente membro dos Tribunais Regionais Eleitorais, será do STJ, e não do STF.[86] Esse mesmo Tribu-

nal, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, alínea *b*; os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, alínea *c*];

[...]

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância [EC 22/1999]."

(85) "... se se tratar de constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção proveniente de atividade desenvolvida pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, de membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e de chefes de missão diplomática de caráter permanente, ou mesmo do próprio STF, em matéria de cunho eleitoral, a competência é a Corte Suprema e não do Tribunal Superior Eleitoral, dados os termos do já referenciado art. 102, I, *i*. Da mesma forma, se as autoridades acima mencionadas não forem coatoras, mas estiverem a figurar como pacientes, a competência para conhecer e julgar do *habeas corpus* respectivo não será do Tribunal Superior Eleitoral, mesmo que a matéria seja de cunho eleitoral" (GOMES, Suzana Camargo, op. cit., p. 157).

(86) "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a* [Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais

nal, entretanto, "não detém competência para apreciar *habeas corpus* em se tratando de matéria eleitoral, dado que, no art. 105, I, *c*, está expressamente ressalvada a competência da Justiça Eleitoral nesta seara, mesmo que caracterizado como coator ou paciente as pessoas elencadas nesse mesmo dispositivo, alínea *a*". [87]

Por fim, das decisões de *habeas corpus* proferidas em primeira instância caberá recurso ao Tribunal Regional Eleitoral respectivo;[88] enquanto das decisões denegatórias de *habeas corpus* proferidas pelos Tribunais Regionais caberá recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral.[89] Finalmente, das decisões do Tribunal Superior Eleitoral denegatórias de *habeas corpus* caberá, por seu turno, recurso ordinário ao STF, na forma do disposto no art. 102, II, *a*, e 121, § 3.º, da CF.[90]

3.3 Habeas corpus *e Juizados Especiais Criminais*

A Lei 9.099, de 26.09.1995, veio dispor sobre a criação dos Juizados Criminais previstos no art. 98, I, da CF, no âmbito da Justiça Estadual, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo. Na esteira da criação desses novos "órgãos da Justiça Ordinária",[91] surgiu o questionamento quanto à competência para julgamento da ordem de *habeas corpus* contra ato praticado por "juízes togados ou togados e leigos"[92] com atuação nos Juizados Especiais Criminais.

A questão tomou maior relevo na medida em que a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais criou também instância revisora própria para as decisões proferidas pelo órgão, estabelecendo que "da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por uma Turma

de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, *dos Tribunais Regionais Eleitorais* e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais], ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;" (grifei).

(87) GOMES, Suzana Camargo, op. cit., p. 157.

(88) Art. 29, II, *b*, do Código Eleitoral.

(89) Art. 276, II, *b*, do Código Eleitoral.

(90) "Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
II – julgar, em recurso ordinário:
a) o *habeas corpus* (...) decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão."
Art. 121, § 3.º. "São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança".

(91) Art. 1.º da Lei 9.099, de 26.09.1995.

(92) Art. 60 da Lei 9.099, de 26.09.1995.

composta de 3 (três) juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado"[93] – as chamadas Turmas Recursais.

Note-se que a nova lei não atribuiu às Turmas Recursais competência para o julgamento da ação de *habeas corpus* em que apontado como autoridade coatora magistrado no exercício de função judicante no Juizado Especial Criminal, o que ensejou dúvidas a propósito da eventual competência dos Tribunais de Justiça para julgá-los, ou dos Tribunais de Alçada Criminal naqueles Estados que ainda os mantêm.

A questão, no Estado do Rio de Janeiro, foi dirimida com a edição de enunciado jurídico extraído das conclusões obtidas a partir de discussões travadas no I Encontro de Coordenadores e Juízes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, realizado entre os dias 5 e 6 de junho de 1998, em Angra dos Reis. Naquela ocasião ficou assentado que "das decisões dos Juizados Especiais Criminais podem as Turmas Recursais conhecer e julgar das ações constitucionais de *habeas corpus* e mandado de segurança, tendo a expressão 'recurso' do art. 98, I, da CF, a mesma acepção ampla que tem no art. 5.º, LV, da Lei Maior".[94]

O enunciado teve ampla aplicação aos *habeas corpus* impetrados originariamente no Tribunal de Justiça contra decisões dos Juizados Especiais Criminais. Assim, no julgamento do HC 2000.059.00502, a 3.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça, na forma do voto do Des. Gama Malcher, reconheceu que "os Juizados Especiais, em que se integram as Turmas Recursais, *formam sistema próprio*, sendo estes os órgãos de segundo grau. *Não estão as Turmas Recursais subordinadas ao Tribunal de Justiça*, cujos órgãos não detêm competência para examinar suas decisões nem controlar eventuais defeitos causadores de constrangimento ilegal".[95]

Essa relativa autonomia sistemática dos Juizados Especiais Criminais e de suas Turmas Recursais trouxe outras implicações de ordem processual. Ora, novo enunciado do Tribunal de Justiça, alcançado durante o III Encontro de Juízes dos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro, também realizado em Angra dos Reis, desta feita entre os dias 29 e 31.10.1999, veio firmar o entendimento de que "os únicos recursos cabíveis no Juizado Especial Criminal são os de apelação e embargos de declaração, cabendo exclusivamente à Turma Recursal o juízo de admissibilidade do primeiro". Entretanto, restava ainda definir se das decisões das Turmas Recursais caberia a interposição de recursos, que recursos seriam esses, e quais os tribunais competentes para apreciá-los.

Como o Tribunal de Justiça já admitira que os Juizados Especiais Criminais não lhe eram subordinados, constituindo sistema próprio, e que as Turmas Recur-

(93) Art. 82 da Lei 9.099, de 26.09.1995.

(94) "... permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o *julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeiro grau*" (art. 98, inc. I, da CF, parte final – grifei).

(95) Julgado em 14.03.2000.

sais exerciam função de órgão de segundo grau, não seria razoável que aquela Corte Estadual se convolasse em terceira instância revisora, até por carência de hierarquia jurisdicional. Assim, contra as decisões das Turmas Recursais, por óbvio, não caberia qualquer recurso para os órgãos do Tribunal de Justiça (câmaras e seções criminais ou órgão especial).

Logo, forçoso reconhecer que as decisões das Turmas Recursais exaurem a via recursal ordinária na sistemática do Juizado Especial Criminal.

Esgotada a instância ordinária, seria de se indagar se contra as decisões das Turmas Recursais cabem recursos especial ao STJ e extraordinário ao STF. No caso específico do recurso especial, a resposta parece ser negativa. É que a norma inscrita no art. 105, III, da CF, estabelece a competência do STJ para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância", apenas "pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios", não se inserindo aí as Turmas Recursais que, como já visto, não integram a organização de Tribunais de Justiça e não podem ser consideradas propriamente Tribunal estadual.[96]

Essa, entretanto, não foi a sistemática do legislador constituinte ao dispor sobre o recurso extraordinário, instrumento que, dentro de seus próprios limites, subordina à jurisdição do STF todas "as causas decididas em única ou última instância" (art. 102, III, da CF), independentemente do órgão prolator, inserindo-se aí, por conseguinte, as causas julgadas pelas Turmas Recursais.

Portanto, contra as decisões de Turmas Recursais cabe apenas recurso extraordinário ao STF.

Essa questão é relevante na medida em que erige o STF como único órgão hierarquicamente superior com jurisdição sobre as Turmas Recursais, o que terá reflexo na fixação da competência para julgamento de *habeas corpus* contra abuso ou ilegalidade por elas praticados.

É que, sendo as Turmas Recursais compostas de juízes de primeiro grau de jurisdição, tornou-se controverso o critério para fixação da competência para julgamento de *habeas corpus* contra as decisões do colegiado, havendo, de um lado, o critério da competência penal originária para julgar o magistrado coator ou integrante do colegiado respectivo; de outro, o critério da hierarquia jurisdicional.

A prevalecer o critério da competência penal originária, os *habeas corpus* contra decisões das Turmas Recursais deveriam ser julgados pelos Tribunais de Justiça, com competência originária para o julgamento de infrações penais atribuídas a magistrados. Se adotado o critério da hierarquia jurisdicional, essa competência seria do STF, como já visto.

(96) "Essas Turmas, malgrado julguem recursos, não são tribunais, mas juizados" (STF, Pleno, HC 71.713-6-PB, Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.10.1994); "Turma de juízes de primeiro grau não é, propriamente, Tribunal, mas, sim, órgão colegiado de 1.º grau" (Min. Sydney Sanches, idem).

A controvérsia foi dirimida com base no acórdão proferido no julgamento do HC 71.713 pelo Pleno do STF, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, em 26.10.1994, antes mesmo da vigência da Lei 9.099, de 26.09.1995, quando ficou assentado, por maioria, que "na determinação da competência dos Tribunais para conhecer de *habeas corpus* contra coação imputada a órgãos do Poder Judiciário, quando silente a Constituição, o critério decisivo não é o da superposição administrativa ou o da competência penal originária para julgar o magistrado coator ou integrante do colegiado respectivo, *mas sim o da hierarquia jurisdicional*".

Para fundamentar a decisão, o Min. Sepúlveda Pertence recorreu ao voto proferido pelo Min. Moreira Alves no julgamento do HC 71.524 pelo STF, quando a Corte fixou a competência do STJ para julgamento da impetração em que figurasse como autoridade coatora Juiz de Tribunal de Alçada Criminal:

"... a não ser com relação ao STF por não haver grau de jurisdição superior a ele, o *habeas corpus* contra juiz, órgão de Tribunal ou Tribunal é processado e julgado originariamente por Tribunal de grau de jurisdição superior ao daqueles. Assim sendo, *habeas corpus* contra juiz de Tribunal de Alçada não pode ser processado e julgado originariamente pelo próprio Tribunal de Alçada nem pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, certo como é que este não é, no tocante a grau de jurisdição, superior àquele, já que ambos, nesse terreno, estão no mesmo plano no tocante à competência de cada um deles (...)".

Sustenta o Min. Sepúlveda Pertence, com base nesse precedente, que "as Turmas de recurso dos Juizados Especiais, com efeito, sob o prisma de hierarquia jurisdicional, estão – em aparente paradoxo –, *em plano mais elevado que os tribunais de segundo grau da União e dos Estados*, na medida em que – a exemplo dos Tribunais Superiores – *sujeitam-se imediata e exclusivamente à jurisdição do STF*, dada a competência deste, e só dele, para rever suas decisões, mediante recurso extraordinário".

Registre-se que a superveniência da EC 22/99 – que alterou a redação da alínea *i* do inc. I do art. 5.º da CF para restringir a competência do STF ao julgamento de *habeas corpus* em que for apontado como autoridade coatora Tribunal Superior – em nada modificou esse panorama, conforme assentado em acórdão proferido no julgamento do HC 78.317, na forma do voto do Ministro-relator Octávio Gallotti:

"Permaneceu, na redação dada pela Emenda 22, de 18 de março do corrente ano, o silêncio da Constituição, a respeito para o processo e julgamento das ordens de *habeas corpus* dirigidas contra atos das Turmas Recursais: em relação ao STF (art. 102, I, *i*), por continuarem a não ser Tribunais, muito menos Tribunais Superiores, como estabelece o novo texto constitucional; em relação ao STJ, por não ser ele Tribunal sujeito à sua jurisdição (não cabe de suas decisões recurso especial).

Subsiste, também o obstáculo ao reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, por não deterem hierarquia jurisdicional sobre as Turmas Recursais.

Persiste, finalmente, o paradoxo já apontado pelo Min. Pertence: o da sujeição das Turmas Recursais exclusivamente à jurisdição do Supremo Tribunal, em aparente superioridade de posição aos Tribunais de segundo grau da União e dos Estados".[97]

Para o Min. Gallotti, essa "anomalia" explica-se "em obséquio à brevidade em que se inspira a criação dos Juizados Especiais, ao livrar as questões ali apreciadas do crivo da instância do recurso especial, sem dispensar, contudo, o desempenho do controle constitucional, que é pedra de toque do nosso regime político".

Do mesmo modo, o advento da Lei 10.259, de 12.07.2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, não trouxe qualquer alteração no que diz respeito à competência originária do STF para o julgamento do *habeas corpus* interposto contra as Turmas Recursais.

Finalmente, vale anotar que das decisões proferidas pelas Turmas Recursais em julgamento de *habeas corpus* não cabe recurso aos Tribunais de Justiça, nem recurso ordinário ao STJ ou ao STF, sendo caso de nova impetração originária junto a esta última Corte. É que, como já visto, os Tribunais de Justiça carecem de hierarquia jurisdicional sobre as Turmas Recursais, enquanto a competência constitucional do STJ é limitada ao julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e territórios (art. 105, inc. II, *a*, CF), enquanto a competência do STF é limitada ao julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* decididos em única instância pelos Tribunais superiores (art. 102, inc. II, *a* CF), não havendo, em qualquer caso, previsão de competência para julgamento de recurso ordinário contra decisão denegatória proferida no julgamento de *habeas corpus* pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais.

3.4 Habilitação da parte assistente no habeas corpus *que busca o trancamento da ação penal*

A rigor do insculpido no art. 5.°, LXVIII, o *habeas corpus* destina-se exclusivamente a fazer cessar coação ou violência atual ou iminente à liberdade de locomoção do indivíduo. Inaugura assim, enquanto ação autônoma de impugnação, relação processual que, em princípio, envolve tão-somente o paciente e a autoridade coatora, além do órgão jurisdicional incumbido de julgar o *writ*.

Em certos casos, o constrangimento ao direito de ir e vir que fundamenta a impetração confunde-se com a própria existência da ação penal, pelo que eventual concessão da ordem fulminaria a continuidade do processo original.

Surge assim conflito de interesses entre o paciente do *habeas corpus* e o ofendido que deseja o prosseguimento da ação penal que, em tese, configura a coação que a ordem pretende afastar.

[97] Julgado em 11.05.1999.

Questiona-se então se é lícito ao ofendido, procurando resguardar seu interesse na sobrevivência da ação penal, habilitar-se como assistente de acusação nos autos para intervir no *habeas corpus* que a pretende trancar.

As manifestações jurisprudenciais a respeito do tema, principalmente nos Tribunais superiores, repudiam em uníssono a possibilidade de habilitação da parte assistente em *habeas corpus*.

O STF já decidiu em diversas oportunidades que "no processo de *habeas corpus* não é admissível a intervenção do assistente da acusação, mesmo que este haja sido admitido no processo da ação penal pública condenatória. Pela mesma razão não tem direito a sustentar oralmente suas razões contrárias à concessão do *writ*".[98]

No mesmo sentido, o STJ vem proclamando que "no *habeas corpus* não cabe a manifestação do assistente de acusação", com o argumento predominante de que "o *habeas corpus*, ação constitucional, ação mandamental em que o indivíduo busca do Estado a garantia de sua liberdade, não se confunde com ação penal, nesta admitindo, expressamente, pelo Código de Processo Penal, a figura do assistente de acusação. Mas no *habeas corpus*, ação em que não há acusação, não é possível assistente de acusação; até porque, no *habeas corpus*, o Ministério Público não acusa, atua *custos legis*, e mesmo em benefício do paciente, naquela hipótese lá do art. 650 do CPP".[99]

Importante notar, porém, a ressalva do Min. Hamilton Carvalhido registrada nesse mesmo acórdão, no sentido de que "houvesse essa Turma expandido o seu cabimento para atribuir ao *habeas corpus* natureza irrestrita de revisão, conferindo-lhe adequação a questões que nada têm a ver direta e imediatamente com a liberdade de ir, vir e ficar, certamente manifestar-me-ia no sentido da possibilidade do pronunciamento do assistente".

O tópico abordado pelo eminente Ministro, que não instigou debate mais demorado naquele julgamento, em realidade é fundamental na aferição da oportunidade de intervenção do assistente em *habeas corpus* que põe em risco o prosseguimento da ação em que figura como ofendido. Isto porque, em princípio, o curso da ação penal pública não impõe direta e imediata restrição à liberdade de locomoção do acusado. Nessas hipóteses, impetra-se o *writ* diante da ausência de previsão legal de recurso contra decisão que recebe a denúncia.

Em determinada circunstância, contudo, o ordenamento jurídico põe à disposição do denunciado recurso contra o recebimento de exordial de iniciativa pública. É o que se verifica quando instaurada ação penal pública condicionada à representação que imputa crime contra a honra de funcionário público, em razão de suas funções, cometido por meio da imprensa. Nesse caso, a Lei 5.250, de 09.02.1967, prevê em seu art. 44, § 2.°, a faculdade de o acusado interpor recurso

(98) STF, 1.ª T., HC 72710-MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.09.1995.

(99) Trecho do voto condutor do rel. Min. Fontes de Alencar no HC 11649-GO da 6.ª T., j. 15.06.2000.

em sentido estrito contra a decisão que recebeu a ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Suponhamos, então, que o réu recorra da decisão que instaurou o processo, afirmando ser a denúncia inepta ou desprovida de justa causa. Não há dúvidas de que, interposto o recurso pelo réu, o ofendido poderia habilitar-se como assistente da acusação, apresentar contra-razões e mesmo sustentar oralmente seus argumentos por ocasião do julgamento.

Ocorre que, ao invés de interpor o recurso ou além de fazê-lo, o acusado poderia impetrar *habeas corpus* de forma substitutiva ou concomitante àquele, pleiteando a anulação do processo desde o recebimento da denúncia tida por carente de requisito formal, ou o trancamento da ação pela falta de uma de suas condições. Indaga-se então: se o ofendido pode habilitar-se como assistente e atuar no recurso, por que não poderia fazê-lo também em *habeas corpus* impetrado com idêntica finalidade?

Nesses casos, a intervenção do ofendido no *habeas corpus* não desvirtua o caráter libertário do *writ*. Simplesmente impede que tão relevante instrumento, garantidor maior do direito de locomoção, se transforme em astucioso meio de afastar a intervenção do ofendido com o inatacável propósito de velar pela sobrevivência do processo.

Da hipótese casuística extrai-se conclusão genérica que o citado voto do Min. Hamilton Carvalhido deixou entrever: quando o *habeas corpus* se destina a fins outros que não o afastamento de atual ou iminente constrangimento à liberdade de locomoção do paciente, adquirindo contornos de recurso às vezes efetivamente previsto no ordenamento, não pode ser oposto qualquer obstáculo à intervenção do ofendido como assistente de acusação no processo, com o objetivo de zelar pela continuidade da ação penal em cujo desfecho tem interesse direto e legítimo.

Bibliografia

ACKEL FILHO, Diomar. Writs *constitucionais* – Habeas corpus, *mandado de segurança, mandado de injunção,* habeas data. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALBUQUERQUE, João de Sá. *Práticas do* habeas corpus. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

AMARAL, Thiago Bottino do. "Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*". *RBCCrim*, n. 35, jul.-set. 2001.

AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim. "*Habeas corpus*". *Revista Jurídica da Universidade de Franca,* n. 3, nov. 1999.

ASSUNÇÃO, Antonio Zetti. *Habeas corpus*. São Paulo: Lawbook, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARANDIER, Antonio Carlos da Gama. "*Habeas corpus*: competência *ratione personae* e informações ineptas". Rio de Janeiro. *Revista de Direito Penal*, n. 28, jul.-dez. 1979.

_____. "*Habeas corpus*: uma questão relevante". *Bol. IBCCrim*, n. 76, mar. 1999.

BARBOSA, Raimundo Pascoal. "O exame da prova em *habeas corpus*". *Bol. IBCCrim*, n. 8, set. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAMARGO, Dagoberto Salles Cunha. "Informações em *habeas corpus*: notas de doutrina e jurisprudência". *Jutacrim*, n. 45, set.-out. 1977.

CAMPOS, Antônio Macedo de. Habeas corpus*: doutrina, prática e legislação*. Bauru: Jalovi, 1982.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CESCHIM, Roberto. *Processo penal:* habeas corpus. Disponível em: <http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0052.html>.

CONSTATINO, Lucio Santoro de. Habeas corpus*: liberatório, preventivo, profilático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1992.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. Habeas corpus *no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. "O *habeas corpus* na pena de multa". *RBCCrim*, n. 27, jul.-set. 1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. vols. I, II e III.

FAVET, Fábio Agne. "O *habeas corpus* frente ao trânsito em julgado e à pena cumprida". *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, n. 2, jan.-abr. 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Habeas corpus*. LED, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Teoria e prática do* habeas corpus. 2. ed. São Paulo, 1982.

FRAGOSO, Christiano. *Assistente: a condição de vítima como limite à sua atividade*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 25.03.2002.

FREITAS, Rodrigo Maia de. *O uso do* habeas corpus *para trancamento de inquéritos policiais*. Disponível em: <http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0025.html>.

GAGLIARDI, Pedro. *As liminares em processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Ampla jurisprudência aceita ampliação dos juizados criminais*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 27.06.2002.

GOMES, Suzana Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: RT, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Recursos no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

GUIBERT, Bernard. *Pour un* habeas corpus *économique et social en Europe*. Disponível em: <http://www.etatsgeneraux.org/economie/textes/habeas.html>.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. *Habeas corpus*. Disponível em: <http://www.derechos.net/doc/cidh/habeas.html>.

_____. Habeas corpus, *críticas e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JESUS, Damásio E. de. "Jogo de empurra". *Revista Consultor Jurídico*, 25.06.2002.

_____. *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

KOERNER, Andrei. "Entre a lei e a ordem: o STF no sistema político da primeira república". *Monografia* (Conclusão do Programa de Formação de Quadros Profissionais Cebrap/Capes). São Paulo: Cebrap, 1992.

_____. Habeas corpus, *prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

_____. *O* habeas corpus *na prática judicial brasileira (1841-1920)*. Disponível em: <http://www.juridico.pro.br/artigo/viewnws.cgi?newsid1016829805,23980>. Acesso em 22.03.2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. "O *habeas corpus* no ECA". In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, 5: tortura, crime militar*, habeas corpus. São Paulo: RT, 1997. p. 171.

MACHADO, Joaquim Oliveira. *O* habeas corpus. Laemmert, 1878.

MACHADO, Nélio Roberto Seidl. *Liberdade, liberdade,* habeas corpus *sobre nós*. Rio de Janeiro: N. R. Seidl Machado, 1994. vols. 1 e 2.

_____. *O devido processo legal e sua eficácia nos tribunais*. Rio de Janeiro: N. R. Seidl Machado, 1997. vols. I e II.

MARQUES, José Frederico. *Código de Processo Penal interpretado*. 9. ed. São Paulo, Atlas.

_____. *Execução penal – Comentários*. São Paulo: Atlas, 1987.

_____. *O direito processual em São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maurício Zanóide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. vol. 4.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Doutrina brasileira do* habeas corpus *– Fundamentos históricos e polêmica doutrinária*. Disponível em: <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/habeascorpus.html>.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

NOGUEIRA, Rubem. *Revista de Informação Legislativa*, n. 84, ano 21, out.-dez. 1984.

OTSU, Suzana Castañeda. Habeas corpus *y doctrina de los órganos internacionales de proteción de derechos humanos*. Disponível em: <http://www.cal.org.pe/publicaciones/revostadelforoarquivos/susanacastaneda.html>.

OVANDO, Jorge Alberto Mancilla. *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*. México: Porrúa, 1993.

PACHECO, José E. Carvalho. *Habeas corpus*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PALAZZI, Pablo André. *Reseña de jurisprudência sobre* habeas corpus. Disponível em: <http://www.ulpiano.com/Atemas_Prochabeascorpus.htm>.

PARIZATTO, João Roberto. *Do* habeas corpus. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PELLEGRINO, Laércio. *O* habeas corpus – *Teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, 5: tortura, crime militar,* habeas corpus. São Paulo: RT, 1997.

PETRY, Marcelo José da Costa. Habeas corpus, *aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PONTES DE MIRANDA. *Habeas corpus*. Disponível em: <http://www.monografias.com/trabajos/habeas/habeas.shtml>.

_____. *História e prática do* habeas corpus. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

RESTIFFE NETO, Paulo. "Impetração de *habeas corpus* por promotor público em favor do réu". *Jutacrim*, n. 66, abr.-jun. 1981.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RODRIGUES, Leda Boechat. *Doutrina brasileira do* habeas corpus, *1910-1926*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Habeas corpus*. São Paulo, 1968.

SALLES JR. Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Eduardo Camilo Terra dos. *O instituto jurídico do* habeas corpus. Disponível em: <www.catar.com.br/hg/eduardoadv>.

SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SANTOS, Vitor Condorelli. *Auto de prisão em flagrante e* habeas corpus. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1137>.

SIDOU, J. M. Othon. Habeas corpus, *mandado de segurança, ação popular – As garantias dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Habeas corpus, *mandado de segurança, mandado de injunção,* habeas data *e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Antonio Fernando. O *mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0003.html>.

SILVA FRANCO, Alberto. "*Habeas corpus*". In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2001. vol. I.

SILVA, Henrique Neves da. *A lei das eleições – Interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, Lucilva Pereira da. Habeas corpus, *doutrina e legislação*. Jurídica Brasileira.

SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e prática do* habeas corpus. Belo Horizonte: Sigla, 1998.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

SUANES, Adauto. *O que é* habeas corpus*?* São Paulo: Brasiliense, 1985. Coleção Primeiros Passos.

_____. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* São Paulo: RT, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* Rio de Janeiro: Forense.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal.* São Paulo: Jalovi, 1986.

TUCCI, Rogério Lauria. "Da execução da ordem de *habeas corpus*". *Ciência Penal*, n. 2, São Paulo, 1974.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Habeas corpus, *ação e processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.

VIANA, Jorge Candido S. C. Habeas corpus*: impetrante e capacidade postulatória.* Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1135>.

_____. *Quando impetrar o* habeas corpus. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1134>.

Jurisprudência sobre *habeas corpus*

Admissibilidade

Súm. 395, j. 03.04.1964, *DJ* 08.05.1964, p. 1.239.

Súm. 606, j. 17.10.1984, *DJ* 29.10.1984, p. 8.113.

4.ª Câm. Crim., HC 2001.059.02903, rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso, j. 27.12.2001.

STF, 1.ª T., HC 76605-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.08.1998, *DJ* 18.09.1998.

STF, 1.ª T., HC 80.949-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2002, v.u.

STF, RHC 81.760-MS, rel. Min. Ilmar Galvão.

STJ, 5.ª T, HC 19571-MT, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 14.05.2002, *DJ* 17.06.2002, p. 285, n. 1.106.

STJ, 5.ª T., HC 13207-SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.08.2001, *DJ* 08.10.2001, p. 228, n. 1.111.

STJ, 5.ª T., RHC 7005-PA, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 05.02.1998, *DJ* 30.03.1998, p. 100, n. 299.

STJ, 5.ª T., RHC 11338-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 28.08.2001, *DJ* 08.10.2001, p. 225, n. 1.109.

STJ, 5.ª T., RHC 11434-SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02.08.2001, *DJ* 10.09.2001, p. 401, n. 1.111.

STJ, 6.ª T., HC 14022-MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 06.11.2000, p. 234.

STJ, 6.ª T., RHC 12096-SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06.12.2001, *DJ* 25.02.2002, p. 446, n. 1.112.

STJ, HC 8.664-CE, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 17.05.1999.

STJ, HC 9.124-SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 14.06.1999.

STJ, HC 11.649-GO, rel. Min. Fontes de Alencar, *DJU* 28.05.2001, Seção 1, p. 170.

STJ, HC 12.217-CE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19.02.2002, *DJU* 15.04.2002, Seção 1, p. 234.

STJ, HC 12.773-SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.12.2000, *DJU* 04.06.2001.

STJ, RHC 12217-CE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19.02.2002, *DJU* 15.04.2002, Seção 1, p. 234.

TACrimSP, 14.ª Câm., HC 372060, rel. René Ricupero, j. 09.10.2000.

TACrimSP, 7.ª Câm, RHC 380852-0-SP, rel. Des. Salvador D'Andréa, j. 17.05.2001.

TRF 4.ª Reg., 8.ª T., HC 200204010041007, rel. Juiz Federal Amir Sarti, j. 25.03.2002, v.u, *DJU* 08.05.2002, p. 1, n. 169.

Constrangimento ilegal

1.ª Câm. Crim., HC 2001.059.02672, rel. Des. Azeredo da Silveira, j. 18.12.2001.

6.ª Câm. Crim., HC 2001.059.03231, rel. Des. Eduardo Mayr, j. 18.12.2001.

STF, Tribunal Pleno, HC 80199-MT, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.2000, *DJ* 24.08.2001.

STF, 1.ª T., HC 76605-SP, rel. Sepúlveda Pertence, j. 18.08.1998, *DJ* 18.09.1998.

STF, 2.ª T., HC 80800-MG, Min. Celso de Mello, j. 16.10.2001, *DJ* 14.12.2001.

STF, HC 80.532, rel. Min. Celso Mello, *DJU* 30.11.2000, p. 8.

STJ, 5.ª T., HC 19571, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 14.05.2002, *DJ* 17.06.2002, p. 285.

STJ, 6.ª T., AgRHC 16049-SC, rel. Hamilton Carvalhido, *DJ* 13.08.2001, p. 292, n. 1.112.

STJ, 6.ª T., HC 11990-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.06.2000, *DJ* 16.04.2001, p. 117, n. 1.107.

STJ, 6.ª T., HC 15232-AL, Min. Fernando Gonçalves, j. 18.12.2001, *DJ* 11.03.2002, p. 280, n. 1.107.

STJ, HC 12.773-SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.12.2000, *DJU* 04.06.2001.

TJRJ, 3.ª Câm. Crim., HC 2001.059.03158, rel. Des. Gama Malcher, j. 18.12.2001.

TJRJ, 4.ª Câm. Crim., HC 2001.059.03594, rel. Des. Nilza Bittar, j. 27.12.2001.

Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais

STF, Tribunal Pleno, HC 71713-PB, rel. Min. Sepúlveda, j. 26.10.1994, *DJ* 23.03.2001.

STF, 2.ª T., HC 79865-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.03.2000, *DJ* 06.04.2001.

STJ, Corte Especial, Súm. 203, j. 04.02.1998, *DJ* 12.02.1998, p. 35.

STJ, 5.ª T., HC 14448-CE, rel. Gilson Dipp, j. 28.06.2001, *DJ* 27.08.2001, p. 357, n. 1.111.

STJ, 5.ª T., HC 19571-MT, rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 14.05.2002, *DJ* 17.06.2002, p. 285, n. 1.106.

STJ, 6.ª T., HC 11368-TO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02.08.2001, *DJ* 18.02.2002, p. 498, n. 1.112.

STJ, 6.ª T., RHC 4120-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 29.05.1996, *DJ* 17.06.1996, p. 21.517, n. 1.103.

TJRJ, 3.ª Câm. Crim., HC 200.059.00502, rel. Min. Gama Malcher, j. 14.03.2000.

Recurso em habeas corpus *que tranca ação*

STF, Tribunal Pleno, AgRg em Pet 423-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.04.1991.

STF, 6.ª T., RE 149747, rel. Min. Vicente Leal, j. 28.03.1998

STF, 6.ª T., RE 182328-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 17.02.2000.

Extensão

HC 339.463-3/0, rel. Gomes de Amorim, j. 08.03.2001.

STF, 1.ª T., HC 76664-SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 10.03.1998, *DJ* 11.09.1998.

STJ, 5.ª T., HC 13207-SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.08.2001, *DJ* 08.10.2001, p. 228, n. 1.111.

STJ, 5.ª T., RHC 11338-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 28.08.2001, *DJ* 08.10.2001, p. 225, n. 1.109.

STJ, 5.ª T., RHC 12.033.

STJ, 6.ª T., HC 11990-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, 08.06.2000, *DJ* 16.04.2001, p. 117, n. 1.107.

STJ, 6.ª T., HC 12044-RJ, rel. Vicente Leal, j. 27.04.2000, *DJ* 22.05.2000, p. 348, n. 1.103.

STJ, 6.ª T., HC 12807-SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 28.06.2001, *DJ* 15.04.2002, p. 260, n. 1.115.

STJ, 6.ª T., HC 17461-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13.11.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 568, n. 107.

STJ, 6.ª T., HC 19590-PR, rel. Min. Vicente Leal, j. 16.04.2002, *DJ* 13.05.2002, p. 233, n. 1.103.

STJ, HC 12.217-CE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19.02.2002, *DJU* 15.04.2002, Seção 1, p. 234.

TACrimSP, 13.ª Câm., HC 385452-8, rel. Teixeira de Freitas, j. 22.05.2001.

TACrimSP, 14.ª Câm., HC 372060/3, rel. René Ricupero, j. 09.10.2000.

Legitimidade

STJ, 3.ª T., HC 19804-SC, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.02.2002, *DJ* 11.03.2002, p. 251, n. 280.

STF, 2.ª T., HC 79572-GO, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.02.2000, *DJ* 22.02.2002.

Autonomia

STJ, 5.ª T., RHC 11374-RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27.11.2001, *DJ* 25.02.2002, p. 398, n. 1.106.

STJ, 5.ª T., RHC 11746-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 07.03.2002, *DJ* 01.04.2002, p. 188, n. 1.109.

STJ, 6.ª T., HC 10100-RS, rel. Min. Vicente Leal, j. 17.08.2000, *DJ* 11.09.2000, p. 291, n. 1.103.

TACrimSP, HC 380852/0, rel. Des. Salvador D'Andréa, j. 17.05.2001.
TJRJ, 4.ª Câm. Crim., HC 2001.059.03607, rel. Des. Rudi Loewenkron, j. 27.12.2001.
TJRJ, 6.ª Câm. Crim., HC 2001.059.03086, rel. Valmir Ribeiro, j. 18.12.2001.

Liminar

STF, HC 81.677-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 08.02.2002, Seção 1, p. 275.
STF, HC 81.784-0-RO, rel. Maurício Corrêa, *DJU* 19.03.2002, Seção 1, p. 7.
STJ, 6.ª T., HC 018009, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 14.08.2001.

Rito processual

STJ, 5.ª T., RHC 9807-RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 27.03.2001, *DJ* 04.06.2001, p. 187, n. 1.113.

2.3

HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

JOYCE ROYSEN*

SUMÁRIO: 1. Panorama atual e perspectivas – 2. Enron – 3. WorldCom – 4. Efeitos: Sarbanes-Oxley Act of 2002 (EUA) – 5. Impactos no Brasil – Governança corporativa e o novo mercado – 6. Principais inovações da reforma da Lei das Sociedades Anônimas – 7. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Em decorrência dos avanços tecnológicos do terceiro milênio, a criminalidade econômica se apresenta de forma sofisticada e especializada, sendo que os recursos jurídicos tradicionais revelam-se ineficazes para efetuar o controle das atividades econômicas ilícitas. Dessa forma, o direito penal tem se expandido na direção de empresas e grandes corporações, na medida em que suas atividades ocupam um espaço relevante na organização social e suas decisões afetam o cotidiano de milhares de pessoas. A tendência que se apresenta nessa esfera do direito penal, inclusive no Brasil, é a aplicação de severas sanções econômico-administrativas e o aumento da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Além disso, busca-se a diminuição do caráter restrito da gestão empresarial, submetendo-a cada vez mais ao controle público, em virtude da sua relevância social.

Palavras-chave: Crime econômico – Sarbanes-Oxley Act – Evolução do direito penal econômico – Enron – WorldCom.

Sem entrar na longa discussão doutrinária a respeito dos conceitos de delito econômico e direito penal econômico, podemos dizer que a criminalidade ligada à atividade econômica, entendida em sentido amplo, como as atividades de produção e trocas sociais, existe desde que o homem é homem e vive em sociedade. A criminalidade é tratada com maior ou menor formalidade conforme o período histórico sobre o qual nos debruçarmos e refletirá em suas disposições os valores e a cultura da época e do povo que o produziu.

Assim, já o direito romano previa punições, muito severas por vezes, a condutas como preços abusivos, especulação e ilícitos na importação e exportação de produtos dentro das fronteiras do Império. O direito canônico, muito influente em variados momentos da História, também sempre condenou práticas como a usura, porque a cobrança de juros significava uma forma de taxação sobre o tempo, que seria algo absolutamente sagrado e, portanto, fora das esferas de decisão sobre as quais os homens poderiam atuar.

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

Não foi diferente no decorrer dos séculos, quando as transformações sociais, às suas maneiras, incorporavam novos ilícitos relacionados à atividade econômica e os sancionava penalmente. Desde antes da formação dos Estados modernos, a falsificação de moeda, instrumento fundamental nas unificações, era considerada crime, à semelhança do que aconteceu nos anos do descobrimento das Américas e nas futuras colônias como o Brasil, em que o crime era apenado até com morte na fogueira e confisco de bens. Nessa época, já havia previsão para delitos como o roubo ou a apropriação indébita de aves e escravos, previstos no Código Penal das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e que vigeu aqui por longos anos.

Mesmo no auge do liberalismo econômico e do modelo de Estado liberal, logo em seguida às revoluções francesa e industrial, em que reinavam as crenças na liberdade de concorrência e nos ajustes da "mão invisível" do Mercado, países como a França (Código Penal de 1810), a Bélgica (Código Penal de 1867) e a Itália (Código Penal de 1899) criminalizavam as especulações comerciais. Nessa esteira, nos últimos anos do século XIX e início do século XX, assistiu-se à proliferação das legislações antitruste a partir dos Estados Unidos da América, que têm como sua principal expressão até os dias de hoje o *Sherman Act* (1890).

A essa altura, o Código Criminal brasileiro do Império, de 1830, mantinha os delitos de falsificação de moedas, contrabando, furto, roubo, "banca-rota" e estelionato (agora sob influência do iluminismo penal de Beccaria e outros, com penas mais brandas, que variavam entre multa, prisão e prisão com trabalho). O Código Penal de 1890 ampliou a lista de crimes, passando a apenar também a falência (semelhante à bancarrota), outros crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de apresentar um capítulo voltado aos crimes contra a propriedade imaterial (estrutura muito semelhante à que será mantida na Consolidação das Leis Penais de 1932).

No entanto, o que chamamos modernamente – e de modo genérico – de direito penal econômico só iria surgir a partir das experiências das duas grandes guerras mundiais. A destruição por elas causada e os danos às economias dos países envolvidos e de todo o mundo, reforçados pela crise americana de 1929, impulsionaram os Estados a superarem as idéias do liberalismo e avançarem rumo a outro tipo de postura em face das atividades econômicas.

Este novo tipo de postura – que vai desaguar no modelo do *welfare state* – apresenta Estados intervencionistas, que assumirão papéis fundamentais no desenvolvimento econômico de suas nações. O direito penal transforma-se então em um instrumento importante, primeiramente para a proteção das fragilizadas economias dos países centrais na primeira metade do século XX e, mais adiante, como um mecanismo de direcionamento para a reformulação dessas economias, agora não mais sob a égide do Mercado, mas sob a tutela estatal.

A Alemanha, nesse horizonte jurídico-econômico-social surge com legislações pioneiras, como o decreto contra o abuso do poder econômico – KVO, de 1923 – e milhares de normas administrativas. Segundo Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, só em relação à especulação, foram mais de quarenta mil disposições penais no período das duas guerras, que culminariam no surgimento de um direito penal econômico administrativo ou de mera ordenação so-

cial, precursor do modelo adotado pelos alemães (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952) e pelos franceses (Lei Penal da Economia de 1949).

De outro lado, nos países de opção socialista, em que os meios de produção se encontravam sob o monopólio do Estado, também aparece um direito penal econômico, de caráter completamente diferenciado. Pelas características desse modelo, seu direito penal virá para resguardar os poderes do Estado sobre a propriedade e a produção, protegendo-o de qualquer forma de usurpação ou ameaça.

No Brasil, o Código Penal de 1940 apresentou transformações no sistema de penas na Parte Geral e ampliou significativamente o rol dos crimes econômicos – vale citar as diversas modalidades de estelionato e o Título III da Parte Especial, que trata dos crimes contra a propriedade imaterial (incluídos aqui os crimes de concorrência desleal). Além disso, algumas importantes leis penais extravagantes apareceram a partir da segunda metade do último século, comprovando que também no Brasil o impulso desenvolvimentista se dava amparado por um novo arcabouço jurídico-penal. Desta legislação, talvez as mais representativas de todo o processo de consolidação de um direito penal econômico, inclusive em razão da manutenção de sua validade até os dias de hoje, sejam a Lei 1.521/51 que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, a Lei Delegada 4/62 que regula a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, a Lei 4.729/65 que trata do crime de sonegação fiscal e a Lei de Falências de 1945.

A partir de então, a expansão das atividades econômicas no Brasil, pelos mais diversos setores deu-se com o acompanhamento, regulação e controle maior ou menor do aparato estatal. E com ele, cada vez mais, sentiu-se a presença do direito penal na trajetória econômica nacional.

1. Panorama atual e perspectivas

Mesmo aguardando uma profunda reforma do nosso Código Penal – especialmente no que tange à Parte Especial – o ordenamento jurídico brasileiro não deixou de avançar na tutela penal da Economia. Ao contrário, como em todo o mundo, o discurso econômico vem tomando maior espaço em todos setores da vida social. No Direito, tal fato não é diferente. Cada vez mais os juristas se ocupam de Economia e os economistas interferem na formulação e aplicação do Direito.

Dos muitos exemplos possíveis desta evolução da legislação brasileira, vale ressaltar aqueles que têm acompanhado as transformações internacionais como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/86), o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), a lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (8.137/90), a Lei de Propriedade Imaterial (9.279/96), a Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98), a Lei de Propriedade Intelectual em Informática (9.609/98), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) e a nova Lei das Sociedades Anônimas (10.303/2001).

Destacamos a Lei dos Crimes Ambientais, que introduziu a relevante e controvertida questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já autorizada anteriormente na Constituição Federal de 1988, e algumas sanções administrati-

vas, seguindo tendências apontadas nos países europeus como Itália, Alemanha, França e Espanha.

Destes países, os três últimos passaram por substanciais reformas em seus Códigos Penais há pouco tempo. Nessas reformas, foram integrados numerosos dispositivos referentes à criminalidade econômica: o novo Código Penal espanhol é de 1995, o alemão é de 1998. As normas relativas ao assunto foram consolidadas na França em 2000.

Além disso, nos últimos anos, a Alemanha reviu sua Lei de Crimes Ambientais (BGBI 1, 1994), investiu na Lei de Aperfeiçoamento do Combate à Criminalidade Organizada (OKVBG, 1998) e inspirou a parte criminal da reforma brasileira da Lei de Sociedades Anônimas por meio da Lei de Comércio de Valores Mobiliários (WpHG, 1994), de alcance arreliado em 1.º.01.2002.

Na Espanha, o novo Código Penal, resultado da fusão entre os projetos de 1992, 1994 e o anteprojeto de 1985, apresenta reunidos inúmeros delitos econômicos, à exceção dos monetários e dos relativos a contrabando.

A Itália acaba de enfrentar uma reforma no Direito Penal Tributário (Lei 205, de 25.07.1999, Decretos Legislativos 507, de 30.12.1999, e 74, de 10.03.2000) e possui uma nova Lei de Intermediação Financeira – que traz em seu texto a previsão do crime de *insider information*, ou o uso indevido de informação privilegiada (Dec. Leg. 58, de 24.02.1998). A Itália também tem produzido diversas leis inovadoras de tutela a atividades administrativas (como o Dec. Leg. 231/2001, que disciplina a responsabilidade penal administrativa das pessoas jurídicas, em conformidade com a Lei 300/2000, e o Dec. Leg. 61/2002, que define os ilícitos penais e administrativos referentes às sociedades comerciais, conforme a Lei 366/2001). Está em estudo na Itália a expansão da aplicabilidade da responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Neste ponto, embora a responsabilidade penal da pessoa jurídica permaneça como um debate ainda inacabado e fértil, os defensores da sua aplicação possuem espaço na doutrina e na jurisprudência desses países europeus e têm impulsionado a ampliação das esferas do chamado Direito Penal Administrativo ou de mera ordenação social.

Assim, apesar das modificações por que vêm passando as legislações brasileira e estrangeira no âmbito do Direito Penal Econômico, vários desafios ainda se apresentam em decorrência das profundas e aceleradas transformações que ocorreram nas duas últimas décadas – e têm se dado, dia-a-dia – na ordem social mundial.

Do mesmo modo, o repertório de penas do direito penal, fruto das importantes reformas humanistas dos séculos XVIII e XIX, não parece ser compatível com estes novos contornos dos delitos econômicos contemporâneos. A questão não está apenas nos agentes a serem responsabilizados, mas também nos tipos de penas a serem aplicadas.

Fenômenos como a internacionalização do capital e das empresas, ao lado do desenvolvimento tecnológico na circulação de informações, põem em xeque o papel dos Estados nacionais como repressores de crimes que não possuem um espaço definido – não há mais claro o *locus delicti* – nem agentes com nacionalidade definida. São crimes transnacionais, que podem acontecer a partir de ações

ocorridas quase que simultaneamente em localidades muito distantes, com efeitos que se farão sentir em diferentes partes do globo e que acontecem por meios que não possuem uma dimensão espacial.

Trata-se da criminalidade do poder, conforme define Luigi Ferrajoli, em que há uma mudança substancial não só do tipo penal como da classe criminalizada.

Resta claro que a criminalidade econômica se apresenta de forma sofisticada e protagonizada por especialistas. Com os progressos da tecnologia da comunicação e da informática, cada vez torna-se mais difícil controlar as atividades econômicas, sendo que os aparatos e os recursos humanos policiais tradicionais mostram-se completamente despreparados para este combate. São necessários equipes e equipamentos adequados para a repressão da nova criminalidade econômica.

No momento em que vivemos, talvez os casos mais emblemáticos de todas as questões ora apresentadas sejam os escândalos das fraudes corporativas que se imputam a algumas gigantes multinacionais americanas, tornando-se um marco do início desse novo século. Vamos a eles.

2. Enron

Os casos das empresas norte-americanas, como a Enron e a WorldCom, são significativos para os questionamentos acerca dos limites e desafios do combate à nova criminalidade econômica. Eles colocaram em evidência a existência de certas práticas corporativas fraudulentas de importantes multinacionais – até então verdadeiros símbolos de solidez – que afetam a segurança do mercado internacional, em virtude da complexidade dos esquemas elaborados e da gravidade e extensão dos seus efeitos.

O que vimos no caso Enron foi a falência daquela que foi a sétima maior corporação americana em 2000, com uma festejada receita de US$ 101 bilhões, mais que o dobro de seu resultado em 1999. Ocorre que a empresa vinha sustentando esta excepcional aparente saúde financeira por meio de freqüentes manobras contábeis que ocultavam seus prejuízos e impulsionavam o crescimento acelerado do valor de suas ações, além de facilitarem seu acesso a crédito para novos investimentos.

Tais práticas contábeis pouco ortodoxas começaram a ser reveladas no final de 2001 e a Securities and Exchange Commission (SEC – de função paralela à nossa CVM) abriu uma investigação sobre o caso. Em outubro daquele ano, a Enron anunciou prejuízos de US$ 638 milhões no terceiro trimestre e o valor de seu *stock* (o total de suas ações) recuou em US$ 1,2 bilhões. Em novembro, a empresa anunciou que havia superestimado receitas nos últimos quatro anos em US$ 586 milhões e que era responsável por US$ 3 bilhões em obrigações em razão de várias parcerias que havia estabelecido. No mesmo mês, a Enron se tornou o maior caso de fraude contábil da história, que escondia prejuízos próximos a US$ 1,23 bilhões em quatro anos – 1997, 1998, 1999 e 2000.

Há indícios de que os executivos da Enron e de sua empresa de auditoria, Arthur Andersen, teriam sido alertados sobre problemas no início de 2001. Além disso, curiosamente, nos três anos anteriores ao colapso da empresa – justamente aqueles anos de maior crescimento da Enron – seus executivos e diretores se desfizeram do equivalente a US$ 1 bilhão em ações da empresa que lhes pertenciam.

A repercussão de um delito dessa dimensão extrapola o conceito clássico do limite territorial da prática delitiva, na medida em que implica em um resultado lesivo muito mais abrangente. O impacto produzido pelos acontecimentos repercutiu nas mais diversas áreas socioeconômicas. Milhares de funcionários da empresa estão desempregados e tiveram seus fundos previdenciários praticamente zerados, uma vez que a Enron os obrigava a investir 60% de seu valor em ações da própria empresa. As perdas dos investidores foram bastante expressivas já que as ações perderam quase a totalidade do valor. Bilhões de dólares do *stock* simplesmente foram apagados e as ações da Enron deixaram de ser negociadas na bolsa de valores – New York Stock Exchange (NYSE). A Arthur Andersen, com a reputação severamente abalada, começava a enfrentar apenas o início de uma longa série de problemas. A desconfiança instaurou-se no mercado financeiro em relação a um sem número de empresas.

Até mesmo na esfera política sentiram-se os ecos deste escândalo, sendo que muitos políticos, democratas e republicanos, devolveram à Enron o dinheiro a eles doado como contribuição de campanha, ou destinaram-no a instituições de caridade, tentando eximir-se de qualquer vínculo com a empresa. Diversos políticos ainda têm sido questionados sobre relacionamentos com a Enron, inclusive o Presidente e o Vice-Presidente dos Estados Unidos da América.

As investigações sobre o caso Enron envolvem os três Poderes. O Congresso, a Securities and Exchange Commission (SEC) e o Department of Justice (DOJ) vêm investigando as práticas contábeis da Enron e da Arthur Andersen. Dezenas de processos já foram iniciados contra a empresa por um conglomerado de fundos de pensão. Outras dezenas são diretamente contra o ex-chairman Kenneth L. Lay, o ex-Chief Executive Officer (CEO) Jeffrey Skilling, o ex-Chief Financial Officer (CFO) Andrew Fastow e o ex-diretor de global finance da Enron, Michael Kopper.

Até agora, com quase onze meses de investigações, apenas Michael Kopper, 37 anos, executivo que trabalhou na Enron de 1994 a julho de 2001, e Andrew Fastow, 40 anos, vice-presidente de Finanças da Enron de janeiro de 1997 a março de 1998, e Chief Financial Officer (CFO) de 1998 a outubro de 2001, enfrentam acusações formais pelas práticas ilícitas na administração da empresa.

Em 21 de agosto, Kopper assumiu sua culpa (*pleaded guilty*) pelos crimes de (a) *conspiracy*[1] e (b) *conspiracy* na prática de transações monetárias de bens derivados de atividade ilícita,[2] visando uma sentença final mais branda. Assinou um termo

(1) US Code, Title 18 (Crimes and Criminal Procedure), Chapter 19 (Conspiracy), Sec. 371 (*Conspiracy to commit offense or to defraud United States*): "If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both." É objeto dessa *conspiracy* o crime de *wire fraud*, previsto no US Code, Title 18, Capter 63, Section 1343 (ver nota 17)

(2) US Code, Title 18 (Crimes and Criminal Procedure), Chapter 95 (Racketeering), Section 1957 (*Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*):
(a) Whoever, in any of lhe circumstances sei forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a

de cooperação nas investigações do caso. A pena do primeiro crime é privativa de liberdade de no máximo 5 anos e/ou multa de até US$ 250 mil, enquanto a do segundo é de até 10 anos e/ou multa de até US$ 250 mil ou o dobro dos valores ilícitos envolvidos nas transações monetárias. Em virtude de ter assumido a culpa já foi estimada uma multa alternativa de US$ 38,8 milhões, sem exclusão da previsão de perdimento do proveito rastreável do crime, e ainda a possibilidade de um livramento supervisionado por até três anos, após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

No acordo de cooperação, Kopper narra alguns dos fatos que integravam os esquemas fraudulentos. Segundo declarou, no início dos anos 90, a Enron fez diversos acordos de investimentos por meio de instituições chamadas *special purpose entities* (SPEs) que eram empresas formadas a partir do capital da Enron que, devidamente manipulado, aparecia como contribuição financeira de investidores independentes. Essa fórmula permitia que certos passivos da empresa figurassem irregularmente fora de seu balanço, tornando-a mais rentável. Além disso, muitas destas SPEs escondiam acordos sigilosos entre altos executivos da Enron e alguns parceiros, que com o uso de informações privilegiadas e do poder de influência sobre as operações de ambas, realizaram negócios interligados que lhes renderam milhões de dólares.

Tais negociações só eram possíveis graças a violações, por parte dos executivos, dos deveres de honestidade e fidelidade perante a empresa e seus acionistas. A ocultação destes esquemas era assegurada pela omissão dos auditores externos na certificação das demonstrações contábeis da companhia, que não observaram as regras segundo as quais os balanços dessas sociedades especiais deveriam ser consolidados aos da própria Enron, prática que faria com que dificilmente essas operações passassem despercebidas.

Porém, além da declaração da veracidade de certos fatos, Kopper concordou, no termo de cooperação assinado: (a) em ser interrogado e a comparecer a todas as reuniões às quais sua presença for solicitada pelo Department of Justice (DOJ); (b) a não divulgar informações ali geradas a terceiros sem o consentimento prévio do *DOJ*, orientando seu advogado a fazer o mesmo; (c) a declinar de sua relação privilegiada com seu advogado para entregar documentos e outros materiais que possam ser relevantes à investigação e que estão em sua posse ou controle, com exceção ao que se referir às comunicações travadas a respeito da investigação precedida pela SEC; (d) com a suspensão do prazo para sua sentença e que suas obrigações, nos termos do acordo, se mantêm até o DOJ determinar que sua cooperação tenha terminado; (e) em não receber remuneração para disseminar informações relacionadas aos fatos investigados, do período em que trabalhou na empresa.

value greater than $10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b).

(*b*) (*1*) Except as provided in paragraph (2), the punishment for an offense under this section is a fine under Title *18*, United States Code, or imprisonment for not more than ten years or both. (2) The court may impose an alternate fine to that imposable under paragraph (1) of not more than twice the amount of the criminally derived property involved in the transaction.

Em contrapartida, o DOJ se obriga a não denunciá-lo (*criminal charges*) por sua participação na atividade criminosa e em garantir que nenhuma das declarações feitas no curso da cooperação sejam usadas contra ele. Todo o comportamento de Kopper, de seus eventuais atrasos nos interrogatórios à sua disposição em fornecer informações valiosas às investigações, será minuciosamente observado durante esse período, avaliado e transmitido pelo DOJ, ao final, em relatório à Corte de Justiça. Nessa ocasião, poderá ser pedida e indicada uma pena mais branda, mesmo abaixo da mínima prevista.

Seguindo as obrigações assumidas com o *plea deal*, e em conjunção com outro acordo firmado perante a SEC, Kopper concordou em entregar US$ 12 milhões do que arrecadou nas parcerias. Caso não cumpra as disposições do acordo de cooperação, sua declaração de culpa (*guilty plea*) permanece e seus efeitos serão mantidos, enquanto as obrigações do DOJ, de pleitear a redução de sua punibilidade e de não processar o réu pelos crimes aventados, desaparecerão.

Kopper, que trabalhou na empresa de 1994 a 2001, na maior parte do tempo como subordinado direto do CFO Andrew Fastow, foi o primeiro ex-executivo da Enron a recorrer ao *plea deal* admitindo culpa. O ato poderá ajudar nas investigações e atrapalhar a vida de Fastow, Jeffrey Skilling e Kenneth Lay, entre outros executivos da Enron que estão sendo investigados.

De fato, até o presente momento, a colaboração de Kopper tem se mostrado valiosa. Propiciou, em conjunto com dados de outras investigações, a acusação formal (*criminal complaint*) contra Fastow, em que são formuladas imputações de práticas ilícitas mais amplas, com menção a outros executivos, e estabelecidas novas bases para eventuais processos contra Lay (fundador e ex-presidente) e Skilling (seu sucessor como CEO).

Fastow era vice-presidente sênior de finanças até 1998, quando foi nomeado Chief Financial Officer (CFO). Foi removido do cargo no final de 2001, com o início das investigações da SEC sobre conflitos de interesses em duas daquelas SPEs que ele havia criado e que lhe renderam aproximadamente US$ 30 milhões. Em fevereiro de 2002, convocado para testemunhar perante uma subcomissão de investigação do Congresso, Fastow invocou o 5th *amendment* (proteção contra a auto-incriminação). No último dia 1.°.10.2002, foi acusado formalmente e preso por lavagem de dinheiro (crime cuja pena pode chegar a vinte anos de prisão), fraude ligada a valores mobiliários (até dez anos de prisão), fraude em transmissão de dados e em correspondências – *wire fraud e mail fraud* (até cinco anos de prisão) e *conspiracy* (até cinco anos de prisão). Foi solto mediante o pagamento de fiança estipulada em US$ 5 milhões. Seu caso será enviado ao *Grand Jury* em trinta dias para o *indictment* (pronúncia), período em que poderão ser apresentadas novas provas. Ainda é possível a negociação de um *plea deal*. Desde agosto já foram congelados US$ 23 milhões de seu patrimônio e de seus familiares e, agora, os promotores tentam congelar outros US$ 11 milhões.

Outros executivos que mencionamos são Kenneth Lay e Jeffrey Skilling. Lay foi presidente e sempre ocupou uma das duas maiores posições na empresa, desde 1986 até janeiro de 2002, quando renunciou. Levou a empresa a doar milhões de dólares a ambos os partidos políticos, Democrata e Republicano, no intuito de

galgar espaços em *lobbies* no Congresso, na Casa Branca e nas Agências de Regulação, sobre questões que foram fundamentais para o crescimento espetacular que a empresa vivenciou. Além de ser um dos maiores financiadores individuais da carreira política de George W. Bush, Lay é seu amigo pessoal. Durante três anos, ao mesmo tempo em que afirmava que a empresa ia bem, vendia os bônus acionários que ganhava, embolsando mais de US$ 100 milhões. As investigações estão em curso e ainda não resultaram em acusações formais.

Skilling entrou na Enron em 1990 e em 1996 tomou-se presidente e Chief Operational Officer (COO). Envolveu-se na criação das parcerias suspeitas em conjunto com Fastow. Em fevereiro, invocou o 5th *amendment* para não testemunhar perante o Congresso.

É interessante, ainda, mencionar o executivo Clifford Baxter, ex vice-presidente que, juntamente com outros vinte e oito executivos da Enron, é réu em um processo cível federal, por ter vendido 557.436 ações da empresa antes de seu colapso, faturando US$ 35,2 milhões. Baxter renunciou em maio de 2001. Em janeiro de 2002, foi encontrado morto dentro de um carro, em um aparente suicídio, deixando uma carta à família.

Ainda não se tem claro o número de executivos que participavam dessas negociações ilícitas. O que as acusações e investigações têm demonstrado é que alguns executivos atuavam mais diretamente e obtinham vantagens em prejuízo da empresa, enquanto muitos outros se omitiam, apesar de terem conhecimento dos fatos irregulares que estavam sendo praticados. Hoje, todos os membros do *board* são suspeitos pelo eventual contato com as irregularidades, conhecimento de condutas ilícitas e omissão na tomada de providências.

3. WorldCom

Outro caso impressionante é o da WorldCom. Não tanto pela complexidade das fraudes, mas pelos enormes valores envolvidos. A ex-segunda maior empresa americana em discagens de longa distância, enfrenta hoje um amargo e duvidoso processo de recuperação. Os "erros" contábeis encontrados já somam US$ 7,6 bilhões, e a própria empresa afirmou ser grande a possibilidade de novas descobertas. Hoje se fala em adicionais US$ 2 bilhões.

Sem condições de arcar com mais de US$ 30 bilhões em dívidas, pediu concordata, listando bens e direitos no valor recorde de US$ 107 bilhões, tornando o colapso financeiro quase duas vezes maior que o da Enron. Com o procedimento judicial em curso, a WorldCom pôde obter uma linha de crédito de US$ 2 bilhões dos bancos J. P. Morgan Chase & Co. e Citigroup Inc. (que em contrapartida terão preferência no pagamento de obrigações) para que pudessem assegurar a continuidade dos serviços prestados a seus 20 milhões de usuários e manter a folha de pagamentos de 60 mil funcionários.

O escândalo WorldCom estourou no final de junho de 2002, quando a empresa anunciou que havia contabilizado US$ 3,9 bilhões de modo irregular, exigindo

uma reavaliação dos rendimentos do ano anterior e do primeiro trimestre do corrente ano. Nesse dia, quase US$ 1,5 bilhões em ações da empresa foram negociadas, tendo seu valor despencado 93%.

Ao contrário da Enron, que estruturou um mecanismo sofisticado, com diversas entidades para os mais variados fins, o esquema da WorldCom é mais simples e fácil de ser provado.

Segundo o termo das acusações (*indictment* e *sealed complaint*) oferecidas contra o *ex-CFO*, Scott D. Sullivan e o ex-controlador David F. Myers, eles teriam participado, de outubro de 2000 a junho de 2002, da elaboração de um esquema ilegal para inflar, de modo artificial, as receitas líquidas declaradas publicamente pela WorldCom. Para tanto, transferiram, nos balanços da empresa, lançamentos da conta de custos operacionais para a conta de investimentos de capital, sem qualquer fundamento nos Princípios Gerais de Contabilidade (*GAAP – General Accepted Accounting Principles*). A empresa se beneficiava desse esquema na medida em que a dedução dos investimentos de capital era diferida em vários períodos, ao contrário do que acontece com despesas regulares como as de custos operacionais, que são deduzidas imediatamente. Assim, os balanços ostentavam uma receita líquida maior, mostrando uma empresa mais rentável do que realmente era, com grandes lucros no ano em vez dos prejuízos que ocorriam de fato.

Em outubro de 2000, Sullivan instruiu David Myers e seus subordinados a realizarem os lançamentos falsos e fraudulentos nos livros da WorldCom. No entanto, nem Sullivan, nem Myers, entregaram qualquer documentação que embasasse tais lançamentos. Naquele mês, aproximadamente US$ 828 milhões foram transferidos irregularmente das contas do passivo para as contas do ativo da empresa. Essas fraudes se repetiram em outros meses, chegando à soma oficialmente declarada de aproximadamente US$ 5 bilhões.

Atualmente, a empresa é alvo de pelo menos duas investigações do Congresso, de investigações e acusações da SEC por fraudes contábeis que remontam a 1999 e por fraudes contra investidores durante 2001 e parte de 2002, além de processos instaurados contra ela por acionistas e funcionários.

Scott D. Sullivan e David F. Myers, apontados como responsáveis pelas alterações, deixaram os quadros da empresa (o primeiro despedido e o segundo tendo sua renúncia aceita), entregaram-se ao FBI em 1.º.08.2002, foram presos e soltos após o pagamento de fiança de US$ 10 milhões e US$ 2 milhões, respectivamente. Além de Sullivan e Myers, também o ex-diretor de *general accounting*, Buford Yates Jr. enfrenta investigação criminal em liberdade, após pagar US$ 500 mil de fiança. As acusações são as mesmas: (a) *conspiracy*,[3] (b)

[3] Ver nota 1. Vários crimes compõem o objeto dessa *conspiracy*, todos previstos no *Securities Exchange Act* de 1934: fraude em conexão com a compra e venda de valores mobiliários emitidos pela WorldCom (US Code, Title 15, Sections 78j(b) e 78ff e Code of Federal Regulations, Title 17, Section 240.10b-5); declarações falsas em documentos registrados de acordo com o *Securities and Exchange Act of 1934* (US Code,

fraude ligada a valores mobiliários[4] e (c) envio de documentos falsos à SEC.[5] Sullivan negou a assunção de culpa (*pleaded not guilty*) e recusou um acordo, sendo pronunciado (*indictment*) no último dia 4 de setembro. Myers, por sua vez, aceitou o *plea deal*, declarando sua culpa no dia 26.09.2002. Com isso,

Title 15, Section 78ff); declarações falsas aos auditores da empresa (US Code, Title 15, Section 78ff e Code of Federal Regulations, Title 17, Section 240.13b2-2); falsificação de livros, registros e contas da WorldCom (US Code, Title 15, Sections 78m(b)(2)(A), 78m(b)(5) e 78ff e Code of Federal Regulations, Title 17, Section 240.13b2-1).

(4) US Code, Title 15, Chapter 2-B (= *Securities Exchange Act of 1934*):

"*Sec. 78j. – Manipulative and deceptive devices*

'It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange –

(...)

(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered or any securities-based swap agreement (as defined in section 206B of the Gramm-Leach-Bliley Act), any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.'"

"*Sec 78ff. – Penalties*

(a) Willful violations, false and misleading statements

"Any person who willfully violates any provision of this chapter (other than section *78dd-1* of this title), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any urdertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section *78o* of this title, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than $1,000,000, or imprisoned not more than 10 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding $2,500,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation."

(5) "*Sec. 78m. – Periodical and other reports*

'(a) Reports by issuer of security; contents

Every issuer of a security registered pursuant to section *78l* of this title shall file with the Commission, in accordance with such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate for the proper protection of investors and to insure fair dealing in lhe security –'"

"Sec. 78ff. – Penalties" – ver nota anterior.

evitou a pronúncia e deverá colaborar com as investigações, fornecendo informações que podem levar a processos criminais contra os demais envolvidos. Yates, no início de outubro de 2002, também aceitou o *plea deal* e declarou-se culpado pelos crimes de *securities fraud* e *conspiracy*.

A título de curiosidade, vale citar que Sullivan já foi tido como um dos executivos americanos mais bem sucedidos. Em 1998, aos 40 anos de idade, ganhou US$ 19,3 milhões. De dezembro de 1994 a junho de 2002, foi um CPA – Certified Public Accountant – que serviu, por diversas vezes, como Chief Financial Officer (CFO), tesoureiro e secretário da WorldCom. Sob sua direção e orientação, foram elaborados os formulários 10-K e 10-Q, apresentados perante a SEC com sua assinatura, contendo as declarações financeiras (*financial statements*) fraudulentas da WorldCom para aqueles períodos.

É importante mencionar que esses casos permanecem sob investigação e a cada dia novas fraudes, cifras e nomes são descobertos e levados ao conhecimento dos órgãos públicos americanos.[6]

4. Efeitos: *Sarbanes-Oxley Act of 2002* (EUA)

Como conseqüência dessa série de escândalos fraudulentos que vieram à tona, o Presidente dos EUA, George W. Bush, promulgou o *Sarbanes-Oxley Act* em 30 de julho de 2002, criando a mais radical alteração na configuração do sistema norte-americano de valores mobiliários desde a década de 1930. Algumas medidas têm efeitos imediatos, enquanto outras tornar-se-ão efetivas assim que a SEC regulamentá-las, o que deverá ser feito no período de 30 dias a um ano, conforme o caso. Esse *Act* é complexo e não pretendemos aqui cobrir todos seus aspectos, senão os mais importantes para nosso tema.

Estamos vivendo um momento de valorização da transparência da atividade empresarial, tanto do processo decisório como dos mecanismos internos de controle.

As reformas na legislação norte-americana estabelecem novos deveres e responsabilidades aos altos cargos executivos das empresas, tipificando novas condutas, na tentativa de tornar as empresas mais transparentes e evitar novas fraudes.

A legislação americana sobre valores mobiliários (*Securities Act of 1933* e *Securities Exchange Act of 1934*) e outras disposições criminais do *United States Code* (*US Code*) foram ampliadas, com a criminalização de novas condutas e aumento de penas anteriormente previstas.

(6) As informações acerca do andamento dos casos Enron e WorldCom foram atualizadas até o início de outubro de 2002, data do Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

O *Sarbanes-Oxley Act*[7] introduziu no *US Code* – em seu título 18 (Crimes e Procedimento Criminal), Capítulo 63 (*Mail Fraud*), § 1348[8] – o tipo penal de realizar, ou a tentativa de realizar esquema ou artifício para fraudar qualquer pessoa relacionada a valores mobiliários, ou obter, por meios falsos ou fraudulentos, dinheiro ou propriedade em conexão com a compra ou venda de título mobiliário. A pena prevista é multa e privativa de liberdade de até 25 anos.[9]

No mesmo Capítulo 63 foram inseridas novas disposições, pelo Título IX do *Act* (*White-Collar Crime Penalty Enhancements*). Foram criminalmente responsabilizados os CEOs e CFOs por falsas certificações na documentação financeira (*financial reports*).[10] Agora, ambos devem certificar a veracidade das informações nas declarações periódicas que são feitas perante a SEC (Securities and Exchange Commission), atestando que os aspectos materiais representam a verdadeira situação patrimonial e financeira da empresa e os resultados das operações.

Eventuais falsidades nas informações prestadas ensejam, aos subscritores, penas de US$ 1 milhão e/ou até 10 anos de prisão se a violação for realizada com a omissão a seu dever de fiscalização (*knowing*) e US$ 5 milhões e/ou até 20 anos de prisão se a violação for realizada com vontade específica do agente (*willful*).[11]

(7) Título VIII (*Corporate and Criminal Fraud Accountability*), Seção 807.

(8) Até a edição do *Sarbanes-Oxley Act*, esse capítulo contava com as seguintes seções: *Sec. 1341* Frauds and swindles; *Sec. 1342* Fictitious name or address; *Sec. 1343* Fraud by wire, radio, or television; *Séc. 1344* Bank fraud; *Sec. 1345* Injunctions against fraud; *Sec. 1346* Definition of "scheme or artifice to defraud"; *Séc. 1347* Health care fraud.

(9) Sec. 807. *Criminal penalties for defrauding shareholders of publicly traded companies. (a) in general.* – Chapter 63 of Title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following: "§ 1348. Securities fraud: "Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice – "(1) to defraud any person in connection with any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); or "(2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(*d*) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both".

(10) Seção 906, § 1350 (*Failure of corporate officers to certify financial reports*).

(11) Sec. 906, *Corporate responsibility for financial reports. in general.* – Chapter 63 of Title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1349, as created by this Act, the following: § 1350. Failure of corporate officers to certify financial reports "(a) *Criminal Penalties.* – Whoever –" (1) certifies any statement as set forth in subsections (a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall be fined not more than $1,000,000 or imprisoned not more than 10 years, or both; or

A Seção 902 introduziu, ainda, no Capítulo 63, o § 1349, sobre tentativas e *conspiracies* em fraudes. A nova regra estabelece igualdade entre as penas aplicáveis às formas tentadas e às *conspiracies* do crime e às penas aplicáveis ao crime consumado.[12]

Outras inovações versaram sobre a obstrução da Justiça.[13] O *Act* previu a destruição, ocultação, alteração ou falsificação de dados em qualquer documento ou objeto tangível, com a intenção de impedir, obstruir ou influenciar a investigação ou a correta administração de qualquer matéria sob a competência de um *department* ou *agency* dos EUA, ou caso de falência ou concordata. Conduta apenada com multa e pena privativa de liberdade de até 20 anos.[14]

O parágrafo seguinte estabelece penas a auditores/contadores pela não manutenção de todos os documentos nos cinco anos subseqüentes ao ano fiscal em que a auditoria foi realizada, ou pela violação à regulamentação a ser expedida pela SEC sobre o assunto. As penas são de multa e privativa de liberdade de até 10 anos.[15]

Entre as referidas inovações acerca de obstrução da Justiça (Capítulo 73) encontra-se o tipo que estabelece pena de multa e privativa de liberdade de até 20

"(2) willfully certifies any statement as set forth in subsections (a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall be fined not more than $5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both."

(12) Sec. 902. *Attempts and conspiracies to commit criminal fraud offenses.* (a) *In general.* – Chapter 63 of Title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1348 as added by this Act the following: "§ 1349. Attempt and conspiracy" Any person who attempts or conspires to commit any offense under this chapter shall be subject to the same penalties as those prescribed for the ofense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy.

(13) Capítulo 73 do Título 18 do *US Code*.

(14) Sec. 802. *Criminal penalties for altering documents.* (a) *In general.* – Chapter 73 of Title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following: "§ 1519. "Whoever knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States or any case filed under Title 11, or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned not more than 20 years, or both".

(15) Sec. 802. *Criminal penalties for altering documents.* (a) *In general* – Chapter 73 of Title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following: § 1520. "(a)(1) Any accountant who conducts an audit of an issuer of securities to which section 10A(a) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78j – 1(a)) applies, shall maintain all audit or review workpapers for a period of 5 years from the end of the fiscal period in which the audit or review was concluded" (...) "(b) Whoever knowingly and willfully violates subsection (a)(1), or any rule or regulation promulgated by the Securities and Exchange Commission under subsection (a)(2), shall be fined under this title, imprisoned not more than 10 years, or both."

anos para tentativa ou prática corrupta de alteração, destruição, mutilação ou ocultação de documentos, registros ou outros objetos, com a intenção de prejudicar sua integridade ou disponibilidade para uso em procedimentos oficiais, ou outras práticas que obstruam tais procedimentos (adulterar documentos e impedir investigações oficiais).[16]

Além de inovações, o *Sarbanes-Oxley Act* também aumenta significativamente algumas penas privativas de liberdade e valores de penas de multa para outros crimes já existentes.

Crimes previstos na legislação de 1934 (*US Code*, Título 15, Capítulo 2B, Seção 78ff), pelos quais respondem Scott Sullivan, David Myers e Yates Jr., da WorldCom, por exemplo, em razão da elaboração e apresentação de documentos e declarações falsas relacionadas a valores mobiliários, tiveram suas penas de multa aumentadas: do máximo de US$ 1 milhão para até US$ 5 milhões, se impostas a pessoas físicas; e do máximo de US$ 2,5 milhões para até US$ 25 milhões para pessoas jurídicas. As penas privativas de liberdade tiveram suas cominações máximas mantidas.[17] Também a pena máxima para os crimes de fraude em

(16) Título XI do *Act* (*Corporate Fraud Accountability*), Seção 1102 (*Tampering with a record or otherwise impeding an official proceeding*), § 1512 (*Tampering with a witness, victim, or an informant*). Assim: Sec. 1102. *Tampering with a record or otherwise impeding an official proceeding*. "Section 1512 of Title 18, United States Code, is amended – (...) § 1512 '(c) Whoever corruptly – '(1) alters, destroys, mutilates, or conceals a record, document, or other object, or attempts to do so, with the intent to impair the object's integrity or availability for use in na official proceeding; or '(2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both".

(17) "Sec. 1106. *Increased criminal penalties under securities exchange act of 1934*. Section 32(a) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78ff(a)) is amended – (1) by striking "$1,000,000, or imprisoned not more than 10 years" and inserting "$5,000,000, or imprisoned not more than 20 years"; and (2) by striking "$2,500,000" and inserting "$25,000,000". US Code, Title 15, Chapter 2-B, Sec. 78ff. – Penalties (a) Willful violations, false and misleading statements any person who willfully violates any provision of this chapter (other than section *78dd-1* of this title), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section *78o* of this title, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than $1,000,000, or imprisoned not more than 10 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding $2,500,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation."

correspondências e em transmissão de dados (*mail fraud* e *wire fraud*) é aumentada de cinco para vinte anos de prisão.[18]

A Seção 1105 do *Act* atribuiu à SEC poderes para, em procedimentos administrativos e sem processo judicial, inabilitar pessoas a assumirem cargos de direção por período determinado ou permanentemente, em razão de violações a normas relativas a valores mobiliários.[19]

Outras disposições estabelecem a necessidade de revisão das diretrizes federais de sentenças (*Federal Sentencing Guidelines*) pela *U.S. Sentencing Commission* para que estas reflitam: (a) a gravidade das ofensas e as penalidades estabelecidas no *Act*, (b) a crescente incidência de sérios ilícitos fraudulentos e (c) a necessidade de deter, prevenir e punir tais ilícitos.[20]

O *Sarbanes-Oxley Act* também inova ao estabelecer um importante conjunto de direitos e garantias a funcionários de empresas de capital aberto que forneçam indícios ou informações sobre fraudes (*whistle-blowing employees*), ou

(18) "Sec. 903. *Criminal penalties for mail and wire fraud.* (a) *Mail fraud.* – Section 1341 of Title 18, United States Code, is amended by striking five and inserting 20. (b) *Wire fraud.* – Section 1343 of Title 18, United States Code, is amended by striking five and inserting 20".

(19) Sec. 1105. *Authority of the commission to prohibit persons from serving as officers or directors.*

(a) *Securities exchange act of 1934.* – Section 21C of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78u-3) is amended by adding at the end the following.

"(f) *Authority of the commission to prohibit persons from serving as officers or directors.* – In any cease-and-desist proceeding under subsection (a), the Commission may issue an order to prohibit, conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine, any person who has violated section 10(b) or the rules or regulations thereunder, from acting as an officer or director of any issuer that has a class of securities registered pursuant to section 12, or that is required to file reports pursuant to section 15(d), if the conduct of that person demonstrates unfitness to serve as an officer or director of any such issuer."

(b) *Securities Act of 1933.* – Section 8A of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77h-l) is amended by adding at the end of the following:

"(f) *Authority of the commission to prohibit persons from serving as officers or directors.* – In any cease-and-desist proceeding under subsection (a), the Commission may issue an order to prohibit, conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine, any person who has violated section 17(a)(1) or the rules or regulations thereunder, from acting as an officer or director of any issuer that has a class of securities registered pursuant to section 12 of the Securities Exchange Act of 1934, or that is required to file reports pursuant to section 15 (d) of that Act, if the conduct of that person demonstrates unfitness to serve as an officer or director of any such issuer".

(20) Sec. 805. *Review of federal sentencing guidelines for obstruction of justice and extensive criminal fraud.*

colaborem nas investigações conduzidas pelos órgãos competentes, contra qualquer tipo de retaliação ou discriminação.[21] Além disso, a SEC está autorizada a criar um fundo para reparação dos danos causados em favor das vítimas dos crimes nele previstos.[22]

Finalmente, o *Act* contém regras sobre responsabilidade profissional de advogados. Dispõe que a SEC emitirá, em até 180 dias do início de sua vigência, normas que estabeleçam um padrão mínimo de condutas aos profissionais que atuam perante a SEC na representação de emissores de valores mobiliários. Incluirão regras que exijam dos advogados que comuniquem, ao chefe do conselho jurídico ou ao CEO da empresa, qualquer evidência de violações materiais à lei dos mercados de capitais ou de deveres fiduciários e similares, por qualquer funcionário. Se o conselho ou o CEO não tomarem as providências adequadas, o advogado deverá reportar o fato à comissão de auditoria do *board* ou aos auditores independentes.[23]

O que vimos foi que a reforma da legislação americana criou novos tipos penais inspirados nas investigações preliminares das grandes fraudes corporativas. Ampliou-se o rol de delitos relativos à obstrução da Justiça e às fraudes, neste último caso pela criação de modalidades mais específicas de crimes. Mais: diversos tipos penais, como aqueles atribuídos aos executivos da Enron e da WorldCom, tiveram suas penas aumentadas.

Certamente, foi uma resposta rápida a uma forte pressão política e aos anseios sociais que vieram à tona sobre o Governo americano. Estabeleceram-se novas exigências à atividade empresarial sob a ameaça de longas penas privativas de liberdade e pesadas penas pecuniárias. Pormenores da atividade empresarial, que em alguns casos são perfeita e eficazmente exigíveis com a regulamentação administrativa, tiveram a atenção do Direito Penal. A inovação mais curiosa talvez seja aquela que apenar a "mentira" e a omissão do CEO e do CFO, ao exigir que atestem a veracidade das informações contidas nos documentos assinados por eles. Isto seria mera repetição do crime de *false statements* previsto desde 1934 (*US Code*, Título 15, Seção 78ff[24]), não fosse o dever adicional de implementar e verificar o efetivo funcionamento dos mecanismos internos de controle.

Estes novos tipos penais elevam a lisura da atividade empresarial à qualidade de bem penalmente relevante, buscando conferir maior proteção aos investidores e coibir novas fraudes desta envergadura.

(21) Sec. 806. *Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud.*

(22) Sec. 308. *Fair funds for investors.*

(23) Sec. 307. *Rules of professional responsibility for attorneys.*

(24) Ver nota 16.

5. Impactos no Brasil – Governança corporativa e o novo mercado

No Brasil, antes mesmo desses grandes escândalos, já se estudava a criação de mecanismos de proteção de investidores, com a adoção de práticas de governança corporativa, que refletiriam a transparência e equilíbrio do poder acionário.

De oligopólios, empresas de controle e administração exclusivamente familiar e controle acionário definido e altamente concentrado, com acionistas minoritários passivos e Conselhos de Administração sem poder de decisão, caminhamos para uma nova estrutura de empresa, marcada pela participação de investidores institucionais, pela fragmentação do controle, pela abertura da gestão e pelo foco na eficiência econômica.

Para se ter uma idéia, no Brasil, em geral, os três maiores acionistas detêm, em média, 85% do total das ações ordinárias.[25]

Apesar disso, analistas indicam que está ocorrendo uma mudança rumo a um crescente profissionalismo e maior participação dos acionistas minoritários. As adaptações têm sido apontadas como necessárias para a atração de investimentos, o crescimento e a competição global das empresas. Persegue-se a adoção de um "modelo de mercado" na organização e funcionamento da atividade empresarial, com um maior compartilhamento na participação acionária e no controle administrativo.

Diante desse cenário, temos percebido algumas iniciativas dos órgãos reguladores em incentivar a evolução em direção a esse modelo. Entre as principais iniciativas de estímulo e aperfeiçoamento ao modelo de governança das empresas no país destacam-se a criação do Novo.Mercado pela Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, as linhas de crédito especiais oferecidas pelo BNDES, as novas regras de investimento por parte de fundos de pensão, o projeto de reforma das demonstrações contábeis e a reforma na Lei das Sociedades Anônimas.

O Novo Mercado é uma iniciativa da Bovespa, lançada em fevereiro de 2002, de criação de um segmento diferenciado de negociação de ações de empresas que privilegiam "boas práticas de governança corporativa". Foi inspirado em parte no Neuer Markt alemão, criado em 1997.

Para uma empresa entrar no Novo Mercado, deve adotar um conjunto de exigências que vão além das regras atualmente existentes na legislação brasileira. Obrigam a uma maior transparência das decisões tomadas, atribuindo direitos mais amplos aos acionistas.

As empresas de capital aberto podem se comprometer em dois níveis de transparência e controle, dos quais extraímos algumas das exigências mais importantes:

(25) Dados publicados em pesquisa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa em parceria com a McKinsey & Co. e Korn Ferry International, conduzida no ano de 2001.

• emissão exclusivamente de ações ordinárias, tendo todos os acionistas o direito ao voto;

• realização de ofertas públicas de colocação de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital;

• manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações representando 25% do capital;

• extensão para todos os acionistas das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia;

• estabelecimento de um mandato unificado de um ano para todo o Conselho de Administração;

• disponibilização de balanço anual seguindo as normas US GAAP ou do IASB;

• introdução de melhorias nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais a exigência de consolidação e de apresentação do fluxo de caixa;

• obrigatoriedade de realização de oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação no Novo Mercado;

• divulgação de negociações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa.

De um modo geral, tais providências atuam na prevenção de grandes práticas ilícitas como as que temos visto nos Estados Unidos, ou faltas menos graves, como têm ocorrido no Brasil, ainda sem grande repercussão, causadas por "divergências de interpretação" das normas de contabilidade alegadas pelas empresas de capital aberto e de auditorias, contra a CVM.

6. Principais inovações da reforma da Lei das Sociedades Anônimas

A nova Lei das Sociedades Anônimas, consubstanciada na edição da Lei 10.303, de 31.10.2001, segue na mesma linha de inovações que impõem ou estimulam a adoção de práticas recomendadas de governança corporativa, e buscam o fortalecimento do mercado de capitais com a proteção dos interesses dos investidores. Ainda que, em virtude do processo de negociação política que antecedeu a aprovação dessa reforma, as inovações tenham sido, em geral, mais tímidas do que se poderia esperar, temos para nosso campo criminal algumas novidades importantes.

Destacaremos apenas a tipificação dos crimes contra o mercado de capitais – como manipulação de mercado, uso indevido de informação privilegiada e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função. A nova Lei das Sociedades Anônimas adiciona – a partir do art. 5.º – o Capítulo VII-B à Lei 6.385/76, que disciplina "os crimes contra o mercado de capitais" e passa a vigorar com quatro artigos.

Esses novos crimes completam uma lacuna na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), incriminando condutas que antes eram consideradas meros ilícitos administrativos.

No entender do Prof. Modesto Carvalhosa, o art. 27-C que introduz o crime de "manipulação do mercado" conjuga, em verdade, três ilícitos administrativos, anteriormente previstos na Instrução 8, de 1979, da CVM, e poderiam receber penas que variavam de multa e suspensão do exercício do cargo do autor do ilícito às inabilitações e proibições de até 20 anos de exercício do cargo, atuação no mercado ou prática de operações por parte do mesmo. Em verdade, tal artigo amplia o alcance e aumenta severamente a pena do crime prescrito como "falsa cotação" no art. 177, § 1.º, II, do CP, sob a rubrica de "Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações".

Fica evidente que o escopo da reforma é a transparência na negociação dos valores mobiliários e a eficiência na determinação dos valores dos títulos. Tal intenção amplia-se no artigo seguinte, o novo 27-D, que criminaliza uma conduta muito comum no direito comparado, prevista na maioria das legislações penais estrangeiras e conhecida como *insider trading*, aqui descrita como "uso indevido de informação privilegiada". Tal delito refere-se ao dever de lealdade do administrador perante a sociedade anônima, da garantia do sigilo de sua parte quanto às informações da companhia não divulgadas ao mercado e da igualdade de condições – por meio do acesso equânime às informações – de todos os agentes operantes no Mercado (a Instrução CVM 358, de 03.01.2002, elenca em seu art. 13 aqueles que podem ser responsabilizados criminalmente por essa conduta).

Por fim, o crime de exercício irregular de cargo, profissão ou atividade, do art. 27-E, vem estender e aperfeiçoar o prescrito pelo art. 16 da Lei 7.492/86 e pelo art. 44, § 7.º, da Lei 4.595/64, tipificando criminalmente um ilícito administrativo clássico com penas de seis meses a dois anos de detenção e multa.

7. Considerações finais

O Direito Penal Econômico tem se expandido na direção das empresas e das grandes corporações, na medida em que sua atividade econômica ocupa um espaço crescente na organização social internacional e suas decisões passam a afetar o dia-a-dia de milhares de pessoas em todo o globo. Sua força parece se sobrepor à dos Estados nacionais, que lutam à maneira que podem para manter o controle social. O Direito Penal ainda se mostra como um instrumento privilegiado para este controle e avança sobre a Economia. Novos tipos – cada vez mais específicos – e novas penas brotam nos ordenamentos de diversos países.

É o que nos mostra a história do Direito Penal no século XX. Entretanto, os escândalos americanos colocaram outra escala para este debate: estão envolvidos gigantes de importantes setores da Economia, superexecutivos, empresas interna-

cionais de auditoria, bilhões de dólares e milhares de trabalhadores em todo o mundo. Muitas são as novas questões que surgem para serem desvendadas no combate à criminalidade econômica e muitas são as respostas possíveis nos campos jurídico e social.

A tendência que se apresenta nesse campo do direito penal é a aplicação de elevadas penas pecuniárias e o aumento da responsabilização penal das pessoas jurídicas. No campo social, o que se tem buscado é diminuir o caráter restrito da gestão empresarial em virtude da sua relevância social, submetendo-a cada vez mais ao controle público.

O Brasil não fica atrás na procura por respostas, adotando novas leis penais e novos regulamentos e sanções econômico-administrativos. Para nós, este esforço vai além, visando também ao crescimento de nossa economia, à modernização de nosso sistema legal e à nossa inserção no mundo globalizado.

Bibliografia

BIGÚN, David. "Tendências actuales del derecho penal económico en América Latina. Necesitad de um nuevo modelo". *Revista Cubana de Derecho* 11, Habana, Union Nacional de Juristas de Cuba, 1996.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, José de Faria. "O fenómeno da globalização e o direito penal económico". *RBCCrim.* 34, São Paulo: RT, 2001.

FERNANDEZ, Miguel Bajo. "A reforma dos delitos patrimoniais e económicos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, fasc. 1, Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *RBCCrim.* 11, São Paulo: RT, vol. 3, 1995.

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Direito penal económico e europeu. Textos doutrinários*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: RT, 2001.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Buenos Aires: Derecho Reunidas, 1996.

TIEDEMANN, Jaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985.

Outras fontes

a) Documentos analisados:

Sealed complaint – USA *vs.* Scott Sullivan and David Myers;

Indictment – USA *vs.* Scott Sullivan and Buford Yates Jr.;
Information – USA *vs.* David Myers;
Complaint – US Securities and Exchange Commission *vs.* Michael Kopper, 26
– *Complaint* – US Securities and Exchange Commission *vs.* Andrew Fastow
– *Cooperation Agreement* – USA *vs.* Michael Kopper,
– *Information* – USA *vs.* Michael Kopper
b) Material jornalístico
Financial Times
Folha de S. Paulo
Gazeta Mercantil
O Estado de São Paulo
The Economist
The New York Times
The Washington Post
Valor Econômico

2.4

CRIME ORGANIZADO

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O conceito de crime organizado – 3. O discurso americano sobre crime organizado – 4. O discurso italiano sobre crime organizado – 5. Organizações mafiosas emergentes no Brasil? – 6. Conclusão: a política criminal do crime organizado.

Resumo: O discurso do crime organizado é discurso do poder contra inimigos internos: da Igreja contra hereges, do nazismo contra judeus, das ditaduras fascistas contra comunistas etc. O discurso americano estigmatizava italianos na proibição do álcool; hoje, na era da proibição das drogas, estigmatiza latino-americanos. A criminologia considera o conceito um mito sem valor científico, mas com óbvia utilidade política em campanhas de *lei e ordem*: legitima a supressão de garantias processuais, o aumento do rigor punitivo, a admissão de provas duvidosas (a *delação premial*, o *agente infiltrado* etc.) e encobre a incapacidade do modelo neoliberal para resolver problemas estruturais de emprego, escolarização, habitação, saúde etc.

Palavras-Chave: Mito – Discurso – Lei-e-ordem – Legitimação – Repressão.

1. Introdução

O discurso sobre crime organizado é um antigo discurso do poder contra inimigos internos com diferentes denominações, como indicam situações históricas conhecidas. O *Novo Testamento* informa que a doutrina de Cristo ameaçava o poder dos sacerdotes do Templo – e apesar de dizer que seu Reino não era deste mundo e que deviam dar a César o que era de César, foi crucificado. Quando Cristo chega ao poder como *cristianismo* da Igreja Católica, o inimigo interno é o herege: as fogueiras da Inquisição queimaram milhares de hereges na Idade Média, como mostra *O Nome da Rosa*, de Humberto Eco, por exemplo. No Brasil-Colônia os inimigos internos eram os libertadores: enforcaram Tiradentes, líder do crime organizado contra a Coroa portuguesa. Sob o fascismo, os judeus eram a nova face do crime organizado – e o resultado foi o holocausto. No período das ditaduras militares do Brasil, Argentina e Chile, por exemplo, os comunistas são os inimigos internos – como resultado, as prisões, a tortura e os assassinatos em massa. Hoje, as ossadas descobertas no Brasil, as mães da *Plaza de Mayo* na

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

Argentina e o processo contra Pinochet no Chile mostram onde estava o crime organizado – ou quem eram os verdadeiros criminosos.

2. O conceito de crime organizado

O conceito de *crime organizado*, desenvolvido no *centro* do sistema de poder econômico e político globalizado, recebeu na *periferia* desse sistema homenagens de cidadania, como se fosse um discurso criminológico próprio. A introjeção do discurso sobre crime organizado no Terceiro Mundo produziu a necessidade de descobrir seu objeto real, em completa inversão do método de investigação científica: o processo de conhecimento, em vez de avançar da percepção do problema para sua definição, retrocede da definição do problema para sua percepção – o que explicaria, por exemplo, o inusitado destaque da CPI do Narcotráfico e o charme de personagens como Fernandinho Beira Mar, exibido nos meios de comunicação de massa como personificação do crime organizado.

Na verdade, existem dois discursos sobre *crime organizado* estruturados nos pólos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre *organized crime*, definido como *conspiração nacional* de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre *crimine organizzato*, que tem por objeto de estudo original a *Mafia* siciliana. O estudo desses discursos pode contribuir para desfazer o *mito* do crime organizado, difundido pela mídia, pela literatura de ficção, por políticos e instituições de controle social e, desse modo, reduzir os efeitos danosos do conceito de *crime organizado* sobre os princípios de política criminal do direito penal do Estado Democrático de Direito.

3. O discurso americano sobre crime organizado

Historicamente, a expressão *organized crime* foi cunhada pela criminologia americana para designar um feixe de fenômenos delituosos mais ou menos indefinidos, atribuídos a empresas do *mercado ilícito* da economia capitalista criado pela "lei seca" do *Volstead Act*, de 1920[1] – portanto, uma categoria ligada ao aparecimento de crimes definidos como *mala quia prohibita*, por oposição aos crimes definidos como *mala in se*.

O discurso americano do *organized crime*, originário das instituições de controle social, nasce com o objetivo de estigmatizar grupos sociais étnicos (especialmente italianos), sob o argumento de que o comportamento criminoso não seria uma característica da comunidade americana, mas de um *submundo* constituído por estrangeiros, aqueles maus cidadãos que ameaçavam destruir a comunidade dos bons cidadãos.[2] Esse conceito xenófobo revelou sua utilidade: teorias

(1) Assim, Eugenio Raúl Zaffaroni, "Crime organizado: uma categorização frustrada", *Discursos sediciosos*, 1 (1996), p. 45 e 50-52; também, Peter-Alexis Albrecht, *Krimonologie*, 1999, p. 376.

(2) Ver Peter-Alexis Albrecht, *Krimonologie*, 1999, p. 376.

criminológicas fundadas na noção de *subcultura* e de *desorganização social* definiram o crime organizado como *conspiração* contra o povo e o Governo americanos, promovida por organizações secretas nacionais, centralizadas e hierarquizadas de grupos étnicos estrangeiros. O conceito de crime organizado foi imediatamente assumido por políticos e difundido pelos meios de comunicação de massa para justificar campanhas de *lei e ordem*, eficazes como estratégias eleitorais de candidatos à Câmara, ao Senado e à Presidência da República.[3] Extinto o mercado ilícito e os lucros fabulosos da *criminalização do álcool* durante a chamada *lei seca*, o perigo atribuído ao *organized crime* deslocou o eixo para o *tráfico de drogas*, um novo *mercado ilícito* com lucros fabulosos criado pela política de *criminalização das drogas*, promovida no âmbito planetário pelo Governo americano, sob o mesmo paradigma da conspiração contra o *american way of life*, agora com conexões internacionais.

3.1 O conceito americano de crime organizado é, do ponto de vista da realidade, um mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário

Em primeiro lugar, o conceito de crime organizado é, para dizer o menos, duvidoso: enquanto instituições de controle social, meios de comunicação de massa e políticos americanos defendem a *realidade* desse conceito, a própria criminologia americana sustenta que o conceito de crime organizado é um *mito*.[4] Estudos sérios revelam a situação de pobreza, dificuldade financeira e desorganização das famosas *famílias mafiosas*, mostrando que os fantásticos negócios de bilhões de dólares com contrabando de drogas, jogo ilegal etc. não passariam de pequenos crimes e contravenções, menos lucrativos do que qualquer atividade legal regular.[5] Assim, sem negar a óbvia existência de bandos, quadrilhas ou outras formas de associações ou organizações criminosas nos Estados Unidos e em qualquer país do mundo, essas pesquisas revelam que as atividades criminosas atribuídas ao crime organizado teriam sido realizadas por grupos locais *desarticulados*, sem a organização estrutural da *conspiração* difundida pelo controle social, políticos e *mídia* americanos.[6] As alegadas provas da existência do

(3) Assim, Vincenzo Ruggiero, "Crime organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni". *Dei delitti e delle pene*, 3 (1992), p. 7-30; Eugenio Raúl Zaffaroni, "Crime organizado: uma categorização frustrada", *Discursos sediciosos*, 1 (1996), p. 49-50; Peter-Alexis Albrecht, *Krimonologie*, 1999, p. 377.

(4) GALLIHER, John F. e MCCARTNEY, James L. *Criminology: power, crime and criminal law*, 1977. p. 376.

(5) Ver Gay Talese, *Honor Thy Father*. New York, 1971; também, Jimmy Breslin, *The gang that couldn't shoot straight*. New York, 1969.

(6) Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 53; igualmente, Jay Albanese, *Organized Crime in America*. Cincinnati, 1985; Annelise Anderson, *The Business of Organized Crime*. Stanford, 1979; Howard Abadinsky, *Organized Crime*. Boston, 1981.

crime organizado, obtidas em confissões de *arrependidos* como Joe Valachi, Tomaso Busceta e outros, seriam contraditórias e inconfiáveis, produzidas pelo sensacionalismo jornalístico e pela necessidade política de *bodes expiatórios*[7] das culpas sociais.

Em segundo lugar, independentemente da paranóia *conspiratória* do discurso americano, que enxergava um comunista por detrás de cada traficante, o conceito americano do *organized crime* teria sido criado para a tarefa impossível de abranger fenômenos tão diversos como contrabando, extorsão, jogo proibido, usura, corrupção política, tráfico de drogas, de armas, de objetos preciosos, de arte, de mulheres e de estrangeiros, entre outros, incluindo, hoje, lavagem de dinheiro e delitos eletrônicos. A amplitude indeterminada do feixe de fenômenos criminosos amontoados na rubrica de crime organizado parece justificar a expressão de Zaffaroni, que definiu esse conceito como *categoria frustrada*, ou seja, um rótulo sem utilidade científica, carente de *conteúdo* jurídico-penal ou criminológico.[8] A indefinição ou nebulosidade do objeto desse conceito explicaria hipótese bastante difundida na criminologia contemporânea: quanto menor é a prova do crime organizado, maior a pressão do poder para demonstrar sua existência, entre outras razões porque a admissão oficial da inexistência dos fundamentos empíricos utilizados pelo poder para justificar a *eliminação* ou *redução* de garantias democráticas do processo penal, seria impensável.[9]

Finalmente, do ponto de vista jurídico-penal prático, o conceito de crime organizado seria desnecessário, porque não designaria nada que já não estivesse contido no conceito de *bando* ou *quadrilha*, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer código penal. Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do *mercado*, por meio da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei (por exemplo, os jogos eletrônicos, o mercado da droga etc.), ocupadas imediatamente por múltiplas empresas do mercado, cujo espectro de atividades seria constituído por ações legais e ações ilegais que, no limite, são insuscetíveis de separação entre si.[10]

3.2 Apesar do caráter mitológico, da ausência de conteúdo científico e da inutilidade jurídico-penal, o conceito americano de *organized crime* parece realizar funções políticas específicas, de incontestável utilidade prática: legitima a repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos e, de quebra, justifica

(7) Assim G. Hawkins, *God and the Mafia,* Public Interest 14 (Winter): 24-51, 1969.

(8) Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 45-67.

(9) Comparar Winfried Hassemer, *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, StV 1995, p. 487.

(10) Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, "Crime organizado: uma categorização frustrada", *Discursos sediciosos*, 1 (1996), p. 54.

restrições externas à soberania de nações independentes, como mostra a recente política de intervenção americana na Colômbia, por exemplo, com o objetivo de impor diretrizes locais de política criminal que, de fato e na verdade, são formuladas para resolver problemas sociais internos do povo americano, determinados pela *irracionalidade* da política criminal oficial antidrogas do Governo daquele país.

4. O discurso italiano sobre crime organizado

O objeto original do discurso italiano não é o chamado crime organizado, mas a atividade da *Mafia*, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional: falar da *Mafia* como a *Cosa Nostra* siciliana, ou de outras *organizações de tipo mafioso*, como a *Camorra* de Nápoles, a *Ndranghetta* da Calábria, é falar de associações ou estruturas empresariais constituídas para atividades lícitas e ilícitas, com controle sobre certos territórios, em posição de vantagem econômica na competição com outras empresas e de poder político no intercâmbio com instituições do Estado,[11] que praticariam contrabando, tráfico de drogas, extorsão, assassinatos etc. – portanto, organizações passíveis de definição como bandos ou quadrilhas, mas inconfundíveis com o conceito indeterminado de *crimine organizzato*, embora a criminologia italiana também utilize esse conceito.

As organizações italianas de tipo mafioso, originalmente dirigidas à repressão de camponeses em luta contra o latifúndio, teriam evoluído para empreendimentos urbanos, atuando na área da construção civil, do contrabando e da extorsão sobre o comércio e a indústria. A *Mafia* teria assumido, progressivamente, características financeiro-empresariais, com empresas no mercado legal e a inserção no circuito financeiro internacional para lavagem do dinheiro do tráfico de drogas. Assim, as organizações de tipo mafioso seriam estruturas de poder informal constituídas para proteger a realização de objetivos de lucro, geralmente mediante intermediação parasitária das relações entre capital e trabalho (por exemplo, os sindicatos), entre produção e consumo (por exemplo, as redes de distribuição) ou entre Estado e cidadão (por exemplo, os contratos para obras públicas).[12] Atualmente, as teses principais sobre organizações italianas de tipo mafioso seriam as seguintes:

a) um sujeito econômico formado por uma *burguesia mafiosa* organizada em empresas com objetivo de acumulação de capital, métodos de violência e de intimidação em nível da organização do trabalho e da condução dos negócios, além

(11) Comparar Franca Faccioli, "Appunti per un dibattito", *Dei delitti e delle pene*, 2 (1993), p. 59-66.

(12) CATTANEI, Relazione. Comissione Parlamentare Antimafia. *Relazione sui lavori svolti e sullo stato del fenomeno mafioso al termine della V Legislatura.* Câmara dos Deputados. Roma, 1972. p. 150.

das vantagens competitivas do desencorajamento da concorrência, da compressão salarial e da disponibilidade ilimitada de recursos financeiros de origem ilícita, conforme Arlachi e Catanzaro;[13]

b) uma estrutura simbiótica de capital legal e ilegal, em relação de recíproca sustentação: o capital *ilegal* contribuiria com tráfico de armas, objetos preciosos, obras de arte, e de quebra, com vastos recursos financeiros; a empresa legal garantiria acesso ao mercado financeiro, aos investimentos e parcerias empresariais, que direcionariam o capital ilegal para a produção econômica e a especulação financeira, segundo Ruggiero;[14]

c) uma organização ilegal de poder econômico e político no Estado constitucional, com estrutura hierárquica, recursos financeiros ilimitados e controle total das áreas de atuação, que manipularia partidos políticos interessados no poder mafioso de controle de votos, financiaria candidatos a cargos eletivos e participaria do poder legal, garantindo segurança nos negócios e imunidade de seus membros, de acordo com Pezzino.[15]

Na Itália, a relação da *Mafia* com o poder político existiria como *troca de bens* numa espécie de mercado de proteção recíproca: a *Mafia* garantiria votos com sua capacidade intimidatória e, assim, produziria consenso social; o político garantiria impunidade, contratos, licenças etc., *sensibilizando* as instituições para os problemas da *Mafia*.[16] A história de 130 anos de existência da *Mafia* mostraria o entrelaçamento de atividade política e corrupção – embora algumas teses atuais falem de superação da mediação política *externa* pela eleição direta de "quadros" *internos* das próprias organizações mafiosas.[17] Nessa ótica, uma das fontes da corrupção do Poder Público estaria no financiamento de campanhas políticas por organizações de tipo mafioso: a conquista de cargos públicos eletivos não seria paga somente com doações ou venda de *bottons*, mas também com dinheiro *ilegal*[18] –

(13) Ver Pino Arlachi, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo.* Il Mulino, Bolonha, 1983; Raimondo Catanzaro, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Rizzoli, Milano, 1991.

(14) Assim Vicenzo Ruggiero, "Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni". *Dei Delitti e delle Pena*, 3 (1992) p. 7-30.

(15) PEZZINO, Paulo. *La mafia siciliana come "industria della violenza". Caratteri storici ed elementi di continuità. Dei delitti e delle pena*, 2 (1993). p. 67-79; RINALDI, Stanislau. "Crime organizado e poder político na Itália". Anais do III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático, Foz do Iguaçu, PR, 18-21.03.1997.

(16) Comparar Paulo Pezzino, "La mafia siciliana come 'industria della violenza'. Caratteri storici ed elementi di continuità". *Dei delitti e delle pena*, 2 (1993), p. 77.

(17) Assim Paulo Pezzino, op. cit., p. 77, nota 12.

(18) Revista *Isto É*, edição de 23.08.2000, "Corrupção mata", entrevista de Marcos Gonçalves da Silva, concedida a Florência Costa.

afinal, *pecunia non olet*. O cheiro do dinheiro apareceria somente na lesão do patrimônio público por contratos viciados, leis de encomenda e favores pessoais garantidos pela gestão *clientelar* da coisa pública, controlada por *Governos privados* de tipo mafioso.[19]

Apesar do uso equivocado da categoria *frustrada* de *crimine organizzato* como sinônimo de *Mafia*, o discurso da criminologia italiana pretende esclarecer a realidade doméstica do fenômeno *mafioso*, no contexto de suas contradições históricas, econômicas, políticas e culturais. Desse ponto de vista, o discurso criminológico italiano é útil para mostrar que *organizações de tipo mafioso* – ou seja, de estruturas dotadas de organização empresarial definíveis como quadrilhas ou bandos – não seriam produtos *anômalos* das sociedades capitalistas, nem fenômenos patológicos de sociedades intrinsecamente saudáveis, mas produtos orgânicos do ecossistema social, conforme Santino,[20] expressões de desenvolvimento econômico defeituoso, segundo Baratta,[21] ou excrescências parasitárias danosas à comunidade e à organização democrática da vida, para Cerroni.[22] Seja como for, o discurso italiano sobre a *Mafia* não pode, simplesmente, ser transferido para outros contextos nacionais – como o Brasil, por exemplo –, sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo: os limites de validade do discurso da criminologia italiana sobre *organizações de tipo mafioso* são fixados pela área dos dados da pesquisa científica respectiva, e qualquer discurso sobre fatos atribuíveis a organizações de tipo mafioso em outros países precisa ser validado por pesquisas científicas próprias.

5. Organizações mafiosas emergentes no Brasil?

O Brasil, possuidor da maior economia da América Latina, com uma sociedade civil marcada por extrema desigualdade social e um Estado emperrado pela burocracia, minado pela corrupção e pela ineficiência administrativa, seria um mercado atraente para a expansão dos negócios e do poder do chamado crime organizado, segundo os meios de comunicação de massa. Recentemente, baseada em investigações realizadas pela CPI do Narcotráfico, a mídia brasileira tentou apresentar o que seria uma pequena amostra do crime organizado no Brasil.

Primeiro, o Brasil seria o paraíso da lavagem de dinheiro do crime organizado internacional, segundo declarações do colombiano *arrependido* Joaquim Cas-

(19) Comparar Stanislau Rinaldi, "Crime organizado e poder político na Itália", *Anais do III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático*, Foz do Iguaçu-PR, 18-21.03.1997.

(20) SANTINO, Humberto. *La mafia finanziaria. Accumulazione illegale del capitale e complesso finanziario-industriale*, 1986. p. 8.

(21) BARATTA, Alessandro. "La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política". *Dei delitti e delle pene*, 2 (1993). p. 116.

(22) CERRONI, Humberto. "Conclusión", no debate La criminalitá organizzata: approcci e compiti delle scienze sociali. *Dei delitti e delle pene*, 2 (1993). p. 126.

tilla Jimenez, preso em Fortaleza no dia 06.10.1999, que teria *legalizado* 720 milhões de dólares do *Cartel de Cáli* mediante simples remessas de contas de bancos dos EUA, Ilhas Cayman ou Bahamas para bancos brasileiros. Outro método de lavagem de dinheiro no país seria o jogo com *máquinas eletrônicas programadas* – o chamado *vídeo-bingo* –, referido como a forma predileta de lavagem de dinheiro do narcotráfico: o jogo com moedas ou notas em milhares de máquinas *caça-níqueis* permitiria legalizar enormes quantidades de dinheiro pelo pagamento de impostos sobre valores declarados muito superiores aos arrecadados.[23] A abertura do mercado de *bingos eletrônicos* no Brasil teria despertado o interesse de empresários europeus e da *Mafia* italiana para a venda de máquinas de *bingo eletrônico* e lavagem de dinheiro do tráfico de *cocaína*, segundo confissão do mafioso *arrependido* Lillo Lauricella, preso pela Divisão de Investigação AntiMafia, da Itália.[24]

Segundo, o *tráfico de drogas* seria a principal atividade do crime organizado no Brasil, *mercado consumidor* e *rota* de drogas dos países andinos para Estados Unidos e Europa, em geral adquiridas em troca de *carretas* e *cargas* roubadas nas estradas brasileiras e garantidas por assassinatos de esquadrões de extermínio, próprios ou alugados. Segundo a imprensa, a principal manifestação do crime organizado nacional, dedicado ao tráfico de cocaína e de armas, roubo de carretas e assassinatos, com ação sobre vários Estados brasileiros, seria encabeçada por políticos e empresários caídos em desgraça, como Hildebrando Paschoal, deputado federal (AC) cassado e preso, acusado pelo Ministério Público do Acre de assassinar o motorista Agilson Santos Firmino com uma moto-serra; José Gerardo de Abreu, deputado estadual (MA) cassado e preso, acusado de assassinar o delegado Stênio Mendonça; William Sozza, empresário de Campinas (SP), herdeiro de empresas de PC Farias, com prisão temporária decretada e desaparecido, que teria participado do assassinato de Stênio Mendonça; Augusto Farias, deputado estadual (AL), que seria mandante dos assassinatos do próprio irmão PC Farias e de Suzana Marcolino, em Alagoas. Todas essas pessoas se reuniriam para decidir a compra de droga, a distribuição de armas, o roubo e remessa de carretas para a Bolívia e, finalmente, quem deveria viver ou morrer, conforme declarações à CPI do Narcotráfico[25] do *arrependido* Jorge Meres – ex-empregado da *organização*, preso como partícipe de alguns dos fatos puníveis referidos, que teria seu perdão judicial proposto, seria

(23) Revista *Isto É*, n. 1.574, edição de 1.º.12.1999, "Greca cai na rede", reportagem de Mino Pedrosa.

(24) Revista *Isto É*, n. 1.573, edição de 24.11.1999. "O bolão da vez", reportagem de Mino Pedrosa e Ricardo Miranda.

(25) Revista *Isto É*, n. 1.566, edição de 06.10.1999. "A vez do herdeiro", reportagem de Isabela Abdala e Sonia Filgueiras; n. 1.567, edição de 13.10.1999. "O desespero de Augusto", reportagem de Ricardo Miranda; n. 1569, edição de 27.10.1999. "A guerra do Maranhão", reportagem de Ricardo Miranda e André Dusek; n. 1571, edição de 10.11.1999, "As 'mãos limpas' de FHC", reportagem de Andrei Meireles e Isabela Abdala.

submetido à cirurgia plástica para modificar o rosto e receberia nova identidade pessoal e pensão vitalícia para viver em paz no exterior, nos termos do programa de proteção de testemunhas do Governo brasileiro.[26]

Independentemente do caráter criminoso dos fatos narrados, que constituiriam as *provas* do crime organizado no Brasil, é necessário dizer o seguinte: a) enquanto o Poder Judiciário não emitir juízo definitivo sobre tais fatos e seus autores, a definição desses fenômenos como crimes permanece hipótese dependente de comprovação, e todas as pessoas referidas estão cobertas pela regra constitucional da *presunção de inocência*; b) as referidas associações de pessoas podem significar formação de bandos ou quadrilhas criminosas, assim como os fatos praticados por tais bandos ou quadrilhas podem constituir crimes, mas são incapazes de provar a existência do chamado *crime organizado*, até porque conceitos sem validade científica não podem ser demonstrados.

6. Conclusão: a política criminal do crime organizado

1. A resposta penal contra o chamado crime organizado é mais ou menos semelhante em toda parte: maior rigor repressivo, introdução de novas modalidades de prisões cautelares, instituição de "prêmio" ao acusado colaborador, criação de programas de proteção de testemunhas, inaugurando o assim denominado *duplo binário* repressivo, com o Código Penal para os crimes comuns, e leis especiais para o chamado crime organizado.[27] Nessa linha, o conceito de *crime organizado* parece cumprir relevantes *funções* de legitimação do poder, especialmente nas áreas da polícia, da justiça e da política em geral: a) amplia o poder da polícia, capaz de mobilizar mais recursos materiais e humanos; b) confere mais *eficiência* à justiça, mediante redução de complicações legais e introdução de segredos processuais, por exemplo; c) oferece aos políticos um tema de campanha capaz de produzir votos, aos partidos políticos a oportunidade de competirem entre si pela *melhor estratégia* contra o crime organizado, e ao poder político o discurso sobre a ameaça real desse novo *inimigo interno* da democracia, capaz de justificar restrições aos princípios da legalidade, da culpabilidade e de outras garantias do devido processo legal do Estado Democrático de Direito.[28]

A experiência mostra que a *resposta penal* contra o crime organizado se situa no plano *simbólico*, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado – na verdade, um discurso po-

(26) Revista *Época*, edição de 22.11.1999, reportagem "De ladrão a testemunha-chave", coluna de Joyce Pascovitch; também, *Folha de S. Paulo*, edição de 23.11.1999, "CPI vai pedir perdão para Jorge Meres", reportagem de Abnor Gondim e Ricardo Galhardo.

(27) RINALDI, Stanislau. op. et loc. cits.; também, Luigi Stortoni, "Criminalitá organizzata e legislazione di emergenza". *Dei Delitti e delle Pene*, 3 (1992), p. 39-51.

(28) Ver Peter-Alexis Albrecht, *Kriminologie*, 1999, p. 385-386.

lítico de evidente utilidade: exclui ou reduz discussões sobre o modelo econômico *neoliberal* dominante nas sociedades contemporâneas e oculta as responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso. Na verdade, como assinala Albrecht,[29] o conceito de crime organizado funciona como *discurso encobridor* da incapacidade política de reformas democráticas dos Governos locais: a *incompetência política* em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde etc., seria compensada pela demonstração de *competência administrativa* na luta contra o crime organizado.

2. A resposta institucional do Estado brasileiro contra o crime organizado, definida em *planos nacionais de segurança pública* lançados com estrépito publicitário pelo Governo Federal, não é diferente:

a) primeiro, possui a natureza *emergencial* característica de programas formulados sob o impacto emocional de acontecimentos dramáticos do noticiário policial;

b) segundo, assume a teoria *simplista* de que crime organizado e narcotráfico são *causas* da criminalidade, ignorando a relação de determinação entre as *estruturas de exclusão* de sociedades desiguais e a *promoção da criminalidade*, com a inevitável formação de associações de poder ilegal independentes do Estado: se a sociedade civil exclui do sistema escolar e dos processos sociais de produção e de consumo legais milhões de seres humanos, então a sobrevivência animal desses cidadãos de segunda classe deve oscilar, necessariamente, entre a *guarda de carros* em vias públicas e o *crime patrimonial*, com o mercado da *droga ilegal* aparecendo como alternativa possível e, de fato, melhor;

c) terceiro, representa resposta *simbólica* no melhor estilo do discurso repressivo das políticas criminais autoritárias, dirigidas à produção de *efeitos sóciopsicológicos* no imaginário popular, induzindo a idéia de segurança pela percepção ilusória da presença do Estado como *garante* da lei e da ordem: se estratégias repressivas são ineficazes para controlar o *crime desorganizado* de indivíduos isolados, então realizariam mera função simbólica diante do poder econômico e político atribuído ao chamado *crime organizado* de indivíduos associados em bandos ou quadrilhas criminosas[30] – afinal, a pena criminal jamais cumpriu as atribuídas funções de prevenção geral e especial, sendo mero instrumento de flagelo inútil de indivíduos sem poder.

3. Enfim, a política criminal *oficial* contra o chamado *crime organizado* é responsável pela introdução dos seguintes institutos ou mecanismos lesivos dos

(29) ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit.

(30) Comparar Alessandro Baratta, "La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política", *Dei delitti e delle pene*, 2 (1993), p. 119.

fundamentos constitucionais do direito penal e do processo penal do Estado Democrático de Direito, no Brasil:[31]

a) a figura do *agente infiltrado* em quadrilhas ou organizações e/ou associações criminosas, como procedimento de investigação e de formação de provas (art. 2.°, V, da Lei 9.034/95 e art. 33, I, da Lei 10.049/2002), com a inevitável participação do representante do poder em ações criminosas comuns, infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade;

b) a *delação premial* como negociação para extinguir ou reduzir a punibilidade de crimes por informações sobre co-autores ou partícipes de fatos criminosos, localização da vítima e recuperação do produto do crime (arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 e art. 6.° da Lei 9.034/95), em que o cancelamento utilitário do juízo de reprovação estimula o oportunismo egoísta do ser humano, amplia o espaço de provas duvidosas produzidas por "arrependidos", que conservam o direito de mentir;

c) a supressão da liberdade provisória (art. 7.° da Lei 9.034/95) e do direito de apelar em liberdade (art. 9.° da Lei 9.034/95), bem como a instituição do regime fechado obrigatório no início do cumprimento da pena (art. 10 da Lei 9.034/95), lesionam os princípios constitucionais da igualdade e da presunção de inocência;

d) finalmente, a quebra do sigilo das comunicações pela captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos (art. 2.° da Lei 9.034/95) constitui lesão da garantia constitucional de privacidade.

(31) Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit. p. 59-63.

2.5

MÍDIA, VIOLÊNCIA E SISTEMA PENAL

LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO*

Resumo: Resenha histórica da pena de morte no Brasil com o objetivo de mostrar que os sistemas punitivos fazem parte dos sistemas de comunicação social. Documentos e narrativas das épocas colonial e imperial. Rejeição de propostas de censura para o equacionamento do problema da dramatização da violência e do crime.

Palavras-Chave: Mídia e punição – Dramatização da violência – Pena de morte – Censura.

Ao aceitar o convite para falar sobre "A Mídia e a Dramatização do Crime", eu me deparei com a possibilidade de frustrar, pelo menos em parte, a expectativa da ilustre platéia do IBCCrim.

Poderia relacionar dezenas de casos de distorção da realidade pela imprensa, sobretudo quando se trata da percepção da criminalidade. Poderia acusar as televisões de incitação à violência. Poderia acusar os radialistas de conspiração contra o direito de defesa. Poderia acusar a mídia como um todo de preconceito e maniqueísmo, de difusão do medo e de criação do caldo de cultura política que vem permitindo o endurecimento irracional do nosso sistema penal. Mas não vejo como a adoção de medidas restritivas em matéria de conteúdo – ainda que bem intencionadas – possam corrigir esses malefícios.

Poderia até louvar a utopia de um mundo composto por emissoras de TV e rádio, jornais, revistas e *sites* na Internet absolutamente impecáveis do ponto de vista moral, com estímulo à concórdia e não à violência, em que os padrões de excelência ética estariam tão consolidados no coração dos homens, que princípios como o da presunção de inocência seriam religiosamente levados em consideração. Mas não vejo na proibição de se publicar ou exibir isso ou aquilo um modelo eficaz para se corrigir as distorções que podem ser encontradas, por exemplo, na cobertura policial dos noticiários.

Não vejo, a rigor, a possibilidade de um mundo sem a perspectiva de distorções subjetivas. Não acredito em comunicação social sem o ingrediente da violência porque a violência e sua dramatização são componentes históricos da nossa civilização.

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

A polêmica é antiga e parece insuperável. Como informa Francesc Barata,[1] Lombroso e seus discípulos já apontavam os periódicos populares como fatores criminógenos. Em 1913 já se estudava uma suposta relação entre cinema e delinqüência. O rádio foi acusado de influenciar o pensamento. Histórias em quadrinhos foram acusadas de deformar a juventude. A TV foi satanizada a partir dos anos 60. Depois, o *videogame* e a Internet. Alguém de formação mais conservadora pode considerar o *rap* dos Racionais ou de outros grupos mais radicais um estímulo ao crime; alguém, com outro tipo de sensibilidade, pode considerar estas canções essenciais para a compreensão do que se passa nos guetos e nas periferias das grandes cidades.

Prevalece hoje um sentimento generalizado de que vivemos a era da informação e de que é ela que, em última instância, molda os acontecimentos. Por isso, haveria a necessidade de regulamentar suas atividades de modo a impedir distorções e abusos. É preciso cuidado.

Não se discute a importância crescente da mídia na formação do panorama social e político do século 20 e do novo milênio, mas é importante – para a compreensão do fenômeno – dar atenção à advertência do historiador Robert Darnton.[2] Para ele, "cada era foi, à sua própria maneira, uma era da informação e os sistemas de comunicações sempre moldaram os acontecimentos". Seu ensaio é sobre a circulação de notícias na França, no século 18: o historiador mostra que, no antigo regime, os acontecimentos eram transmitidos por uma autêntica e intrincada rede de comunicação social que, para o observador contemporâneo – acostumado ao cinema, ao rádio, à televisão –, pode parecer primitiva ou irrelevante, pois era formada por boatos, fofocas, canções, manuscritos etc. Mas a rede existia, sim, e, à sua maneira, moldava os acontecimentos. Se olharmos bem, veremos que os efeitos da invasão da privacidade da nobreza parisiense na época de Luís XV não são essencialmente diversos dos efeitos da invasão da privacidade que atingiria Bill Clinton na era da Internet.

Eu proponho, para o desenvolvimento desse raciocínio, a observação de correspondências, documentos e narrativas sobre a pena de morte no Brasil.

Veremos, em primeiro lugar, que o próprio sistema punitivo faz parte do sistema de comunicação social. Não falo apenas do ritual público das execuções e do suplício, para o qual o conjunto das populações locais é convidado a assistir e multiplicar, pela narrativa oral, o impacto da punição.

Numa época em que não se dispõe do domínio tecnológico necessário para a difusão da imprensa, o corpo do condenado é, ele próprio, um veículo de comunicação social.

(1) "La violencia y los mass media". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 29/255. São Paulo: IBCCrim/RT, jan.-mar. 2000.

(2) "Rede de intrigas". *Folha de S.Paulo*, Caderno Mais!. São Paulo, 30.07.2000.

Um alvará de 23.10.1515, editado em Lisboa, determina que os "réus de furto", não condenados à morte natural ou civil, sejam "ferrados no rosto com um ferro, que tenha uma forca".[3] Observem que o objetivo da marca não é apenas o de impor sofrimento físico ou estigmatizar: a marca de ferro e fogo na face do réu cumpre a função de uma folha de antecedentes.

Menos de cem anos depois, a chamada Lei da Reformação da Justiça,[4] de 06.12.1612, daria um tratamento diverso aos réus de furto em Portugal – e por extensão em suas colônias. Preocupado com "ladrões" que mudam de nome e, por isso, não são punidos "pela reincidência dos delitos", o legislador determina que "daqui em diante aos tais delinqüentes se lhes porá um sinal com fogo em uma das espaldas... e sendo achados segunda vez com outro furto, que provado não mereça morte, se lhes porá o segundo sinal... com que serão conhecidos... e castigados com pena capital, por reincidir terceira vez no mesmo crime". Finaliza dizendo: "e querendo emendar-se, nunca poderá ser visto o dito sinal, de modo que os infame."

Notem que a marca de ferro se desloca da face para os ombros do réu. É uma evolução aparentemente singela num quadro de intensa brutalidade punitiva, mas repleta de significado para o lento e gradual processo de formação do Direito Penal contemporâneo. Cumpre o objetivo de comunicação, mas a medida reduz drasticamente o impacto da infâmia que acompanha, sempre, o condenado: permite a ele ocultar, com suas vestes, o sinal da condenação e "emendar-se".

Há documentos da primeira metade do século 18, relacionados com a edificação da forca em São Paulo e em Minas que evidenciam, com clareza, o caráter de comunicação social do sistema penal em vigor. A Justiça se realiza formalmente na Bahia, para onde são encaminhados os réus criminais, porque lá está instalado o Tribunal da Relação, mas as províncias sentem necessidade de transmitir *in loco* a mensagem da punição – não apenas para tranqüilizar as elites mas também para advertir as classes subalternas.

Assim, premido pela ocorrência de homicídios e desordens, o governador da província de São Paulo comunica ao vice-rei, em 1721, o levantamento da forca "na mesma parte em que antigamente estava, para que à vista dela se pudessem abster de continuarem semelhantes delitos". Mas ele faz uma advertência: "isto não bastará, sem que vejam castigados aqui os delinqüentes".[5]

(3) PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. "Repertório". *Primeiras linhas sobre o processo criminal, com um repertório dos lugares das leis extravagantes, regimentos, alvarás, decretos, assentos e resoluções régias.* Lisboa: Impressão Regia, 1831. p. 16.

(4) PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980. p. 158.

(5) *Publicação official de documentos interessantes para a história e costumes de São Paulo.* São Paulo: Arquivo do Estado de São Paulo, vol. XX.

Vejam que a reconstrução da forca, nesse caso específico, exerce função de propaganda. A forca reaparece em São Paulo como um *outdoor*. Como a autoridade aparentemente não crê na eficácia da simples mensagem publicitária, pretende mais, pretende produzir fatos concretos, enforcamentos reais, para que os efeitos "midiáticos" da punição não deixem para os habitantes da cidade sombra de dúvida.

Na mesma direção, está um bando (espécie de proclamação pública e escrita da autoridade local) assinado pelo governador de Minas em 1731. Tendo em vista os "atrozes crimes" cometidos por "negros, bastardos, mulatos, carijós e peões", a autoridade comunica aos habitantes da província a autorização real para que lá se possa executar "o último suplício de morte natural". Ele diz: "só com o exemplo do castigo... poderá deixar de haver a atrocidade de crimes".[6]

O pelourinho, o esquartejamento e a exposição de cadáveres exercem também um poderoso papel de comunicação social.

O governador de Pernambuco recebe a cabeça de Zumbi, líder do quilombo de Palmares, em 1695, como prova do seu extermínio. A carta que escreveria depois sobre o episódio é particularmente ilustrativa: "determinei se pusesse em um pau [a cabeça de Zumbi] no lugar mais público dessa praça a satisfazer os ofendidos e justamente queixosos e atemorizar os negros que supersticiosamente julgavam este imortal".[7]

Durante os tempos coloniais, à punição de crimes comuns e crimes políticos acrescenta-se o esquartejamento posterior do corpo do réu, não apenas para agregar à morte um sofrimento impossível ou dramatizar ainda mais a cerimônia, mas para otimizar os efeitos da punição. A exposição das partes dos corpos dos condenados ao longo das estradas reais tem a função de anunciar a inexorabilidade dos mandamentos da lei e da ordem. O caso Tiradentes (1792) torna-se emblemático na história do país, mas não se pode esquecer o desfecho semelhante de outros movimentos de rebeldia, como o do Terço Velho, em 1728, e a Conjuração dos Alfaiates, em 1799, ambos em Salvador.

Pelo relato de Johann Emannuel Pohl,[8] médico, botânico e mineralogista austríaco que visitava o Brasil entre 1818 e 1821, por conta do casamento do príncipe D. Pedro, a prática era comum, sobretudo com escravos. O cronista conta o que viu em Barbacena:

"São esplêndidos os panoramas que se apreciam de muitos pontos, especialmente no rumo do sul e da serra da Mantiqueira. Mas causa-me arrepios recordar o símbolo da justiça criminal, que Barbacena possui, como todas as vilas. Em

(6) GOULART, José Alípio. *Da palmatória ao patíbulo (castigo de escravos no Brasil)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1971. p. 190.

(7) ALVES FILHO, Ivan. *Brasil:* 500 anos em documentos. Rio de Janeiro: Mauad, 1999. p. 87.

(8) *Viagem no interior do Brasil*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1976. p. 84, 87, 404.

frente do tribunal e da cadeia havia uma coluna erecta, com quatro braços de ferro, em um dos quais estava pendurada uma ressequida mão humana."

Conta depois o que viu em São João Del Rei:

"Fiquei numa hospedaria não longe da entrada da cidade. Deram-me um quarto limpo, pintado, com cama, mesa e cadeiras, como há muito tempo eu não encontrava no Brasil. Mas o primeiro olhar que deitei pela janela me transtornou o ânimo alegre que essas comodidades me haviam proporcionado. Descobri com horror num alto, apenas a 16 passos de mim, enfiados numa vara, em torno da qual adejavam milhares de moscas, a cabeça e a mão de um negro. Pouco tempo antes esse infeliz matara o seu tirano, dono da estalagem. Fugira, fora preso e executado em Vila Rica. Mas a cabeça e a mão haviam sido trazidas para aqui a fim de ser expostas, como exemplo, no local do crime".

E, finalmente, no retorno de sua excursão, conta o que viu nas proximidades de Vila Rica:

"No alto, havia um enorme espeto com uma cabeça de negro na ponta como advertência aos criminosos. Esse negro, por causa dos maus tratos recebidos, assassinara o seu senhor e fora enforcado. E, como é costume no país, decepar-lhe em seguida a cabeça e as mãos, sendo cada uma espetada em um local como advertência. Existe a prática de transferir as cabeças dos executados, enquanto há restos delas, de um lugar para outro nas estradas reais, para que não fiquem por muito tempo no mesmo local".

Repleta de significado também é a chamada "Procissão dos Ossos", embalada pelo repique dos sinos das igrejas e realizada pela Irmandade da Santa Casa da Misericórdia. Sua imagem pode ser vista em painel de azulejos que ornamenta a capela da instituição em Salvador.

Como os cadáveres dos condenados a "morte natural para sempre" ficam pendentes até o apodrecimento, todos os anos, em dia de Finados, a confraria, devidamente autorizada pelo rei, recolhe os ossos dos enforcados no ano anterior para lhes dar sepultura digna. A última procissão dos ossos que se tem notícia no Brasil, acontece na Bahia, em 1825.[9] O ritual público do recolhimento dos ossos transmite a mensagem da punição inexorável do crime e prolonga, no imaginário popular, a repercussão do enforcamento. Um belíssimo sermão de Pe. Vieira,[10] proferido na Bahia em 1637, fala do recolhimento dos ossos como ato de misericórdia e da difusão da infâmia:

"Que vivo há que queira ser pai ou filho de um enforcado? É tão feio, tão infame, e tão abominável o suplício da forca, que todos estes respeitos priva e despoja aos miseráveis que nela acabam... Como se fora mais abominável a pena que a culpa, e mais mofinos e malditos os justiçados, pela infâmia do

(9) RUSSEL-WOOD, A. J. R. *Fidalgos e filantropos:* a Santa Casa da Misericórdia da Bahia, 1550-1755. Brasília: UnB, 1981. p. 202.

(10) VIEIRA, Antônio. *Sermões*. Porto: Lello & Irmão, 1948. vol. XIV, p. 99.

suplício, que pela atrocidade dos crimes. E como esta infâmia e maldição corre pelas veias, e se difunde e se estende aos parentes, qual haverá que a queira herdar, ou ter parte nela? Esta é a razão porque os vivos destes mortos não podem ser adulados, nem lisonjeados...".

Com a vinda da família real para o Brasil em 1808 inicia-se um processo de modernização do país – a começar pela abertura dos portos – que lhe confere uma feição mais cosmopolita. A imprensa se espalha pela corte e pelas províncias. Um visitante estrangeiro noticiaria a existência de 28 jornais no país em 1828, quinze deles editados no Rio de Janeiro.[11]

A despeito do odioso paradoxo da escravidão negra e dos castigos dela decorrentes, o desenvolvimento se acentua ao longo do Império, com enorme reflexo no Direito Penal. A Constituição de 1824 elimina do cenário punitivo as penas cruéis. A infâmia não se transmite mais aos descendentes do criminoso. O Código Criminal de 1830 reduz drasticamente a incidência da pena de morte e torna o ritual público da execução muito mais austero: o corpo do condenado é entregue à família para sepultamento, sem pompa. Acaba a exposição de cadáveres. Em 1834, a Regência determina a demolição da forca no Rio de Janeiro porque "convém antes que seja levantada momentaneamente para a execução do que esteja continuadamente exposta às vistas do público",[12] medida que, por Aviso, seria transmitida depois ao resto do país.[13] São criadas, a partir de 1850, as Casas de Correção no Rio de Janeiro e em São Paulo, o que inaugura entre nós a execução de uma política penitenciária.

Com exceção do castigo do escravo, da cerimônia de enforcamento e das galés – que na época significava trabalhos forçados em obras públicas –, rituais que ainda permitem aos habitantes a observação direta das garras da Justiça criminal, esmorecem os mecanismos mais primitivos de comunicação relacionados com a tarefa punitiva.

Eu arriscaria a hipótese de que a imprensa, além de permitir a circulação rápida das novas ideologias, do humanismo, e de informar, passa a cumprir, ela própria, o papel de transmissão da eficácia da pena e da multiplicação do exemplo punitivo. E não é estranho que esse papel de difusão tenha se perpetuado.

A mutilação física ou a exposição de cabeças e mãos ou a previsão legal da infâmia deixam de ser necessárias porque jornais e panfletos, além da tradição, já são os motores da mensagem punitiva. Comunicam ao povo que a punição é inexorável. A infâmia do réu passa a ser veiculada por outros canais. Não é necessária mais a marca na face ou no ombro do condenado: as algemas e a difusão da notícia do processo ou da prisão, cumprem esse papel.

(11) WALSH, R. *Notícias do Brasil (1828-1829)*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP.

(12) COSTA, Edgard. *Efemérides Judiciárias*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. p. 318.

(13) FILGUEIRAS JÚNIOR, Araújo. *Codigo criminal do imperio do Brazil anotado*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1876. p. 30.

Por sua vez, não é necessário que as TVs transmitam a execução dos condenados nos Estados Unidos porque a cerimônia já é testemunhada por um grupo de pessoas, a favor e contra do terrível desfecho, que levarão para a mídia os detalhes de tudo, o sofrimento do réu e suas convulsões, ainda que minúsculas, quando se compara a câmara de gás e a cadeira elétrica com a injeção letal. Assim, há a certeza da punição e a satisfação do desejo de vingança.

Dentro desse panorama histórico da pena de morte, é importante verificar também que o Estado sempre esteve sintonizado com a opinião pública e com o que hoje designamos "dramatização do crime" ou "dramatização da violência".

Como se sabe, a colonização do país se apóia em três pilares básicos: imigração forçada de condenados, extermínio e cativeiro de ameríndios e escravidão negra. Nesse contexto, os sistemas de comunicação da época, orais e escritos, inspirariam reações drásticas e importantes das autoridades.

Em 1535, D. João III declara o Brasil como lugar de "couto e homizio" para todos os condenados que aqui quisessem viver, "ainda que condenados até em pena de morte" (exceção feita aos crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa), assinalando que os degredados não seriam "de modo algum inquietados ou interpelados" pelo que antes tinham feito.[14] E, em 1551, autorizado pelo rei, Tomé de Souza perdoa um amplo elenco de crimes aqui cometidos antes da criação do Governo-geral.[15] Mas esta convivência incentivada com criminosos não parece confortável para a elite governante que aqui se instala, ainda que temporariamente. Mem de Sá, terceiro governador do Brasil, em 1560, alerta o rei para os inconvenientes causados pelos degredados e a lástima de muitos serem "malfeitores" e merecedores de "morte", porque "não têm outro ofício senão urdir males".[16] A dramatização da violência dos degredados os impede de sair do olho do furacão punitivo.

Em relação aos ameríndios, durante séculos, a convivência é permanentemente tensa e conflituosa, sendo que os relatos de canibalismo logo dominariam o imaginário popular. Proibida por Portugal a escravidão do "negro da terra" ou "gentio", como eram chamados, salvo em caso de "guerra justa", a opinião pública da época se impõe de modo a justificar o enfrentamento.

Um Assento[17] de 1669, da Relação da Bahia, declara a guerra, com a degola de todos os que resistissem, o cativeiro de todos os que aprisionassem e a repartição das suas terras. O preâmbulo desse documento tem a seguinte narrativa: "... grandes danos e traições... fizeram sempre as nações bárbaras do gentio da terra aos moradores que habitam esta capitania... assaltando-os em suas casas e fazen-

(14) BUENO, Eduardo. *Capitães do Brasil*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999. p. 91.

(15) VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História geral do Brasil*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1981. t. 1, p. 253.

(16) PIERONI, Geraldo. *Os excluídos do Reino*. Brasília: UNB, 2000. p. 34.

(17) CERQUEIRA E SILVA, Inacio de Accioli de. *Memorias historicas e politicas da provincia da Bahia*. Salvador: Imprensa Official do Estado, 1919, vol. 2, p. 30, nota 34.

das... e executam os roubos e mortes, de que cada dia se ouvem as queixas, e vemos os estragos obrados com tanta crueldade, que não excetuam meninos nem mulheres: e se algum menino reservam com vida é para o comerem, e mulher para usarem mal dela, e depois a matarem...". É a dramatização da violência indígena, a partir das queixas que chegam aos ouvidos das autoridades, que tentam justificar a política de extermínio desenvolvida.

Na região das minas, na segunda década do século XVIII, como informa Diogo de Vasconcelos,[18] há uma permanente inquietação das elites, pois "o excesso de negros sobre os brancos foi de meter medo, independentemente de qualquer assanho daqueles infelizes". O Conde de Assumar, que assume em 1717 o Governo da capitania, sensível a esse clima de intranqüilidade, propõe a edição de um "Código Negro" com disposições extremamente drásticas, como, por exemplo, a de amputar a perna direita de todo escravo fugido.

É o caso de citar ainda, nesse contexto de dramatização do medo, a teia de familiares, intrigas, espionagem, vigilância e denúncias que se forma no país, pela Inquisição de Lisboa, para a perseguição de judeus, cristãos novos e hereges.

Não há, com efeito, como dimensionar no plano estatístico – como hoje se pretende fazer a partir da contagem numérica das inserções de notícias de crimes na TV e nos jornais – a correspondência entre banditismo, o pânico por ele determinado e realidade criminal. Mas os sistemas de comunicação dos períodos colonial e imperial revelam um inequívoco sentimento de insegurança da população e, com efeito, moldam os acontecimentos.

Em 1725, o vice-rei do Brasil transmite ao rei de Portugal, com indisfarçável exagero, os feitos de um tal João Figueira, "o mais decantado e insolente régulo que houve no Brasil depois de seu descobrimento", habitante da região de Ilhéus e perseguido há mais de 24 anos. Segundo a informação do governante, "não havia mulher casada nem moça donzela que não fossem vítimas de seu depravado apetite, tendo feito pelas suas próprias mãos cinco mortes, infinitos roubos e quantos excessos cabem em um homem totalmente inimigo e oposto a lei de Deus".[19]

Outro precursor de Lampião – e de certa forma do que hoje chamamos crime organizado – é o "famigerado" Lucas da Feira, escravo fugido e chefe de uma "assombrosa quadrilha", que, até seu enforcamento em 1849, em Feira de Santana, causou pânico no interior da Bahia. Suas façanhas são cantadas em prosa e verso. Segundo a tradição, na "galeria dos criminosos célebres, ocupa esse facínora, no Brasil, um dos pontos culminantes". Teria cometido "mais de cento e cinqüenta assassinatos" e "os defloramentos por ele praticados foram muito numerosos". Sua prisão é comemorada com festas, "girândolas de foguetes, repiques de sinos, embandeiramento das ruas, luminárias à noite, passeatas, tocatas de violão".[20]

(18) *História antiga das Minas Gerais*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 342.

(19) "Nota de Braz do Amaral". In: CERQUEIRA E SILVA, Inácio de Accioli de. Op. cit., vol. 2, p. 340.

(20) MORAIS FILHO, Mello. *Festas e tradições populares do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 245.

É importante registrar que os sistemas de comunicação transmitem a visitantes estrangeiros uma noção de impunidade que provavelmente não corresponde à realidade.

Em 1751, chegou ao Rio de Janeiro, onde permaneceu por um mês, o astrônomo francês Nicolas de La Caille, a caminho do cabo da Boa Esperança, em viagem de observação científica. Sua narrativa[21] inclui uma observação aguda sobre a criminalidade: "O assassinato, nesta cidade, é muito comum e quase sempre permanece impune".

A mesma percepção, durante o Império, teve o viajante Richard Burton,[22] que visitou Minas Gerais em 1867: "O derramamento de sangue é encarado sem muito horror; praticamente, não há aquela preocupação e aquele respeito pela vida humana que caracterizam os antigos países da Europa. O afetuoso diminutivo 'facadinha' significa um esfaqueamento e uma 'mortezinha' é um assassinato, geralmente à traição. A impossibilidade moral de aplicar a pena última – retirar o criminoso da lista dos vivos – a facilidade de fugir da cadeia e o pouco receio dos trabalhos forçados entre os escravos, são fatores que estimulam a vingança".

Os sistemas de comunicação, agora em outra direção, são capazes também de estabelecer mitos, proclamar a brutalidade punitiva do Poder Público e promover, *post mortem*, a reabilitação moral do condenado. É o caso do soldado Francisco José das Chagas, o *Chaguinhas*, executado em 1821, em São Paulo, no largo da Forca, depois designado praça da Liberdade. Paulo Cursino de Moura informa que a memória do réu passa a ser cultuada na Capela da Santa Cruz dos Enforcados e que o centenário do seu enforcamento foi comemorado com festa em 1921. Ainda hoje, no local, há uma capela com o mesmo nome. Vejamos a descrição do cronista, recolhida da tradição popular:[23]

"Depois da leitura da sentença e após a exortação que a caridade edificante de um capuchino sempre dispensa aos réus... chega a vez do Chaguinhas. Perpassa pela espinha dorsal do povo, estatelado e mudo, um arrepio de emoção e de admiração: a corda quando o corpo de Chaguinhas é jogado no ar, arrebenta. O escudeiro-mor, desapontado, ordena a sua substituição. Novo engaste, novo nó, nova caída... e a corda, pela segunda vez, arrebentada. A multidão eletriza-se... Chovem imprecações, pedidos, gritos de perdão: – Liberdade!... Liberdade!... O carrasco range, entredentes, baboso, uma praga, negando a solicitação pública. Colocado novamente no patíbulo, Chaguinhas tem para a plebe irritada e suplicante aquele olhar místico e doce das almas contristadas. Desse olhar nasceu a primeira irradiação da crença. Pela terceira vez, o algoz laça o pescoço do infeliz e pela terceira vez a corda se rompe... Então... divinizam o condenado e alguma coisa sobrenatural perpassa no ar parado daquela manhã fatídica. Só depois, na quarta

(21) FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. *Visões do Rio de Janeiro colonial:* antologia de textos (1531-1800). Rio de janeiro: José Olympio/ UERJ, 2000. p. 100.

(22) *Viagem do Rio de Janeiro ao Morro Velho*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1976. p. 307.

(23) *São Paulo de outrora*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1980. p. 119.

tentativa, o corpo de Chaguinhas balouça inerte no instrumento do seu martírio. Eis a lenda popular, transformada em religiosa veneração. A prova da inocência estava ali, na teimosia da corda em se negar ao mister do enforcamento, como se a rebelião contra a injustiça partisse, antes do mais, da própria cousa inanimada."

Convém mencionar, finalmente, o episódio do Império que de certa forma sinaliza o comportamento da mídia impressa e eletrônica de nossos dias: o caso Mota Coqueiro. A pena de morte está em decadência e o regime escravista, também decadente, estabelece para o país um inequívoco constrangimento moral e político. O caso tem a utilidade de afirmar para o país que o patíbulo não está reservado apenas para escravos, mas também para fazendeiros... Sua condenação, justa ou injusta, não importa, deve ser compreendida nesse contexto de legitimação. Segundo um historiador regional[24] que se debruça sobre o processo, os jornais enchem "colunas e mais colunas com verdadeiro libelo acusatório" e arremata: "Ninguém pleiteava investigação ou julgamento, mas todos, sem exceção, exigiam a condenação de um monstro". Mota Coqueiro entra para a história como a Fera de Macabú e seria reabilitado duas décadas depois pelo romance de José do Patrocínio.

A pena de morte é abolida com a República. Os meios de comunicação social de massa são cada vez mais sofisticados. Os acontecimentos passam a ser moldados com rapidez e intensidade. Não se vislumbra mais a possibilidade prática de se constituir um tribunal imparcial para julgamentos de grande repercussão pública, como o de Chico Mendes, no Acre, ou de Daniela Perez, no Rio de Janeiro, em relação aos quais qualquer tentativa de desaforamento seria inútil.

Esse panorama histórico me permite algumas considerações.

Não há como se cogitar, sem ingenuidade, da existência de um sistema penal independente da atuação dos sistemas de comunicação social.

A manipulação do imaginário é algo que permeia a história permanentemente: basta a lembrança de que, durante séculos, a feitiçaria amedrontou realmente as populações e feiticeiras foram efetivamente queimadas em virtude desse medo.

Não quero dizer com tudo isso que devemos nos conformar com o papel desempenhado pela mídia ao tratar da violência e da criminalidade nos dias de hoje. O desafio é justamente saber como interferir de forma crítica no espaço público dos meios de comunicação, hoje dominado por uma concepção autoritária e não satisfatória do problema.

Eu não acredito numa relação de causa e efeito entre a quantidade de violência exibida pelos veículos de comunicação e a realidade criminal de um país. Da mesma maneira que devemos duvidar do entendimento segundo o qual a mídia reflete, pura e simplesmente, a realidade social e a crença das pessoas, devemos duvidar do entendimento oposto, segundo o qual as pessoas são, pura e simplesmente, intoxicadas pelo conteúdo dos jornais e da TV.

(24) TINOCO, Godofredo. *Mota Coqueiro, a grande incógnita*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1966.

Acredito, sim, que o tratamento enviesado da informação possa ensejar reações individuais ou coletivas de medo ou possa estimular mudanças comportamentais. Acredito também que o tratamento enviesado da informação possa ensejar a adoção de políticas públicas inadequadas, como revela o discurso endurecido dos nossos candidatos, independentemente de sua posição no arco ideológico. Mas eu recuso, com toda a convicção, soluções mágicas ou "jurídicas" voltadas para a imposição de proibições pontuais em matéria de conteúdo.

Quando ouço a proposta de proibição de cenas de violência na TV para a proteção social, imagino a perspectiva surrealista de veto a dramas bíblicos ou a grandes obras de arte que fizeram da violência sua matéria-prima. Quem seria o juiz do que pode e do que não pode ser veiculado?

Quando ouço a proposta de proibição de programas voltados para a caça de criminosos, que reputo horrorosos, pelo que contêm de maniqueísmo, incentivo à delação e presunção de culpabilidade, como o "Linha Direta", imagino se um programa produzido em moldes semelhantes, mas com outro nome, outro apresentador e um pouco mais de sutileza estética, voltado para "investigar" casos de tortura e abusos, não seria saudado no Brasil como uma iniciativa renovadora e relevante para o desenvolvimento de um sistema de controle social baseado no cumprimento da lei... O território da subjetividade é, de fato, insuperável.

Quando ouço a proposta de proibição da identificação de réus ou suspeitos, antes da condenação criminal, em obediência ao princípio da presunção da inocência, imagino o ridículo da publicação de uma notícia que identifica o investigado pelas suas iniciais quando se tratar, por exemplo, de um parlamentar, de um juiz, de um governante ou de uma celebridade qualquer. Com efeito, a população não tem o direito de saber se um juiz federal ou um deputado ou um artista está sendo investigado por corrupção, conhecer seu nome e o por que das suspeitas? Não haveria nesse anseio de proteção desmedida da figura do réu uma inversão de valores semelhante aos propósitos exercidos pela censura nos regimes autoritários?

O centro nevrálgico da controvérsia, no meu entendimento, não está no tratamento sensacionalista do crime e da violência e sim na concentração de poder na definição do que é transmitido. Fundamental é romper o estado de monopólio que prevalece e assegurar que a pluralidade de pensamentos ocupe o espaço público da comunicação.

O desenvolvimento tecnológico das comunicações nos últimos tempos oferece meios para que a diversidade se instale. Os processos de concessão de emissoras de rádio e de TV podem deixar de ser clandestinos e voltados para a satisfação de interesses econômicos e políticos. Medidas de caráter restritivo, para se evitar a concentração de veículos de comunicação em uma mesma empresa ou família, ampliariam democraticamente o leque de oferta de informações. Mas é papel da sociedade civil se organizar em movimentos capazes de interferir, de forma crítica, na programação das emissoras. Para que seus proprietários deixem de agir como proprietários e percebam que são, apenas, concessionários de um serviço público.

O "X" do problema não está na existência de programas que dramatizam o crime e a violência: está na inexistência de programas que não dramatizam o crime e a violência.

2.6

DIREITO PENAL TRADICIONAL *VERSUS* "MODERNO E ATUAL" DIREITO PENAL

LUIZ FLÁVIO GOMES*

SUMÁRIO: 1. Características do direito penal liberal tradicional – 2. Características do "moderno e atual" direito penal.

Resumo: O direito penal liberal tradicional (alguns o chamam de clássico) é o responsável pela construção histórica de um direito penal voltado para a tutela (prioritária) dos direitos fundamentais da pessoa (direitos subjetivos) contra (sobretudo) as intervenções punitivas do Estado. No entanto, o "moderno" direito penal rompe com essa tradição (clássica e liberal) na medida em que a leva até suas últimas conseqüências em termos de tutela exacerbada e abusiva de bens jurídicos, assim como a idéia de prevenção, ou ainda quando a inverte radicalmente para transformar o direito penal de *última* em *prima ratio*, particularmente para a "solução" dos mais agudos e, com freqüência, irresolúveis problemas sociais.

Palavras-chave: Direito penal tradicional – Direito penal "moderno e atual" – Direito penal simbólico – Tutela de bens jurídicos.

1. Características do direito penal liberal tradicional

O direito penal liberal tradicional (alguns o chamam de clássico),[1] formado originalmente entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, sob inspiração do Iluminismo (Beccaria, Montesquieu, Condorcet, Pufendorf, Thomasius, Bentham, Lardizábal, Carrara etc.), é o responsável pela construção histórica de um direito penal voltado para a tutela (prioritária) dos direitos fundamentais da pessoa (direitos subjetivos) contra (sobretudo) as intervenções punitivas do Estado, sem prejuízo (evidentemente) de que também se almejava a

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

(1) A Escola Clássica assim como a chamada Escola "social" (ou sociológico-naturalista) do direito penal são, segundo Alessandro Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", *Pena y Estado*, n. 1, p. 54, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre 1991, "el origen de una conexión funcional entre la concepción del derecho como garantía del delincuente (La Magna Carta de von. LISZT) y del ciudadano que todavía no ha delinquido".

redução da violência, do despotismo e da arbitrariedade,[2] que caracterizavam o direito anterior (do *Ancien Règime*).

Sob a inspiração filosófica iluminista desenvolveu-se um conjunto de idéias *limitadoras* do exercício do poder punitivo estatal (do *jus puniendi*) que é, ainda hoje, um patrimônio universal e que pode estruturar a base de uma verdadeira plataforma de resistência (à hipertrofia e instrumentalização do direito penal), em virtude da proeminência que foi conferida a alguns valores essenciais para o ser humano como dignidade humana, liberdade e justiça.

Precisamente por isso não só conta com valor inestimável no momento reivindicativo da política criminal (função de direção), senão também que constitui, na atualidade, desde que revitalizados seus princípios pelas modernas constituições, a fonte primária referencial e paradigmática para a crítica (função crítica) do "moderno" sistema penal[3] que, agora, já começa a também sofrer os influxos da era da globalização.

Impõe-se realçar que o direito penal da tradição liberal e garantista, ainda que não possa ser milimétrica e mimeticamente transportado para a realidade (bem diversa) do terceiro milênio, foi construído sobre bases dialéticas, é dizer, tinha o propósito de cumprir uma dupla finalidade: 1.ª) servir de instrumento para a proteção de bens jurídicos (de direitos subjetivos, como se dizia);[4] 2.ª) servir de garantia para a liberdade do cidadão (perante a intervenção estatal).

Foi um tempo em que não se confiava (muito) no Estado nem na sua autolimitação no uso da força punitiva. Ao contrário, o Estado era visto como fonte potencial de violência. Justamente por isso procurou-se demarcar com precisão o que podia e o que não podia fazer.[5]

Era um direito fundado na idéia do *contrato social*, que concebia o homem como sujeito de direitos naturais (vida, patrimônio, liberdade) e o Estado como

(2) Cf. Peter-Alexis Albrecht, "El derecho penal en la intervención de la política populista", *La insostenible situación del derecho penal*, dir. Carlos María Romeo Casabona, Granada: Comares, 2000, p. 472, que caracteriza o direito penal clássico assim: "Las demandas de control dirigidas al derecho penal son una manifestación de la sociedad moderna: por contra, en el derecho penal clásico éste se explicaba fundamentalmente como medio para asegurar la libertad ciudadana contra la arbitrariedad de la justicia feudal. En la construcción ideológica, el derecho penal era un mecanismo de defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado. En la persecución penal estatal todo debía ser predecible y estar libre de influencias políticas. La Ley se situaba en el centro del programa jurídico del Estado: quien gobierna es la Ley, no los hombres –en todo caso, ésa era la pretensión–".

(3) Sobre as funções do conjunto de idéias do Iluminismo cf. Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 58.

(4) No tempo do Iluminismo não se conhecia o conceito de bens jurídicos. Falava-se, por influência dos civilistas, em direitos subjetivos.

(5) Com referência às características do direito penal clássico v. Winfried Hassemer, e Francisco Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 18-21. Com relação à concepção das liberdades no Estado liberal de direito cf. Jacques Chevallier, *L'État de Droit*, 3.° édition, Paris: Montchrestien,

guardião desses direitos. Desconfiava-se do Estado (Leviatã) em razão do seu extraordinário poder, assim como se desconfiava do próprio direito penal, porque se por um lado é um instrumento de proteção de bens jurídicos, de outro, não deixa de ser uma forma (civilizada ou incivilizada) de violência.

A excessiva e abusiva intromissão do poder punitivo na esfera da liberdade privada, que campeou no "antigo regime" e que continua em plena atividade nos dias de hoje, posto que o aumento da criminalidade corre *pari passu* ao aumento da dureza repressiva e do "antigarantismo" penal, comprova (de modo irrefutável) a imprescindibilidade da recuperação, ainda que sob novos fundamentos, sobretudo constitucionais, da doutrina filosófica e garantista da era Ilustrada.

Pelo menos no que concerne ao bloco principal do direito penal, que se funda na cominação da pena privativa de liberdade, essa idéia parece de atualidade indiscutível. Sublinhe-se, nesse passo, a contribuição ímpar que vem dando Ferrajoli (particularmente em seu *derecho y razón*), para alcançar esse *desideratum.*

Precisamente porque configura um instrumento de violência, de repressão, o que se espera em relação ao direito penal (particularmente o atrelado à privação da liberdade) é sua utilização equilibrada, proporcionada, de tal forma que assegure a convivência social com a punição "penal" exclusivamente da conduta que venha a efetivamente perturbar essa tranqüilidade (cf. Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, São Paulo: RT, 2002).

Adotados os clássicos princípios liberais, a *sanção penal consistente na privação da liberdade* somente pode ter incidência quando absolutamente *necessária*,[6] é dizer, quando outros meios não se apresentem como mais idôneos (subsi-

1999, p. 55: "Le premier aspect de la limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits de l'homme. L'Etat de Droit implique en effet une certaine conception des rapports entre l'individu et l'Etat, qui sous-tend tout l'édifice juridique: non seulement la puissance de l'Etat trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus, ce qui crée ainsi la possibilité d'une '*opposition au pouvoir fondée sur le droit*' (C. Lefort, 'Droits de l'homme et politique', Libre n. 7, 1980, p. 25), mais encore elle a pour finalité même, pour justification ultime la garantie de ces droits; l'Etat de Droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'*instrumentalisation de l'Etat,* dont le but est de servir les libertés, et la *subjectivisation du droit* (L. Ferry, A. Renaut, *Philosophie politique*, III, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine,* PUF, 1985, p. 72), qui dote chacun d'un statut, lui atribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action".

(6) O primeiro limite do poder proibitivo do Estado, como sublinha Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de Norberto Bobbio, Madrid: Trotta, 1987, p. 465, "viene dictado por el *principio de necesidad* o *de economía de las prohibiciones penales*, expresado en el axioma A3, *nulla lex poenalis sine*

diariedade do direito penal) e mesmo assim tão-somente frente aos ataques mais intensos (para os bens jurídicos mais relevantes) ou que causem ao menos sério e concreto risco de dano (perigo concreto) para o interesse tutelado (fragmentariedade do direito penal)[7] (cf. Alice Bianchini, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, São Paulo: RT, 2002; Paulo Queiroz, *Direito penal subsidiário*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000).

Unicamente a ofensa *intolerável* às liberdades asseguradas pelo "contrato social" é a que justifica a intervenção penal na liberdade humana *(rectius:* é a que pode ser considerada infração penal propriamente dita). Por outra parte, é absolutamente imprescindível que o poder estatal seja delimitado estritamente e que as múltiplas formas de sua ingerência na liberdade individual seja claramente descrita na lei (mandato de certeza da lei penal – *lex certa*).

A intervenção do direito penal, em conseqüência, deve ser mínima e somente quando há um ato (intolerável) de violação a um ("autêntico") bem jurídico *(Verletzungshandlung).*[8] Recorde-se que no tempo do direito penal tradicional identificava-se com toda clareza o autor do delito, o ato criminoso e a vítima que havia sofrido um dano insuportável e visível (passível de comprovação judicial, dentro de devido processo). Isso decorria da clareza do bem jurídico protegido (cf., sobre a teoria do bem jurídico, Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo: RT, 2002).

2. Características do "moderno e atual" direito penal

Paradoxalmente, no entanto, como enfatiza Hassemer,[9] o "moderno" *direito penal* (que ainda hoje se acha em contínuo processo de *transformação* e já

necessitate, del que deriva, por exigirlo la legalidad de penas y delitos, no sólo el principio de la pena mínima necessária, sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos –contenido en la tesis T20, *nullum crimen sine necessitate*... Por tanto –escreve Hobbes– una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena. A que Beccaria acrescenta: 'Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos'".

(7) Note-se como esse princípio da necessidade da pena já vem contemplado no art. 59 do CP, cabendo ao juiz, no momento da sua fixação, estabelecê-la conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

(8) Veja-se Sebastian Scheerer, Prólogo a Paulo de Souza Queiroz, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 12, que proclama, com grande oportunidade, a enorme distância entre o ensinamento jurídico (fundamentado nos princípios clássicos) e a vida real, onde imperam outros princípios e critérios.

(9) Cf. Winfried Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", publicado originalmente em *Zeitscherift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 *et seq.*; esse primei-

vai se modelando consoante os contornos da era da globalização) rompe, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, com essa tradição (clássica e liberal) na medida em que a leva até suas últimas conseqüências em termos de tutela exacerbada e abusiva de bens jurídicos, assim como a idéia de prevenção, ou ainda quando a inverte radicalmente para transformar o direito penal de *última* em *prima ratio*, particularmente para a "solução" dos mais agudos e, com freqüência, irresolúveis problemas sociais (no campo da ecologia, da genética, da economia, das finanças etc.).

No moderno, hipertrofiado e instrumentalizado direito penal,[10] e sobretudo agora sob a égide da era informacional, comunicacional e globalizada, consolida-se e acentua-se (preocupantemente) uma série de transformações e agressões aos princípios clássicos da justiça penal como a intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), legalidade, culpabilidade, necessidade, proteção preponderante de bens individuais, danosidade real da conduta (ofensividade) etc.

Cabe sublinhar, desde logo, entretanto, que esse "novo" direito penal (já claramente transformado) vem produzindo uma verdadeira *discrasia*, é dizer, vem se desviando dos conceitos originais e fundamentadores da intervenção punitiva, para adotar conceitos desestruturadores e anômalos, que modulam o chamado direito "simbólico" ou "retórico".[11]

A responsabilidade "penal" da pessoa jurídica, por exemplo, prevista na Lei Ambiental (Lei 9.605/98, art. 3.º), insere-se com perfeição nesse contexto de instrumentalização (e discrasia) do direito penal. Pessoa jurídica e direito penal são duas entidades inconciliáveis. Isso não significa que a pessoa jurídica, quando se beneficia do crime, não tenha que ser punida. O que se questiona é o uso do direito "penal". *De lege ferenda*, urge a construção, para isso, de um específico direito sancionador, jamais fundado na pena privativa de liberdade, mas aplicado pelo – e segundo as garantias do – Judiciário. De qualquer modo, por ora, tendo em vista o disposto na Lei Ambiental, que prevaleça, pelo menos, a interpretação menos traumática da "dupla imputação", isto é, jamais seria concebível imputar uma infração "penal" exclusivamente à pessoa jurídica, sem apontar as pessoas físicas que praticaram tal infração em nome dela.[12]

ro artigo foi traduzido por Francisco Muñoz Conde em 1993 (*Actualidad Penal*) e depois foi reelaborado pelo mesmo tradutor e passou a compor a primeira parte do livro *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 15 *et seq.*

(10) Cf. Winfried Hassemer, e Francisco Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 26.

(11) Cf. Raposo Fernández, "La expansión de la punición 'simbólica' y los principios tradicionales del derecho penal", *La Ley*, 1998, D-238, p. 1563.

(12) Cf. nesse sentido Sérgio Salomão Shecaira, "A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação", in: Luiz Flávio Gomes (Coord.), *Responsabili-*

Duas notas finais:

(a) As mais relevantes transformações do direito penal tradicional foram enfocadas no livro *As grandes transformações do direito penal tradicional* (São Paulo: RT, 2003, no prelo), escrito por mim e o Prof. Guillermo Jorge Yacobucci (da Universidade Austral de Buenos Aires).

(b) Do direito penal na era da globalização (que é fruto de todas as transformações ocorridas ao longo do século XX e que agora inapelavelmente ainda sofre as ingerências da globalização) cuidamos em outro livro (cf. *O direito penal na era da globalização*, Luiz Flávio Gomes, e A. Bianchini. São Paulo: RT, 2002).

dade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal, São Paulo: RT, 1999, p. 140.

2.7

MÍDIA E SISTEMA PENAL NO CAPITALISMO TARDIO

NILO BATISTA*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Editoriais – 3. Especialistas – 4. Vigilantismo – 5. Noticiário – 6. Variedades – 7. Esportes – 8. A executivização em seu nível máximo: Linha Direta – 9. À guisa de conclusão.

Resumo: O texto examina as novas funções que a mídia vem desempenhando perante os sistemas penais do capitalismo tardio. A mídia produz, diariamente, um senso comum criminológico, que parte de uma irrestrita legitimação da pena como modelo eficaz da solução de conflitos. Este senso comum, que se sobrepõe aos saberes acadêmicos, alavanca-se nas páginas vermelhas, porém permite uma "policização" das páginas políticas, seja pela criminalização de movimentos sociais, seja pela redução do horizonte de análise dos debates públicos aos episódios criminalizáveis. A nova e privilegiada posição dos negócios das telecomunicações no mundo globalizado responde por essas coincidências entre o senso comum criminológico assim produzido e a demanda por vigilantismo e controle social penal do empreendimento neoliberal, diante dos contingentes humanos que ele marginaliza, através do desemprego, da flexibilização de garantias trabalhistas e do desmonte de programas assistenciais públicos. O ponto culminante dessas novas funções está na "executivização", quando a mídia pretende substituir-se às agências policiais do sistema penal.

Palavras-chave: Criminologia – Mídia – Sistema penal – Capitalismo tardio – Vigilantismo.

1. Introdução

Uma especial vinculação entre a mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio.[1] Tal vinculação,

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

(1) Para uma simplificada exposição das demais características dos sistemas penais do capitalismo tardio, remeto o leitor a três artigos meus: Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas (DS – CDS 9-10, p. 103 ss), A violência do estado e os aparelhos policiais (DS – CDS 4, p. 145 ss) e *Poder, Historia y Sistemas Penales* (*Capitulo Criminologico*, vol. 29, n. 3, p. 5 ss.); para um aprofundamento, Garland, David, *The culture of control*, Oxford, 2001, ed. Un. Oxford, p. 167 ss; Wacquant, Loïc, *Punir os pobres*, Rio de Janeiro: ed. F. Bastos, 2000; Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal*, Madrid: Civitas, 1999.

marcada por militante legitimação do (ou, para usar um termo da moda, "parceria" com o) sistema penal – "parceria" na qual as fórmulas bisonhas do editorial ou do espaço cedido ao "especialista" concorde são menos importantes do que as mensagens implícitas, que transitam da publicidade às matérias esportivas – tal vinculação levou Zaffaroni a incluir, em seu rol de agências do sistema penal, as "agências de comunicação social", e os exemplos que ministrou ("rádio, televisão e jornais")[2] deixam claro que não se referia aos serviços de relações públicas de tribunais ou corporações policiais. Uma das constatações do presente trabalho sinaliza para a ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia, e nesse sentido falaremos da *executivização* dessas agências de comunicação social do sistema penal.

Não se cometerá a ingenuidade de supor que a legitimação do sistema penal pela imprensa seja algo exclusivo da conjuntura econômica e política que vivemos: existem, contudo, certos elementos inéditos que não podem ser associados apenas aos recentes saltos tecnológicos. Quando a imprensa, no século XVIII, acossada e censurada pelas burocracias seculares e religiosas do antigo regime, se engaja na revolução burguesa, participa intensamente do esforço pela deslegitimação racional das velhas criminalizações de linhagem inquisitorial e pela abolição das penas corporais cruéis e desproporcionais. Na fundação histórica do direito penal liberal, portanto, tendia a imprensa – afinada com o pensamento ilustrado, filosófico e jurídico – à limitação e ao controle do poder punitivo, larga e espetaculosamente exercido pelo absolutismo, e *pagava por isso*. A primeira edição de *Dei delitti e delle pene* é a edição de um panfleto apócrifo, cujo timorato autor previa problemas que efetivamente se esboçaram quando, provavelmente sob encomenda do Conselho de Veneza, incomodado pelas considerações de Beccaria acerca das denúncias anônimas, frei Angelo Fachinei o questionou duramente. Aliás, não seria impróprio assinalar nessa conjuntura aos panfletos e livros uma função perante os sistemas penais análoga à das drogas ilícitas no último quartel do século XX: não era necessário escrevê-los ou traficá-los, sendo suficiente adquiri-los, guardá-los ou trazê-los consigo, para uso próprio. No Rio de Janeiro de 1794, Silva Alvarenga – entre outros – permaneceria preso por quase três anos pela posse para uso próprio de obra dos abades Raynal e Mably, pouco lhe aproveitando defender-se alegando que "não lera os ditos livros",[3] antecipação brasileira do "fumei mas não traguei" do candidato Clinton.

Descartemos desde logo a mistificação, recorrente nas idealizações historiográficas da imprensa burguesa, de que seus linotipos guardaram fidelidade a este difícil começo, em nosso país representado seja pela simultânea instalação, em 1808, da Impressão Régia e da censura nas atividades de uma junta administrativa que velaria para que "nada se imprimisse contra a religião, o governo e os bons costumes"[4] –, seja pela significativa circunstância de Hipólito da Costa ter de

(2) *Derecho penal – Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 18.

(3) *Autos da devassa – Prisão dos letrados do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Arq. Pub. RJ, 1994. p. 147.

(4) Nelson Werneck Sodré. *A história da imprensa no Brasil.* Rio de Janeiro: Civ. Bras., 1966. p. 23.

imprimir o *Correio Braziliense* em Londres. Sem embargo de órgãos e jornalistas que, isolada e eventualmente, perceberam e profligaram as opressões penais, a imprensa legitimou intensamente o poder punitivo exercido pela ordem burguesa, assumindo um discurso defensivista-social que, pretendendo enraizar-se nas fontes liberais ilustradas, não lograva disfarçar seu encantamento com os produtos teóricos do positivismo criminológico, que naturalizava a inferioridade biológica dos infratores. Quem se assusta hoje com o "*three strikes and you are out*" californiano poderia perfeitamente ter-se assustado há cento e vinte anos, quando von Liszt propunha o isolamento por tempo indeterminado para a terceira condenação por certos delitos.[5] O controle penal da indisciplina operária, de anarquistas e do lumpesinato urbano – dos "vidas tortas" (vadios, prostitutas, mendigos) – recebeu em geral da imprensa o mesmo incentivo que, nos dias atuais, recebem as *razzias* de guardas municipais contra camelôs e flanelinhas, ou a mesma complacência que merecem hoje as mortes acidentais nas violentas incursões policiais pelas favelas.

A especificidade da vinculação mídia/sistema penal no capitalismo tardio deve ser procurada antes de tudo nas condições sociais dessa transição econômica. Não é uma novidade histórica o emprego em escala da intervenção penal por ocasião de transições econômicas, como Rushe e Kirchheimer perceberam na dissolução da ordem feudal:[6] os desajustados daquela conjuntura seriam massivamente executados até que seu aproveitamento útil, entre as casas de raspagem holandesas e os internatos de pobres ingleses, inventasse a prisão.[7] O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de "flexibilizar" direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir aposentadorias e auxílios previdenciários; capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros; o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza. Paralelamente, não há comparação possível entre os honestos ganhos dos editores da Enciclopédia[8] e os lucros astronômicos dos grandes negócios das telecomunicações, cuja tecnologia constitui um dos recursos materiais da própria transição econômica, além de contribuir significativamente para as próprias agências do sistema penal. A acumulação de capital que os negócios das telecomunicações propiciam transferiu as empresas de informação para um lugar econômico cen-

(5) *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Trad. A. A. Calvi. Milão: Giuffré, 1962. p. 57. Para a execução de tal condenação, Liszt não descartou como medidas disciplinares castigos corporais, a cela surda e um "rigorosíssimo jejum".

(6) *Punição e estrutura social*. Trad. G. Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 52 *et seq.*

(7) Por todos, Melossi, Dario e Pavarini, Massimo, *Cárcere y fábrica*, trad. X. Massimi, México: Sig. XXI, 1980.

(8) Robert Darnton. *O iluminismo como negócio*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

tral: Pierre Bourdieu, em sua aula televisiva, tratou logo de lembrar "que a NBC é propriedade da General Eletric (o que significa dizer que, caso ela se aventure a fazer entrevistas com os vizinhos de uma usina nuclear, é provável que (...) aliás, isso não passaria pela cabeça de ninguém), que a CBS é propriedade da Westinghouse, que a ABC é propriedade da Disney".[9] Em termos brasileiros, seria imaginável uma reclamação contra os serviços da Nextel veiculada pelo Jornal Nacional, ou contra uma lista classificada da *Oesp* na primeira página do *Estadão*?

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé; neste último caso, talvez por isso mesmo o princípio da negação dialética do injusto através da pena nunca tenha alcançado um tão desnaturado sucesso. A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública.

A primeira conseqüência da fé na equação penal é conduzir a certos hábitos mentais que recordam aquela inversão da violação *tabu*, descrita por tantos antropólogos: se a desgraça sobreveio, é certo que houve infração. Os temporais natalinos de 2001, com um saldo trágico de dezenas de mortos no estado do Rio de Janeiro, imprimiram a seguinte manchete: "Ministério Público busca responsáveis pelas mortes" (*O Globo*, 28.12.2001, p. 11). Se houve mortes, é certo que houve homicídio; do resto se encarregará uma muito mal digerida teoria da omissão.

A segunda conseqüência da fé na equação penal reside no incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado penalmente por seu cometimento. Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do estado democrático de direito, que só liberarão

[9] *Sobre a televisão*. Trad. M. L. Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 20.

as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia). Muitas vezes essas tensões são resolvidas por alguns operadores – advogados, promotores ou juízes mais fracos e sensíveis às tentações da boa imagem – mediante flexibilização e cortes nas garantias que distanciam o delito-notícia da pena-notícia. No processo de minimização do Poder Judiciário, o neoliberalismo se vale de instrumento análogo aos empregados na sua obra econômico-social.

Bem próximo ao dogma da pena encontramos o dogma da criminalização provedora. Agora, na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras – e sempre com o devido cuidado –, que supera crises cambiais, insucessos esportivos e é mesmo capaz de semear lavouras, não nos desmintam as penitenciárias agrícolas. A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do mercado livre – fonte de certo jusnaturalismo globalizado, que paira acima de todas as soberanias nacionais –, porém para garantir o "jogo limpo" mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal. Alguém se recorda da última vez – à parte o caso da chamada "lei da mordaça", que pretendia intervir nos canais de comunicação entre operadores do sistema penal e suas agências de comunicação – alguém se recorda da última vez em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa? Também aqui pouco importa que a criminalização provedora seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica – com efeitos reais – atirada a um problema real – com efeitos simbólicos: acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal, como os inquisidores Kraemer e Sprenger sabiam muito bem.[10]

Abaixo destas crenças, e de outras que delas derivam, temos a igreja e seus sacerdotes, ou seja, o sistema penal e seus operadores. As imperfeições do sistema penal são vistas como produtos da corrupção humana no trato da fé. A brutalização à qual se expõem os integrantes das agências policiais não passa de uma questão moral (a chamada "banda podre" não configura uma constante subcultura com raízes no exercício profissional, e sim uma opção ética daquelas maçãs); a advocacia criminal constitui modalidade consentida de cumplicidade *ex post facto* com o delito; membros do Ministério Público vêem-se enaltecidos na razão direta do desprezo que tenham pela privacidade e outros direitos civis dos acusados; magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucio-

(10) Cf. *O martelo das feiticeiras*, trad. P. Froes, Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991. p. 49 *et seq.*

nais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke). Os problemas do sistema penal são sempre e sempre conjunturais, e o melhor exemplo é a penitenciária. A despeito de todos os relatórios, de John Howard à última inspeção – melhor se diria, ao último motim – apontarem para a irremediável deterioração do emprisonamento sobre sua clientela, do que as taxas de reincidência penitenciária são o menos expressivo sinal, a boa penitenciária nos aguarda, num futuro eternamente adiado. Especial revelo ganham aqui os discursos que, afinados com as novas tendências, assumem a prisão pós-industrial como lugar de mero confinamento e neutralização do infrator. Em síntese, nenhuma das violências penais ultrapassa a consideração de disfunções momentâneas, desvios ocasionais no mais importante conjunto de repartições públicas que o estado ainda detém, embora com crescente participação privada. A importância de um fluxo permanente de informações acríticas sobre o sistema penal será mais bem aferida quando observarmos que uma de suas marcas em sociedades de classes, a seletividade, pode com êxito ser disputada e manipulada pela mídia.

Olhar para as relações entre a mídia e o sistema penal no capitalismo tardio implica abandonar instrumentos metodológicos tradicionais, essencialmente interessados no que se denominava criminogênese comunicacional.[11] Sem embargo da contribuição de muitos trabalhos assim orientados, cumpre reconhecer que quando o jornalismo deixa de ser uma narrativa com pretensão de fidedignidade sobre a investigação de um crime ou sobre um processo em curso, e assume diretamente a função investigatória ou promove uma reconstrução dramatizada do caso – de alcance e repercussão fantasticamente superiores à reconstrução processual – passou a atuar politicamente. Quem duvida de que os infelizes foragidos cujos crimes são requintadamente exibidos no programa Linha Direta estão sendo julgados, sem defesa, naquele momento, e não pelo Júri que referendará o veredicto de Domingos Meirelles? Simplesmente, poderíamos dizer que o tratamento do assunto se desloca da estética – recorde-se o interesse do positivismo criminológico por literatura – para a ciência política, e portanto os juristas têm algo a dizer e devem dizê-lo. Rigorosamente, o jornalismo já estaria nesse âmbito a partir do debate, tão escamoteado entre nós, da pioneira privatização real – através de concessões feudalizantes – da radiodifusão e da televisão.[12] O método da análise de discurso[13] foi empregado com sucesso num estudo sobre o programa Linha Direta, ao qual nos referiremos adiante.

(11) Para uma síntese, Nilo Batista, *Comunicação e crime, em Punidos e Mal Pagos*, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 133 *et seq.*

(12) Sobre tal debate nos Estados Unidos da América, cf. Noam Chomsky, *Secrets, lies and democracy,* Tucson: Odonian, 1996, p. 45 *et seq.*

(13) Eni P. Orlandi. *Análise de discurso.* Campinas: Pontes, 2001; da mesma, *As formas do silêncio*, Campinas: Unicamp, 1997; Paul Henry. *A ferramenta imperfeita.* Trad. M. F. P. Castro. Campinas: Unicamp, 1992.

2. Editoriais

O método indiciário[14] sugeriria que passássemos rapidamente pelos editoriais, nos quais encontraremos as formulações legitimantes mais explícitas e alvares, assumidamente opinativas e doutrinais. Há, contudo, dois bons motivos para abordá-los. Em primeiro lugar, sendo o editorial o lugar jornalístico da argumentação e da polêmica, concentra-se nele a disputa desigual entre o acuado discurso criminológico acadêmico e o discurso criminológico midiático. Se, através da investigação direta de delitos, da circulação de pautas de interesse criminal, ou da franca intervenção sobre processos em andamento as agências de comunicação social do sistema penal se aproximam das agências executivas, precisam de um discurso para fundamentar sua *performance*. Mais do que isso, precisam que *seu* discurso se imponha aos concorrentes. Nesse sentido, toda e qualquer reflexão que deslegitime aquele *credo* criminológico da mídia deve ser ignorada ou escondida: nenhuma teoria e nenhuma pesquisa questionadora do dogma penal, da criminalização provedora ou do próprio sistema penal são veiculadas em igualdade de condições com suas congêneres legitimantes. Os editoriais, que desconhecem as primeiras e enaltecem as segundas, estariam, dessa forma, pretendendo escusar-se por uma espécie de erro que lembra a *ignorantia affectata* do direito canônico. O fato é que a universidade não consegue influenciar o discurso criminológico da mídia, mas a recíproca não é verdadeira: a mídia pauta um bom número de pesquisas acadêmicas, remuneradas em seu desfecho por consagradora divulgação, que revela as múltiplas coincidências que as viabilizaram.

Em segundo lugar, cabe anotar as contradições e ambigüidades do discurso midiático. Mais de uma vez observamos que uma característica dos sistemas penais do capitalismo tardio reside numa dualidade perversa: para os consumidores, mil expedientes para evitar a institucionalização; para os consumidores frustrados, encarceramento neutralizante duradouro. No Brasil, teríamos esses dois eixos bem representados na Lei 9.099, de 26.09.1995, de um lado, e nas leis concernentes aos chamados crimes hediondos, de outro. Pois bem, o tema da prisonização, dos efeitos deteriorantes da privação de liberdade sobre o condenado, funciona nos editoriais para o primeiro campo, e desaparece deles para o segundo. Não por acaso, isto se repete também nos textos dos especialistas que participam da elaboração do discurso midiático. Leiamos um pequeno trecho de artigo de Julita Lembruber:

"Vamos reservar as prisões para os criminosos violentos e perigosos. Todos os outros podem e devem ser punidos com penas alternativas".[15]

Restaria para a psicologia judiciária a estafante construção conceitual do *viológrafo*, uma vez que o fracasso do *perigômetro* já comemorou um século.

(14) Carlo Ginzburg. *Sinais – Raízes de um paradigma indiciário, no volume mitos, emblemas e sinais.* Trad. F. Carroti. São Paulo: Cia. das Letras, 1989. p. 143 *et seq.*

(15) "Prisões ou escolas?". *JB*, 10.12.2001, p. 6.

Não nos deteremos sobre o nível teórico dos editoriais. Boris Casoy repete sempre o mesmo bordão ("isto é uma vergonha" ou "isto tem que acabar") sempre que não está compreendendo muito bem um assunto criminal. O *JB* afastava do âmbito dos direitos humanos alguns acusados de tráfico de drogas que, "comportando-se como animais selvagens, não merecem qualquer comiseração".[16] Um policial que, de Diadema a Cidade de Deus, lesse isto, poderia sentir-se incentivado a espancamentos; pobre dele, estaria – esteve – na primeira página.

3. Especialistas

A posição estratégica da questão criminal na mídia está muito distante da suposição ingênua – ainda que não necessariamente falsa – de que o sangue sempre aumenta as vendas. O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a "ética da paz") e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de "utopias urbanas retrógradas"[17]). O maior ganho tático de tal discurso está em poder exercer-se como discurso de lei e ordem com sabor "politicamente correto". Naturalmente, esse discurso admite aliar-se a outros que não lhe reneguem o ponto de partida: a modernidade realizou-se plenamente, suas promessas estão cumpridas, e se o resultado final é decepcionante, tratemos de atenuá-lo pela caridade, pelo voluntariado, por campanhas publicitárias; mas lei é lei. Paralelamente a teorias sociais que excluem a conflitividade de suas costuras, caminham concepções jurídicas para as quais a teoria do delito é o mais audacioso limite da reflexão. Os conflitos sociais podem dessa forma ser lidos apenas pela chave infracional: a tragédia fundiária brasileira é reduzida à dogmática do esbulho possessório, ainda que, para honra nossa, alguns tribunais tenham, em acórdãos jamais noticiados na plenitude de suas estruturas argumentativas, encontrado no texto constitucional a superação desse paradigma medíocre. A pena já não interessa tanto como inflição de sofrimento ou mesmo fórmula desastrada de solução de conflitos: a pena interessa como recurso epistemológico, como instrumento de compreensão do mundo. Por outro lado, o desmonte do estado encontra neste discurso uma eficiente picareta, capaz de exibir os vícios da burocracia estatal – historicamente dominada pelas oligarquias nacionais – como um problema do próprio estado e não das classes sociais que quase sempre o ocuparam. Trata-se de procedimento análogo à enfática negação de qualquer determinismo nos crimes patrimoniais praticados por pobres: a "moralização" do delito é

[16] Editorial, 15.12.1995. Remetemos o leitor aos rodapés da revista *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, em que uma seção – "Florilégio" – recolhe muitos exemplos similares.

[17] *Cidade, identidade e exclusão, em tempo.* Rio de Janeiro: R. Dumará, 1997 – UFF, vol. 2, n. 3, p. 111.

a legítima sucessora de sua "naturalização" positivista, e os caminhos da responsabilização penal ficam livre de todo escrúpulo. No reino do individualismo, só o indivíduo pode ser responsável por estar na penitenciária.

O discurso criminológico da mídia, cuja importância política dispensa maiores considerações, não se realiza apenas como noticiário, crônica (ainda que muitos cronistas se dediquem a ele) ou opinião (editoriais): àquelas seções científicas, versando da medicina à astronomia, vieram juntar-se umas seções criminológicas, regulares ou não. O formato habitual das matérias criminológicas noticiam resultados, parciais ou finais, de pesquisas acadêmicas. Freqüentemente, é possível reconhecer a fonte do financiamento a partir do objeto ou do método de tais pesquisas. Quando o governo do estado do Rio de Janeiro, dentro da "pedagogia da paz", promovia uma campanha contra armas, imediatamente o Iser concluiu uma pesquisa afirmando que as vítimas de roubo que estejam armadas são mais suscetíveis de serem mortas – conclusão extraída de duas dezenas de casos, que desconsiderava a substanciosa cifra oculta de reações exitosas por parte de vítimas armadas, não registradas. À pauta criminológica do FMI (custo do preso, lavagem de dinheiro, responsabilidade fiscal) quase sempre respondem financiamentos externos. Verbas da área da saúde ressuscitam o paradigma epidemiológico, cuja versão pós-moderna confronta-se com o horror de que – como na bomba de *neutrons* – já não se cogita de aniquilar os cortiços, mas sim seus habitantes, criminalizados pela droga.

Enunciados secundários do discurso criminológico da mídia ("a impunidade aumenta o número de crimes"; "nas drogas é como uma escada, passa-se das mais leves para as mais pesadas"; "penas elevadas dissuadem" etc.), que não alcançariam jamais constatação empírica, por serem completamente indemonstráveis, precisam de um respaldo "científico", que os conduza respeitavelmente à doutrina dos editoriais. É aí que entram os especialistas. Como o discurso criminológico da mídia não representa o produto de um esforço na direção do saber, mas sim uma articulação retórico-demonstrativa daquele *credo* a que nos referimos, ele selecionará os especialistas segundo suas opiniões coincidam ou dissintam daquelas crenças.

Bourdieu atribuiu-lhes o nome provocante de *fast-thinkers:*

"Se a televisão privilegia certo número de *fast-thinkers* que propõem um *fast-food* cultural, alimento cultural pré-digerido, pré-pensado, não é apenas porque (...) eles têm uma caderneta de endereços, sempre a mesma (sobre a Rússia, o sr. X; sobre a Alemanha, o sr. Y): há falantes obrigatórios que deixam de procurar quem teria realmente alguma coisa a dizer, em geral jovens ainda desconhecidos, empenhados em sua pesquisa, pouco propensos a freqüentar a mídia, que seria preciso ir procurar, enquanto se tem à mão, sempre disponíveis e dispostos a parir um artigo ou a dar uma entrevista, os *habitués* da mídia".[18]

[18] Op. cit., p. 41.

Credenciados pelo exercício profissional ou acadêmico, pela ocupação de um cargo público ou mesmo por um episódio de vida privada (associação de vítimas etc.), os especialistas são chamados à complementação do noticiário, quando suas próprias idéias não sejam a notícia. O caso do "maníaco do parque" exumou a psiquiatria forense mais rasteira e atrasada; crimes ambientais chamam a opinião de biólogos e militantes verdes, que ingressam lepidamente em tormentosas questões jurídico-penais; na violência policial contra a classe média, a *troupe* dos direitos humanos ganha o centro do picadeiro, de onde é retirada, meio constrangida, quando o motim na penitenciária foi por fim controlado etc. A regra de ouro deste circo, embora nem sempre percebida claramente, é que a fala do especialista esteja concorde com o discurso criminológico da mídia: se algum trecho se afasta do *credo*, será banido na publicação "editada" da fala.

O alimento criminológico do público, portanto, são esses *hambúrgueres* conceituais, servidos em poucas linhas nos jornais e em poucos segundos na televisão. Não cabe examinar seu baixo nível nutricional. Sua reciclagem pela crônica é freqüente, como se pode ver na seguinte passagem:

"Como dizem os especialistas no assunto, a lavagem de dinheiro através do sistema financeiro transnacional exige algum grau de organização, porque precisa de uma rede de apoio fora do Brasil".[19]

Ausente desta passagem todo o questionamento teórico ao conceito de crime organizado; bem demarcadas as diferenças entre o sistema financeiro transnacional, "limpo" e "ético", e o dinheiro que pode sujá-lo, seria mesmo preciso um especialista para formular sua asserção básica? Se o assunto fosse química, alguém invocaria um saber especializado para a fórmula da água: como dizem os especialistas, a água é composta por hidrogênio e oxigênio?! A primeira oração ("como dizem os especialistas no assunto") não ultrapassa a função de argumento de autoridade; poderia ser suprimida sem qualquer perda semântica. Sua importância é puramente retórica: o cronista-criminólogo está fundamentado nos especialistas, e a coincidência entre suas concepções não passa de mera coincidência. René Dotti acertou em cheio quando, arrolando as dez pragas do sistema penal brasileiro, incluía entre elas o que denominou de "juízes paralelos: determinados profissionais da mídia eletrônica e muitos juristas de plantão (...), apóstolos da suspeita temerária e militantes da presunção da culpa".[20]

4. Vigilantismo

Sabe-se hoje que a criminalização secundária – realizada seletivamente, e ainda assim na dependência de fatores aleatórios que, dentre outros, vão da iniciativa ou omissão da vítima em registrar o delito ao interesse ou desinteresse da

(19) Marcelo Beraba. "A bola e a rede". *Folha de S. Paulo*, 07.12.2001, p. 2.

(20) *As dez pragas do sistema penal brasileiro.* In: TUBENCHLAK, James (Org.). Doutrina. Rio de Janeiro: ID, 2001. vol. 11, p. 288.

agência policial em investigá-lo – a criminalização secundária não passa de ser pífia amostragem, construída segundo o jogo dos estereótipos criminais e das vulnerabilidades sociais, do grande incognoscível da criminologia: a criminalidade real (ou seja, a totalidade dos fatos que poderiam subsumir-se na programação criminalizante primária, nas leis penais). Por isso mesmo se afirma que o poder criminalizante secundário é "pouco significativo no marco total do controle social", e que a criminalização secundária "é quase um pretexto" para um "formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais":[21] a vigilância sobre a população. Detenções breves, esclarecimentos de identidade, observação das atividades, registros oficiais ou paralelos, "grampos" telefônicos – autorizados ou não –, acesso clandestino a informações sigilosas bancárias ou fiscais são alguns exemplos desse poder de vigilância que o sistema penal, mesmo paralela ou subterraneamente, exerce. Pense-se em como a criminalização das drogas é diariamente utilizada como pretexto para o exercício de vigilância, e considere-se que no exercício de tal poder a seletividade é muito mais atenuada do que na criminalização secundária: após a privatização da telefonia, no Brasil, os psicanalistas perderam a primazia estatística da escuta.

O vigilantismo nasceu no capitalismo industrial, e devemos a Bentham sua formulação mais sincera e alucinada. O Panóptico não era uma proposta restrita à penitenciária, mas também às fábricas, às escolas, aos asilos e hospitais.[22] Inteiramente compatível com a idéia benthamiana de que os pobres também deveriam usar uniforme, o Panóptico era o princípio básico de uma sociabilidade da vigilância muito cara ao empreendimento burguês-industrial. A prevenção extremada e invasiva deste modelo se inviabilizou espacialmente, na segunda metade do século XIX, com a modernização e o crescimento das cidades. Substituído, na vigilância do disperso exército de reserva da mão de obra industrial, por um artefato "científico" do positivismo, a periculosidade pré-delitual que poderia ativar uma medida de segurança detentiva, o princípio hibernaria à espera das condições tecnológicas que lhe concederiam um segundo e glorioso ciclo. Nessa linha, Arlindo Machado pergunta: "o que são os modernos sistemas de vigilância senão a atualização e a universalização do Panóptico?".[23]

A transição da subjetividade visual da câmera-arte para a objetividade da câmera-vigia, de que tratou Paul Virilio,[24] acelerada na guerra (John Ford filmava portos no Pacífico; Jean Renoir foi fotógrafo de reconhecimento aéreo), atingiria o paroxismo na vigilância policial de *shoppings*, aeroportos, estradas e logradouros públicos das últimas décadas. Para além dos avanços tecnológicos que aprimoraram seu desempenho e lhe reduziram os custos, a vigilância eletrônica se

(21) Zaffaroni. Op. cit., p. 12.

(22) *Le panoptique*, Paris: P. Belfond, 1977, especialmente as cartas XVIII e subseqüentes (p. 150 *et seq.*).

(23) *Máquina e imaginário.* São Paulo: Edusp, 1956. p. 222.

(24) *A máquina de visão.* Trad. P. R. Pires. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1994. p. 72 *et seq.*

encontrará, nos sistemas penais do capitalismo tardio, com um personagem novo, que da execração e desprezo com que era visto nos albores da modernidade passou a um reconhecimento e respeitabilidade consagrados em muitas leis: o delator. A vigilância eletrônica é um delator em tempo real que, afora eventuais violações da intimidade, dispensa todo o debate moral e jurídico de seus símiles humanos. Era completamente natural que tal insumo técnico fosse aproveitado pelo sistema penal, no exercício de seu poder de vigilância. Não menos natural, contudo, seria que as agências de comunicação social do sistema penal, dispondo de equipamentos de última geração, se vissem tentadas a empregá-los diretamente, na linha dos *reality shows* que, como observou Garapon, dispensam a ficção por sua capacidade de "agir no real, com a participação daqueles que estão diretamente envolvidos".[25] Estamos prontos para assistir aos acalorados litígios na vara de família do Ratinho, ou à *candid camera* criminal do Fantástico.

Em 30.03.2001, o programa Globo Repórter ocupou-se de assédio sexual. Um Sérgio Chapelin doutrinal indagava "qual o limite entre a paquera e o assédio sexual", respondendo em seguida que "o assédio causa constrangimento e muita dor", e convocando a participação da enorme audiência: "Você já foi vítima? Ajude-nos com a sua informação". A seguir, foram apresentados alguns casos. Um alto funcionário municipal, de cidade vizinha ao Rio, recebera um cartão, exibido e parcialmente lido, com uma declaração de amor de uma senhora que lhe mandava flores "até duas vezes por dia". Registrou o fato na Delegacia de Mulheres local. Provocada a pronunciar-se, a delegada afirma à repórter que algumas pessoas lhe perguntaram: "será que ele não é chegado à coisa?" O marido da sedutora, para decepção geral, nem a matou nem a abandonou. O segundo caso teve como protagonista uma jovem cuja chefe, homossexual, pretendeu conquistá-la. Imagens e a identidade da chefe, que se recusou a falar, foram exibidas. Entre uma estória e outra, o especialista (no caso, o indefectível Deputado Carlos Minc) se pronuncia. O último episódio se passa também na Baixada Fluminense; dessa feita, sequer existe uma relação de poder em causa. Um empregado de uma pequena fábrica teria dito para uma colega, certa ocasião, que ela "estava gostosa", e teria tentado olhar seu banho, através de uma janela. A repórter bate à porta da fábrica, gravando, e o infeliz réu, aterrorizado pela câmera, diz que ele não é ele. O patrão confirmará que ele é ele, porém os outros empregados negarão os fatos. Nomes, fisionomias, tudo no ar. Ao final, a repórter lembra: "a lei ainda está por vir". De fato, um mês e meio depois dessa matéria, a Lei 10.224, de 15.05.2001, viria a criminalizar o assédio sexual (art. 216-A do CP). À parte a indigência da reflexão sobre assédio sexual do programa, a mídia teve poder suficiente para fazer lançar em documentos oficiais de uma Delegacia de Polícia – legíveis na reportagem – a rubrica *assédio sexual*. Ninguém conseguiria tal proeza: investigações policiais formalizadas sobre um crime que "ainda está por vir", a repartição pública como cenário de uma telenovela nutrida pela intimidade sexual de

(25) Antoine Garapon. *O juiz e a democracia.* Trad. M. L. Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 112.

pessoas reais.[26] O que dizer da exposição da imagem dessas pessoas, anunciadas como "acusadas" de um delito que não existia?

Essas "pegadinhas" criminais devem ser completamente afastadas do debate acerca do jornalismo investigativo, até porque não há nada desconhecido nessa investigação; aqueles três episódios vulgares, que poderiam perfeitamente ter ocorrido nos estúdios da TV Globo, só ganharam visibilidade por causa da tese: precisamos criminalizar o assédio sexual que, como lembrou o Prof. Chapelin, "causa constrangimento e muita dor". Um caso típico de criminalização provedora; após 15.05.2001, certamente desapareceu do país o interesse sexual de superiores hierárquicos por qualquer de seus subordinados.

Há no Rio de Janeiro centenas de pontos de venda de drogas ilícitas, basicamente cocaína e maconha. A prisão de todos os vendedores de um ponto jamais impediu que, tão logo a força policial se ausente do local, as vendas se restabeleçam, com a imediata substituição da mão de obra: se os interesses do mercado lograram alterar a Constituição, como se deteriam perante uma lei ordinária? Toda a gente já leu a notícia provocadora "Tráfico retorna a suas atividades 24 horas depois da PM deixar o morro *X*". Toda a gente sabe também onde ficam tais pontos, inclusive a polícia, cuja aproximação, saudada por alguns rojões, suspende as atividades mercantis ilegais, até sua retirada. Em agosto de 2001, repórteres da TV Globo simularam comprar drogas em algumas favelas e mesmo em ruas da Zona Sul, naturalmente com uma microcâmera. Numa favela, surpreenderam ou estimularam uma espécie de pregão, similar aos das bolsas de mercadorias. Em todos os locais visitados, duas dezenas de jovens vendedores foram fotografados com clareza suficiente para resultar em algumas indiciações, com três prisões. Nada, absolutamente nada que não fosse conhecido, salvo a fisionomia de alguns dos milhares de jovens negros e favelados que têm neste comércio ilegal sua perigosíssima estratégia de sobrevivência.[27] Nada de novo: ganharam o prêmio "Esso". Nas comemorações (*Bom Dia Brasil*, 19.12.2001), além de frisar que seus colegas entraram "numa das favelas mais perigosas da cidade", a jornalista enfatizava a "ousadia" dos "bandidos": "oferecer drogas". O merecimento nem sempre provém do que se informa, mas também daquilo que se omite: a improvável reportagem sobre o desemprego e a miséria nas favelas.

Na mesma linha, sob o logotipo de uma lupa com a inscrição "O Dia investiga",[28] temos outra "pegadinha". É fato tolerado no Rio de Janeiro – durante curto período, legalizado pela chamada "lei do bico" – que policiais suplementem seus

(26) Alberto Torón registrou o caso de um Delegado de Polícia Federal que preparou para a mídia o cenário de uma cela ocupada por um preso rico: cf. "Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões", *Rev. IBCCrim* 36/260-261, São Paulo: RT, 2001.

(27) Sobre o assunto, Vera Malaguti Batista, *Difíceis ganhos fáceis*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

(28) "Acaba a farra na Vila Mimosa", *O Dia*, 04.12.2001. p. 11.

ganhos trabalhando em vigilância patrimonial privada, como ocorre em tantos países. É claro que tal prática não se restringe às ruas dos mais valorizados bairros da cidade: também na Vila Mimosa, o resíduo local da zona de baixo meretrício do Rio, e talvez ali com maiores razões, encontraremos policiais no "segundo emprego". Só um olhar muito preconceituoso e conservador, que no limite inabilitaria a prostituta para qualquer ato oneroso da vida civil, farejaria um rufianismo na remuneração pelos certamente difíceis serviços de manter a ordem na zona. A grande descoberta investigatória de *O Dia* – com fotos na madrugada que imediatamente levaram à prisão oito policiais militares – foi essa: na zona é como no Leblon.

Tanto na reportagem "Feira de Drogas" quanto na "Farra na Vila Mimosa", o importante não é o conteúdo da investigação jornalística, sabido e ressabido: o importante é a direta mobilização do sistema penal, o cumprimento de uma tarefa própria das agências executivas do sistema penal. Sob tais circunstâncias, nas quais a mídia está não apenas pautando as agências executivas do sistema penal, como também selecionando entre candidatos à criminalização secundária (os repórteres de "Feira de Drogas" foram à Mangueira e à Rocinha: poderiam ter preferido Mineira e Borel; o repórter da Farra foi à Vila Mimosa: poderia ter escolhido qualquer das inúmeras "termas" em funcionamento), cabe falar de uma "executivização" das agências de comunicação social do sistema penal.

O álibi para disfarçar essa articulação óbvia é buscado na tradição liberal do jornalismo investigativo. Todos se recordam da campanha que *O Globo* moveu contra a Legião da Boa Vontade, com manchetes diárias de primeira página, em março de 2001. O que provavelmente todos ignoram é que a LBV recebera, dias antes, a concessão para exploração de um canal aberto de televisão educativa. Não temos qualquer apreço pela LBV, nem lhe reconhecemos aptidões específicas para administrar uma televisão educativa. A LBV representa a indústria da caridade da "velha economia", como diriam os locutores globais; a mesma indústria da caridade opera hoje por outros métodos, terceirizados, combinando recursos públicos com doações de campanhas "politicamente corretas". Com as matérias publicadas, a LBV foi pautada para o Ministério Público, a Receita Federal, o INSS etc. Festejando, meses depois, uma auditoria do INSS, um editorial afirmava:

"O trabalho jornalístico, enfim, abriu os olhos do Estado para as falcatruas debaixo do seu nariz".[29]

Apesar do álibi de cariz liberal, fica evidente que o "trabalho jornalístico" não apenas pautou agências do sistema penal e outras agências públicas, como também que "abriu os olhos do Estado" na escolhida direção da LBV, não das centenas de corporações nas quais provavelmente se encontrariam "falcatruas" similares, tendo em suas mãos portanto a seletividade própria do sistema penal.

O vigilantismo não se reduziu aos meios fotoeletrônicos que lhe concederam esta segunda e gloriosa vida. O princípio subsiste em inúmeras propostas. O co-

[29] *O Globo*, 27.11.2001. p. 10.

nhecido sociólogo Luiz Eduardo Soares, ao expor ao jornal *O Globo* projetos de seu partido para o Governo do Estado do Rio de Janeiro, mencionou "a idéia de montar nos batalhões de Polícia Militar centrais de *telemarketing*, que ofereceriam mão de obra cadastrada nas favelas". Ouçamo-lo:

"Os batalhões podem montar cadastros desses prestadores. ONG's forneceriam pessoas para trabalhar num serviço de *telemarketing* muito simples, anotando os pedidos da população. Os batalhões funcionariam como fiadores desses prestadores e checariam, no fim, se o trabalho foi bem feito – explica o sociólogo".[30]

Trabalhadores pobres cadastrados na polícia, e supervisionados pela polícia. Para quem leu Bentham, qualquer comentário seria supérfluo. Proposta formulada por um especialista do Partido dos Trabalhadores. Tempos confusos.

5. Noticiário

O paradoxo de que a um estado social mínimo corresponda um estado penal máximo conduz às conseqüências concomitantes de despolitização dos conflitos sociais e politização da questão criminal. Os *faits divers* da antiga página policial migraram para a primeira página, e as páginas políticas recebem um tratamento policialesco. A gigantesca transferência de poder e riqueza do âmbito público para o privado tem no desmerecimento de agentes políticos um poderoso indutor de opinião: serviços públicos são ineficazes, e administrados por *gangsters*. Decisões do Congresso Nacional capazes de afetar milhões de brasileiros obtêm divulgação ínfima se comparada com as atividades inquisitoriais de alguma CPI, ou com investigações sobre a própria conduta de parlamentares. A questão criminal se politiza igualmente como descredenciamento de administrações locais ou forças partidárias que se oponham ao *credo* criminológico midiático, à expansão da intervenção penal. Todos viram a reação da imprensa quando o então Ministro da Justiça José Carlos Dias falou em direito penal mínimo: era o homem certo no lugar certo, porém na ocasião errada.

Na televisão, os âncoras são narradores participantes dos assuntos criminais, verdadeiros atores – e atrizes – que se valem teatralmente da própria máscara para um jogo sutil de esgares e trejeitos indutores de aprovação ou reproche aos fatos e personagens noticiados. Este primeiro momento no qual uma acusação a alguém se torna pública não é absolutamente neutro nem puramente descritivo. A acusação vem servida com seus ingredientes já demarcados por um olhar moralizante e maniqueísta; o campo do mal destacado do campo do bem, anjos e demônios em sua primeira aparição inconfundíveis. Para ficar num caso sobre cuja inconsistência há unanimidade, vejam-se os noticiários contemporâneos do inquérito policial da Escola Base.

Por fim, a observação puramente quantitativa revela a importância estratégica da criminalização das relações sociais no noticiário. Tomemos a edição de

(30) *O Globo*, 25.12.2001, p. 3.

O Globo de sábado, 05.01.2002. Deixando de lado o caderno que se ocupa de economia, mundo e esportes, restam 16 páginas sobre o país e o Rio, além de colunas, editoriais e artigos. Leiamos essas 16 páginas. Na primeira, há três chamadas de matérias criminais ("Seqüestrador mantém reféns em Porto Alegre"; "Polícia do Rio prende dois chefes do tráfico"; "Fernando Pinto apanhou com canos de ferro") e duas correlatas ("Governo suspende pílula do dia seguinte" e "Filho de Cássia Eller já é disputado"): acrescidas à foto, do episódio de Porto Alegre, somam 70% da centimetragem. A página 2, além de uma coluna econômica, só publica outras chamadas: das oito, cinco são criminais. A página 3, salvo uma coluna no rodapé, é toda dedicada à manchete: "Terror no microônibus". Na página 4, além de uma coluna, temos a complementação da matéria sobre o microônibus e reportagem sob o título "Dutra Pinto apanhou com canos de ferro". Na página 5, além de um anúncio, quatro matérias: "Garoto de 13 anos mata amigo de 12 com tiro" (manchete); "Diretor de presídio já tinha sido condenado", seguida de "Situação é tensa no (presídio) Urso Branco", e "Feirante que teve o pênis cortado receberá prótese". A página 6 publica os editoriais e cartas dos leitores: das 17 cartas, 5 têm por objeto um processo civil, 2 a segurança no reveillon, 1 um crime ambiental, 3 a morte de Fernando Dutra Pinto. Na página 7, uma coluna e dois artigos. Na página 8, das sete matérias três estão em nosso terreno (a pílula do dia seguinte, tramitação da nova lei de drogas e um crime eleitoral). A página 9 se ocupa inteira do tema de sua manchete: "Começa a briga por Chicão". As páginas 10 e 12, com tradicionais colunas, são exceções. Na página 11, de quatro matérias as duas maiores são "Mosteiro de São Bento tem segurança particular depois de sofrer 3 assaltos" (manchete) e "Juizado decidirá destino de menina". Na página 13, "biólogo denuncia crime ambiental". A página 14 é uma propaganda. Na página 15, além do obituário, cinco matérias criminais ("Prisão de Polegar em Fortaleza" – manchete –, "PF prende no Paraná ladrões de banco do Rio", "Bandidos atacam posto da PM e ferem sargento", "Bandidos ferem cinco pessoas na saída do piscinão" e "Traficante que resgatou cúmplice de hospital é preso"). Por fim, na página 16, um imenso anúncio cercado de seis pequenas notícias, quatro das quais criminais (dois acidentes de trânsito, um bloco carnavalesco ensaiando em decibéis ilícitos, e "Homem agarra criança e pula de 7 metros de altura"). Eis aí: quase 80% do noticiário desta edição sobre o País e o Rio é criminal ou judicial. Será ingênua esta leitura do País e do Rio? Ou servirá para esconder algumas coisas e alavancar outras?

6. Variedades

Bourdieu definiu magistralmente os programas de variedades como transmissores de uma "espécie elementar, rudimentar de informação que é muito importante porque interessa a todo mundo sem ter conseqüências e porque ocupa tempo, tempo que poderia ser empregado para dizer outra coisa".[31]

[31] Op. cit., p. 23.

Cada vez mais, programas de variedades adotam formas judiciais. Em nosso país, a televisão aberta do chamado horário nobre intoxica o povo com diversos programas de variedades: informações inconseqüentes, tricas e futricas de bastidores, números musicais no geral indignos do nível que alcançamos nessa arte, entrevistas bem comportadas, tempo gasto no inócuo e na mesmice. Já mencionamos a vara de família do Ratinho, com aquelas cenas patéticas da mulher perseguindo o homem – há momentos em que se pode legitimamente suspeitar que os seguranças do programa deliberadamente facultam-lhe um tapinha só, daqueles que não doem – logo após a revelação do resultado de um exame de DNA ao vivo e a cores; estará o filho em casa vendo a disputa de seus pais?

Quem tiver paciência para assistir à longa entrevista ("40'59") da cantora e bailarina Gretchen à jornalista-modelo Luciana Gimenez[32] terá uma visão de como seria o processo civil de uma ação de reparação de danos. Gretchen foi ao Recife, e estando presente numa casa noturna, dispôs-se – ou foi convidada – a dançar num tablado contíguo a uma fogueira, resultando-lhe queimaduras. Testemunhas se pronunciaram, as lesões são exibidas, não falta a prova pericial – no telefonema de um médico –, a família se solidariza, enquanto a produção do programa tenta em vão obter um pronunciamento da outra parte. Afora a revelia virtual dos gerentes da casa noturna, são quase três quartos de hora nos quais uma lide, com todos os condimentos probatórios, diverte o público e adverte o infeliz magistrado que dela se ocupará no futuro.

Estamos fora do modelo convencional do *trial by media*: não se trata aqui de influenciar um tribunal, senão de realizar diretamente o próprio julgamento.

7. Esportes

O desempenho dos juízes de futebol é sempre avaliado negativamente quando eles tentam, como se diz, "segurar" o jogo valendo-se da pena menor (cartão amarelo). Perante uma jogada duvidosa quanto à intenção de atingir o adversário, os juristas das leis do futebol encarregados da apreciação daquele desempenho, geralmente árbitros aposentados, invariavelmente se posicionam pela exclusão do atleta (pena máxima, cartão vermelho). Advertências verbais, ainda que severas, são mal vistas. Alguém se recorda de algum desses comentaristas criticar um árbitro por excessivamente rigoroso? Imperceptivelmente, a reportagem esportiva colabora na disseminação das idéias de que o melhor juiz é o que opta sempre por penas mais severas, e de que as sanções são o instrumento mais adequado para manter a ordem em campo.

Quando, nas cercanias do esporte, surge algum episódio criminal, as coisas ficam mais explícitas, tal como se deu no tratamento dispensado aos passaportes falsos, ou aos "gatos" cujos pais ou treinadores fizeram um segundo registro

(32) Rede TV, programa Superpop, 19.12.2001.

civil para viabilizar a participação em competições de faixa etária limitada. Casos de *dopping* são especialmente atraentes, porquanto se comunicam com o imaginário da droga. Quando um exame na urina de Júnior Baiano detectou detritos associados à cocaína, na primeira transmissão subseqüente de uma partida os telespectadores de Galvão Bueno votaram majoritariamente em favor da pena máxima de suspensão para ele – e era um zagueiro da seleção brasileira! Ficou claro que Galvão Bueno tem seu público na mão, bem como que não havia nada mais importante a conhecer deste público além de sua brandura ou severidade penal.

Uma última observação, útil porque nem sempre a mística liberal pode ser desmentida com tanta clareza. Uma reportagem esportiva deveria abranger a incondicional possibilidade de, em casa, o telespectador saber de tudo o que se passa no estádio. Retratos de Che Guevara, maciçamente usados por uma facção da torcida do Flamengo, nunca são enfocados. Em compensação, o exibicionismo mais tolo e individual, do tipo "querido Galvão, mostra nós" ou "a gente se vê por aqui e em Conceição da Roça Grande" são o tempo todo mostrados. Também o áudio é ciosamente controlado: quem ficou sabendo que o nome de Osama Bin Laden foi gritado no Maracanã, no primeiro jogo das finais da Copa Mercosul de 2001? A prova dos nove pode ser obtida numa constatação mais simples. Criou-se o hábito de jogadores comemorarem seus gols exibindo, numa segunda camisa portada sob a do clube, alguma inscrição. É também geralmente algo tolo, variando de "papai te ama" a "foi Jesus quem marcou". Contudo, é potencialmente perigoso, porquanto uma inscrição mais irreverente pode quebrar o monopólio do discurso: quem escolhe o que o telespectador vê é a emissora, não o atleta. No dia em que Romário descobriu essa veia de tantos cronistas atuais, a indignação a favor, fez uma inscrição de apoio ao ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. Mal-estar na civilização global: era a favor, porém rompia um princípio. A solução foi entremostrar a inscrição, um pouco rapidamente, sem muitos comentários. O fato é que os goleadores correm diretamente para a câmera atrás da baliza, porém esta câmera é cortada até que os censores se certifiquem da inocuidade do escrito. Aí, sim, a transmissão é autorizada. Naquela memorável olimpíada, na qual os campeões norte-americanos levantaram o braço com a saudação dos Panteras Negras, as câmeras de hoje só enquadrariam até a cabeça.

8. A executivização em seu nível máximo: Linha Direta

O interesse do Instituto Carioca de Criminologia pelo programa Linha Direta foi despertado por uma notícia que relatava a morte, em confronto policial, de um assaltante cuja biografia criminal fora dias antes exposta naquele programa (12.08.1999). O programa subseqüente (19.08.1999) comemorava o feito. Examinando os vídeos de ambas as edições, solicitamos e obtivemos do Procurador-

Geral da Justiça do Estado da Bahia, Fernando Steiger Tourinho de Sá – a quem agradecemos – cópia do procedimento concernente ao confronto que vitimara o agora famoso Marcos "Capeta".

O exame do primeiro programa mostra um cruel Marcos "Capeta", chefe de numeroso bando, que maneja uma metralhadora .50, instalada na carroceria de uma *pick-up*, contra policiais atônitos, que empunham revólveres calibre '38, numa Kombi que explode. Desnecessário será dizer que as chamas da explosão, naquilo que terá parecido ao diretor um grande achado, emolduram o rosto cínico de Marcos "Capeta", cuja alcunha se prestava a uma espécie de demonização ao pé da letra. Lamentavelmente, os documentos depõem em outro sentido. Marcos "Capeta" foi morto numa casa situada em local ermo, isolada e portanto facilmente sitiável. Seu corpo tinha 22 orifícios de entrada de projéteis de arma de fogo, além de uma aparentemente desnecessária lesão contusa na região cervical. Das quatro armas que a polícia disse ter encontrado no local, uma não disparara (exame negativo para pólvora combusta), e as outras três (dois revólveres '38 e uma pistola '380) estavam parcialmente carregadas: mas a metralhadora .50 da encenação do Linha Direta simplesmente não existia. O numeroso bando também estava reduzido a um garoto de 14 anos, com pelo menos oito lesões de projéteis de arma de fogo (o respectivo laudo tem passagens ilegíveis). Do depoimento da irmã de Marcos "Capeta" consta uma sorte de última declaração dele: "Linha Direta só disse mentira". A festejada Secretária de Segurança Pública da Bahia, nas colunas sociais freqüentemente apresentada como "a *blonde* Kátia Santos", declarou ao segundo programa, o comemorativo: "bandido aqui na Bahia não faz carreira longa".

Perguntávamo-nos no Instituto: quem matou Marcos "Capeta"? Um grupo de policiais baianos, fascinados pela fama ao alcance do dedo, ou o Jornalista Marcelo Rezende – quer dizer, a TV Globo? Parecia-nos que a agência de comunicação social, dispondo dramaticamente sobre fatos e personagens reais, inclusive e especialmente policiais pautados para aquela caçada, estava assumindo um papel próprio das agências executivas do sistema penal; pela primeira vez, cogitava-se da hipótese de "executivização" daquelas agências.

O grande estudo sobre Linha Direta foi empreendido por Kleber Mendonça,[33] no marco teórico da análise do discurso. Kleber Mendonça revela como a TV Globo se coloca ali como instância de serviço público que tende a corrigir as insuficiências do sistema penal, "a fazer a justiça funcionar como deveria". Até abril de 2001, ou seja, quase dois anos de atividades (o primeiro programa é de 27.05.1999) o programa comemorava a prisão de 103 foragidos (ignora-se se Marcos "Capeta" integra este número). Observa Mendonça que o sucesso do programa pode ser explicado na (perigosíssima) reunião de aspectos de telejornalis-

(33) *Discurso e mídia: de tramas, imagens e sentidos*, Niterói, 2001, inédito (encontrável na biblioteca do Mestrado em Comunicação, Imagem e Informação da UFF).

mo e telenovela, "os dois produtos de maior audiência da emissora". A partir do "lugar de autoridade" do qual o programa se investe, a mistura de dados reais e dados ficcionais (na dramatização de um crime que muitas vezes não foi presenciado por ninguém) se encaminha, de forma grosseiramente óbvia, a despertar a indignação dos telespectadores, convocados a informar algo sobre o paradeiro do vilão, que escapou às conseqüências de seu bárbaro cometimento. Mendonça desnuda com maestria as "marcas da verdade" que estarão afiançando as simulações dramatizadas. Cenários e diálogos inventados depõem sobre a frieza de assassinos, ou sobre os deleites do estelionatário foragido. Impressiona o fato de que o acusado, quando consegue falar, tem suas declarações editadas, entrecortadas por cenas ou observações destinadas a descredenciá-las; como diz Mendonça, "a cada declaração de inocência do acusado, o programa intercala uma outra ainda mais enfática, que não só atesta que ele de fato é um criminoso como ainda reafirma o cinismo do preso". Inúmeras deslealdades narrativas do Linha Direta são expostas por Kleber Mendonça, como no caso em que um preso tenta dar uma cabeçada na câmera da TV Globo, e o fato é duplicado: "tentou dar outra cabeçada no cinegrafista", diz o apresentador, porém, esclarece Mendonça, "o telespectador, de fato, via a cena pela segunda vez, já que a edição abriu a reportagem com esta cena". Paralelamente, as vítimas vivem situações, reais ou dramatizadas, em que todo os recursos – Mendonça se deteve sobre a música de fundo – sinalizam para a inocência e a desproteção.

O trabalho de Kleber Mendonça é definitivo, e põe a nu as múltiplas violações de garantias constitucionais semanalmente praticadas naquele sinistro empreendimento. No caso de réus ainda não-sentenciados, a presunção de inocência e o direito a julgamento justo são simplesmente escarnecidos; não falemos da imagem. Interessa-nos, contudo, especialmente ressaltar a executivização da comunicação social. Pense-se na coincidência de que o Linha Direta inicia suas caçadas humanas três anos após o processo penal brasileiro ter assumido o princípio de que o acusado tem o direito de conhecer real – e não ficticiamente – a acusação para defender-se (Lei 9.271, de 17.04.1996). Linha Direta é um processo e um julgamento público que não devem satisfações à Constituição ou às leis, porém produzem efeitos reais: o mais importante não reside na prisão, e sim no próprio julgamento que fará, por exemplo, o Júri de uma cidade do interior, perante o qual provavelmente um promotor zeloso exibirá uma cópia do programa.

Encerremos com um episódio ilustrativo. Pouca gente sabe porque Marcelo Rezende foi substituído por Domingos Meireles. É que, em 25.11.1999, a juíza da 12.ª Vara de Família do Rio determinara a intimação de Marcelo Rezende, por edital, para submeter-se a exame de DNA numa ação de reconhecimento de paternidade, que aliás seria julgada procedente em primeira instância:[34] estava ele na

[34] *O Dia*, edições de 02.12.1999, p. 4 e 10.11.2000, p. 4.

situação de "residência incerta e não sabida", como rezava o edital, tal e qual suas vítimas. O implacável perseguidor de foragidos também era, de certa forma, um homem procurado pela Justiça.

9. À guisa de conclusão

Desgarrando-se de suas bases estruturais econômicas, o *credo* criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo, das menores notas ao obituário,[35] abrangendo inclusive publicações que se pretendem progressistas.[36]

Este discurso aspira a uma hegemonia, principalmente sobre o discurso acadêmico, na direção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais. Este discurso habilita as agências de comunicação social a pautar agências executivas do sistema penal, e mesmo a operar como elas (executivização), disputando, com vantagem, a seletividade com tais agências. A natureza real desse contubérnio é uma espécie de privatização parcial do poder punitivo, deslanchado com muito maior temibilidade por uma manchete que por uma portaria instauradora de inquérito policial.

Entre as múltiplas omissões desta resenha, está a publicidade. Um importante estadista do século XX sabia que "quando a propaganda já conquistou uma nação inteira para uma idéia, surge o momento asado para a organização, com um punhado de homens, retirar as conseqüências práticas".[37] Linha Direta já retira conseqüências práticas do discurso criminológico único da mídia, da qual a publicidade não passa de um *continuum* retórico. Podemos estar nos aproximando do momento em que certas iniciativas processuais de alguns operadores do sistema penal que aceitaram este jogo só possam ser compreendidas através dos manuais de propaganda e *marketing*, sem que ao mesmo tempo o cidadão entrevistado por uma reportagem policialesca tenha assegurado seu direito ao silêncio.

Quando da sanção da nova e tão atrasada Lei de Drogas (Lei 10.409, de 11.01.2002), o Presidente da República vetou o art. 54, que o Congresso Nacional

(35) A saudosa Rosa del Olmo notabilizou-se pelo pioneirismo e argúcia com os quais seus trabalhos revelaram as funções políticas – inclusive a nível internacional – e sociais da criminalização das drogas. Seu obituário no *JB* (20.11.2001, p. 20) frisava que na América Latina "não havia ninguém como ela para discorrer sobre tóxicos e seus malefícios", referindo-se ainda ao "notório vigor com que sustentava a luta contra os tóxicos".

(36) Cf., por exemplo, a cobertura que *Cadernos do Terceiro Mundo* deu à 1.ª Conferência Executiva de Segurança Pública para a América do Sul (out.-nov. 2001, n. 236, p. 14 *et seq.*).

(37) Adolf Hitler. *Minha luta.* São Paulo: Moraes, p. 363.

aprovara: "Os meios de divulgação manterão sob sigilo os valores atribuídos a drogas e equipamentos apreendidos". Desejo destacar não a inconstitucionalidade do dispositivo, que representava uma vedada censura, mas sim a familiaridade com a qual a agência política de criminalização primária tratou aí as agências de comunicação do sistema penal. Era como uma proibição dirigida a uma agência executiva: as delegacias de policia judiciária manterão sob sigilo... Se as tendências de legitimação e superposição que tentamos descrever nesta conferência se incrementarem, talvez o dispositivo vetado e outros similares tenham vigência, num futuro não muito distante: por decreto.

2.8

OS DIREITOS HUMANOS DO PRESO E AS PRAGAS DO SISTEMA CRIMINAL

RENÉ ARIEL DOTTI*

SUMÁRIO: 1. Os direitos humanos do preso: 1.1 As proclamações da primeira Constituição; 1.2 As denúncias de Evaristo de Moraes; 1.3 A superlotação carcerária; 1.4 O problema no advento da República; 1.5 O ceticismo de Costa e Silva; 1.6 As tentativas de codificação das regras de execução penal; 1.7 A herança dos dias correntes – 2. As pragas do sistema criminal: 2.1 As dez pragas do Egito; 2.2 As pragas do sistema criminal.

Resumo: O trabalho contém duas perspectivas bem definidas. De um lado revitaliza as informações históricas e os textos legais de proteção aos direitos da pessoa presa. De outro, denuncia as mazelas do sistema criminal brasileiro, abrangendo as instâncias formais de controle da violência e a criminalidade, ou sejam: a lei, a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as instituições e os estabelecimentos penais. A existência dos princípios e das regras de execução penal – como *proclamações otimistas* – e a revelação das *pragas* do sistema – como demonstrações da realidade – mostram o descompasso permanente entre a linguagem da lei e os fatos que negam a sua eficácia. No entanto e sem usar as *lentes de Pangloss* – que na história de *Candide,* de Voltaire, permitiam ver tudo bem "no melhor dos mundos possíveis" – o artigo sustenta, em conclusão, que a visão realista não implica em desertar da esperança de superação das maiores dificuldades do sistema em favor de "um novo tempo de segurança e justiça, valores e interesses que não mereceram o devido cuidado dos últimos governos da União e dos Estados". Em suas derradeiras palavras, o texto afirma que a Nação e o povo carecem de uma política criminal e penitenciária que possa enfrentar com sensibilidade e competência os graves problemas do delito e do delinqüente.

Palavras-chave: Direitos humanos do preso – Proclamações e denúncias – A herança dos dias correntes – As pragas do sistema criminal – Palavras de esperança.

1. Os direitos humanos do preso

1.1 As proclamações da primeira Constituição

A Constituição Política do Império do Brasil (25.03.1824), reagindo vigorosamente contra a maléfica herança das *Ordenações* do Reino de Portugal que foram

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

aplicadas em nosso País,[1] declarou solenemente: "Desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis" (art. 179, § 19).

O interesse, no quadro dos direitos civis e políticos dos cidadãos por um sistema criminal mais bem afeiçoado à dignidade humana, foi traduzido pela clara e firme decisão dos constituintes: "Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade" (art. 179, § 18).

E especificamente quanto ao problema do encarceramento a *Carta* declarou: "As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes" (art. 179, § 21).

1.2 As denúncias de Evaristo de Moraes

Conforme autorizada denúncia de Evaristo de Moraes, nas três épocas sucessivas do Brasil-Colônia, Brasil-Reino Unido e Brasil-Império incipiente, não obedeceram as prisões a qualquer princípio de ordem, de higiene e de moralização.[2] Nos primeiros anos do século XIX – prossegue a crítica do imortal criminalista – confundiam-se nas prisões brasileiras paisanos e militares, indivíduos processados e condenados por crimes comuns ao lado de acusados por qualquer motivo político e presos sem nenhum ilícito declarado. Inexistindo compromisso com o objetivo de recuperação social do infrator, a privação da liberdade era executada "ao bel-prazer do carcereiro".[3]

1.3 A superlotação carcerária

Os problemas resultantes da promiscuidade carcerária iriam se manter ao longo do Império, não obstante a criação de unidades prisionais em São Paulo, com a Casa de Correção posta a funcionar em 1852, na Bahia e em Sergipe. Em 1876, uma grande estatística mortuária relativa aos confinados na Casa de Correção de São Paulo oferecia material para discussão sobre a insuficiência e a insalubridade. O deputado Pádua Fleury, integrante de uma comissão de inspeção, registrava no relatório a grave denúncia: "Poderá a sociedade, a título do exercício do direito de punir, sujeitar os condemnados a esse depauperamento de forças produzido pela habitação, à noite, em cavidades humidas e frias, cuja capacidade cubica de ar pouco o excede de oito metros? Poderá a Administração Pública substituir assim a pena de prisão pela de morte gradual, que resulta do definhamento, ou envenenamento lento do condemnado? A commissão julga de seu de-

(1) *Ordenações afonsinas* (de Dom Afonso V), 1500-1514; *Ordenações manuelinas* (de Dom Manuel, o Venturoso), 1514-1603 e *Ordenações filipinas* (de Dom Felipe II), 1603-1824.

(2) *Prisões e instituições penitenciárias no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira, 1923. p. 5.

(3) Op. cit., p. 6.

ver representar aos poderes competentes para, ao menos, não incorrer com o seu silencio na grave responsabilidade de apoiar a conservação de um edifício que é inferior às cadeias bem arejadas e limpas".[4]

A referida comissão também constatou que junto à Casa de Correção havia outras prisões, nas quais se misturavam condenados a galés, prisão simples e até mesmo os presos provisórios. O Código Criminal do Império previa as seguintes modalidades de pena privativa de liberdade: galés, prisão com trabalho e prisão simples (arts. 44, 46 e 47).

Apesar do reconhecimento generalizado da eficácia do sistema progressivo ou irlandês, não chegou ele a ser realmente executado ao tempo do Império.

1.4 O problema no advento da República

Na primeira República foi abolida a pena de galés e estabelecidas a *reclusão*, a *prisão com trabalho obrigatório* e a *prisão disciplinar*, conforme o art. 43 do Código, publicado em 15.10.1890. O Ministro da Justiça do Governo Provisório, explicando no seu relatório de 1891 a orientação adotada pelo Código, dizia que o diploma lançara as bases do sistema penitenciário que ao Governo pareceu mais conveniente adotar, referindo-se expressamente a uma conjugação entre os sistemas de Auburn e o de Filadélfia e modificado pelo método irlandês. Acentuava que a base do sistema era a prisão celular, aplicada à generalidade dos crimes. A Consolidação das Leis Penais (1932) introduziu a *prisão correcional*, destinada aos mendigos fisicamente aptos, aos vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros (art. 46).

Mas o próprio Código da Primeira República admitia as vicissitudes daquele modelo ao declarar por meio do art. 409: "Emquanto não entrar em execução o systema penitenciário, a pena de prisão cellular será cumprida como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciários existentes segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo."[5]

1.5 O ceticismo de Costa e Silva

Em obra editada no ano de 1938, o imortal penalista Antonio José da Costa e Silva anotou o pessimismo reinante sobre o assunto, admitindo que "na generalidade dos casos" o sistema celular não funcionou por serem muito poucas as prisões dotadas de células. Por outro lado também não havia trabalho organizado nos estabelecimentos penais. E arrematava dizendo que só em 1911 inaugurou-se a penitenciária de São Paulo, "o melhor dos estabelecimentos desse genero que o Brasil possue – onde o systema penal do Código

(4) Transcrito por Evaristo de Moraes, op. cit., p. 27 (a ortografia original foi obedecida).

(5) A transcrição obedece a ortografia original.

poude ser, mais ou menos observado. Nunca foi possivel avaliar, praticamente, o merecimento desse systema".[6]

1.6 As tentativas de codificação das regras de execução penal[7]

a) O Anteprojeto de 1933

A primeira tentativa para codificar o direito de execução penal surgiu com o Anteprojeto do Código Penitenciário da República, elaborado por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho, com 854 artigos (1933). O texto foi convertido em projeto e encaminhado à Câmara dos Deputados por iniciativa da bancada da Paraíba (1935). Lamentavelmente, porém, aquele esforço foi arquivado em face do recesso do Congresso Nacional, determinado pelo golpe do chamado *Estado Novo* (1937-1945), liderado por Getúlio Vargas. Um dos primeiros dispositivos daquele *disegno di legge* estabelecia que a execução das penas privativas de liberdade deveria estimular a regeneração dos condenados, levando-se em consideração as suas condições pessoais.

A Carta Política de 16.07.1934 previu a competência da União para legislar sobre normas gerais do regime penitenciário (art. 5.°, XIX, *c*).

b) O Anteprojeto Oscar Stevenson e a Lei 3.274/57

Em 28.04.1957, Oscar Stevenson apresenta o seu Anteprojeto de Código Penitenciário, com 315 artigos. Meses depois era sancionada a Lei 3.274, de 2 de outubro, contendo 40 artigos sobre as *normas gerais* do regime penitenciário. Eram disposições programáticas, porém despidas de sanção, razão pela qual se tornaram ineficazes apesar da influência que o texto recebeu das famosas *regras mínimas* da ONU (1955).

c) A resistência contra a federalização da execução penal

A orientação equivocada de alguns juristas nacionais constituiu poderoso obstáculo às tentativas para se instituir um diploma federal para regular a teoria e a prática da execução penal. No curso dos anos 50 aquela oposição se fundava na interpretação restrita do art. 5.°, XV, *b*, da Constituição de 1946, segundo a qual a União poderia legislar somente a respeito das *normas gerais* de regime penitenciário. Aquela exegese teve muitos adeptos[8] e foi a responsável pelas nefastas conse-

(6) *Código Penal dos Estados unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, vol. II, p. 80. (Foram obedecidas a ortografia e a acentuação originais).

(7) Um levantamento minucioso a respeito dos movimentos de codificação se encontra no meu artigo "Textos antigos; crise permanente". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 21/207 *et seq.*, 1998.

(8) Um dos maiores opositores a um diploma federal de execução foi César Salgado. Vide, "O Anteprojeto de Código Penitenciário", *Revista Interamericana do Ministério Público*, p. 523 *et seq.*, São Paulo, 1958.

qüências com a manutenção do critério das (poucas) leis locais e alguns regulamentos para disciplinar o cumprimento das penas e das medidas de segurança.

Pode-se afirmar, sem exagero, que a falta de um diploma federal para tratar dos inúmeros problemas da execução penal – desde a primeira República – contribuiu para a situação caótica enfrentada pelos sistemas estaduais dos dias correntes. E a explicação é simples: o reconhecimento e a declaração dos direitos e das garantias da pessoa presa somente foram sistematizados com o advento de uma legislação específica que instituiu o regime progressivo, as autorizações de saída, a remição, além de outros institutos que passaram a integrar o repertório jurídico do condenado, do internado e do preso provisório.

d) Os Anteprojetos dos anos 60

Dois documentos de grande importância histórica vieram a lume em meados da década de 60. O anteprojeto de Código Penal, elaborado por Nélson Hungria, e o anteprojeto do Código das Execuções Penais, redigido por Roberto Lyra.[9]

O primeiro, embora mantivesse a dicotomia entre reclusão e detenção – aquela espécie sob regime mais rigoroso que esta – determinava que a pena de prisão deveria ser executada de modo a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social (art. 35). Como muitos outros dispositivos do *disegno di legge*, aquela regra era conceitualista e francamente adesiva à teoria da emenda. Em sua justificativa, o autor do anteprojeto redigiu a seguinte nota, após referir-se à legislação estrangeira e nacional: "Assim definida a função finalística da pena privativa de liberdade, identifica-se esta com a medida de segurança detentiva. A manutenção desta, como sanção distinta daquela, só se justifica num caso: quando o condenado necessita de especial tratamento *curativo*".[10] Eram previstos os tipos de estabelecimentos penais sob as modalidades industrial, agrícola ou misto (art. 36), bem como se introduzia o regime aberto, de semiliberdade e confiança, se o condenado fosse primário e de nenhuma ou escassa periculosidade e a duração da pena imposta não excedesse 5 anos. O estabelecimento penal aberto deveria ser instalado, de preferência, nas cercanias do centro urbano, com espaço para o trabalho rural e de oficinas para o trabalho industrial ou artesanato (art. 37 e § 2.º).

Algumas normas relativas ao trabalho (obrigação, individualização e finalidade) e à separação dos condenados (menores de 21 anos em relação aos adultos) demonstravam a necessidade de se impor, por meio de lei federal, o sistema, os princípios e as regras fundamentais à execução. E o art. 41 declarava que caberia aos códigos de Processo Penal e das Execuções Penais "a pormenorizada regulamentação dos estabelecimentos penais".

(9) Os textos foram publicados pelo Ministério da Justiça em 1963.

(10) O anteprojeto foi publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, edição da Universidade do Estado da Guanabara, n. 1, p. 169 *et seq.*, abr.-jun. 1963 (parte geral), e n. 2, p. 185 *et seq.*, jul.-set. 1963, (parte especial).

Os anteprojetos constituíram monumentos jurídicos de grande repercussão e para os quais os seus eminentes autores transmitiram a notável experiência como profissionais do direito, juristas, mestres e homens públicos de valor transcendental ao seu tempo e à sua história pessoal.

Relativamente às execuções penais, o anteprojeto mereceu uma profunda e humana justificação para introduzir o seu prestigiado texto distribuído por 250 artigos.[11]

e) Os obstáculos do regime militar

O movimento militar deflagrado em nosso País a partir de 1.°.04.1964 retardou a discussão do Anteprojeto do Código Penal, comprometendo seriamente a liberdade de discussão científica e frustrando o idealismo dos membros das sucessivas comissões revisoras.[12]

O mestre Roberto Lyra afastou-se da primitiva comissão revisora do Anteprojeto de Código Penal, por ele presidida,[13] convencido "de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza não deve sobrecarregar e desviar nesta hora um Parlamento ressentido e emprazado". E, prosseguindo na sua carta dirigida ao Ministro da Justiça, Milton Campos, em 17.06.1964, o grande humanista foi melancólico e incisivo: "Em relação ao meu anteprojeto de Código de Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apelo no sentido de deixar sua revisão e encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão".[14]

E tal oportunidade, lamentavelmente, nunca mais iria voltar.

f) Os eventos dos anos 70

Alguns eventos significativos marcaram o curso dos anos 70, relativamente ao movimento para a codificação da execução penal.

O primeiro deles foi a publicação do Anteprojeto do Código de Execuções Penais, relatado por Benjamin de Moraes Filho e tendo na subcomissão revisora os Profs. José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves, contendo 240 artigos (1970).

(11) A *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, cit., publicou o texto simples do Anteprojeto de Código das Execuções Criminais (n. 3, p. 167 *et seq.*, out.-dez. 1963). Mas o numero anterior daquela mesma *Revista* divulgou a generosa e lúcida exposição de motivos, sob o título "Justificação do anteprojeto de Código das Execuções Penais" (vol. 2, p. 3 *et seq.*).

(12) Detalhadamente sobre o assunto, Heleno Cláudio Fragoso, "Subsídios para a história do novo Código Penal", *Revista de Direito Penal* 3/7 *et seq.*, Rio de Janeiro: Borsoi, jul.-set. 1971.

(13) A primeira Comissão era integrada também por Nélson Hungria e Hélio Tornaghi.

(14) O documento foi publicado em Roberto Lyra, *Nôvo direito penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, vol. I, p. 30.

A *Moção de Goiânia* (1973), aprovada num encontro que reuniu notáveis penalistas brasileiros, sustentou a necessidade da eliminação das penas curtas de prisão e a humanização do sistema penitenciário, objetivos reafirmados nas conclusões do V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo (1975).

A dramática situação dos estabelecimentos penais brasileiros justificou a criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, no âmbito da Câmara dos Deputados. A denominada *CPI do sistema penitenciário* (1975-1976) colheu vários depoimentos, informações e denúncias do maior relevo. As conclusões do relatório foram as mais pessimistas frente às gravíssimas violações dos direitos humanos dos presos e às normas gerais estabelecidas pela Lei 3274 /57, bem como do preceito constitucional impondo a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. O relator daquela CPI, deputado Ibrahim Abi-Ackel, destacou, com sensibilidade e firmeza, as várias prioridades a serem consideradas pelos Poderes Executivo e Legislativo e pela própria comunidade visando à reformulação do sistema. Algumas conclusões foram convertidas em lei ou adotadas em programas de ação administrativa e outras remanescem como exemplos de vícios e omissões do sistema. Vale transcrever: *a*) a individualização da pena é obstaculizada pela superpopulação carcerária que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; *b*) grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; *c*) a necessidade de alternativas às pena de prisão e revestidas de eficácia pedagógica de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinqüentes perigosos; *d*) a construção de novas penitenciárias com capacidade máxima para 500 (quinhentos) presos e distribuídas por regiões, a fim de conservá-los, tanto quanto possível, em seu próprio meio; *e*) o exame de personalidade no sentenciado; *f*) a criação de Juntas de Observação e o efetivo e permanente funcionamento nas penitenciárias; *g*) a necessidade de se obter a colaboração de acadêmicos de direito nas tarefas de assistência jurídica nas penitenciárias como condição de registro na OAB à semelhança dos atuais estágios; *h*) a administração de cursos pilotos aos servidores das penitenciárias com noções de direito penal, direito de execução penal e outras disciplinas de interesse à especialidade funcional; *i*) a criação da Escola Penitenciária Nacional; *j*) a racionalização da atribuição do trabalho e sua remuneração; *k*) a implantação de medidas para proporcionar o ensino; *l*) a elaboração de um Código de Execução Penal.[15]

Outros eventos destacados nos anos 70 foram a criação do Conselho Nacional de Política Penitenciária (1975) e a edição da Lei 6.416, de 24.05.1977, que ampliou as hipóteses de suspensão condicional da pena e livramento condicional e instituiu o regime progressivo para a execução da pena de prisão. Algumas das conclusões da *CPI do sistema penitenciário* foram acolhidas por esse diploma.

(15) *Diário do Congresso Nacional*, 04.06.1976, supl. ao n. 61, p. 2 *et seq.*

g) Os progressos nos anos 80

As regras mínimas de execução penal foram editadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (1982). Após vinte e um anos tais regras não perderam atualidade. Ao reverso, elas mantêm rigorosa harmonia com as reivindicações dos trabalhadores sociais envolvidos com a teoria e a prática da execução das penas privativas de liberdade. O ideário das *regras* tratou: *a)* dos limites ao poder de jurisdição da execução penal, a fim de se garantir ao condenado, ao internado e ao preso provisório o exercício dos direitos não afetados pela condenação; *b*) da assistência a ser prestada pelo Estado com a solidariedade comunitária; *c*) da classificação dos condenados à pena de prisão segundo seus antecedentes e personalidades; *d*) da obrigatoriedade do exame criminológico; *e*) do devido processo para apuração e das faltas disciplinares etc.

Aquelas *regras mínimas* foram inicialmente apresentadas ao CNPP pelo Conselheiro Francisco de Assis Serrano Neves e aditadas pelo Conselheiro José Danton de Oliveira. Na reunião de 26.07.1982 foi aprovado parecer do Conselheiro Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, dando nova redação ao documento. O texto definitivo foi aprovado na sessão de 04.10.1982. As *normas* traduziram mais um esforço dentro da atmosfera de anomia que dominou amplamente o amaldiçoado mundo das prisões. Esperava-se que o implemento de condições e de meios humanos e materiais pudesse não somente efetivar as regras mínimas como também recuperar muitos dos habitantes das *sucursais do inferno*, hóspedes da desgraça e clientes da violência e não raro vítimas da omissão ou indiferença do Estado, ao desamparar o exercício de direitos naturais e imprescritíveis.

A histórica luta pela codificação da execução penal alcançou o seu ponto alto com a edição da Lei 7.210, de 11.07.1984 e com a reforma da Parte Geral do Código Penal, por meio da Lei 7.209, da mesma data.

1.7 A herança dos dias correntes

Já nos idos de 1883, o Doutor Joaquim de Almeida Leite Moraes Júnior, em sua *these* apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo em torno dos sistemas penitenciários, lembrava a necessidade de uma grande reforma que entre suas bases fundamentais adotasse "um único regimen para as penas maiores, e casas centraes construidas e directamente inspeccionadas pelo Estado, de modo que a pena não varie, e nem seja diversa, como é hoje de província a província".[16]

Precisamente um século mais tarde o inventário da crise iria registrar outro depoimento da maior relevância. Com a autoridade científica de sua condição de especialista na questão penitenciária e com a responsabilidade funcional da

(16) *Qual o melhor dos systemas penitenciarios conhecidos?*, tese apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo para o concurso a uma vaga de *lente substituto*, São Paulo: Typografia do Commercio, 1883, p. 25. Foi respeitada a ortografia original.

direção geral do Depen, o Prof. Jason Soares Albergaria advertiu, no relatório de atividades do órgão em 1982, que "a Unidade Federada não tem correspondido às planificações da União, não obstante sua adesão ou consentimento, correndo à conta de omissão ou resistência dos Estados a continuidade calamitosa do sistema penitenciário local".[17]

Essa omissão histórica levou os redatores da Lei 7.210/84 a incluir as seguintes disposições programáticas: "No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis" (art. 203); "Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei"(§ 1.º); "Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados" (§ 2.º); "O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos" (§ 3.º). E para estabelecer a eficácia das aludidas determinações, a Lei de Execução Penal cominou uma sanção específica: "O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinadas pela União, para atender às despesas de execução das penas e das medidas de segurança" (art. 203, § 4.º).

O que ocorreu a seguir foi o absoluto desinteresse das unidades federativas em cumprir a lei. Certamente concorreu para esse fato a mudança do Governo federal com a posse de José Sarney à presidência da República e a notória incompatibilidade entre o novo presidente e o anterior.

Esse levantamento sobre os direitos humanos da pessoa presa não estaria completo sem a referência a princípios e dispositivos que, embora consagrados na Constituição e na legislação ordinária, ainda não alcançaram efetividade. Merecem destaque: "A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (CF, art. 5.º, XLVIII); "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (CF, art. 5.º, XLIX); "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei" (LEP, art. 3.º); "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade" (LEP, art. 10); "A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa" (LEP, art. 11); "O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços, destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva" (LEP, art. 83); "Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários" (LEP, art. 83, § 1.º); "O preso provisório ficará separado do

(17) *Diário Oficial da União,* 28.02.1983, p. 3.142.

condenado por sentença transitada em julgado" (LEP, art. 84); "O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes"(LEP, art. 84, § 1.º); "O estabelecimento penal deverá ter a sua lotação compatível com sua estrutura e finalidade" (LEP, art. 85); "O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades" (LEP, par. ún. do art. 85); "A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado" (LEP, § 1.º, art. 86); "A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios" (LEP, art. 102).

2. As pragas do sistema criminal

2.1 As dez pragas do Egito

Os gravíssimos problemas relativos aos direitos humanos da pessoa presa se movimentam num universo mais amplo e que é traduzido pelas distorções e pelos vícios crônicos do sistema criminal. Tais fenômenos negativos para a Administração Pública e a comunidade se converteram em verdadeiras *pragas.*

No *Êxodo,* o segundo Livro da Bíblia, onde se narra a saída dos hebreus do Egito, estão indicadas as *dez pragas do Egito.* Foram elas:

"*1.ª praga* (cap. 7). *As águas tornam-se em sangue* (versículos 21-25)

'E os peixes que estavam no rio morreram, e o rio fedeu, e os egípcios não podiam beber a água do rio; e houve sangue por toda a terra do Egito. (...) Assim se cumpriram sete dias depois que o Senhor ferira o rio'.

2.ª praga (cap. 8). *As rãs* (versículos 2-4)

'E se recusares deixa-lo ir, eis que ferirei com rãs todos os teus termos. E o rio criará rãs, que subirão e virão à tua casa, e ao teu dormitório, e sobre a tua cama, e às casas dos teus servos, e sobre o teu povo, e aos teus fornos, e às tuas amassadeiras. E as rãs subirão sobre ti, e sobre teu povo, e sobre todos os teus servos'.

3.ª praga (cap. 8). *Os piolhos* (versículos 16-17)

'(...) porque Aarão estendeu a sua mão com a sua vara, e feriu o pó da terra, e havia muitos piolhos nos homens e no gado; todo o pó da terra se tornou em piolhos em toda a terra do Egito'.

4.ª praga (cap. 8). *As moscas* (versículos 20-24)

'(...) e vieram grandes enxames de moscas à casa de Faraó, e às casas dos seus servos, e sobre toda a terra do Egito; a terra foi corrompida destes enxames'.

5.ª praga (cap. 9). *A peste nos animais* (versículos 2-4)

'Porque se recusares deixá-los ir, e ainda por força os detiveres, eis que a mão do Senhor será sobre teu gado, que está no campo, sobre os cavalos, sobre os

jumentos, sobre os camelos, sobre os bois, e sobre as ovelhas, com pestilência gravíssima. E o Senhor fará separação entre o gado dos israelitas e o gado dos egípcios, para que nada morra de tudo o que for dos filhos de Israel'.

6.ª praga (cap. 9). *As úlceras e os tumores nos homens e nos animais* (versículo 9)

'E tornar-se-á em pó miúdo sobre toda a terra do Egito, e se tornará em sarna, que arrebente em úlceras nos homens e no gado, por toda a terra do Egito'.

7.ª praga (cap. 9). *A saraiva (granizo)* (versículos 22-25)

'(...) e haverá saraiva em toda a terra do Egito, sobre os homens e sobre o gado, e sobre toda a erva do campo na terra do Egito. E Moisés estendeu a sua vara para o céu, e o Senhor deu trovões e saraiva, e fogo corria pela terra; e o Senhor fez chover saraiva sobre a terra do Egito. (...) E a saraiva feriu, em toda a terra do Egito, tudo quanto havia no campo, desde os homens até aos animais; também a saraiva feriu toda a erva do campo, e quebrou todas as árvores do campo'.

8.ª praga (cap. 10). *Os gafanhotos* (versículos 13-15)

'Então estendeu Moisés sua vara sobre a terra do Egito, e o Senhor trouxe sobre a terra um vento oriental todo aquele dia e toda aquela noite; e aconteceu que pela manhã o vento oriental trouxe os gafanhotos. E vieram os gafanhotos sobre toda a terra do Egito, e assentaram-se sobre todos os termos do Egito; mui gravosos foram; antes destes nunca houve tais gafanhotos, nem depois deles virão outros tais. Porque cobriram a face de toda terra de modo que a terra se escureceu; e comeram toda a erva da terra, e todo fruto das árvores, que deixara a saraiva; (...)'.

9.ª praga (cap. 10). *As trevas* (versículos 21-23)

'Então disse o Senhor a Moisés: Estende a tua mão para o céu, e virão trevas sobre a terra do Egito, trevas que se apalpem. E Moisés estendeu a sua mão para o céu, e houve trevas espessas em toda a terra do Egito por três dias. Não viu um ao outro, e ninguém se levantou do seu lugar por três dias; mas todos os filhos de Israel tinham luz em suas habitações'.

10.ª praga (cap. 11). *A morte dos primogênitos* (1-29)

'E o Senhor disse a Moisés: Ainda uma praga trarei sobre Faraó, e sobre o Egito: depois vos deixará ir daqui: e quando vos deixar ir totalmente, a toda pressa vos lançará daqui. (...) Assim o Senhor tem dito: À meia-noite eu sairei pelo meio do Egito; E todo o primogênito na terra do Egito morrerá, desde o primogênito de Faraó, que se assenta com ele sobre o seu trono, até ao primogênito da serva que está detrás da mó, e todo o primogênito dos animais. (...) Mas contra todos os filhos de Israel nem ainda um cão moverá a sua língua, desde os homens até aos animais, para que saibais que o Senhor fez diferença entre os

egípcios e os israelitas. (...) E aconteceu, à meia-noite, que o Senhor feriu a todos os primogênitos na terra do Egito, desde o primogênito de Faraó, que se sentava em seu trono, até ao primogênito do cativo que estava no cárcere, e todos os primogênitos dos animais'".

2.2 As pragas do sistema criminal

O sistema criminal brasileiro também tem as suas *pragas* que, independentemente da ordem de apresentação, se assemelham, aqui e ali, com as pragas do Egito. São elas:

1.ª praga. *A presunção de culpa*

A notícia sensacionalista dos fatos delituosos e a impetuosidade das primeiras investigações revertem a presunção de inocência, constitucionalmente declarada, para transformar o simples suspeito ou mero indiciado em criminoso. A imprensa, o rádio e a televisão, que por comodidade funcional servem-se das fontes oficiais (polícia ou Ministério Público), rejeitam o exercício democrático de ouvir também o próprio acusado. Há uma insensibilidade, quando não declarada hostilidade, para com o suspeito ou indiciado que, assim, é marcado com *ferro em brasa* como se fazia com as antigas penas de infâmia.

2.ª praga. *Os juízes paralelos*

Determinados profissionais da mídia eletrônica e muitos *juristas de plantão* compõem a vasta fauna dos *juízes paralelos* que são todos aqueles que se julgam capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo vigor de uma sentença transitada em julgado. Nas áreas humanas e sociais é muito comum a prática de um *journalism à sensation* repleto de clichês acerca do endurecimento das penas criminais e do estímulo às expedições punitivas. São os novos *esquadrões da catarse* que transformam a notícia em libelo de acusação para fazer do anúncio do castigo um bálsamo para o sofrimento de grandes legiões de pessoas que vivem as frustrações do cotidiano e o aumento da violência e da anomia. *Âncoras* e outros profissionais da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas mesmo quando contra elas exista apenas um começo de investigação sobre um fato delituoso. Os *juízes paralelos* do rádio, da televisão e da imprensa em geral são os apóstolos da suspeita temerária e os militantes da presunção de culpa. Muitos delegados de Polícia, entusiasmados com a abordagem dos meios de comunicação para opinar acerca de crimes que estão apurando, excedem-se nas entrevistas comprometendo a eficácia das investigações e a respeitabilidade do cargo. São comuns, nos casos de repercussão, as notícias de que fulano ou beltrano será *indiciado* pelo crime tal e qual quando inexiste o indiciamento como ato formal do processo penal. Alguns promotores de justiça e Procuradores da República cometem o abuso de conceder entrevistas sobre fatos que estão sendo investiga-

dos e, com essa atitude, assumem um tipo de compromisso indissolúvel com uma das versões do episódio. Eles perdem a imparcialidade que deve ser inerente aos agentes da nobre instituição que tem, entre os seus mais altos objetivos, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É também na classificação dos *juízes paralelos* que se ajustam muitos deputados e senadores, fazendo da Comissão Parlamentar de Inquérito – órgão de notável relevo institucional e democrático – uma *passarela de vaidades* e num *corredor de abusos*, numa grotesca imitação dos magistrados da Inquisição que reuniam na mesma pessoa as funções de investigar, acusar e julgar.

3.ª praga. *O confronto entre polícia militar e polícia civil*

O confronto – aberto e permanente – entre as polícias militar e civil tem comprometido a missão preventiva de toda polícia e a administração da justiça criminal. Somente por eufemismo se poderia dizer que existe um *conflito* entre essas polícias. O que ocorre, na verdade, é uma *guerra* entre corporações em prejuízo da segurança dos cidadãos. O policiamento preventivo deve ser praticado pela polícia civil fardada enquanto a polícia militar deve atuar nas ruas excepcionalmente para superar manifestações graves contra a ordem pública e outros incidentes provocados por grupos de pessoas de modo a justificar uma contenção física.

4.ª praga. *As distorções da investigação criminal*

Não obstante os aspectos positivos da Lei 9.099, de 26.09.1995, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, existe uma gravíssima distorção quando se permite que o *termo circunstanciado* da infração seja elaborado por quem não exerce o cargo de delegado de polícia. Somente a autoridade policial, com atribuição constitucional e legal para dirigir a investigação afeta à polícia judiciária (CF, art. 144, I e III e CPP, art. 4.º) detém a legitimação necessária para a prática desse importante ato. São comuns as injustiças que se cometem no cotidiano forense quando o *termo circunstanciado* é redigido por quem não detenha a qualidade exigida tanto pela Constituição quanto pela lei. Um funcionário de secretaria do Juizado ou um soldado de polícia militar não podem, na maioria dos casos, discernir sobre quem seja o ofensor e o ofendido ou quais as perícias que devem ser requisitadas. Por outro lado, a intolerável repetição da prova oral (depoimentos na polícia e em juízo) faz com que surjam contradições e perda substancial de elementos de convicção. Também o chamado *procedimento administrativo* utilizado pelo Ministério Público para dispensar o inquérito policial é outra distorção grave porque, além de vulnerar o princípio do devido processo legal, transforma a investigação em ato de sigilo rotineiro e permanente, fora, portanto, das hipóteses do segredo autorizado pelo CPP (art. 20).

5.ª praga. *O desvirtuamento das delegacias policiais*

As delegacias de polícia se transformaram em depósitos infectos de presos provisórios e de réus condenados. Nos últimos tempos essas pocilgas abrigam,

com regularidade impressionante, seres humanos que não foram julgados, submetendo à vala comum inocentes e culpados, primários e reincidentes. Essas *sucursais do inferno* se transformaram, não raro, em centros de invasão para o resgate de presos perigosos. Contrariando a sua finalidade, que consiste em servir de local para os atos de cartório ou a secretaria das investigações e da conservação efêmera do preso provisório até a sua transferência, muitas delegacias de polícia se converteram em agências de insegurança coletiva.

6.ª praga. *A massificação dos serviços judiciários*

A massificação dos serviços judiciários chegou a tal ponto que uma *jurisprudência de acomodação* inventou um novo tipo de prescrição: a *prescrição antecipada*. Consiste ela na declaração de extinção da punibilidade antes mesmo da instrução se o juiz entender que a pena mínima aplicável naquele caso admitirá a prescrição da ação penal pela pena concretizada. E, sem considerar que a prova poderá revelar uma circunstância ou situação agravante, a prescrição é decretada. Os tribunais têm reagido a essa prática que desvenda a precariedade da administração da justiça criminal. A massificação inviabiliza o melhor exame das causas e é responsável pelo clima de tensão e ansiedade – além do cansaço – que não raro envolve os operadores do sistema.

7.ª praga. *As carências dos estabelecimentos penais*

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) arrola, de maneira criteriosa, os estabelecimentos penais: penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, centro de observação, cadeia pública e hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 87 *et seq.*). Mas o Estado, pela omissão dos Governos federal e estadual, não tem providenciado os recursos humanos e materiais para o funcionamento adequado desses estabelecimentos. Nesse universo há um fosso profundo entre as palavras da lei e a prática da realidade. A superlotação carcerária surge como um dos mais graves problemas humanos e sociais de maneira a gerar a intranqüilidade e a insegurança.

Os estabelecimentos penais, de um modo geral, constituem *servidões de passagem* para o terror. Nesses *campos de concentração* se desenham, como num mural infinito, o sofrimento e o desespero e lembram o testemunho imortal de um ex-presidiário: "Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele; compunha-se de leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-vida, de uma vida a parte e de homens a parte".[18]

8.ª praga. *O discurso político do crime*

O *discurso político do crime* se caracteriza pela exploração dos temas do delito e do delinqüente com a finalidade de legitimar ou contestar o poder. Com as

[18] DOSTOIEWSKI, Fiodor (1821-1881). *Recordações da casa dos mortos.*

liberdades de manifestação do pensamento e de informação, asseguradas pela nossa *lei fundamental*, surgiu um imenso contingente de profissionais e amadores do jornalismo, do rádio e da televisão que atuam como *arautos do apocalipse* quando anunciam, com matizes de cólera e excitação, o fim da segurança coletiva e o triunfo da violência e da criminalidade, propugnando por penas cruéis e infamantes. O discurso também é característico do político propriamente dito que o utiliza durante a campanha eleitoral para fazer da luta contra a criminalidade uma das bandeiras de sua propaganda. Muitos deles têm renovado, sistematicamente, os seus mandatos, valendo-se apenas desse expediente de terror psicológico e de *diabolização* de pequenos ou grandes infratores.

9.ª praga. *A inflação legislativa*

Atualmente, a legislação especial que trata de matéria criminal, quer criminalizando, neocriminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já existentes, ou, ainda, abordando aspectos relativos à aplicação ou extinção das penas, alcança o expressivo número superior a 120 (cento e vinte) diplomas. No quadro da administração da justiça criminal os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência dessa hiperinflação que se torna responsável por um tipo de *direito penal do terror* que, ao contrário de seu modelo antigo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo. A primeira, fomenta o justiçamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões; a segunda, anarquiza os meios e os métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela a ausência de um programa definido de Política Criminal. Esse *bang-bang* legiferante é fruto de um *direito penal de ocasião* que se institucionaliza conforme determinados padrões de interesse conjuntural exercido pelo estado ou grupos de pressão.

10.ª praga. *A falta de integração entre os agentes do sistema*

Os agentes do sistema criminal são: a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a defensoria pública e os órgãos da execução penal. Cada um deles exerce um papel de extraordinário relevo no controle da criminalidade. Muito embora a legislação estabeleça formas de coalizão de esforços, resguardadas as áreas específicas de atuação, a prática demonstra uma lamentável falta de interação. São rotineiras as promoções de eventos acadêmicos e cursos de especialização realizados, porém, no âmbito singular de cada uma das instituições ou órgãos. Entre os múltiplos prejuízos que essa falta de integração acarreta podem ser mencionados: *a)* a falta de uma Política Criminal e Penitenciária definida e vigorante em todas as unidades da Federação; *b)* a inexistência de registros estatísticos confiáveis sobre os números da criminalidade (inquéritos policiais, ações penais, condenações e absolvições, ocupação de estabelecimentos penais etc.); *c)* o desestímulo para os profissionais do sistema; *d)* a ausência de

investigações de campo para reunir material de pesquisa criminológica; *e)* a omissão dos currículos nas faculdades de direito, da disciplina de criminologia e das ciências auxiliares de direito penal.

Mas essa visão realista não implica em desertar da esperança na superação das maiores dificuldades do sistema em favor de um novo tempo de segurança e justiça, valores e interesses que não mereceram o devido cuidado dos últimos Governos da União e dos Estados. A Nação e o povo carecem de uma Política Criminal e Penitenciária que possa enfrentar com sensibilidade e competência os graves problemas do delito e do delinqüente.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

NOVA LEI DE TÓXICOS:
Ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas

EDUARDO REALE FERRARI*

SUMÁRIO:1. Desenvolvimento histórico-evolutivo da Lei 10.409/2002 – 2. A Lei 10.409/2002 e a ausência de política preventiva na questão do toxicômano – 3. Do tripé: prevenção, tratamento e erradicação – 4. Aspectos substanciais e procedimentais.

Resumo: O presente artigo analisa o desenvolvimento histórico da Lei 10.409/2002, examinando os projetos elaborados a partir da constatação de que uma reforma imediata nos aspectos preventivo e legislativo era necessária. Verifica que a Lei 10.409/2002 frustrou as expectativas de mudança, já que possui dispositivos que contrariam a Constituição Federal, além de inúmeras falhas no que tange aos aspectos processuais e materiais da lei. Antes de estudar estes aspectos, o autor traça as linhas de uma política anti-drogas englobando aspectos de prevenção, tratamento e erradicação, concluindo que no Brasil não há uma política definida, variando-se entre uma visão reacionária e uma mais liberal, sem qualquer coerência. Ao final, analisa de forma crítica os dispositivos da nova lei, concluindo que sua interpretação deve, necessariamente, ser feita de modo sistemático com o restante do ordenamento.

Palavras-chave: Nova Lei de Tóxicos – Prevenção – Lei 10.409/2002.

1. Desenvolvimento histórico-evolutivo da Lei 10.409/2002

O objetivo deste estudo visa analisar a Lei 10.409/2002, publicada no *DOU* de 11.01.2002, em vigor desde 28.02.2002.

Antes, entretanto, de uma análise jurídico-positiva da lei, relevante torna-se uma rápida referência histórica sobre a questão das drogas no Brasil, a fim de clarificar que esta lei não se originou da proposta legislativa encaminhada em 1991, pelo Deputado Federal por Minas Gerais, Elias Murad, consoante muitos autores têm afirmado.

Depois de anos de vigência da Lei 6.368/76, unívoco tornou-se o posicionamento no sentido de que imediata seria uma reforma preventiva e também legislativa, tendo o ex-Deputado Elias Murad apresentado o Projeto 1.873/91, não primando, todavia, por uma efetiva política preventiva e terapêutica acerca do que fazer com a questão dos toxicômanos.

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

Consoante o referido projeto, o usuário e o traficante continuavam a praticar crimes, não vingando a tese da descriminalização da conduta do usuário. Segundo os dispositivos do Projeto Murad a pena do traficante variaria de 6 a 15 anos e multa, sendo a pena mínima o dobro da disciplinada hoje na Lei 6.368/76.

Relativamente ao usuário, dispunha o art. 22 do Projeto, constituir crime adquirir, receber, guardar, ou trazer consigo, em pequena quantidade, para uso próprio, substância entorpecente ou droga afim, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tendo o usuário uma pena que variava de 6 meses a 2 anos de detenção, e multa, não se diferenciando do *quantum* do atual art. 16 da Lei 6.368/76, criando o Projeto como novidade a figura do "cedente", visando diferenciar a figura do traficante e das inúmeras pessoas que entregavam o entorpecente aos seus familiares nas penitenciárias e delegacias do Estado, não sendo justo o enquadramento como traficantes de entorpecentes.

O projeto, equivocadamente, enunciava no art. 21, ser o cedente a figura do cidadão que cede, em ocasião única e gratuitamente, pequena substância entorpecente ou droga afim a pessoa de seu estreito relacionamento para juntos consumirem, impondo-lhe uma pena que variava de 2 a 8 anos de detenção, e multa, configurando-se o dispositivo equivocado não apenas pela quantidade exacerbada da pena abstratamente cominada mas especialmente pelo fato de não incluir o familiar do preso que apesar de ceder a droga para consumo pessoal ou até mesmo a sobrevida do preso, acabaria por ser enquadrado como traficante, pois não consumiria em conjunto com o cessionário, consoante disciplinado na parte final do dispositivo, sendo certo de que as três figuras: "traficante", "usuário" e o "cedente", pelo Projeto Murad, continuariam sendo agentes de crimes, com penas privativas de liberdade, destoando tal fato da Lei 10.409, não havendo no Projeto Murad qualquer capítulo referente ao Procedimento sem referência a defesa preliminar ou prévia, seguindo de forma muito parecida o procedimento e a instrução já previstas na Lei 6.368/76.

Diferentemente do Projeto Murad, foi a elaboração do Projeto de Lei 105, datado do ano de 1996, de autoria do Senador Ricardo Sérgio, não se devendo confundir o Projeto Murad com o Projeto Ricardo Sérgio, base da Lei 10.409. Consoante esse Projeto, o traficante não teria mais a pena de 6 a 15 anos, mas sim de 3 a 15 anos. Relativamente ao usuário e ao cedente, totalmente diversa constituía a posição do Projeto do Senado, despenalizando as condutas dos usuários e as dos cedentes, prevendo os arts. 17 e seu § 2.°, I, a sanção penal de medida educativa, optando o legislador não pela descriminalização mas sim pela despenalização do usuário e do cedente, enunciando expressamente o art. 17 constituir crime quando o agente semear, cultivar, produzir, adquirir, deter, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo plantas, substâncias e preparações entorpecentes ou psicotrópicas, desde que para consumo pessoal, tendo a conduta incriminadora uma pena prevista como medida educativa conjugada ao pagamento de trinta a sessenta dias-multa, consistindo a pena educativa em a) advertência; b) prestação de serviço à comunidade; c) inserção e tratamento para dependentes de tóxicos em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospital adequado; d) suspen-

são da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo, por prazo de seis meses e e) suspensão do porte de arma, por prazo mínimo de seis meses. Trata-se assim, de sanção penal não privativa de liberdade, de cunho educativo, permanecendo, todavia, o estigma em ser o usuário um delinqüente, com possibilidade de inquérito policial, processo criminal e sentença condenatória.

Por meio do Projeto de Lei 105, estendia-se ainda a despenalização para a figura do cedente, punindo também como medida não-privativa de liberdade a conduta daquele que cedesse, eventualmente e sem objetivo de lucro, pequena quantidade de substância entorpecente ou droga afim a pessoa de seu estreito relacionamento, para juntos consumirem, enunciando o Projeto 105/96 a possibilidade da infiltração policial (art. 34 do Projeto); a figura do colaborador e do delator (art. 34, II), prevendo ainda toda uma parte instrutória, com forte identidade à Lei 10.409/2002, em especial no capítulo II, que disciplina acerca da Prevenção e do Tratamento, não havendo dúvida no sentido de que a base da Lei 10.409/2002 foi o Projeto 105/96 e não o do Deputado Elias Murad.

2. A Lei 10.409/2002 e a ausência de política preventiva na questão do toxicômano

Apesar da expectativa por um novo tratamento para a questão das drogas, frustrante foi a enunciação da Lei 10.409/2002, verdadeiro monstrengo jurídico, ainda realçado em face da política de 35 vetos, nos 59 dispositivos existentes, restando sem vigência quase 83% da Lei, destacando que inúmeros vetos por parte do Executivo decorreram de uma flagrante violação à Constituição Federal, devendo, ao nosso ver, o Executivo ter tido a coragem de revogar toda a legislação, não fazendo sentido sancionar 24 artigos apenas para não melindrar um irresponsável Congresso Nacional.

Relembrando a época do ex-Presidente Sarney e a legislação contra o Sistema Financeiro Nacional, Fernando Henrique Cardoso sancionou parte mínima da Lei 10.409, apenas para não desagradar ao Congresso, não refletindo sobre as conseqüências jurídicas de seu ato. Consoante a própria Exposição de Motivos, aprovou-se o projeto, transformado ora em Lei, com o compromisso de elaborar Projeto de Lei em regime de urgência para sanar os vícios existentes na Lei 10.409, possibilitando a que o futuro e novo Projeto de Lei pudesse alcançar a sociedade em seus aspectos positivos, tendo o Governo apenas nesse aspecto cumprido seu compromisso, já que passado pouco mais de um ano da elaboração da Lei 10.409, já está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.108/2002, visando exatamente sanar as falhas da lei ora em comento, cabendo nos preocuparmos não apenas com essa contínua prática do Executivo, mas em especial, com os defeitos também presentes nesse Projeto Substitutivo, que de forma mais retrógrada, possui entre seus dispositivos a vedação à progressão de regimes para todos aqueles que forem insertos como traficantes, prevendo também a impossibilidade do recurso em liberdade, violando-se mais uma vez preceitos constitucionais.

Preceitos constitucionais violados, aliás, foi o que não faltaram na Lei 10.409, destacando que se de um lado, a maioria dos dispositivos foram vetados por estrita obediência constitucional, inegável constitui afirmar que outros foram vetados de forma ininteligível, sendo exemplo o art. 1.º, parecendo ser rotineiro, à época do direito penal fernandino, a contínua vedação ao art. 1.º das Leis Especiais, tal como ocorreu na Lei 9.605/98, sendo de se refletir se não deveria o legislador começar os dispositivos legais por meio do art. 2.º, a fim de evitar a jocosa vedação ao art. 1.º. O costumeiro veto ao art. 1.º, corrobora a deficiência de nosso Legislativo, configurando-se a massificação dos vetos por parte do Executivo, prova da ausência de representantes capazes na Casa Legislativa e em especial na Comissão de Constituição e Justiça, a denotar, outrossim, que o Governo não acompanha o trâmite legislativo-penal, ultimando o controle de constitucionalidade apenas após a aprovação do Projeto no Legislativo, não tendo a partir daí coragem política de vetar a lei integralmente, causando transtornos à comunidade jurídica e conseqüentemente a toda a sociedade.

Nomeadamente acerca da nova Lei de Tóxicos, importante consiste afirmar que a mesma não pecou apenas nos aspectos procedimentais ou substanciais mas até mesmo nos formais e ortográficos, chegando-se ao absurdo em confundir a expressão "mandado" com "mandato", dispondo o art. 38 da Lei 10.409, que a defesa terá dez dias para apresentar a defesa prévia – ou preliminar – contados tal prazo da juntada do mandato ao invés do mandado.

Mais grave do que os erros ortográficos constituem os erros substanciais existentes na Lei 10.409, enunciando crimes sem sequer quantificação limítrofe na sanção, sendo exemplo dessa situação a resposta jurídica conferida ao crime incidente ao usuário, que em vez de ser considerado como autor de uma infração administrativa contra a saúde pública, ainda persista em ser considerado como delinqüente com pena não privativa de liberdade, não havendo, todavia, determinação em seus prazos, obrigando a revogação de toda a secção III, que dispunha sobre delitos absolutamente desproporcionais e defeituosos, punindo-se até mesmo àquele que não presta informação sobre bens ou valores supostamente obtidos com o dinheiro proveniente da droga, não restando satisfeito em inverter processualmente o ônus da prova, mas agora também criminalizando-o.

Antes de analisarmos os aspectos jurídicos da Lei 10.409/2002 imprescindível nos parece destacar que não há no Brasil um consenso sobre qual política de combate às drogas se deve pregar, ora atrelando-se a uma visão reacionária, ora liberalizante conglobante, figurando difícil encontrar o meio termo, sendo prova disso a confusão que se fez na nova Lei inserindo dispositivos que deveriam estar na concepção de Tratamento e foram enunciados no Capitulo da Prevenção.

3. Do tripé: prevenção, tratamento e erradicação

A fim de delinear a questão, importante distinguir prevenção, tratamento e erradicação.

A prevenção cuida do aspecto educacional, tendo a Lei 10.409 perdido a oportunidade de enunciar-se de forma mais enunciativa, iniciativas como a educação escolar, a conscientização da comunidade, as políticas de lazer e de cultura e especialmente, a informação à comunidade.

A prevenção na questão das drogas obriga-nos a inserir mais do que um mero dispositivo de orientação escolar nos três níveis educacionais (consoante previsto no art. 4.°, par. ún., da Lei 10.409/2002), sendo imprescindível fomentar especialmente a disciplina escolar e as atividades que ofereçam informações e desenvolvam a "percepção do risco" no uso das drogas, constituindo o conhecimento científico e prático, elemento essencial para a conscientização da população sendo relevante nesse compasso o papel da mídia, do qual exemplo positivo consiste a política de algumas emissoras de rádios e de televisões conduzindo à população a uma maior conscientização sobre o problema da droga, expondo o problema à população e em especial aos jovens, de forma madura e consciente, incentivando a que todos participem de palestras com dependentes e ex-drogados, sendo inadmissível a linguagem repressora assim como ações estigmatizantes ou discriminadoras.

Importante também na prevenção constitui estimular a participação dos sindicatos e das associações de trabalhadores nos projetos relacionados à problemática da droga, pregando-se por um programa de inclusão e não de exclusão social, representando essencial a integração do funcionário à empresa, já que comum o uso da droga no ambiente de trabalho, de nada adiantando o terrorismo da contínua fiscalização de exame de sangue periódicos, que afrontam contra a própria privacidade do individuo, figurando muito mais relevante incentivar atividades culturais, esportivas e de lazer no exercício do trabalho, instigando a que família do empregado tenha uma interação com os eventos profissionais, devendo a empresa sensibilizá-los no intuito de conferir condições de confiabilidade e transparência, possibilitando ajudá-los por meio do diálogo sobre quais os motivos da utilização da droga, guardada sempre sua privacidade, por meio do sigilo das informações, constituindo falaciosa a mera realização de testes constantes para intimidá-los, certo de que a isolada ameaça não surtirá efeitos, especialmente aos dependentes que carecem de tratamento.

É chegada a hora de pararmos de sermos hipócritas e reconhecermos ser a prevenção um dos tripés que, somada ao tratamento e a erradicação, devem formar uma nova política social de combate às drogas, não se configurando a legislação criminal o instrumento salvador à questão dos toxicômanos, destacando que a prevenção a longo prazo exige um dado irrenunciável chamado "informação", sugerindo-se que pesquisas epidemiológicas sejam realizadas visando consignar o mapa dos dependentes e dos usuários, consistindo a centralização dessas informações o instrumento eficaz para uma maior participação da sociedade civil, podendo o estudo epidemiológico partir dos convênios de seus segurados; das cooperativas de saúde; de empresas particulares que conferem assistência coletiva a saúde de seus funcionários, constituindo a informação e a transparência elementos chaves no combate a droga, não tendo mais sentido uma visão silenciosa

e militar que vê na droga ainda como um tabu, de nada adiantando fugirmos da realidade que nos escancara, fechando os olhos até o instante em que um de nossos familiares tornem-se objeto de nossa preocupação, pregando-se pelo envolvimento familiar tanto na prevenção quanto especialmente no tratamento, devendo no caso de internamento do individuo para tratamento, respeitar-se pela imediata comunicação à família.

A prevenção, assim, possui uma longa caminhada a ser especialmente explorada pelo legislador e pela sociedade, tendo a nova Lei de Tóxicos sido muito precária no aspecto preventivo, sequer descentralizando para os Estados a questão da prevenção e a "política de redução de danos", deixando exclusivamente nas mãos do distante Ministério da Saúde a política de "redução de danos", esquecendo-se de que o problema das drogas é um problema social e não criminal, diversificado e por isso, muitas vezes localizado, dependente de idiossincrasias, não podendo excluir-se a sociedade dos problemas afetos à droga, vez que não vivemos em uma ilha, mas sim em um país continental, com dimensões e distinções enormes, a exigir uma política de redução de danos localizada, tal como fora feito na década de 80, por meio de iniciativa da Deputada Telma de Souza que distribuiu seringas aos dependentes de drogas de Santos, tendo alguns representantes do Ministério Público rechaçado a iniciativa, sendo ao nosso ver, uma posição que mais uma vez exclui a participação e a conscientização da sociedade.

Basta um estudo sério acerca das políticas de redução de danos e fácil será a constatação de que certos instrumentos podem diminuir os danos sociais – o que não significa utopicamente eliminá-los –, sendo exemplo a distribuição de seringas supracitada, devendo tal redução ser feita com ponderação de riscos controlados, não se podendo aplicar tal política sem controle e informação prévia, sob pena de gerar conseqüências indesejosas como àquelas ultimadas nos países do Benelux.

É chegada a época dos juristas reconhecerem suas limitações, devendo-se trabalhar conjuntamente com a área médica e social para efetivamente implantar-se uma política social e legislativa coerente no combate às drogas, investindo-se especialmente em prevenção, erradicação e tratamento.

Recordamo-nos que em 1999, por meio de uma Comissão nomeada pela Secretaria Nacional Anti-Drogas, médicos e juristas propuseram preliminarmente criar atividades que abrissem um canal para com o adolescente, permitindo-lhe que extravasasse os seus sentimentos em relação às drogas, expondo suas emoções, fomentando o esporte e a atividade artística, possuindo a prevenção também a responsabilidade pela promoção dos debates de questões ligadas à cidadania e à ética, colocando a droga num âmbito que transcende o âmbito individual e a liberdade de escolha, devendo-se investir especialmente em plantões sociais que atendam e orientem os usuários e os dependentes de drogas, dissipando com tranqüilidade e de forma solidária as dúvidas que necessitarem de aconselhamentos norteando caminhos à rejeição natural da droga.

Relativamente acerca do tratamento, importante destacar que há tempos no Brasil existe uma grande confusão entre a figura do dependente e a do usuário,

tendo chegado o momento de deixarmos claro que o usuário não é obrigatoriamente dependente, sendo prova disso as estatísticas que denotam que aproximadamente 20% da população mundial já teve contato com algum tipo de droga, não significando com isso sua configuração como dependente, devendo a legislação cuidar, de forma diversificada, o dependente e o usuário, tendo a Lei 10.409/2002 disciplinado que "o dependente deverá ter tratamento multiprofissional, com assistência familiar", restando a importante observação de que objetivo deveria ser a sua completa reabilitação social permitindo inclusive a inserção do dependente de droga no mercado de trabalho, incentivando a que as empresas privadas que desenvolverem programas de reinserção social do dependente de drogas no mercado de trabalho, recebam benefícios fiscais, denotando antes de tudo responsabilidade empresarial social.

Infelizmente, entretanto, a nova Lei de Tóxicos não seguiu essa concepção, sendo tamanha a falta de discernimento que permitiu, no capítulo da Prevenção (art. 8.°, § 3.°), a destruição do plantio de substâncias psicotrópicas, a critério exclusivo do Delegado, conferindo enorme juízo discricionário, com mero controle judicial *a posteriori*, cabendo a indagação: desde quando possibilitar a destruição de plantios por parte do Delegado de Polícia e sem controle judicial é medida preventiva? Ao nosso ver, só será preventiva se o fim for evitar a prisão do traficante, uma vez que a destruição da prova, sem autorização judicial, poderá dificultar o enlace das provas e a conseqüente decisão justa, tendo em vista que possível ao Delegado de Polícia eventualmente equivocado ou mal intencionado destruir o plantio, sem ordem judicial, sendo a ausência do controle jurisdicional prévio, uma imensa nocividade ao Poder Público.

Consoante destaca o próprio veto do Poder Executivo "a expropriação unilateral do delegado traz a conseqüência de que a norma permita o desvirtuamento do trabalho policial, na medida em que prioriza a destruição de plantações em detrimento da consecução da prova judicial sólida".

Também no âmbito da prevenção, equívoco crasso restou presente na Lei 10.409, § 8.° do art. 8.°, possibilitando como *medida de prevenção* o pagamento de quantias de terras que fossem expropriadas em face do plantio de drogas, desde que provada a boa-fé do proprietário que não estivesse na posse direta, sendo de se questionar: constitui a indenização a terceiro de boa-fé medida de prevenção? Prevenção do quê? Não seria uma questão de indenização e não de prevenção!!! Nesse aspecto faça-se justiça ao correto veto do Executivo que de forma técnica acentuou a inconstitucionalidade de tal indenização já que prevista a expropriação no art. 243 da CF/88 enunciando a Carta Magna que: "As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei", enunciando o parágrafo único que todo e qualquer bem econômico apreendido em decorrência do tráfico será confiscado e reverterá para o

tratamento e recuperação dos viciados e atividades de custeio, aparelhamento, controle, prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes, configurando a indenização do terceiro de boa-fé um obstáculo para angariar fundos para as atividades preventivas, não se compreendendo o que tem o pagamento do terceiro de boa-fé de preventivo à política social das drogas, tendo se esquecido o legislador de que há lei especifica acerca de tal expropriação (Lei 8.257/91).

Falta assim preparo ao nosso legislador como também, algumas vezes, ao Poder Executivo, configurando prova dessa equivocada interpretação técnica o veto ao dispositivo que exigia o cuidado que se deveria ter com mensagens alarmistas relacionadas à droga, devendo, ao nosso ver, a mensagem alarmista ser analisada com o devido cuidado, porquanto possível sua configuração como contra-producente, de nada adiantando possuir um manto ou biombo de prevenção, se a conseqüência posterior for o alarme à sociedade, pois injustificável o fundamento de que o obstáculo à contra-propaganda engessaria programas ou campanhas voltadas à prevenção, sendo exatamente o inverso, não tendo o Poder Executivo compreendido o dispositivo e sua relação com a propaganda contra-producente, ficando ele sim Executivo engessado em seu raciocínio.

4. Aspectos substanciais e procedimentais

Quanto às questões substâncias inseridas na Lei 10.409/2002, importante constitui reprisar que todo o Capítulo III (do art. 14-26) foi vetado pelo Poder Executivo, sendo inúmeros os motivos do veto, destacando-se, especialmente, a afronta à Constituição Federal, bastando lembrar que houve a enunciação de crimes para o usuário e ao cedente, sem sequer quantificação temporal máxima; punindo-se, por outro lado, àqueles que ocultassem ou dissimulassem a natureza, a origem, a localização e a disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, do tráfico de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, sancionando-os com a pena de detenção de 2 a 8 anos aos cidadãos que não produzissem prova contra si próprios, punindo-se também equivocadamente aqueles que adquirissem ou recebessem bens provenientes de tráfico ilícito de produto, substância ou droga ilícita, que, pela desproporção entre o valor e o preço ou pela condição da pessoa que o oferece, devessem presumir ter sido obtido por meio ilícito, criando-se uma esdrúxula figura delituosa de receptação culposa relacionada a bens proveniente de tráfico de entorpecentes.

Mais relevante do que analisar cada um dos dispositivos penais da Lei 10.409, vetados pelo Executivo, importante destacar que o legislador brasileiro continua copiando equivocadamente os dispositivos americanos, figurando prova disso a barganha criminal hoje existente em nossa legislação penal, permitindo, de um lado, a transação penal sem processo para o usuário, e de outro, as penas restritivas de direitos e concomitante regime integral fechado para o traficante, que restará a sorte da quantificação da pena e da posição judicial.

A Lei 10.409, de 11.01.2002, constitui nesse compasso mais uma cópia mal elaborada da legislação americana. Enquanto os países europeus caminham para

uma política de drogas coerente a uma "redução dos danos" buscando um tratamento diferenciado ao usuário, pregando por medidas de saúde pública, o Brasil, de forma incauta, insiste em tratar o usuário como delinqüente, agora relativizando sua sanção por meio de penas alternativas, que em nenhum momento lhe retirarão o estigma de delinqüente, faltando coragem pública para assumir que o usuário e o cedente devem ser tratados como pessoas que afrontam à saúde da coletividade e não ao direito penal, devendo as medidas educativas serem conseqüências de fatos administrativos e não criminais.

Na Comunidade Européia, aliás, 13 dos 15 países, já não punem mais os usuários como delinqüentes figurando-os como cidadãos que atingem a saúde pública-administrativa e não criminal, destacando que os dois países restantes estão revendo suas legislações punitivas.

Relativamente ao dependente, importante reprisar que a justiça terapêutica consiste na via adequada para tratar do dependente e não do usuário ocasional, pois a justiça terapêutica só incide para quem precisa de terapia, cabendo ao usuário ocasional condicionar-se às medidas alternativas como àquelas existentes em Portugal, na Espanha, na França e na Holanda.

Indubitável, portanto, que o Brasil deva criar uma nova política nacional de combate as drogas, não fazendo mais sentido restarmos atrelados a falaciosa visão norte-americana, que fecha os olhos para os inúmeros consumidores americanos que em seu próprio quintal usufruem de anfetaminas e outras substâncias maléficas, de nada adiantando atacar a Colômbia enquanto os americanos continuam, de forma maciça, a consumir a droga.

Os dados estatísticos indicam que o número de usuários de drogas, lícitas ou ilícitas, diminuem principalmente em face do processo de conscientização da população, sendo exemplo a relação cigarro *x* câncer, tendo o uso do cigarro diminuído nos últimos anos graças a informação e a conscientização acerca dos instrumentos de prevenção social à droga lícita, cabendo inverter a política repressiva por uma preventiva, havendo doutrinadores que pensam até mesmo na liberalização de todo o tipo de conduta atrelada à droga, punindo-se apenas o traficante e ainda assim quando atingirem incapazes como as crianças, sendo essa posição, ao nosso ver, muito radical, pregando pela, por ora, contínua criminalização efetiva ao traficante, sem exclusão de medidas preventivas e terapêuticas, não representando como delinqüentes a figura do usuário e do cedente, impondo-lhe medidas educativas e de reinserção comunitária.

No Brasil, a Lei 10.409, de 11.01.2002, embora até pudesse ter boa intenção, acabou por ser promulgada com inúmeros defeitos técnico-jurídicos, figurando prova disso os 35 vetos em 59 artigos, constituindo-se a lei em um verdadeiro centauro, o que tem ensejado, na prática, a que juízes, em sua maioria, não estejam aplicando a Lei 10.409, sob o argumento de que se quase 90% do que está na lei fora vetado, não sistêmico e sem concepção teleológica constitui a aplicação do restante dos dispositivos, incidindo integralmente a Lei 6.368/76, vigente inclusive expressamente na Lei 10.409, tendo o Executivo vetado o dispositivo que revogava a Lei 6.368/76, a corroborar sua vigência.

Analisando a prática judiciária, constatamos existirem duas posições jurisprudenciais acerca da vigência da Lei 10.409/2002: uma primeira majoritária, que não confere aplicação à Lei 10.409/2002, não existindo vigência quer a parte procedimental quer a parte instrutória, fundando-se no argumento de que se o Executivo vetou todos os dispositivos penais da nova lei, sem sentido restará aplicar quer o capítulo procedimental e por maior razão o instrumental, fundando seu posicionamento no art. 27 da Lei 10.409, que disciplina que o procedimento penal aplicava-se para os crimes definidos nesta lei, ultimando-se o raciocínio de que por estarem todos os crimes vetados, não há novo procedimento a ser seguido, aplicando-se o procedimento da Lei 6.368/76.

Tal posição, com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, nos parece lógica e coerente, destacando ainda que inúmeros equívocos procedimentais estavam inseridos no Capítulo IV da Lei 10.409, destacando entre eles:

a) o disposto no art. 28, § 1.°, disciplinando que para efeito de auto de prisão em flagrante e estabelecimento da autoria, suficiente seria o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, substância ou droga ilícita, não compreendendo o que tem a ver o laudo de constatação com a autoria já que suficiente constitui o laudo para efeito de materialidade e não de autoria!!;

b) o disposto no art. 29 que disciplinava que o inquérito policial deveria ser findo em 15 dias, quando o indiciado estivesse preso, ou em 30 dias, se solto, cabendo-nos indagar se a duplicação de tais prazos a critério do juiz, não irá burocratizar ainda mais o procedimento criminal, impedindo o efetivo controle do Ministério Público, podendo ocorrer casos em que o inquérito policial permaneça na delegacia de polícia por largo tempo, sendo preocupante no caso de o preso estar no mesmo local da policia investigativa, sujeitar-se a eventuais arbitrariedades, adicionando tal preocupação em face do disposto no art. 31, que admitiria a realização de diligências complementares, cabendo todavia, juntar aos autos as diligências e os laudos até o dia anterior ao designado para audiência de instrução e julgamento, figurando medida que observava o contraditório e a ampla defesa;

c) o disposto no art. 32, § 2.°, possibilitando o sobrestamento do processo ou a viabilidade da redução da pena em face da colaboração do indiciado que espontaneamente revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de um dos seus integrantes ou a apreensão do produto, merecendo sérias reservas tal dispositivo, sendo necessário refletir sobre as conseqüências penais advindas das medidas processuais, não podendo mais se admitir a intromissão de normas processuais sem pensar-se nas conseqüências penais, sendo equivocado o sobrestamento do processo, até porque sequer instaurado o processo, vez que anterior ao recebimento da denúncia;

d) o disposto no art. 32, § 3.°, que veio a criar a figura do "colaborador da justiça", admitindo que se a colaboração for posterior ao oferecimento da denúncia, possível seria a diminuição da pena, insistindo o Poder Público em editar medidas legais nada éticas, do qual exemplo constitui a delação premial, deixando perigosamente a vida de quem colaborou com a justiça nas mãos da autoridade

judicial, preocupando-nos o fato de ser o juiz quem decidirá se vai isentar o colaborador de sanção ou diminuir a pena, justificando-se nossa preocupação especialmente em face da ausência de estrutura administrativa de proteção aos arrependidos, havendo subjetividade judicial e falta de aparelhamento executivo, destacando que a mera diminuição da pena configurará efetivo decreto de morte ao "colaborador", vez que tão logo inserido no sistema prisional, dispensável será relatar quais serão as conseqüências para a sua integridade física, sendo incoerente que alguns doutrinadores preguem tanto pelo princípio da oportunidade, inscrito na Lei dos Juizados Especiais de pequenas Causas Criminais, não tendo, todavia, o mesmo posicionamento crítico acerca de sua aplicabilidade quando em causa a questão das drogas, sendo falacioso que ora aplaudam os americanos e sua *plea bargain*, ora os critiquem exatamente por aplicar o que até então defendiam, cabendo uma linha de coerência racional por parte de nossa doutrina processual;

e) o disposto no art. 33, I, que até o veto admitia a infiltração de agentes policiais em quadrilhas, grupos ou associações, com objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito das associações, parecendo-nos ser esta mais uma cópia da legislação americana, sem qualquer estrutura de vigilância e monitoramento sobre tais policiais, sendo extremamente perigoso enunciar na legislação a infiltração sem qualquer estrutura de controle, agravado pelo fato de que no próprio território americano questionável consiste a infiltração policial, sendo interessante pesquisar por que os índices de criminalidade relacionados as drogas aumentam tanto nos EUA, denotando indícios de que os instrumentos ora vigentes são falhos, configurando-se prova disso a presença de mais de dois milhões de presos, sem falar nos inúmeros foragidos.

Relativamente à instrução criminal, inserida no Capítulo V da Lei 10.409, dúvidas ainda maiores existem quanto a sua aplicabilidade, agravada pela circunstância de que não há a remissão aos crimes definidos nesta lei, o que ensejaria, em um primeiro instante, ao posicionamento no sentido de que aplicável seria a parte instrutória, havendo minoritário posicionamento judicial nesse sentido, destacando que até outubro de 2002, poucas eram as Varas Criminais em São Paulo que aplicavam a parte instrutória da Lei 10.409, preferindo os magistrados aplicar integralmente a Lei 6.368/76, figurando relevante a indagação: Em face dos vetos aos tipos penais inseridos no Capítulo III e da não aplicação da parte do procedimento, subsistente será o Capítulo V, que dispõe acerca da instrução criminal?

Duas posições subsistem. A primeira, do qual concordamos, e até outubro de 2002 era vigorante em São Paulo, posiciona-se no sentido de que a lei constitui um sistema que não pode ser esfacelado como um centauro, não tendo sentido aplicar-se a nova instrução prevista na Lei 10.409, devendo a lei ser sistêmica, possibilitando sua cognoscibilidade, tornando apreensíveis os princípios comuns, em razão da estruturação das matérias.[1]

(1) Nesse sentido, Miguel Reale, *Direito como experiência*, São Paulo: Saraiva, 1968, p. 163.

Já a segunda posição posiciona-se no sentido de que inevitável constitui a parte instrutória da Lei 10.409, tendo como fundamento a necessidade em ofertar-se a defesa prévia por escrito, sendo sua ausência uma afronta as garantias legais conferidas nesse novo capítulo, temendo-se que posteriormente o STJ anule as decisões judiciais relativas a traficantes que não tiveram a oportunidade da defesa prévia escrita em 10 dias, antes do recebimento da denúncia, destacando que a parte procedimental possui como exigências:

1) a necessidade de fundamentação do Ministério Público quando do pedido de arquivamento (37, § 1.º), imperativo ao nosso ver, derivado da Constituição Federal, que nada altera acerca da não aplicação do capítulo da instrução;

2) a presença de quatro possibilidades ao Ministério Público: a) pedido de arquivamento; b) denúncia; c) novas diligências policiais e d) deixar de propor ação contra os agentes ou participes do delito, no caso de justificada colaboração, o que restará sem sentido para aqueles que entenderem inaplicável a colaboração ou delação premial, não havendo sentido tal disposição estar inserida no capítulo do procedimento;

3) a problemática do art. 38, que tem ensejado enorme discussão pragmática, porquanto dispõe que oferecida a denúncia, o juiz, em 24 horas, ordenará a citação – deveria ser notificação – do acusado para responder a acusação, por escrito no prazo de 10 dias, contado da data da juntada do mandato – deveria ser mandado – ou da publicação do primeiro edital de citação – deveria ser notificação – devendo-se ainda designar dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro de 30 dias seguintes, se o réu estiver solto, ou 5 dias se preso.

O art. 38 constitui ao nosso ver, um dos pontos mais polêmicos da novel legislação, anunciando acerca da necessidade de uma defesa preliminar escrita, destacando que, se não houver defensor constituído, caberá ao juiz nomear procurador dativo que deverá apresentar defesa escrita no prazo de 10 dias.

Ao nosso ver, a defesa escrita, anterior ao recebimento da denúncia, consiste em uma medida prudente que visa a que o julgador evite desde o nascedouro a acusação ofertada sem justa causa ou inepta, sendo a defesa preliminar uma garantia ao réu e a própria sociedade, exigindo do juiz uma fundamentação judicial nos termos do art. 93 da CF.

Não há sentido, por outro lado, a exigência de um interrogatório judicial antes do recebimento da denúncia, sendo a última parte do art. 38 um equívoco legislativo, porquanto suficiente será a prova técnica insculpida na defesa escrita, não sendo coerente que o juiz que realizar o interrogatório judicial prévio, caso receba a denúncia, processe e julgue o cidadão, afrontando a própria imparcialidade, sem falar na burocratização que tal fato trará especialmente ao preso, havendo pesquisa de campo em São Paulo denotando que nas Varas em que se está aplicando tanto a defesa preliminar quanto o interrogatório prévio, o tempo de julgamento tem sido muito maior do que os 78 dias estabelecidos legalmente, havendo situações em que o acusado fica preso mais de 120 dias, sem qualquer decisão judicial de 1.ª instância.

Imensas dificuldades nesse aspecto existirão, outrossim, na localização e no comparecimento do preso, que muitas vezes não será levado pela policia por falta de estrutura administrativa, tendo o juiz de redesignar o interrogatório, demorando ainda mais o tempo para a inauguração do processo e conseqüente instrução e julgamento, não sendo possível aplicar-se nesse caso o art. 366 do CPP, pois sequer há processo instaurado, tendo relatos de juízes afirmando equivocadamente que no caso de não encontrar-se o acusado, declarará-lo revel o cidadão, criando-se uma absurda revelia pré-acusado, possível seria a declaração de revelia ao cidadão, não podendo-se esquecer que uma prova ultimada no interrogatório judicial pré-processual poderá trazer-lhes prejuízos, devendo-se ponderar se efetivamente o interrogatório judicial pré-processual, configurar-se à uma garantia, sendo importante laborarmos com o princípio da ponderação de interesses, de nada adiantando permitir o interrogatório judicial pré-processual, se o cidadão relatar uma circunstância de associação em denúncia que o acusava apenas pelo art. 12 da Lei 6.368/76, a denotar que o interrogatório judicial, anterior ao recebimento da denúncia, não constitui uma obrigatória garantia procedimental, sendo preocupante o fato de que juízes estão apenas ratificando o interrogatório judicial pré-processual, após o recebimento da denúncia, fingindo que aplicam a ampla defesa, configurando-se esse suposto "garantismo judicial", na realidade, um instrumento falacioso, não podendo-se desarticular a defesa das garantias constitucionais e das normas básicas insculpidas nos princípios gerais do direito.

Por todo o exposto, entendemos incabível também a aplicação da parte instrutória da Lei 10.409/2002, pregando pelo fato de que antes da análise casuística do positivismo-jurídico, importante constitui relembrarmos que a lei só faz sentido se houver harmonia.

Parafraseando Judith Martins Costa, em termos genéricos a noção de sistema supõe a reunião de elementos em um conjunto organizado e ordenado bem como a unitariedade das fontes.

Como bem expõe Savigny, o sistema corresponde a uma idéia de concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito em uma grande unidade, tendo razão Stammler ao afirmar que a noção de sistema se dá por uma unidade totalmente coordenada, finalizando Binder no sentido de que o sistema é um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitário.[2]

Consoante bem destaca Judith Martins Costa: "A noção de sistema implica também a de unidade e não somente interação entre os vários elementos do conjunto. A harmonia entre os vários conjuntos de direitos – o comum e os

[2] Sobre esses autores ver Clauc Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

particulares – significa o encontro de uma unidade que não sacrifique nem um nem outros".[3]

De nada adianta assim, alegarmos nulidade pela ausência de oportunidade de defesa escrita, se inexistente a norma incriminadora e o procedimento criminal, configurando-se ainda mais preocupante a enunciação de um interrogatório judicial antes do recebimento da denúncia, que tal como a defesa prévia constitui uma medida legal que nesse caso poderá lhe ser prejudicial, não sendo vedado a que o advogado antes do recebimento da denúncia apresente razões que visem a rejeição da denúncia, não nos convencendo o fato de que a disposição do art. 38 possa prevalecer em face do sistema já constituído, até porque o sistema harmônico deve prevalecer ao casuísmo jurídico positivista.

(3) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 41.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

ALGUNS MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA ATUALIDADE

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES
e
SHEILA JORGE SELIM DE SALES*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Doutrina da segurança nacional – 3. Movimento da lei e da ordem – 4. Reducionismo: 4.1 Neo-realismo de esquerda; 4.2 Minimalismo – 5. Abolicionismo – Bibliografia.

Resumo: O trabalho tem por objeto o exame perfunctório dos movimentos político-criminais e sua influência no pensamento político-criminal, especialmente na legislação nacional. Da década de 80 até hoje digladiam-se as idéias de que, tendo como centro o crime e a pena, tendem ora ao endurecimento da repressão, ora ao seu amolecimento.

Passam em revista os movimentos da *law and order*, a doutrina da segurança nacional, o reducionismo e o abolicionismo.

Palavras-chave: Movimentos político-criminais contemporâneos – Endurecimento e amolecimento da repressão penal – Seus propugnadores – Tendências legislativas.

1. Introdução

O direito penal não se exaure na codificação estática de determinados fatos, reprovados pela consciência jurídica e social de um povo, num dado momento de sua evolução histórica.

As constantes reformas legislativas em matéria penal, bem demonstram que ele não é alheio aos fenômenos e transformações sociais.

Essas reformas são ditadas por motivos de conveniência e ordem prática. Obedecem a necessidades de ordem social, para resolver problemas contingentes derivados de novas formas de aparecimento da criminalidade, de adotar novas medidas penais para a melhoria do sistema (ou extinguir existentes), da necessidade de aumentar ou diminuir as sanções previstas.

Modernamente, são inspiradas na política criminal (ou criminologia organizacional), que cuida de examinar a eficácia do sistema penal, tendo em vista os

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

objetivos a ele atribuídos, o custo econômico e social das sanções, as possibilidades de otimização total do sistema (órgãos judiciários, formação de profissionais que atuem no setor penitenciário etc), os processos de criminalização e descriminalização, procurando indicar soluções para tais problemas.

Entretanto, nem sempre a "política criminal" dita soluções legislativas somente por razões de estrita conveniência e necessidade do sistema.

Mesmo se se imputam aos diversos movimentos político-criminais caráter técnico e aparente neutralidade política,[1] impossível não estabelecer a conexão entre os mesmos e os diversos tipos de Estado (autoritários, conservadores, liberais, democrático-sociais), em que são chamados a operar.

As diversas formas de concentração do poder político (gerando desigualdade econômica e social, injustiças, instrumentalização da classe trabalhadora para legitimar a inflação legislativa em matéria criminal) geram uma crise de valores na sociedade moderna.

Nesse momento de crise, entretanto, assistimos rica elaboração criminológica que questiona o sistema penal enquanto forma de controle social, enquanto organismo funcional colocado a serviço dos diversos tipos de Estado e das diversas realidades sociais: suas fórmulas normativas e seus princípios, a legitimidade da intervenção penal, os mecanismos e estruturas sociais, a cultura, a mídia, os ritos processuais e até mesmo os mecanismos "normativos" que conduzem à conduta criminal.

Essa elaboração, ao mesmo tempo em que possui o caráter de denúncia, apresenta uma política criminal alternativa, de inegável valor.

Imprescindível, pois, delinear as bases e principais propostas dessas correntes.

Os principais movimentos de política criminal contemporâneos iniciam-se em 1945, com Filippo Gramatica, na Itália. Trata-se do denominado movimento da defesa social, retomado por Marc Ancel, em França, sob a denominação "nova defesa social" (1954).

Também a criminologia crítica, superando o modelo etiológico no estudo da criminalidade, visível nos métodos da escola positiva, ofereceu enorme contribuição, dando nascimento aos movimentos político-criminais mais discutidos do nosso tempo. Representou um avanço e consolidou novas bases para a discussão do direito penal e da política criminal, por meio de três correntes, atualmente em debate: o neo-realismo de esquerda, o minimalismo e o abolicionismo.

(1) Alessandro Baratta afirma sempre ter se distanciado das teses que proclamam a neutralidade da ciência, por considerá-las insustentáveis, em especial, no campo das ciências sociais. Segundo o estudioso, "para sustentar que a ciência social é sempre um saber politicamente comprometido, não se deve confundir o discurso teórico (sobre o que é) com a ação prática. É necessário, ao invés, reconhecer que as decisões práticas condicionam a construção das teorias nas ciências sociais e são, por sua vez, condicionadas por estas" (entrevista concedida a Maurício Martinez, *Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá: Temis, 1990. p. 126).

Em nosso País, nos anos 60, consolidou-se na América Latina a doutrina da segurança nacional, inspirando diversas leis penais.

Estes são os mais importantes e alguns deles serão tratados, a seguir.

2. Doutrina da segurança nacional

Ainda que a doutrina da segurança nacional não possa ser confinada nos estreitos parâmetros de um movimento político-criminal, é indiscutível sua influência sobre a elaboração das leis penais no Brasil e na América Latina no período das ditaduras militares.

No Brasil, à época do movimento militar de 64, algumas leis penais foram inspiradas na denominada "doutrina" ou "ideologia" [2] da Segurança Nacional.

Sua elaboração encontra precedentes em 1948, na Escola Superior de Guerra (ESG). Baseava-se em sete princípios fundamentais.[3] A Lei 38, de 1935, pode ser considerada verdadeira matriz em nossa tradição legislativa autoritária, segundo Nilo Batista.[4] A mencionada lei utilizava expressões como "anticomunismo" e incriminava a greve (arts. 8.°, 18 e 19).[5]

A doutrina da segurança nacional atingiu o ápice de sua elaboração e influência a partir da Constituição de 1967, junto a outros atos normativos, tais como a EC 1, de 17.10.1969, o Ato Institucional 5, de 13.12.1968, o Dec.-lei 200, de 25.02.1967, e o Dec.-lei 898, de 29.09.1969, nos quais assurgiu à posição de base normativa do regime militar.

(2) Utilizando a expressão "doutrina da segurança nacional", mencionamos Francisco de Souza Brasil, "Doutrina da segurança nacional: muito citada, pouco comentada", *Revista de Direito Administrativo*, n. 137, Rio de Janeiro: Forense, jul.-set./1979, p. 399-411; Jorge Reinaldo Vanossi, "La doctrina de la seguridad nacional: su inconsistencia e inseguridad jurídica", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 131-136. Utilizando a expressão "ideologia da segurança nacional, cf. Celso Ribeiro Bastos, "Considerações em torno da segurança nacional: pressupostos filosóficos e seu enquadramento jurídico constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 57-61.

(3) Sobre o ponto, cf. Francisco de Souza Brasil, op. cit., p. 401.

(4) "Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte". *Temas de direito penal*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 17.

(5) Ainda assim, Miguel Reale Jr. (apud Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 56), considerava que essa legislação, apesar de seu rigor, não estava informada pela ideologia da segurança nacional: "Constituíam, antes de tudo, um sistema fechado de proteção dos detentores do poder contra qualquer perigo que pudesse ameaçar sua posição, no sentido de dizer que a lei existe para impedir quaisquer manifestações contrárias. Mas não estava embasado numa concepção de sociedade ou de Estado. Estava embasado exclusivamente numa idéia ditatorial..."

São consideradas características dessa doutrina, tida como autêntico "princípio superconstitucional" à sua época:[6]

• dissidente político era considerado como criminoso, porque concebe-se o sistema como perfeito, de forma que a contestação política adquire caráter de "ato delinqüente";

• Conselho de Segurança Nacional, órgão de mais alto nível de assessoria do Presidente da República, ao estabelecer os objetivos nacionais permanentes, partia do pressuposto de que a sociedade "é estática, imutável e sem conflitos, ou melhor, o conflito é sintoma de uma patologia e assim deve ser tratado";[7]

• pela erosão das garantias do direito penal liberal, em nome de "um direito penal da segurança nacional".[8]

Entre nós, diversas leis penais sofreram diretamente a influência desta doutrina. Entre outras, mencionamos a Lei 6.368/76 (Lei de Tóxicos) e as leis de segurança nacional promulgadas durante o regime militar (Dec.-lei 314/76; Dec.-lei 510/69; Dec.-lei 898/69 e a Lei 6.620/78). A Lei 7.170/83, atualmente em vigor, abrandou visivelmente a legislação sobre segurança nacional, deixando à parte diversos princípios da doutrina mencionada.

As leis nela inspiradas, em especial a Lei 6.368/76 (Lei Anti-tóxicos), ainda em vigor, são caracterizadas pela multiplicidade dos verbos utilizados na elaboração dos tipos penais, na equiparação, para efeitos de punição, de atos preparatórios a crimes consumados (*e. g.*, arts. 12 e 13 da Lei 6.368), hipóteses de participação secundária à autoria própria (*e. g.*, art. 12, § 2.°, incs. I e III), sem minorar as penas para a primeira modalidade,[9] violando, sem dúvida, os princípios da individualização e da proporcionalidade da pena etc.

3. Movimento da lei e da ordem

O movimento *law and order* possui caráter conservador e é conhecido como neo-realismo de direita. Teve como representantes, entre outros, Van den Haag,

(6) Nesse sentido, cf. Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 59.

(7) Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 58.

(8) Assim, Raúl Eugénio Zaffaroni, "La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário". *Fascículos de Ciências Penais – Drogas; abordagem interdisciplinar*, n. 2, Porto Alegre: Safe, 1990, vol. 3, p. 16. Sobre os aspectos autoritários da doutrina da segurança nacional, além da bibliografia já indicada, interessante mencionar um trecho de Miguel Reale Jr., transcrito por Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 57: "Há uma similitude muito grande entre a ideologia da segurança nacional e o pensamento que instruiu a formação do nazismo. Parte-se da idéia de uma comunidade homogênea, comunidade esta onde todos os membros se identificam. Parte-se da idéia de que existe uma unanimidade de aspirações e interesses".

(9) Sobre o ponto, cf. Zaffaroni, op. cit., p. 18-19.

Freda Adler e Edward Benfild. Surgiu na década de 80, nos Estados Unidos e na Inglaterra, concebido como estratégia política para as campanhas eleitorais de Ronald Reagan e Margareth Tatcher.[10]

O núcleo das campanhas *law and order* é radicado no temor da classe trabalhadora (a mais afetada pelo delito), facilmente suscitado e manipulado pela mídia e pelos políticos. Noticiando-se reiteradamente crimes cruéis, mostrando a criminalidade como um fenômeno assolador, o que gera, a par da sensação de intranqüilidade, um verdadeiro "pânico" da população em relação ao problema da criminalidade.

Junte-se a esses fatores o discurso do "tratamento benéfico" concedido pela legislação aos delinqüentes.

Dessas idéias, inculcadas no público em geral, em especial, na própria classe trabalhadora,[11] que criam o "temor e o pânico" do crime, origina-se peculiar ideologia da repressão penal: o único meio de combate à criminalidade violenta são as penas severas, fundamentadas na retribuição e no castigo.[12]

O movimento *law and order* defende o enrijecimento do sistema penal, por meio do rigor da reação penal: cominação de penas severas, aumento daquelas já previstas, endurecimento do regime de execução da pena, ampliação das hipóteses de prisão processual, redução dos poderes discricionais do juiz para a individualização da pena etc.

O movimento é criticado pelos intelectuais em geral, que bem conhecem os problemas penitenciários, como a falta de presídios, o despreparo dos agentes penitenciários, a superpopulação carcerária, tendentes a aumentar com este tipo de legislação. São também conhecidas as nocivas conseqüências advindas da execução

(10) Cf. Mauricio Martinez, op. cit., p. 13-14.

(11) Segundo Elena Larrauri, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991, p. 151, "Existe un núcleo de verdad en el miedo al delito manifestado por la classe obrera ya que ésta es la más afectada por el delito. Su interés en campañas de 'ley y orden' es genuino, ya que la mayor parte de los delitos de la clase trabajadora se comete 'dentro' de la clase y no 'entre' clases" (...) "Este interés por las campañas de ' ley y orden' se debe a que la clase obrera manifiesta un consenso respecto de los delictos que más las afectan, los delitos contra la propiedad y contra la vida..."

(12) Sobre os movimentos da lei e da ordem, em especial, ao exposto no texto, cf. Heleno Cláudio Fragoso, "A reforma da legislação penal", *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12; Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr., *Pena e Constituição*, São Paulo: Perspectiva, RT, 1995, p. 105, e João Marcello de Araújo Júnior, "Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos", *Direito penal para o terceiro milênio*, p. 65-79. Interessante notar que este último penalista estabelece analogia entre os movimentos *law and order* e a doutrina da segurança nacional, ao afirmar que "essas idéias têm sido alimentadas por regimes políticos autoritários, baseados na ideologia da segurança, como foi o caso brasileiro, durante a ditadura".

das penas privativas de liberdade para o indivíduo, de seu "trancafiamento" nas prisões, atualmente incluídas pela sociologia criminal entre as "instituições totais", tais como a despersonalização, perda de capacidades que o sujeito possuía etc.[13]

No Brasil, infelizmente, o movimento *law and order* se fez sentir, no início dessa década, por meio da "Lei dos Crimes Hediondos" (Lei 8.072, de 25.07.1990) e da lei que instituiu a "prisão temporária" (Lei 7.960, de 21.12.1989).

4. Reducionismo

4.1 Neo-realismo de esquerda

No início da década de 80 surge um novo movimento nos EUA e na Inglaterra, desta feita denominado "neo-realismo de esquerda", em contraposição ao "neo-realismo de direita", apresentando novas propostas.

Partindo da crítica ao "neo-realismo de direita" e ao *idealismo* que teria caracterizado a criminologia radical americana, autodesignou-se "neo-realista", para diferençar-se do idealismo da segunda e de "esquerda", para distinguir-se da primeira, bem como para explicitar que suas indagações partem de uma perspectiva socialista e, ao mesmo tempo, com uma estratégia realista.[14]

O neo-realismo de esquerda, observando que a criminologia emergente nos anos 80 tinha centrado seus estudos sobre a vítima, o agressor, o comportamento delinqüencial e a reação social contra o crime, separadamente propôs-se a estudar todos esses fenômenos simultaneamente.

Não nega que a causa do crime é a injustiça estrutural, da qual aquele seria mera conseqüência. Porém, as condições econômicas não podem ser consideradas como a única causa do fenômeno criminal, porque tais dados são contraditados pelas estatísticas criminais, claras ao demonstrar que a criminalidade se manifesta também nas classes sociais mais altas, *e. g.* os crimes do colarinho branco.

Ao lado da pobreza, concorrem outros fatores que determinam a conduta criminal: a competitividade, o machismo, o consumismo e o crescente desejo de bens materiais, o individualismo etc.

Diversas são as críticas a essa corrente, tais como:

• a de ter retomado o exame das "causas" do crime, tal como a escola positiva: propondo o realismo como uma nova forma de compreender o crime enquanto "realidade ontológica", construção da realidade social, esquecendo-se, entretanto, dos processos normativos de criminalização;[15]

(13) Sobre as instituições totais, cf. completo estudo de Ervin Goffman, *Manicômios, prisões e conventos,* trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 1974.

(14) Sobre o ponto, cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 15.

(15) Assim, cf. Gaetano de Leo, *Appunti di psicosociologia della devianza,* Roma: Bulzoni, 1987. vol. 2, p. 25-26.

• a de considerar o crime como resultante de causas imutáveis e constantes.[16]

Algumas propostas apresentadas para efetivação do controle penal, podem ser assim resumidas:

• redução do âmbito de controle penal inserida no "reducionismo";[17]

• reinserção dos delinqüentes na comunidade, por meio de medidas sociais alternativas à pena privativa de liberdade;[18]

• uma política baseada em programas de combate à marginalidade e promoção de justiça, com organização da comunidade e a cooperação de grupos de cidadãos com a polícia, *e. g.*,[19]

• manutenção da prisão para os casos extremos, isto é, quando a liberdade do delinqüente seja um perigo para a sociedade;[20]

• adoção da prisão de fim de semana, por permitir ao condenado conservar seu trabalho e suas relações sociais;[21]

4.2 Minimalismo

Os representantes dessa concepção também analisam as causas dos delitos, mas reputando essencial incluir em seu estudo o processo de definição dos crimes e os fundamentos estruturais que lhe dá vida.

Por isso, dedicaram-se com profundidade ao estudo do controle penal, preocupados com a elaboração de uma política criminal alternativa.

O ponto de partida dessa corrente é a crítica da teoria do etiquetamento (*Labelling Approach*), com o objetivo de elaborar uma teoria materialista do crime e procurar formas de controle, "por meio de uma concepção marxista (não ortodoxa) do direito, do indivíduo e da sociedade".[22]

Afirmam os minimalistas que o sistema penal é concebido como uma instituição a serviço do sistema social global, cujo objetivo é reproduzir suas desigualdades e suas relações de poder.

Postulam a redução do sistema penal a curto prazo e posterior abolição, ao reconhecer a "necessidade de abaixar com *perspectiva de abolir* as penas detentivas, porque excessivamente aflitivas e em muitos aspectos danosas, como, tam-

(16) Assim, De Leo, op. cit., vol. 2, p. 31.
(17) Cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 30.
(18) Cf. De Leo, op. cit., vol. 2, p. 31.
(19) Cf. De Leo, op.cit., vol. 2, p. 23, e Maurício Martinez, op. cit., p. 31.
(20) Cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 33.
(21) Idem, ibidem, p. 33.
(22) Idem, p. 16.

bém, limitar as proibições penais apenas às exigências de tutela definidas no esquema do direito penal mínimo".[23]

No programa de economia das proibições e das sanções penais minimalistas, podemos sinteticamente indicar algumas de suas propostas, como colocadas por Luigi Ferrajoli:[24]

• transformação da sociedade mediante uma política criminal alternativa que realize mudanças sociais e institucionais, com a superação do tradicional modelo social de produção capitalista;

• deve ser realizada uma deflação nas proibições penais, entre as quais destacam-se as seguintes propostas para descriminalização:[25]

a) os "crimes de bagatela", em particular as contravenções e os crimes punidos com a pena de multa e aqueles em que esta última for prevista como pena alternativa;

b) com fulcro no princípio da ofensividade, como concebido pelo estudioso, devem ser descriminalizados todos os crimes nos quais não seja nítida a separação entre direito e moral, como a prostituição, os denominados "atti contro natura", a embriaguez, o *uso* de estupefacientes etc., e os crimes de perigo abstrato ou presumido;

c) alguns crimes contra o patrimônio, em virtude da disponibilidade do bem jurídico ofendido, como, *e. g.,* o furto;

d) alguns crimes contra a família, a moralidade pública, a segurança do Estado, estendendo e reforçando a tutela a outros bens jurídicos coletivos, como a segurança no trabalho, a saúde, a criminalização específica da tortura e de novos crimes para a defesa do ambiente etc.;[26]

• as penas privativas de liberdade deveriam ser reduzidas a 10 (dez) anos, a curto prazo e a um tempo menor, a médio prazo. O limite máximo de 10 anos deveria ser instituído por norma constitucional;

(23) Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione,* p. 234-235.

(24) Luigi Ferrajoli, ao lado de Alessandro Baratta, são os dois grandes representantes do minimalismo penal em todo o mundo. Mesmo sendo considerados "minimalistas", os estudiosos possuem posições às vezes iguais, outras diversas. Por isso, afirma Baratta que a corrente que postula o "direito penal mínimo", ainda não encontrou uma fórmula para se autodenominar: "não há homogeneidade entre as posições minimalistas, ainda que existam elementos importantes em comum. Há, por exemplo, um programa de direito penal mínimo elaborado por um autor que estimo muito, Luigi Ferrajoli, em um livro recente, de grande importância..." (...) "Minha posição tem em comum com a de Ferrajoli a defesa do princípio da legalidade e das garantias formais, a exigência de controlar a violência punitiva..." (...) "Mas não são menos importantes as diferenças" (entrevista concedida a Maurício Martinez, op. cit., p. 140-142).

(25) Cf. Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 479-482, para as indicações realizadas *supra.*

(26) Assim, cf. Ferrajoli, op. cit., p. 480 e 481, e Maurício Martinez, op. cit., p. 36-37.

• abolição da pena pecuniária: esta, por ser impessoal (pode ser paga, até mesmo, por um amigo ou parente do condenado) e desproporcional (porque se encontra abaixo do limite mínimo que justifica a aplicação da pena), "é destinada a ser sentida mais como uma taxa, do que como uma pena";[27]

• criação de um sistema de penas alternativas.[28]

Na América Latina, o minimalismo conta com a adesão de Zaffaroni, ainda que partindo de premissas diversas e sustentando um programa mínimo similar ao de Alessandro Baratta.[29]

5. Abolicionismo

O significado da expressão abolicionismo é problemático, na criminologia moderna ou crítica.

Embora seja considerada uma corrente da criminologia crítica, sua colocação sistemática e sua qualificação são discutidas.[30] Alguns sustentam que o abolicionismo é uma tese, outros que se trata de um modelo, um movimento, uma proposta e até mesmo, de uma estratégia.[31]

Em uma primeira aproximação, o vocábulo "abolicionismo", nessa perspectiva, designa a proposta de supressão não somente dos crimes, das penas, dos presídios, mas do próprio sistema penal moderno (normas substanciais e processuais, organização), substituindo-o por um sistema alternativo de solu-

(27) Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 415. Interessante notar, que de forma simples e realística, o estudioso afirma que as hipóteses de pena pecuniária são duas: "ou a pena pecuniária é suficiente, e então possui o mesmo valor se transformada em sanção administrativa e despenalizar o crime para o qual é disposta; ou é insuficiente e então deve ser substituída por um outro tipo de pena, mais severa" (op. cit., loc. cit.).

(28) Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 416. Para Ferrajoli (op. cit., p. 419) as penas privativas que poderiam ser cogitadas para substituir a privativa de liberdade são inumeráveis e diversas, podendo recair sobre faculdades incluídas na liberdade individual, a saber: permanência obrigada, proibição de permanência e prisão domiciliar, que têm por objeto a liberdade de circulação; semi-liberdade, detenção domiciliar etc., que privam parcialmente a liberdade pessoal; penas interditivas, que restringem determinadas capacidades, das quais o acusado tenha abusado.

(29) *En busca de las penas perdidas; deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989, passim. De se notar, entretanto, que apesar de minimalista, o autor tem suas próprias posições, às vezes análogas, coincidentes ou diversas daquelas sustentadas por Baratta. Para distinções fundamentais, de base, entre as duas posições, cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 141.

(30) Assim, cf., Maurício Martinez, *La abolición del sistema penal*. Bogotá: Temis, 1990. p. 13.

(31) Assim, cf., Pio Marconi, "La strategia abolizionista di Louk Hulsman", *Dei delitti e delle pene*, p. 221-238.

ções para o fenômeno denominado pelos abolicionistas de "conflito entre agressor-vítima".

Segundo Scheerer,[32] a vasta e variada literatura sobre o tema, nos lega posições absolutamente diversas. Enquanto alguns sustentam que o aparato penal é supérfluo, podendo ser suprimido sem provocar alterações no sistema[33] outros compreendem que sua abolição geraria correlativa transformação radical da sociedade.[34]

Também diversa é sua fundamentação filosófica e ideológica: a antiga sociedade primitiva sem direito, o anarquismo, o marxismo-leninismo, o liberalismo e o cristianismo.[35]

Assinala Ferrajoli que a tese abolicionista mais radical rejeita incondicionalmente qualquer tipo de coerção estatal, penal ou social, encontrando sua mais sólida expressão no "individualismo anárquico de Max Stirner".[36] O anarquismo, com efeito, visa estabelecer uma sociedade de liberdade ilimitada, reconhecendo a igualdade total entre os indivíduos. Rejeita as idéias de legislação, autoridade e Estado, bem como qualquer influência oficial, privilegiada e legal, ainda que proveniente do voto.[37] Do ponto de vista político-criminal renega o conceito de "marginalidade",[38] o que demonstra a logicidade entre a premissa e as conclusões a que chegou Stirner.

(32) SCHEERER, Sebastian. "Hacia el abolicionismo". *Abolicionismo penal*. Trad. Mariano A. Ciafardini e Mirta L. Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 15.

(33) Nesse sentido, Louk Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, trad. Sérgio Politoff, Barcelona: Ariel, 1984, p. 79, ao afirmar que o sistema penal "se trata de uno de los raros condicionamentos sociales que podrían desaparecer sin suscitar problemas particulares, porque las organizaciones que componen este sistema no dependen en absoluto de él", entre diversas outras passagens de seu livro.

(34) Nesse sentido, cf. o próprio Scheerer, op. cit., p. 15.

(35) Sobre o ponto, cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 25-26.

(36) *Diritto e ragione,* cit., p. 235. Segundo Ferrajoli, "muovendo dalla valorizzazione di qualunque ordine o regola, non solo giuridica ma anche morale, Stirner perviene alla valorizzazione della trasgressione e della ribellione, concepite come libere e autentiche manifestazioni dell'egoismo 'a-morale' dell'io che non è giusto né prevenire, né punire, né giudicare. Si tratta di una posizione limite, rimasta per la verità alquanto isolata". Sobre o ponto, cf., ainda, Mireille Delmas Marty, *Modelos e movimentos de política criminal,* trad. Edmundo Oliveira, Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 34.

(37) Segundo Bobbio, *Dicionário de política,* coord. e trad. João Ferreira, 7. ed., Brasília: UnB, 1995, p. 25, entretanto, "Isto não impede que o anarquismo não recuse toda a defesa do organismo social existente. Na verdade, admite formas livres e espontâneas de jurisdição que surjam das mesmas exigências de situações concretas e que devem ser interpretadas como verdadeiras intervenções terapêuticas por ocasião de males sociais e que têm por fim a cura desses males e não a sua perseguição ou condenação".

(38) Assim, cf. Delmas Marty, op. cit., p. 35.

À proposta abolicionista de Mathiesen atribui-se matiz marxista.[39]

Em relação às propostas de Louk Hulsman, Henry Bianchi e Nils Christie, por tomarem como ponto de partida a criminologia liberal, em especial a de Durkheim – com o conceito de "solidariedade orgânica"[40] – ou de interpretações do cristianismo.

Afirma-se que estas reforçam a ideologia liberal ao manterem uma concepção individualista do homem e ao examinarem de forma atenta os modos de estigmatização sem se deterem sobre aspectos políticos da atividade de criminalização.[41]

Sustenta-se, ainda, que tais propostas se reduzem, em última análise, em oposição à intervenção do Estado na vida privada, legitimando a hipótese neo-liberal no setor social: "um convite a abster-se de toda intervenção dirigida à superação das contradições socioeconômicas".[42]

Segundo Ferrajoli, "moralismo utópico e nostalgia regressiva por modelos arcaicos e tradicionais de comunidades sem direito são as características do hodierno abolicionismo penal, escassamente original [...] abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi e Nils Christie repropõem as mesmas teses do abolicionismo anárquico oitocentesco, oscilando [...] entre improváveis projetos de microcosmos sociais fundados sobre solidariedade e fraternidade, vagos objetivos de *reapropriação social* dos conflitos entre ofensores e partes lesadas e métodos primitivos de composição patrimonial que recordam as antigas formas do *guidrigildo*".[43]

A proposta abolicionista de Louk Hulsman, em especial, é ainda criticada por ser considerada como uma ideologia do *laisser-faire*, cujo objetivo é garantir privilégios aos ricos. Além disso, para outros, a proposta de Hulsman demonstra coerência com a lógica do capitalismo, porque nesse sistema, com o processo de compensação que propõe, aos atos é fixado um preço: os crimes, pois, passam a integrar a lógica do mercado.[44]

(39) Nesse sentido, cf. Rolf S. de Folter, "Sobre la fundamentación metodologica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", *Abolicionismo penal*, p. 73-74, e Maurício Martinez, op. cit., p. 28.

(40) Sobre o referido conceito, cf. Durkheim, *A divisão social do trabalho*. 3. ed. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho, Lisboa: Presença, 1989, vol. 1, p. 150 et seq.

(41) Sobre o ponto, cf. Maurício Martinez, op. cit., p. 31-32.

(42) PAVARINI, Massimo. *Introduzione alla criminologia*. Lemonier: Firenze, 1981. p. 108.

(43) Op. cit., p. 237.

(44) Para as críticas acima expostas, cf. Mauricio Martinez, op. cit., p. 30-31. Em relação à perspectiva abolicionista de Hulsman, Folter, op. cit., p. 60, chega a afirmar que "Hulsman es profesor de derecho penal en la Universidad de Erasmus, Roterdam, desde 1964. Con humor, se podría decir que es el professor que está tratando de abolir su propria posición en el derecho penal".

Bibliografia

ARAÚJO JR., João Marcello. "Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos". *Direito penal para o terceiro milênio*, p. 65-79.

BASTOS, Celso Ribeiro. "Considerações em torno da segurança nacional: pressupostos filosóficos e seu enquadramento jurídico constitucional". *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 2, p. 57-61, 1984.

BATISTA, Nilo. "Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte". *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.

BRASIL, Francisco de Souza. "Doutrina da segurança nacional: muito citada, pouco comentada". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 399-411, jul.-set./1979.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*. 7. ed. Trad. João Ferreira (Coord.). Brasília: UnB, 1995.

DE LÉO, Gaetano. *Appunti di psicosociologia della devianza*. Roma: Bulzoni, 1987. vol. 2.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DURKEIM, E. *A divisão social do trabalho*. 3. ed. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. Lisboa: Presença, 1989. vol. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza, 1990.

FOLTER, Rolf S. de. "Sobre la fundamentación metodologica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault".

FRAGOSO, Heleno Cláudio Fragoso. "A reforma da legislação penal". *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 1974.

HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Trad. Sérgio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991.

MARCONI, Pio. "La strategia abolizionista di Louk Hulsman". *Dei delitti e delle pene*. p. 221-238.

MARTINEZ, Mauricio. *La abolición del sistema penal*. Bogotá: Temis, 1990.

_____. *Qué pasa en la criminología moderna?*. Bogotá: Temis, 1990.

PAVARINI, Massimo. *Introduzione alla criminologia*. Lemonier: Firenze, 1981.

SCHEERER, Sebastian. "Hacia el abolicionismo". *Abolicionismo penal*. Trad. Mariano A. Ciafardini e Mirta L. Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORREA JR. *Pena e Constituição*. São Paulo: Perspectiva, RT, 1995.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. "La doctrina de la seguridad nacional: su inconsistencia e inseguridad jurídica". *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro: Forense, n. 4, p. 131-136, 1985.

ZAFFARONI, Raul Eugénio. "La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário". *Fascículos de Ciências Penais – Drogas; Abordagem Interdisciplinar*, Porto Alegre: Safe, n. 2, vol. 3, p. 16, 1990.

4.2

LA SOMBRA DE EL PADRINO
(concepto criminológico del delito organizado)

LOLITA ANIYAR DE CASTRO*

SUMÁRIO: 1. Definir: una tarea difícil y frágil – 2. El modelo de la Maffia, o la sombra del Padrino – 3. De la organización legal a la organización criminal – 4. ¿La corrupción administrativa puede ser un delito organizado?

Resumo: O texto argumenta com a dificuldade de ser estabelecido conceito criminológico definitivo de crime organizado. A autora indica parâmetros estabelecidos na Convenção contra delinqüência organizada transnacional para o conceito de crime organizado e os analisa detidamente. Estabelece-se diferença entre crime cometido por bandos e o organizado e reflete sobre o modelo de máfia italiana. Por fim, a autora discorre sobre corrupção administrativa, procurando avaliar se caracteriza crime organizado.

Palavras-chave: Conceito – Criminologia – Crime organizado – Organização criminosa – Bando – Máfia italiana – Corrupção.

1. Definir: una tarea difícil y frágil

El afán de sistematizar en criminología ha hecho correr mucha tinta, no siempre justificada por sus efectos positivos. Tal vez porque sistematizar, como alguna vez dijimos,[1] es una forma de congelar, al entenderse de forma estática tanto una realidad como un estadio del pensamiento filosófico o científico que son en realidad dinámicos. Es también una forma de poder (Christie decía que "poder era el poder de definir" (...)!). El fracaso de ese afán sistematizador, –que se diluye como sal y agua en la historia, porque realidades y pensamientos cambian–, generalmente se produce al pretender dar respuestas definitivas cuando aún no se han planteado las preguntas finales (y como Durkheim decía, nunca hay preguntas finales!).[2]

(*) Palestra proferida no 1.º Forum Latino-Americano de Política Criminal: "As várias faces do crime".

(1) ANIYAR DE C., Lola. *Criminología de la liberación*. Publicaciones del Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, p. 19.

(2) Parafraseando las muy conocidas reglas del método sociológico de Durkheim.

Se entiende mejor que una propuesta legislativa –que es de control–, esté sistematizada, porque no sólo, al tipificarse, se agrega seguridad jurídica, sino porque se va directamente al objetivo que historicamente se desea controlar, aún cuando al definir se dejen afuera conductas similares, u otras que no obedecen a la misma estrategia contralora.

Cuando se nos pide que esbocemos un "concepto criminológico del delito organizado" se nos pone, pues, en un aprieto. Porque, también para la criminología, la única ventaja que tiene un concepto especificado, es la de poder enfocar ciertas conductas que, –en un momento histórico determinado–, se consideran más socialmente negativas y más complejas por su forma de comisión, aunque no sea toda la fenomenología del delito que se realiza en un escenario de organización. Así pues, haremos una revisión somera de las formas tradicionales como se le ha entendido, a la vez que trataremos de sugerir un concepto útil para hechos contemporáneos que requieren replanteo de los controles.

Lo convencional:

La Organización de las Naciones Unidas elaboró en el año 2000 una "Convención Contra la Delincuencia Organizada Trasnacional". Allí se establecen algunos parámetros de oportunidad, para establecer el *concepto legal* de delito organizado en el espacio internacional, según los cuales deben coexistir los siguientes elementos:

(a) un "grupo estructurado" (b) de 3 o más personas, (c) que exista durante cierto tiempo, (d) que actúe concertadamente (e) con el propósito de cometer uno o más delitos (f) graves, o (g) delitos tipificados de acuerdo a la mencionada Convención, (h) con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

La Convención agrupa y acepta, por lo tanto, los criterios de *cantidad* de personas, de *duración* en el tiempo, de *concertación* en la acción, de *gravedad* de los hechos, y de *finalidad* de provecho *material*.

Cuando se revisa toda la Convención, sin embargo, se nota claramente que, más que tratar el delito organizado en general, es el fantasma del narcotráfico el que impregna los objetivos de la misma. En efecto, se habla de "entrega vigilada", de la "vigilancia del movimiento de bienes del contrabando", de "fortalecer los métodos de control en los países en desarrollo o con economía de transición", de "impulsar el desarrollo económico" y de considerar la "asistencia financiera"; de "conocer las rutas y las técnicas", de "vigilancia de equipos, e instrumentos...., y de métodos de ocultación del producto del delito", de maneras modernas de aplicar las tecnologías existentes para combatir el "lavado de dinero"; de elaborar "códigos de conducta para profesionales como abogados y notarios"; de "protección de los testigos", y de la sensibilización de la opinión pública. Todos estos elementos están estrechamente vinculados a la historia del control del narcotráfico, que es tal vez el delito organizado que contiene más elementos de poder por la generación de economías paralelas, por su capacidad de producir tanto dinero que su capacidad de corromper es infinita, y la de motivar violencias y tecnologías complejas es muy grande.

Aunque tiene elementos novedosos en el sentido de establecer las juridicciones, las extradiciones, la corrupción, la responsabilidad de las personas jurídicas, los procedimientos, las investigaciones conjuntas, la protección a las víctimas, y la capacitación de funcionarios, la definición no parece, en cambio, totalmente adecuada para otros delitos organizados de carácter trasnacional, como el tráfico de imigrantes, la trata de blancas y el comercio sexual con menores, que son hoy hechos de mucha gravedad y extensión. Se trata, sin embargo, en estos últimos casos, también de hechos ilícitos que se cometen con un apreciable grado de organización, de ámbito trasnacional, y que por afectar más los derechos humanos y la dignidad de la persona, –ya que el objeto mismo de la negociación es un ser humano–, deberían tener un interés parecido en las decisiones de los organismos internacionales. Hay muchos otros, de diversa entidad, y de mayor dificultad para el control, como son los que se cometen a través de los sistemas informáticos.

Nuevas formas cargadas de daño social, que pueden ser cometidas en ámbitos trasnacionales y con grados importantes de organización, se analizan en la actualidad en el mundo académico. Por ejemplo, el IV Congreso Internacional de Defensa Social, que tuvo lugar en mayo del 2002 en Lisboa, ha hecho un llamado a discutir la "protección de las generaciones futuras, susceptibles de soportar los riesgos y las amenazas de genocidios, de guerras, y de todas las clases de discriminación". Estos temas, aunque fueron objeto de una declaración por parte de la Unesco, y fueron también recogidos por la Carta Europea que se aprobó recientemente en Niza, no han pasado de allí al terreno criminológico. Es hora, pues, de sentar en el banquillo, –a efectos de insertarlos en un ámbito académico de estudio del delito organizado–, a los gobiernos de la Unión Europea y de Estados Unidos, pero no sólo a ellos, sino también a países de la ex Europa del Este, de Africa y Asia, por acciones conjuntas o separadas de guerra con exterminio de civiles, o de facilitación de armas para guerras entre otros países. El terrorismo, por supuesto, es también una forma de delito organizado. Que este sea un "delito político" no es una manera de excluirlo, y son delitos políticos también los realizados por los gobiernos mencionados, pues una ideología, una decisión de guerra sin humanitarismo, la legitimación de estos actos, los vetos o no vetos en organismos internacionales, son formas de complicidad o participación.

No importa si la asociación es explícita o no lo es. A veces basta una "concertación", actuar en la misma dirección en beneficio de intereses comunes.

Pero, como se desprende de la Convención, el narcotráfico continúa siendo la obsesión política. Se conoce suficientemente la historia de la prohibición de la droga. Todo está histórica, académica, y críticamente documentado; también se conocen los muchos intereses, no siempre santos, que están detrás de esa prohibición. Los intereses que están detrás de otras prohibiciones no siempre han sido tan hipócritas. Sin embargo, cuando se habla de delito organizado, inmediatamente se piensa en el narcotráfico y se asocia a la imagen de la Maffia italiana, hasta el punto que Maffia y delito organizado parecieran sinónimos en el habla común.[3]

(3) MAC INTOSH, Mary. *La organización del crimen*. México, Siglo XXI, 1977.

Las ambiguedades y vaguedades que se encuentran en esto del llamado crimen o delito organizado, no son ajenas a la intensa relación del mismo con lo político. Por una parte, son las "campañas" o la presión del clamor público, o la contingencia electoral, con la consiguiente influencia sobre los fondos destinados a la investigación académica y a la capacitación de personal, las que hacen privilegiar una definición o la otra, una intención de control en vez de otra, y un tipo de investigación en vez de otro. Es también muy político el hecho de que, por la entidad y supuesta organicidad de quienes lo cometen, el crimen llamado organizado, como hemos anotado, suele tener un costo financiero importante, una influencia sobre la economía de un país, o una incidencia particular en los niveles de violencia y corrupción.

Todo ésto hace también que las definiciones, aún las académicas, se orienten en uno u otro sentido. Es más que sabido, igualmente, que las desigualdades de bienestar en cada ámbito nacional, producen definiciones alternativas en cada uno de ellos. El permanente debate entre los llamados países en vías de desarrollo y los del primer mundo, en relación a la mayor o menor significación del consumo y/o de la producción de los bienes declarados ilegítimos, es un ejemplo de ésto.

También algunos de los delitos con grados de organización a nivel internacional, sin embargo, tienen relación con intereses públicos. La generación del turismo, por ejemplo. Es sabido que una aerolínea asiática de un país vinculado al tráfico sexual de niños, tuvo dibujado en su logotipo un corazón con, adentro, el rostro de un menor, hasta que la presión de ciertos sectores que lo denunciaron lo hizo eliminar. Pero no se trata esto, ni en el mundo oficial, ni en el académico, como delito organizado.

Los elementos que se han mencionado en la Convención, aparecen reiteradamente en los conceptos que diferentes autores han manejado de delito organizado (duración, cantidad de personas, estructuración, grave daño, violencia, corrupción).

La estructuración, tal vez, ha sido el elemento más reiterado de todos. Sin embargo, se discute el elemento de la organización. Algunas investigaciones mencionan que las personas que intervienen en la comisión del delito, su encubrimiento o complicidad, actúan de manera bastante autónoma.[4]

Quien mejor ha logrado asentar las diferencias entre bandas delictivas y delito organizado, –aún cuando no era su intención expresa el hacerlo–, sino más bien analizar las posibilidades de mayor o menor criminalización en un caso u otro, ha sido tal vez Austin Turk.[5] Este utiliza como variables descriptivas la "organización" y la "sofisticación". Sería "sofisticada" una conducta que, –

(4) Ver trabajo de Beare y Naylor.

(5) TURK, Austin. *Criminality and legal order*. USA, Rand McNally. Sociology Series, 1969, cikt epor Aniyar de C. Lola, *Criminología de la reacción social*, Publicaciones del Instituto de Crikminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977. Hay traducción portuguesa: *Criminologia da Reacao Social*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

conociendo cuáles son las posibles respuestas criminalizadoras de "la otra parte" (a la que él llama "autoridades" u "oposición", para referirse a las instituciones de control), le permita a los infractores anticipar esa reacción y actuar de manera que la misma no se produzca. Sofisticación sería, pues, una forma de profesionalización, entendida ésta como conocimiento de la actividad y refinamiento en la acción. De esta manera, un ladrón profesional sería altamente sofisticado, pero no contaría con una organización. Así como un *gang*, o banda delictiva, sería organizada, pero sin sofisticación. El crimen organizado tendría ambas características: "organización" y "sofisticación".

La capacidad de evitar la criminalización, es decir, la efectividad del control penal, es, por supuesto, mucho mayor en el crimen organizado, por las razones expuestas. Esto le confiere una suerte de poder, que va a competir con el de las autoridades, las cuales se da por descontado que son también organizadas y sofisticadas.(...)

2. El modelo de la Maffia, o la sombra del Padrino

La explicación que dan, en su largo e informado trabajo,[6] Margaret Beare y RT Naylor, es que la influencia del modelo de la Maffia italiana, basado en la estructura de una "familia", y en una suerte de "conspiración extranjera" que funcionó, con grados de organización extremos, generalmente, –aunque no exclusivamente–, sobre el tema de las sustancias (drogas, alcohol) y juegos prohibidos, sigue siendo el marco para debatir el concepto de delito organizado, porque fue el primero en concitar todo tipo de intereses investigativos y de control. Las películas de Coppola sobre El Padrino, en las cuales las relaciones entre sus integrantes oscilan entre la crueldad absoluta y el afecto, aliñadas de un sentido de identificación nacional, ayudaron mucho a que la percepción del público estuviera también orientada hacia el modelo.

El modelo de la Maffia hace suponer una estructura piramidal: pocas personas, si no sólo una, en la cúpula, que es decisional; y escalones que, a medida que descienden, tienen mayor cantidad de personas encargadas selectivamente de tareas que se van engranando, hasta las de ejecución, más directas. Se presume que a medida que se desciende hay menos conocimiento de las personas que están en estratos inferiores, de sus identidades, motivaciones y órdenes, que llegan por canales indirectos. También está implícito en el modelo de la Maffia, el secreto y la fidelidad o código de honor entre sus miembros. Esto, que en la Maffia original y, en realidad, única, se denominó "omertá", le confiere un carácter que no se encontrará nunca más en otra clase de organizaciones: el vínculo cultural, el origen histórico, y el compromiso con los intereses comunes de una sociedad que no

[6] BEARE, Margaret; y NAYLOR, R.T. *Enjeux majeurs sur le crime organisé: dans le contexte de las relaciones económicas*. Nathanson Centre for the Study of organized crime and corruption, Conmmission du Droit du Canada, abril de 1999.

está necesariamente dentro de la misma, aunque la Maffia puede contar con ella, su encubrimiento y simpatía. La Maffia comenzó siendo una reacción, –más bien una resistencia–, del pueblo siciliano, a las sucesivas invasiones de toda índole que sufrió durante su historia (griegos, cartagineses, francos, godos, bizantinos, sarracenos, normandos, angevinos y aragoneses, entre el 800 AJ, y 1282).[7] Era verdaderamente la "cosa nostra", una bandera nacionalista, de protección de la identidad y la cultura, y por eso no es extraño que se le denominara también "familia". Como dice Mori, era más una casta con jerarquías internas, que una verdadera organización. Una organización autolegitimante. El famoso Juez Falcone, quien fuera sangrientamente asesinado, intentaba en vano diferenciar Maffia de crimen organizado, sobre la base de sus propias experiencias, y decía, con razón, "*non si puó fare di tutt'erba un fascio*", para referirse a las confusiones desorientadoras de la literatura tanto popular como criminológica.[8]

En el crimen organizado con *stampo Maffia* (o sello de la Maffia), confluyen elementos estructurales que no pueden ser pasados por alto:[9]

1. Dificultades para acceso al poder: la distribución desigual de la riqueza hace que valga la pena ganarse la vida por medio del delito.

2. El poder y la ley se sienten ajenos.

3. Existe la posibilidad de construir un poder paralelo.

4. Rechazo (deslegitimación) de la Ley y del Estado como organización normativa y coercitiva.

5. Hay algunos elementos de organización.

6. Los procedimientos pueden ser sangrientos.

7. Hay alianzas, o bien confrontaciones con grupos similares.

8. Hacen uso del poder que otros ejercen.

9. Se sostiene sobre la corrupción.

10. A veces las condiciones, las características, del Estado donde funciona, juegan un papel facilitador.

11. Hay participación de las víctimas.

12. Se vincula al mundo de los negocios.

13. Tiene ramificaciones internacionales.

Pero, como hemos dicho, aún cuando los delitos organizados pueden tener algunas de estas características, en la práctica, no todo delito organizado está calcado sobre el modelo de la Maffia.

(7) Ver Lola Aniyar de Castro, "Maffia, Che Fare?", *La risposta delle Instituzioni e della Communitá nazionale e internazionale*, Actas del congreso tenido en Palermo en diciembre de 1992, p. 533 y ss.

(8) Idem, ibidem.

(9) Idem, p. 537.

Es interesante destacar la falsedad de la superposición de ambos conceptos, no sólo porque cierra las puertas a conceptos y controles alternativos, sino porque insistencia en modelo Maffia también influiría en que ciertas actividades y ciertas personas sean más fácilmente etiquetables como formando parte de una organización criminal (se habla de mafias rusas, chinas, vietnamitas, colombianas).[10] La pertenencia a una nacionalidad o etnia determinada, serían parte de esa concepción, donde la "conspiración extranjera" (además de servir como coartada para ignorar delitos nacionales), es parte fundamental de la aplicación de la etiqueta.

3. De la organización legal a la organización criminal

Las fronteras entre la organización legal y la ilegal, a veces se diluyen.

Un caso paradigmático es el del lavado de dinero, en el cual lo lícito absorbe lo ilícito.

Los cargos de poder, especialmente aquellos que tienen la exclusividad de una actividad determinada, tienen la capacidad de exceder los límites de la normatividad y dirigir hacia el delito la organización que gerencian. Pueden señalarse diversos tipos de casos. Se ha mencionado[11] la corrupción de algunos servicios policiales, en un puesto de policía de Brooklyn, como una forma de crimen organizado, pues comprendía "robos, tráfico y utilización de drogas durante un período prolongado, utilización de la extorsión y la violencia, falsos testimonios, reclutamiento de miembros en función de su deseo de participar en el grupo, reuniones clandestinas y sistema de nombres codificados; así como recurso a la lealtad y a la intimidación psíquica para guardar el secreto al conjunto de la policía." Como se ve, este caso de organización legítima produce una sub-organización ilegal, donde el modelo convencional de la Maffia estaría más o menos calcado.

Otro caso de organización legal que se ha puesto como ejemplo de transformación en delito organizado, funcionando como un grupo cerrado que obtuvo beneficios reiterados, es el de los fraudes financieros continuados.[12]

Agréguense la adulteración de sustancias alimenticias, la quiebra fraudulenta, los delitos corporativos ecológicos, la falsa representación publicitaria (o publicidad fraudulenta), los fraudes masivos de empresas constituidas legalmente, la puesta en venta de productos medicinales nocivos a la salud, o sin efecto positivo para recuperarla, y otros de ese corte, y tendremos casos que se ajustan muy bien a las definiciones tradicionales, aún cuando sus autores no sean considerados "delincuentes" ni por la opinión pública, ni por la Justicia Penal, que muy pocas

(10) Lola Aniyar de Castro, "Maffia, Che Fare?", *La risposta delle Instituzioni e della Communitá nazionale e internazionale...*, cit., p. 537.

(11) *Informe de la Comisión Mollen sobre la corrupción en los servicios policiales de Nueva York*, 1994. Citado por Beare y Naylor, op. cit.

(12) Op. cit.

veces se activa en estos casos. Para ellos existe, generalmente, la barrera del principio de la responsabilidad penal "personal", que es característico de un derecho penal hecho sólo para contener los ilegalismos de los excluidos sociales.

Lo alternativo:

Hasta aquí estamos aquí, todavía, en el interior de la esfera privada o semiprivada. Sin embargo, es en lo que sucede –o puede suceder– en la esfera pública donde se han dado los más interesantes debates.

El caso emblemático es la corrupción administrativa.

4. ¿La corrupción administrativa puede ser un delito organizado?

El tratamiento teórico de este fenómeno no puede girar sino en torno a la cuestión política, ya que la cuestión criminal aquí tiende a desplazarse desde los niveles puramente sociales o personales, hacia los más altos, decisionales.

A la corrupción suele analizársela en su dimensión de perversión del funcionamiento institucional global, o deformación del Estado de Derecho. Y puede entendérselo como la confusión entre cosa pública y cosa privada, tanto en lo que se refiere a los bienes como a los intereses que están en juego. Esto es lo convencional.

Por su parte, Simonetti propone una perspectiva nueva: refiere la corrupción en Argentina, centrando el fenómeno en las decisiones, resoluciones o políticas institucionales y legales, utilizadas para beneficiar intereses particulares de grupos, individuos o corporaciones. No se trataría ya, pues, de violar la ley, sino de utilizarla para fines que no son útiles al bien común. Es lo que él denomina "casi rentas de privilegio". Grupos empresariales obtendrían beneficios, a veces monopólicos en el sentido tradicional, –que Simonetti denomina "un tipo de monoplio especial" (p. 224)–, los cuales sacarían de la libre concurrencia a otros aspirantes a competir en el mercado. Esos beneficios otorgados serían dañinos porque no surgirían del desarrollo mismo de la economía, como la tecnología o los procesos innovadores, sino de la intervención de los factores de poder en favor de un grupo. Y por cuanto distorsionan la pureza del modelo de desarrollo liberal o de mercado libre, los incluye en el concepto de capitalismo aventurero (o salvaje) de Weber.[13]

Cuando estas medidas "institucionales" se deciden bajo la justificación de que "ellas son tomadas en beneficio de la colectividad", nos dice, entonces la renta de privilegio se transforma en razón de Estado. Esa sería, sin duda, la más insidiosa forma de corrupción. Simonetti se refiere, entre otros casos, –como un buen ejemplo de lo que, por cierto, ha también sucedido en Venezuela y otros países de América Latina–, a la publicización de la deuda privada en Argentina, ya que, a través del Estado, la colectividad entera paga las obligaciones de un grupo o corporación.

(13) SIMONETTI, José Maria. *El ocaso de la virtud*. Ensayos sobre la corrupción y el discurso del control social. Buenos Aires, Universidad de Quilmes y de La Plata, 1998.

Esta concepción convierte en corrupción, es decir, en delito, al sistema mismo. La situación se hace extrema si se asume la afirmación de Habermas de que la contradicción básica del orden capitalista es la apropiación privada de la riqueza pública.

Si embargo, la relación entre política e ilicitud se establece cuando, como señala Sgubbi, el bien jurídico tutelado se convierte en objeto de negociación política, convirtiéndose en "un bien de autoridad", es decir, algo que se decide por acuerdo con las corporaciones al margen del interés colectivo. "Cada grupo, acota Simonetti-, tratará de acaparar la mayor cuota de recursos públicos en desmedro de otros" (...) "Tratará de acaparar la mayor cuota de inmunidad penal; ha de constreñir al legislador a que sus actividades no sean penadas, o se aligeren o simplifiquen las previsiones administrativas que condicionan la licitud de su actividad. Al mismo tiempo, lo inducirá a multiplicar las condiciones de licitud de las actividades de los otros grupos, cargando sobre éstos la mayor cuota de represión penal" (...) "La ilicitud penal es diseñada por el legislador después de una negociación social sobre la cual ha incidido fuertemente el interés social más organizado y más eficientemente representado".[14]

Esto, que de algún modo es la transposición de lo que Pavarini ha denominado la "obviedad beckeriana", (es decir, que la definición de lo delictivo tiene su origen en el punto de vista que tuvo el poder de imponerse sobre los demás, dependiendo de la actividad de los *lobbyistas*, y de la de los grupos sociales organizados), es más claro cuando sectores políticos asocian a sus intereses privados una respuesta institucional. A esto se agrega el costo de la corrupción que es casi inherente a las democracias que deben asegurar el financiamiento de las campañas electorales. Se producen así los llamados por este autor "pactos de protección", que, normalmente, ni siquiera son explícitos. Ni aún los países que aparentemente tienen más control sobre los aportes electorales, han podido evitar que éstos se hagan y se "cobren" por vías alternas. Hace ya mucho tiempo, Beria afirmaba que el Estado había dejado de ser custodio neutral de la sociedad.

Estos pactos de protección, nos parece, deberían ser considerados como una peculiar forma de organización delictiva "Empresa-Estado". Y es que, como David nos dice: hay tipos de corrupción que no pueden realizarse "sin la complicidad o tolerancia del Estado".[15]

La impunidad de la corrupción puede ser parte de esta forma de asociación delictiva, aunque no siempre. Muchas veces la causa es el miedo. En el caso del narcotráfico, ésta es una variable que a veces está presente no sólo en las autoridades políticas, sino, también frecuentemente, en los órganos judiciales o policiales, hasta el punto de que para casos como esos se inventó la figura de los "jueces sin rostro".

(14) SIMONETTI, José Maria. *El ocaso de la virtud...*, cit., p. 66.

(15) DAVID, Pedro. *Globalización, prevención del delito y justicia penal.* Buenos Aires: Zavalía, 1999. p. 394.

Pizzorno[16] ha trabajado ampliamente el tema de las mediaciones entre población y Gobierno y los diferentes niveles de corrupción que se van produciendo. Del mismo modo, las llamadas lealtades entre los grupos civiles de referencia de los funcionarios (partidos y compañeros de partido, grupos religiosos, y hasta personales), pueden degenerar en rentas o posiciones de privilegio. Así, éstos formarían parte de una asociación para delinquir no siempre explícita.

Este *mélange* de las fronteras de lo ilícito y lo lícito; del delito y la política; de la democracia y la corrupción, es lo que hace, precisamente, que el tema de la corrupción sea tan apasionante (porque lamentablemente, no es tan cierto que los regímenes autoritarios sean más corruptos que las democracias).

La verdad es que los funcionarios públicos (aún los grandes) suelen ser pobres, comparados con los magnates del delito organizado, y las corporaciones (aún las pequeñas). Es éste un asunto estructural que no puede ser fácilmente obviado en el tema de la democracia.

Por cierto, en su interesante análisis sobre lo que él llama "el instructivo caso italiano", Pavarini asienta que en su país se instaló una verdadera nomenclatura empresarial, que derivó del hecho de la falta de reciclaje político, lo que hacía más fácil para las empresas favorecidas su inclusión en los corredores de un aparato político muy bien conocido para ellas, con lo que poco esfuerzo tenían que aportar al mantenimiento de ese privilegio, creándose una especie de co-asociación.[17]

Tal vez estas ideas sirvan para intentar discusiones y controles más eficientes para visiones alternativas del concepto de delito organizado.

(16) PIZZORNO, Alessandro. *Introducción a lo cambio oculto de Donatella della Porta*. Bologna: Il Mulino, 1992. Citado y comentado por Simonetti, op. cit, p. 128 ss.

(17) Idem.

5. SOCIOLOGÍA JURÍDICA

5.1

CONTROL SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL

SUMARIO:1. Presupuestos teóricos: 1.1 Del mundo de lo concreto al mundo artificial del lenguaje; 1.2 El poder-dominación o el poder-colaboración como medios y el sistema productivo como fin; 1.3 El sujeto social sujetado; 1.4 Los sistemas sociales: 1.4.1 Los controles sociales; 1.4.2 La teoría de los sistemas: La universal inclusión y la universal exclusión – 2. Seguridad nacional norteamericana y estrategias "Santa Fé", para América Latina: 2.1 Concepto; 2.2 Historia geopolítica del capitalismo norteamericano; 2.3 Las estrategias del proyecto "Santa Fé I"; 2.4 Las estrategias del proyecto "Santa Fé II"; 2.5 Las estrategias del proyecto "Santa Fé III"; 2.6 Síntesis de esos proyectos de control – 3. Principios del derecho penal transnacional: 3.1 Premisas teóricas; 3.2 El control social posmoderno; 3.3 Los principios de la inclusión político-jurídica penal, en el control social posmoderno – 4. Conclusiones.

Resumo: O artigo parte da crítica do direito como sistema fechado para apresentar os princípios de um direito penal pós-moderno transnacional. Apresenta os projetos dos EUA de controle social na América Latina desde o início dos anos 80 e a transnacionalização das estratégias de controle social promovida por aquele país no âmbito da Organização das Nações Unidas, em particular na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Os princípios do novo direito penal pós-moderno contrariam os da modernidade e configuram um controle social transnacional que regressa à pré-modernidade.

Palavras-chave: Crítica do direito – Controle social – América Latina – Globalização – Direito penal transnacional.

1. Presupuestos teóricos

1.1 Del mundo de lo concreto al mundo artificial del lenguaje

En la vida social existen dos mundos, el *mundo de lo concreto* y el *mundo del lenguaje*:

a) El *mundo de lo concreto*, es el que está afuera y es en sí, pero que los hombres no lo conocen por ser dinámico y cambiante. La *ciencia* al referirse a él, sólo nos da partes posibles de *realidad*, cuando no, mentiras completas, ya que por siglos ha funcionado como ciencia y verdad, el dogmatismo ideológico. De

ello se deriva que del *mundo de lo concreto* no pueden argumentarse "verdades", ni "absolutos" y que no puede hablarse de ciencia, sino de hipótesis científicas que se van construyendo mediante la disprobación, corrección y superación de las hipótesis científicas previas.

Si la ciencia robusta que puede controlar en el laboratorio una numerosa cantidad de variables, no puede dar respuestas absolutas, entonces tampoco puede ser considerada como la productora de una totalidad explicativa acabada, sino como proceso de un posible conocimiento que esta permanentemente en cambio.

Las ciencias sociales como la política, la sicología, la economía, la criminología o el derecho son todavía más inciertas, pues sus variables no son controlables y son impredecibles en sus efectos. En ellas la relación causa efecto, tan socorrida en las ciencias naturales, sucumbe, porque las causas en las ciencias sociales no son claramente medibles, por lo tanto no son plenamente identificables y en cuanto se llegara en parte, a ubicar algunas de ellas, comprobamos que los efectos previstos pueden presentarse o no, ante las mismas causas. En consecuencia, hablar de la causa-efecto en los fenómenos sociales tiene poca consistencia teórica o empírica.

b) Por otra parte está el *mundo del lenguaje,* que es el que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la *conciencia de lo real*, la cual se reproduce a través de la ideología. Así, la sociedad vive el mundo intelectual del lenguaje y de la cultura, y no, el mundo de lo concreto que existe afuera de las construcciones ideológicas. Por tanto, los sistemas sociales no se edifican sobre el mundo de lo concreto, sino sobre un universo simbólico, cuya repetición en el tiempo, lo sustantiviza y objetiviza como "realidad".

A ese respecto, la concepción de ideología de Marx y Engels parece adaptarse plenamente, cuando la definen como una labor sobre ideas concebidas con propia sustantividad, con un desarrollo independiente y que sólo obedece a sus propias reglas[1] (de construcción discursiva). De esta manera, en el mundo del lenguaje, el sistema de las ideas expresadas con palabras adquieren la fuerza de "realidades objetivas", que viven y evolucionan por sí mismas, a partir de sus propias normas de construcción. En consecuencia, el sistema ideológico-social se autoreproduce, en virtud de la "racionalidad ideológica" en que se fundamenta y por lo tanto, no tiene referencias en el mundo de lo concreto que está afuera de él.

1.2 El poder-dominación o el poder-colaboración como medios y el sistema productivo como fin

Como el hombre aislado es posible que no haya sobrevivido, ha requerido constituirse en comunidad de individuos, para satisfacer sus necesidades median-

(1) MARX, C.; ENGELS, F. *La ideología alemana*. Cuba, La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982. p. 26, el paréntesis es nuestro.

te la satisfacción de las necesidades de los otros. En consecuencia la sociedad civil se constituye más por la necesidad que tienen los hombres de sobrevivir, que por la libertad de los mismos, de optar por estar juntos. De tal manera, las necesidades mutuas se satisfacen gracias al trabajo recíproco, pero no siempre la reciprocidad es equitativa, porque son pocos los ejemplos de sociedades donde las interrelaciones humanas son horizontales y de respeto al otro. Por lo contrario la mayoría de las sociedades europeas de los últimos 30 siglos y las americanas de los últimos cinco, se han constituido verticalmente y sus sistemas productivos se han movido entre un sujeto particular o colectivo dominante, la esclavitud y la servidumbre de los dominados.

En ese orden de ideas, en el *poder-dominación,* de las sociedades verticales, no se reconoce al otro, sino que se le domina y explota, por lo tanto se opera una construcción *particular* de la realidad, ya que la conciencia de la realidad subjetiva del dominante se impone al conglomerado social como única verdad y éste la acepta y la reproduce.

En cambio, en el *poder-colaboración*, de las sociedades horizontales, los sujetos se reconocen mutuamente y conforman una unidad, en la que todos participan solidariamente tanto en la construcción, ahora sí *social* de la realidad, como en la división de las tareas. Todos se benefician de los bienes obtenidos, sin que exista un latigador o un capataz que exija a alguien la prestación del servicio obligatorio para él, o para otro.

Independientemente de la forma poder que se estructure y de los mecanismos de control social que se utilicen, los sistemas sociales se convierten en el *reino de las relaciones económicas*, guiadas por aquel. En consecuencia no es el *sistema productivo, la esencia del régimen político de control que se manifiesta a través de lo ideológico y de lo ideológico-jurídico como asegura Marx*,[2] sino las correlaciones de fuerza que se den entre los individuos, las que condicionan el sistema productivo y el sistema ideológico justificatorio.

Por lo tanto, el *poder-dominación* o el *poder-colaboración,* es el que determina al *sistema productivo* y como su consecuencia, se originan y desarrollan las ideologías religiosa, filosófica y jurídica, que tienden a su mantenimiento y a su reproducción.

1.3 El sujeto social sujetado

Otro tanto puede afirmarse, en el campo del conocimiento individual, pues basta con decir que la totalidad del ser en sí, no puede ser conocida por sí mismo; por lo tanto, menos puede argumentarse que se conoce a otro ajeno. *Freud propuso el "inconsciente" y a la vez planteó la paradoja: lo que de él se enuncie, por el*

[2] Cf. M. Harnecker, *Conceptos elementales de materialismo histórico*, México: Siglo XXI, 1985, p. 266.

hecho mismo de enunciarlo, ya no corresponde a él; siendo inconsciente es inefable.[3] Lo que se diga de sí mismo o del prójimo será siempre una ilusión, propia de la artificialidad de los enunciados discursivos, contenida en el marco teórico de la disciplina de conocimiento que se utilice.

El *sujeto* mismo es una construcción artificial que adquiere objetividad en cuanto es *sujetado* por la ideología al atribuírsele un nombre, una condición social y un rol.

"Sujeto es la ficción que pretende hacernos creer que muchos estados similares son en nosotros el efecto de un mismo 'substratum', pero somos nosotros los que hemos creado la analogía entre estos diferentes Estados".[4]

Por ello, "el 'sujeto' no es un viviente organismo humano, sino en la medida en que le corresponde un nombre, que el sujeto llama 'propio' como si ignorara que le fue impuesto; de una imagen de sí, que el sujeto llama 'yo' y que le permite reconocerse del otro lado del espejo o en una fotografía, y de un 'cuerpo' que también es considerado como 'propio mío', en la medida en que acepte las exigencias de ese organismo y la responsabilidad de conducir tal cuerpo, según una normatividad variable, que procede de los usos, costumbres y leyes del entorno... El soporte de lo que llamamos sujeto es el encadenamiento de cuerpo, palabra e imagen en una supuesta unidad, que no existe sino como ficción, pero es una ficción salvadora. El sujeto se considera y se cuenta como uno; pretende tener una cierta sustancialidad, una permanencia de esa sustancia a través del tiempo y de los desplazamientos en el espacio. Sólo hay un nombre propio para permitirle esa fantasía, esa ilusión que se llama 'sí mismo', 'self'".[5]

Esa construcción del mundo de lo artificial, a través de la ideología, lo simplifica y lo hace fácil para los individuos, de manera que se mueven en un limitado espacio de experiencias conocidas, reduciendo el campo del pensamiento y de la acción, a repeticiones y habituaciones que satisfacen la curiosidad y llenan la vida de todos aquellos que interactúan dentro de ese sistema social, sin temor al riesgo de lo desconocido.

1.4 Los sistemas sociales

La *teoría de los sistemas*, según Luhmann,[6] elabora con toda su importancia epistemológica el problema de la reducción de la complejidad del mundo. Los aná-

(3) N. Braunstein, Citando a Freud en *La ficción del sujeto*. Afirma además que el conocimiento imposible de sí mismo lo han planteado Fichte, Schelling, Nietzsche, Dilthey, Wittgestein y Heidegger, México, 2001, p. 3. Inédito.

(4) F. Nietzsche, "La voluntad de poder", párrafo 480 apud N. Braunstein, *La ficción del sujeto*, México, 2001, p. 6. Inédito.

(5) BRAUNSTEIN, N. *La ficción del sujeto*. Op. cit., p. 4.

(6) LUHMANN, N. Apud DE GIORGI, R. *Ciencia del derecho y legitimación*. Universidad Iberoamericana, 1998. p. 234-235, paráfrasis.

lisis funcionales no se basan en fundamentos seguros, en un saber ya garantizado, o en entidades dadas, para construir, a partir de ellas, un saber derivado más amplio y seguro, sino que se refieren, a problemas, y buscan indicar las soluciones para estos problemas. "La palanca de la problematización la aporta el problema del mantenimiento de la estabilidad de los sistemas de acción –más abstractamente se podría decir tambien: el problema de la conservación de la identidad en el mundo real–".

El universo de lo posible que pesa sobre la experiencia, presenta la doble estructura de "complejidad" y de "contingencia". La "complejidad" significa que siempre hay más posibilidades de experiencia y de acción de cuantas en realidad se pueden volver actuales. La "contingencia" significa que "las posibilidades de ulterior experiencia y acción indicadas en el horizonte de la experiencia actual, son solamente posibilidades, y por tanto pueden realizarse de una manera distinta de cómo se esperaba".[7] "'Complejidad' entonces significa prácticamente, construcción para operar una selección, mientras que 'contingencia' significa peligro de decepción, necesidad de ir a encontrar riesgos una vez que la selección haya sido efectuada".[8]

El sistema social es definido por Luhmann como "'una conexión provista de sentido de acciones sociales que se refieren entre sí y se dejan delimitar por un universo de acciones no relativas a tal conexión'. El sistema es el resultado de la diferencia entre interno (mundo del lenguaje) y externo (mundo de lo concreto), es decir, de la estabilización del límite dentro del cual es posible mantener sin variaciones un cierto orden que presenta una complejidad reducida. Este orden interno al sistema, con el cual se presenta la complejidad reducida a través del sistema, junto con las condiciones que realizan el mantenimiento del orden, 'sirve como fundamento de un proyecto selectivo del universo, de un proyecto simplificado pero probable, que abre puntos de apoyo para el actuar provisto de sentido y prácticamente realizable'. El sistema expone fragmentos del mundo y orienta la experiencia sobre aquellos, dislocando el interés de la sobreabundante cantidad de lo posible hacia conexiones delimitadas de acciones sociales; estas conexiones producen el efecto ilusorio, pero necesario para orientar la acción, de que el mundo esté expresado en el proyecto elaborado por el sistema, que la complejidad por afrontar, por elaborar, sea la ya reducida en el sistema. En el sistema se produce, en efecto, una especificación de la complejidad del mundo; los problemas se identifican como problemas del sistema, de su mantenimiento. Entonces la atención se dirige completamente al interior del sistema y se concentra en él, distanciándose del mundo en el que sería imposible orientarse".[9]

(7) Ídem, ibidem, p. 236.

(8) DE GIORGI, R. *Ciencia del derecho y legitimación...*, cit., p. 236.

(9) DE GIORGI, R. citando a Luhman y reelaborando la cita, *Ciencia del derecho y legitimación...*, p. 237, los paréntesis son agregados por los autores de la presente investigación, porque tanto en Luhmann como en De Giorgi, los conceptos *interno* y *externo* corresponden a lo que en este trabajo se ha denominado como *mundo del lenguaje* (interno) y *mundo de lo concreto* (externo).

"En el interior del sistema, la capacidad selectiva del comportamiento humano está fuertemente potenciada, en cuanto que el sistema ofrece al comportamiento un número reducido de alternativas para orientarse. La construcción del sistema y, por tanto, la reducción de la complejidad posible en su interior, acontece con base en el presupuesto de que fuera del sistema se han realizado o se realizarán algunas selecciones que justifican la reducción de las alternativas efectuadas por el mismo sistema. Este presupuesto refuerza la estabilización de la relación sistema-entorno del que depende el grado de reducción de la complejidad de que es capaz el sistema y así potencia la capacidad selectiva de éste; el sistema, consecuentemente, reduce el coeficiente del riesgo implícito en cada selección, incrementa la capacidad de actuar y aumenta la velocidad con que se efectúan las selecciones relativas al comportamiento. De esta manera, el sistema crea, y mantiene, una profunda ilusión sobre la complejidad del mundo: mantiene latente el grado real de tal complejidad y de los problemas que surgen de ella. La prestación más alta del sistema consiste precisamente en su capacidad de mantener latente la complejidad real, de crear una profunda ilusión sobre la complejidad del mundo y por tanto, de efectuar reducciones y simplificaciones que le permiten orientarse al comportamiento humano".[10]

Como consecuencia de lo anterior, en las sociedades de carácter vertical y jerárquico, la construcción de la realidad interna (mundo del lenguaje) obedece a la subjetividad del dominante y de ello se deriva la imposición de un sistema productivo que se institucionaliza ideológicamente través de normas imperativas formales e informales.

1.4.1 Los controles sociales

Los *controles sociales formales puros* son ideología hecha normas obligatorias, que cumplen para su formación y aplicación los principios generales del derecho moderno y que son coercitivas jurídicamente. Los *controles sociales formales espurios* son los mismos, coercitivos jurídicamente, pero que no respetan en su construcción o aplicación los principios generales del derecho.

Los *controles sociales informales* son ideologías coercitivas moral o socialmente, sin una consecuencia de carácter jurídico. Los *controles sociales informales* pueden ser *puros,* cuando respetan las reglas propias de construcción de su discurso, y *espurios*, cuando se construyen transgrediendo la racionalidad originaria de su propia construcción.

Los controles sociales formales e informales pueden ser *duros* o *blandos* cuando están condicionados en su aplicación, por las posiciones de poder efectivo que tengan los agentes que los operan, frente a los sujetos a los cuales se les desea imponer el control. De tal suerte, que la subjetividad de las partes involucradas en la aplicación de los controles, condiciona que éstos se apliquen en forma *dura* o

(10) DE GIORGI, R. *Ciencia del derecho y legitimación...*, cit., p. 238.

blanda, dependiendo de las relaciones de fuerza que se den entre quien debe aplicar el control, y las personas a quienes se desea aplicarlo.

El sistema social impone su particular visión de la "realidad" y de su sistema productivo, al conglomerado humano que actúa como un mero reproductor de esa racionalidad. Una vez impuesta, esa *construcción particular de la realidad*, se vuelve norma, verdad y totalidad para los sujetos que la adoptan. De esta manera, los diferentes y disidentes, serán señalados como pecadores, enfermos, desviados, desadaptados, peligrosos sociales y delincuentes.

Así, el lenguaje –ideología– crea artificialidades y condiciona las formas de comportamiento humano con respecto a esas apariencias, que son previstas por normas morales, sociales o jurídicas que contienen la amenaza de una sanción, para quienes no cumplan el deber de acción u omisión que puedan contener.

1.4.2 La teoría de los sistemas: La universal inclusión y la universal exclusión

En la sociedad contemporánea el discurso del derecho no es igualitario porque se deriva de un sistema productivo de poder-dominación. Ese derecho-ideología constituye un sistema de "universal inclusión" cerrado, que sólo se ve a sí mismo en sus reglas y dogmas de construcción. Por lo tanto es ciego hacia afuera, porque no ve otra *realidad* diversa a la construida por sí mismo. El derecho-ideología quisiera prever jurídicamente todo, pero como ello no es posible, –porque el derecho no puede abarcar todo, ni todas las actividades humanas, entonces ese mismo derecho genera a la vez, un mundo de *universal exclusión*. Es decir, genera *violencia* sobre el mundo de lo concreto o el mundo del lenguaje que no está previsto o sujetado por la norma jurídica. Es la violencia legitimada por sí misma, que requiere ser y expresarse para defenderse y permanecer, porque no es legítima. Lo otro, lo que queda afuera de su visión, hace parte de la universal exclusión, no es posible y no existe, aunque esté ahí.

"La selectividad del derecho implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo es sólo a través del derecho. Esta es la razón del universo ciego y cerrado de la inclusión, que provoca violencia contra aquellos sujetos que no se ajusten al prototipo de las instituciones jurídicas".[11]

El sistema ideológico de universal inclusión se construye con base en la creación de diferencias y de distinciones, a partir de considerar a una única realidad: la *racionalidad del sistema* y esto implica que se excluye la racionalidad de cada uno de los individuos que integran el sistema. Por lo tanto, la "razón del sistema" sobre lo que se considera "realidad", construye a todo lo demás ajeno, como no realidad; la razón de su "moral", construye a todo lo demás como inmoral; la razón de lo que

[11] DE GIORGI, R. "Filosofía del derecho y sistemas sociales". Revista *Cuadernos de Posgrado*, n. 11. Acatlán: Escuela Nacional de Estudios Profesionales – Unam, 1998.

considera "derecho", construye a todo lo demás, como ilícito. Sin embargo, esa distinción o diferenciación no se puede aplicar a cada concepto de racionalidad en sí mismo, porque entonces se desmorona el fundamento de la razón del sistema; es decir, su "razón", es la razón única, aunque no tenga razón; su moral es la única moral, aunque no sea moral y su "derecho" es el único derecho, aunque no tenga derecho. En la sociedad contemporánea dice De Giorgi, R.[12] el derecho no tiene derecho, y aún así es posible alcanzar la democracia.

Con base en los presupuestos expresados en este primer apartado, es preciso conocer e interpretar la historia del control social transnacional que han ejercido los Estados Unidos de América, inicialmente en nuestro continente y ahora en el mundo global impuesto por su capitalismo neoliberal

2. Seguridad nacional norteamericana y estrategias "Santa Fé", para América Latina

2.1 Concepto

Con base en la experiencia latinoamericana, respecto a la manera como los Estados Unidos de América han aplicado su doctrina de la Seguridad Nacional durante los siglos XIX y XX, llegamos a definirla como:

"El conjunto de medios legítimos e ilegítimos que utilizan los grupos de poder reales, ya sean nacionales o internacionales, con el fin de desarrollar y mantener un determinado sistema ideológico y de producción, tanto dentro de sus propios países, como en aquellos sobre los cuales ejercen su hegemonía".[13]

2.2 Historia geopolítica del capitalismo norteamericano

Generalmente el proceso de expansión de un sistema económico se ha iniciado con la necesidad de ampliar el territorio en el que pueda desarrollarse y reproducirse.

El capitalismo protestante de las Trece Colonias se basó en la ideología del *destino manifiesto* según la cual las tierras americanas eran la tierra prometida por Dios, a ellos. Por eso, su ideología de t*rabajo*, de *ahorro* y de *buenas obras,* debía ser impuesta, a todos los demás pueblos del mundo. Así el *espacio vital* se construyó comprando territorios a los países fuertes y arrebatándoselos a los débiles, enarbolando al principio la *Doctrina Monroe:*[14] A pesar de México,

(12) DE GIORGI, R. *Ciencia del derecho y legitimación...*, cit., p. 284 y ss. Colección Teoría Social. Paráfrasis.

(13) Cf. S. A. Sánchez, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*, México, Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, D.F, 2000, p. 89.

(14) La doctrina del presidente James Monroe proclamada en 1823 estableció en su párrafo 48, que los Estados Unidos de América "estaban obligados a considerar, todo intento

alcanzaron las costas del Pacífico; a pesar de España, tomaron las islas Guam, Hawaii, las Filipinas, la Florida, Cuba y Puerto Rico; a pesar de Colombia, tomaron el Istmo de Panamá.

Durante el siglo XX impusieron su capitalismo en América Latina y lo mantuvieron a sangre y fuego, con la *Doctrina de la Seguridad Nacional,* usando todos los medios legítimos e ilegítimos para defenderlo del comunismo y expoliando las riquezas naturales del continente, en connivencia con las oligarquías nacionales e internacionales. Hoy al inicio del siglo XXI,[15] el nuevo aire al capitalismo se llama neoliberalismo y se ha convertido en el único sistema de producción para el mundo.

Pero si se observa la secuencia de los hechos históricos es fácil ver que los procesos de control no se han dado al azar, sino que han obedecido a políticas de control transnacional, que han sido puestas en marcha con anticipación, para contribuir a la evolución del sistema.

2.3 Las estrategias del proyecto "Santa Fé I"

En 1980 un grupo de asesores norteamericanos: Roger Fontaine, David Jordan, William Ratliff, Gordon Sumner, y Lewis Tambs, funcionarios gubernamentales vinculados al Departamento de Estado, elaboró el documento Santa Fé I, con el fin de visualizar el camino a seguir en la relación de los Estados Unidos con Latinoamérica y sirviera como programa para el Presidente Ronald Reagan.

Al respecto, el documento ayudó a centrar las percepciones norteamericanas, sobre:

a) Las estrategias que debían tenerse sobre la crisis de la deuda externa.

b) El estímulo a la democracia, y

c) La política hacia Cuba con la Radio Martí y la Cuenca del Caribe.

2.4 Las estrategias del proyecto "Santa Fé II"[16]

El análisis realizado por los mismos autores del Santa Fe I, luego lo hicieron en 1989, para la administración de George Bush, y visualizaba al continente de tal

de una nación europea para extender su sistema político a cualquier nación de éste hemisferio, como peligrosa para nuestra paz y seguridad". Con ello, unilateralmente ese país sometía a su tutela a todo el continente americano, que desde entonces encontraba como su espacio vital más inmediato, para el desarrollo de su sistema capitalista de producción y sobre el cual ejerció la Doctrina de su Seguridad Nacional. RODRÍGUEZ, Horacio. "El manual del moderno injerencista". *La Jornada*. México: D.F., 11, 12 y 13 de junio.

(15) Cf. A. Sánchez, op. cit., p. 83.

(16) VOZ. "Suplemento". *Voz de la democracia*. Colombia, Bogotá, 12.01.1989. Es una edición periodística que transcribe las 57 páginas que contiene el Santa Fé, II y de

forma, que veía extenderse la red comunista subversiva y terrorista desde *Chiapas*, al sur de México, hasta Chile, describiendo un escenario de franco conflicto.

En el preámbulo: "Problemas que se avizoran" señalaba:

a) El conflicto comunista en la región, en el marco de la guerra fría.

b) El deterioro de las condiciones de vida que aqueja a la mayoría de las economías latinoamericanas y la acelerada inflación, que para entonces era en Nicaragua de 1,226%, en Brasil 338%, en Argentina 178% y en México 144%.

c) La migración hacia Estados Unidos de millones de personas desplazadas o de inmigrantes voluntarios.

d) El aumento de la ilegalidad y de la corrupción en Latinoamérica.

e) El aumento del narcotráfico engendrado por la subversión.

f) Los mayores peligros para el sistema financiero internacional.

Todo ello presentaba un panorama de posible participación militar, por parte de los Estados Unidos, en la zona.

En la *primera parte* titulada "Estrategia para el régimen democrático", se establecen las bases para una política democrática que vaya debilitando el *estatismo* considerado como una forma de poder absolutista cuando el Estado se apropia de la vida económica, y el *nacionalismo integral*. Tanto el uno como el otro "son tendencias que conducen hacia el control centralizado de la actividad económica y a la no comprensión a la diferencia que existe entre sociedad y régimen".

En el apartado la *Ofensiva cultural marxista* se aclara que los movimientos marxistas en América Latina han sido dirigidos por intelectuales y estudiantes y no por trabajadores. De ahí, la "Teología de la liberación se define como una doctrina política disfrazada de creencias religiosas, que tiene un significado contra el Papa y contra la libre empresa, con el fin de debilitar la independencia de la sociedad del control estatista".

El documento apunta que la penetración cultural en América Latina está seguida por los diferentes teóricos educacionales marxistas en las escuelas y universidades; y además, que el control del Estado sobre la educación, aumenta cada vez más a través de los libros de texto y de manuales.

Si la industria que moldea las conciencias está en manos de intelectuales estatistas", los medios de difusión, las iglesias y las escuelas continuarán cambiando las formas democráticas hacia el estatismo. Por lo tanto, los Estados Unidos y los débiles gobiernos democráticos deben de reconocer esto, como una lucha del régimen.

donde extraemos apartes y sintetizamos lo que consideramos fundamental. En el mismo se hace referencia al Santa Fé I y de ahí tomamos la información relativa al punto 3 anterior.

Ante esa problemática, Santa Fe II propone en su sección *Respuestas institucionales* lo siguiente:

1) Los Estados Unidos deben establecer programas para apoyar la democracia entre la burocracia permanente, es decir los militares y la cultura política.

2) Se requiere fortalecer las instituciones locales democráticas tales como los sindicatos, los grupos independientes de negocios, las asociaciones comerciales y las asociaciones educacionales.

3) Se requiere cultivar los valores del régimen democrático en las fuerzas armadas de la región, de acuerdo con el programa Internacional de Educación y Entrenamiento Militar (Imet).

4) Es preciso fomentar el presupuesto de la Agencia de Información de los Estados Unidos (Usia), que es nuestra agencia para librar la *guerra cultural*, y la Oficina de Diplomacia Pública.

5) Fortalecer el sistema judicial en la región y respaldar a los grupos de derechos humanos que respaldan el régimen democrático, diferenciándolos de aquellos que apoyan el estatismo. *Los derechos humanos sólo se pueden entender correctamente como el derecho de los hombres a exigirle cuentas a los sistemas de justicia del Estado.*

La *segunda parte* del documento Santa Fé II, "Estrategia económica", refuerza la idea que el sistema económico debe consolidarse, sin el control ni la ingerencia gubernamental.

Respecto al *Ajuste de la deuda exterior* se recomienda *una vía para lograr la instrumentación de la reventa de la deuda en el mercado nacional,* mediante la utilización de los llamados *Swaps* de activos netos de la deuda, que permiten a los inversionistas extranjeros o nacionales (que son quienes poseen los dólares) comprarle al acreedor la deuda externa depreciada y después cambiar el pagaré en valor nominal por moneda nacional.

En el apartado relativo al *Capitalismo de estado versus empresas privadas*, la propuesta consiste en que la política comercial de Estados Unidos y las estrategias de inversión deben formularse con la idea de ayudar a la formación de mercados nacionales de capital, promoviéndose las empresas privadas y el desmantelamiento de las industrias paraestatales.

En la sección destinada a las *Iniciativas económicas y ecológicas* la propuesta consiste en revitalizar la el proyecto de la Cuenca del Caribe por doce años más hasta el 2007. Con ella se promueve la inversión privada directa de Estados Unidos y se crea la posibilidad de hacer empresas conjuntas entre los Estados Unidos y los países anfitriones.

Con respecto al *medio ambiente* se propone que los Estados Unidos deben luchar por conservar los bosques tropicales que quedan y devolver el equilibrio ecológico a las zonas que han sufrido erosión y despoblamiento forestal, poniéndose como ejemplo a Centroamérica, el Caribe y la cuenca del Amazonas.

Una última propuesta está dirigida a reconsiderar el programa de Plantas Gemelas /Industria Fronteriza con México, ya que la industria maquiladora fronteriza, si bien ha dado miles de empleos, pero cuando los trabajadores no encuentran en ellas satisfechas sus expectativas, tienden a la migración ilegal hacia Estados Unidos. Además el sobre-empleo de mujeres debilita la estructura familiar mexicana y exacerba las terribles condiciones sociales, ambientales, sanitarias y educativas existentes en los pueblos fronterizos. En consecuencia se recomienda instalar las maquilas mucho más adentro del territorio mexicano.

La *tercera parte* dedicada a la "Estrategia para trabajar con las Instituciones Permanentes de las Naciones Latinoamericanas y favorecer la Cooperación Regional", se establece que los pilares fundamentales de los gobiernos latinoamericanos son las *fuerza armadas* y el *sistema judicial* y ambos están llevando cargas muy pesadas en la lucha contra los conflictos de baja intensidad y el narcotráfico, mientras se acostumbran a las exigencias democráticas de rendirle cuentas a las administraciones temporales. Al respecto, las iniciativas bilaterales de Estados Unidos deberán recibir apoyo multilateral a través de la Organización de Estados americanos.

En el apartado *El problema del conflicto de baja intensidad*, se define como una forma de lucha que incluye operaciones sicológicas, desinformación, información errónea, terrorismo y subversión cultural y religiosa. Para las acciones contra ella se hacen varias recomendaciones:

Propuesta 1:

En 1986 el congreso norteamericano aprobó y el presidente firmó la Ley Goldwater-Nichols de Reorganización del Departamento de Defensa. Esta ley fue aprobada porque el Departamento de Defensa no estaba apoyando adecuadamente las Operaciones Especiales (SO) ni asumiendo totalmente las consecuencias de los Conflictos de Baja Intensidad (LIC). Además, se adicionó una enmienda ordenando a los E.U. formar un Comando de Operaciones Especiales con un nuevo Secretario Asistente de Defensa para las Operaciones Especiales y el Conflicto de Baja Intensidad. Se creó también un nuevo comando unificado con amplias responsabilidades de adquisición, entrenamiento y promoción, único entre los comandos unificados.[17] Esta nueva ley debe proporcionar un mecanismo mejor para enfrentar otros asuntos críticos como el terrorismo, el tráfico drogas y las operaciones hostiles de inteligencia y psicológicas. Los elaboradores de la ley reconocen que E.U. es vulnerable a otras formas de lucha además de los grandes conflictos armados.

Propuesta 2:

EE.UU. debe estar preparado para ampliar su programa de ayuda militar a los ejércitos latinoamericanos como parte de su reconocimiento, de que las insurgen-

(17) Al comando se le dio por ley, su propio Major Force Program en el Presupuesto de Defensa, MDF-11. El Congreso quería que los planes de LIC tuvieran el mismo fundamento que los planes estratégicos globales. Aunque se ha criticado mucho a la ley, el Congreso sigue respaldándola.

cias *indígenas* son explotadas y agravadas desde el exterior. La complejidad de este reto requiere una respuesta real de nuestra sociedad (...)

(...) Propuesta 6:

Luego de afirmar que la fusión del comunismo y el nacionalismo en América Latina constituye el peligro mayor para la región y los intereses de E.U., se afirma que con el apoyo bipartidista del Congreso de E.U. y la rama Ejecutiva, los latinoamericanos pueden revertir ellos mismos, la comunización de sus tierras, instituir regímenes democráticos en al región y satisfacer sus aspiraciones de auto-determinación. En definitiva, es imperativo que los militares latinoamericanos se den cuenta de que las administraciones elegidas, pueden enfrentar los retos de subversión y terrorismo.

Propuesta 7:

Apartado: *La crisis de las drogas.*

Al apoyar un sistema judicial independiente, E.U. puede ayudar a los países latinoamericanos a enfrentar los delitos relacionados con las drogas y el terrorismo. Si las autoridades judiciales cuentan con los medios para reaccionar de manera rápida y efectiva a estos delitos, pueden evitar que su aumento ponga en peligro la legitimidad de sus democracias. Dentro de E.U. la exigencia del cumplimiento de la ley debe reducir las ganancias para los vendedores (de drogas) y aumentar sustancialmente los riesgos para los compradores. La posesión debe castigarse con encarcelamiento y la venta debe castigarse con penalidades inflexibles sin libertad condicional. Después del establecimiento de un fuerte ambiente de cumplimiento puede iniciarse y explorarse un programa de legalización limitado, vinculado a la rehabilitación y a la educación.

Propuesta 8:

Apartado: *Renovación de la OEA*

E.U. debe hacer un énfasis mucho mayor en trabajar con los miembros de la OEA en los problemas conjuntos de seguridad militar (LIC), tráfico de drogas, inmigración y deuda.

Propuesta 9:

El embajador de EE.UU. ante la OEA debe estar a cargo de la coordinación de las iniciativas multilaterales de EE.UU. en las áreas anteriores con los representantes de la región ante la OEA en Washington.

Propuesta 10:

La participación de la OEA en los asuntos de seguridad y narcotráfico provee a E.U. de los mejores medios para librar una guerra cooperativa y exitosa contra los imperios del crimen que amenazan a todo el hemisferio. La próxima administración necesita tener claras sus prioridades. Nuestra agenda y la de los latinoamericanos no son necesariamente incompatibles. La OEA, financiada adecuadamente y orientada en al dirección correcta, puede servir a nuestros intereses mutuos. De especial inte-

rés sería estimular aún más el papel de la OEA en promover una mayor cooperación entre sus miembros para luchar contra el comercio internacional de narcóticos. La Conferencia de Río y el creciente reconocimiento de que el tráfico de drogas es un problema que enfrenta la región, indican la voluntad de las naciones miembros de participar en operaciones internacionales conjuntas.

Cada vez que sea posible, E.U. necesita recalcar su consagración a la cooperación, la auto-determinación, las responsabilidades mutuas para combatir el narcotráfico, y aliviar la carga de la deuda y las presiones sobre las poblaciones latinoamericanas que huyen de la pobreza, el crimen, el terrorismo y la guerra. La OEA es un foro donde E.U. puede aclararle a toda la región su posición de manera continua.

La *cuarta parte* está destinada a la visualización de las "Próximas crisis de los Regímenes latinoamericanos y las responsabilidades de los Estados Unidos".

Los Estados Unidos deben estar preparados y prestarle especial atención a cinco países particularmente significativos de las actuales crisis de los regímenes en América Latina: México, Colombia, Brasil, Cuba y Panamá.

Las cinco naciones analizadas aquí ofrecen ejemplos de los problemas que enfrentan en forma global la mayoría de los Estados latinoamericanos:

a) *México:* Con su régimen autoritario enfrenta una crisis de gobierno, porque parece incapaz de incorporar al poder partidos legítimos de oposición. Para entonces aparecían el Frente Democrático Nacional liderado por Cuauthemoc Cárdenas y el Partido Acción Nacional con Manuel Clouthier.

El documento recomienda liquidar los negocios propiedad del Estado y desarrollar un mercado interno para la deuda externa de la nación. Aclara, que alrededor del 85% de la economía mexicana es propiedad del Estado y el resto de un sector privado dependiente de la benevolencia del gobierno.

b) *Colombia:* Debe ser apoyada en la utilización de Cortes jurídicas especiales bajo el control conjunto del Ministerio del Interior y de las Fuerzas Armadas, con autoridad para juzgar con rapidez y condenar en centros especiales de detención, que estén bajo el control del ejercito, a los subversivos y narcotraficantes. Se menciona la necesidad de facilitar la extradición de colombianos, a otros países donde hayan cometido delitos.

c) *Brasil:* La transición del gobierno militar al civil de José Sarney está debilitada por un Congreso Nacional cada vez más descuidado e irresponsable que también desempeña funciones de Asamblea Constituyente. Hasta que se dio una advertencia final por parte de los militares, los creadores de la nueva Constitución estaban considerando seriamente una forma parlamentaria de gobierno, que ya había fracasado en los años sesenta.

d) En Cuba se deben ampliar las trasmisiones de radio Martí y otros medios de comunicación estadounidenses, para una educación cívica que tienda a crear un régimen democrático.

e) Respecto de Panamá, los Estados Unidos deben comenzar a planificar con seriedad, el control adecuado del Canal, que pronto, necesitará de una reparación

general grande y costosa. Además, reafirma la necesidad de modificar la Constitución Política para permitir la *extradición* de ciudadanos panameños culpables de delitos cometidos en terceros países.

2.5 Las estrategias del proyecto "Santa Fé III"[18]

El New World Institute de Chicago, que es una organización independiente de investigación y especializada en seguridad hemisférica, cultura y democracia realizó, durante el gobierno de Bill Clinton el documento denominado Santa Fe III[19] para Latinoamérica:

En el Capítulo I, "Estados Unidos en la Era de la Posguerra Fría", se identifican como enemigos del desarrollo latinoamericano:

a) El estatismo, entendido como el Estado propietario;

b) Los movimientos radicales, sociales y políticos;

c) Los regímenes comunistas, y la posibilidad de cualquier movimiento de izquierda que accese en el poder.[20]

En el Capítulo II "El fin de la guerra fría y la promoción de la seguridad interamericana" consigna la necesidad de implementar una guerra cultural, ante la "imperiosa" necesidad de Latinoamérica, por acabar con los vestigios comunistas:

a) Se promueve iniciar un contrabalance cultural en Colombia y Perú principalmente;

b) Se propone que las áreas relacionadas con la educación sean las principales involucradas en dicha batalla; y

c) Se establece que el propósito de los Estados Unidos con América Latina, debe basarse en construir asociaciones y alianzas, orientadas a encontrar Principios comunes de arraigado en la democracia y en las oportunidades económicas.[21]

En el Capítulo III, relativo a los "Procesos democratizadores", se emiten recomendaciones tanto para los países latinoamericanos como para los políticos estadounidenses, a fin de comprender mejor la óptica del otro:

(18) RODRÍGUEZ, Horacio. "El manual del moderno injerencista". *La Jornada.* México: D.F., 11, 12 y 13 de junio. De sus artículos se extraen los elementos básicos del Santa Fé III.

(19) Roger Fontaine, David Jordan, William Ratliff, Gordon Sumnners, y Lewis Tambs, ex funcionarios gubernamentales vinculados al Departamento de Estado, miembros del New World Institute de Chicago.

(20) RODRÍGUEZ, Horacio. "Santa Fé III: manual del moderno injerencista". *La Jornada,* 11, 12 y 13 de junio.

(21) Ídem, ibidem.

a) Para los estadounidenses recomienda ser tolerantes, ante los modelos democráticos diferentes, sugiriendo que de ser necesario, la democracia podría adquirir un carácter elástico;

b) Para los latinoamericanos aconseja que comprendan, que el crecimiento político y la madurez política pueden verse demorados por la corrupción, el estatismo y la representación proporcional.

El Capítulo IV, "Economía, Negocios e Integración", se centra a favor de los principios económicos neoliberales y sugiere medidas como:

a) Promover la eliminación de todas las formas de protección a la industria nacional y debilitar la independencia de los sindicatos;

b) Consolidar los mercados de capitales y vigorizar los derechos de propiedad y la protección judicial, a través de las recomendaciones de *Marking Democracy Work in the Americas*, que incluyen: la desincorporación de empresas públicas, el incremento a la concesión de franquicias, la liberalización de las disposiciones en materia de flujo y repatriación de capitales, la atención a la demanda latinoamericana de inversiones extranjeras, perfeccionar la legislación en materia de derechos de propiedad y apoyar la transparencia de los regímenes fiscales en las naciones de Centro y Sudamérica.

c) Con respecto al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se recomienda a México instrumentar un efectivo régimen para combatir el narcotráfico y aplicar reformas judiciales que abatan los índices de corrupción en las esferas del poder y se insinúa la conveniencia de romper el monopolio petrolero de México que se ejerce a través de Pemex.

En el Capítulo V, "Construyendo la sociedad civil", reconoce la existencia de crecientes disfunciones en el seno del cuerpo social estadounidense, como el aumento de la criminalidad y otros indicadores sociales, por lo que se recomienda:

a) Establecer mecanismos de refuerzo a los valores tradicionales a fin de evitar el crecimiento de conflictos civiles.

En la sección final se evalúa la situación económico-política de varios países latinoamericanos: Argentina, Brasil, Colombia, Panamá, Nicaragua, El Salvador, Haití, México y Cuba.

La República Socialista de Cuba continúa en el ojo del huracán, pues los Estados Unidos insisten en acabar con Fidel Castro y establecer en ella un trabajo asociado. Pero, mientras los redactores del documento Jordan, Sumner y Tambs insisten en que el levantamiento del embargo económico y cultural debe estar condicionado a la "'construcción de la democracia en el país', Fontaine y Ratliff sostienen que Estados Unidos deben modificar su actual política, evidenciando con mayor claridad ante los cubanos, que las tribulaciones económicas que padecen, son producto de la irresponsabilidad de su presidente y recomiendan "aislar a Castro en su casa".[22]

(22) RODRÍGUEZ, Horacio. "Santa Fé III: manual del moderno injerencista". *La Jornada*, 11, 12 y 13 de junio.

Finalmente, México aparece como la nación fundamental, en torno a la cual, se deberá desarrollar la futura integración económica y política latinoamericana.

2.6 Síntesis de esos proyectos de control

– Al principio del siglo XXI, la doctrina de la seguridad nacional sigue girando alrededor de la protección del sistema de producción-dominación capitalista, que hoy es neoliberal global, y de la ideología que lo justifica y mantiene.

– Las estrategias de los documentos de Santa Fé I, II y III, constituyen la guía para establecer el sistema neoliberal de producción en Latinoamérica, comenzando con la privatización de la economía, el adelgazamiento del poder económico de los gobiernos y el fortalecimiento del poder de los ejércitos.

– Esos documentos dejan claro el ánimo del gobierno de los E.U. para confundir en uno solo, los delitos políticos y los delitos comunes, de manera que la represión del narcotráfico, lleve conjuntamente la represión de los rebeldes políticos.

– En las investigaciones Santa Fé, se previeron los alzamientos indígenas de Chiapas, que ocurrieron cinco años después y se alerta, sobre otros levantamientos indígenas futuros.

– En el contenido de los documentos "Santa Fé", aparece el plan norteamericano de protección ecológica respecto de Centroamérica. No es azaroso, entonces, que actualmente, en el gobierno del Presidente Vicente Fox, se abandere de una concepción de la seguridad nacional ampliada, a la conservación ecológica y a su explotación sustentable.

– El Plan Puebla – Panamá obedece a esa lógica y fue proclamado unilateralmente por el Presidente Vicente Fox, después de la visita a George W. Bush, sin consultar a los presidentes centroamericanos. Las inversiones de capital serán cuantiosas y las utilidades también, pues la relación costo-beneficio neoliberal es rapaz. Los indígenas y pobladores de esas zonas serán desplazados y de ser poseedores de tierras, serán convertidos en sirvientes asalariados neoliberales. Se está gestando un genocidio silencioso, como ese que acabó al África y está acabando con el Amazonas.

3. Principios del derecho penal transnacional

3.1 Premisas teóricas

Concepto:

El sistema de Política Criminal Global lo conceptualizaremos como una estructura cerrada económica e ideológico-jurídica penal, cuyas reglas de construc-

ción son las mismas que originan su auto-reproducción, de tal manera que excluyen cualquier otra motivación o influencia extraña. De ahí, que para ser y desarrollarse como sistema requieren la negación y supresión de todo otro que le sea diferente, por lo cual sus características son las siguientes:

a) El *sistema cerrado al construir su universal inclusión, requiere de la creación de diferencias que les permitan tener identidad frente a otro u otros y por ello es excluyente*. De ahí que, al crearse una universal inclusión como valor, se genera a su vez un disvalor que se erige como universal exclusión. Entonces, el otro excluido se convierte en el "enemigo", que debe ser controlado o destruido, dependiendo de la funcionalidad que juegue para el mantenimiento de la cohesión de la inclusión.

b) *La evolución del sistema productivo provoca el acomodamiento de la ideología-derecho que le sirve para justificarlo*. El sistema de producción capitalista produjo la ideología liberal de la modernidad y en la actualidad, el sistema productivo neoliberal está produciendo el sistema ideológico-jurídico posmoderno.

En la *modernidad capitalista*, el Estado como parte fuerte del contrato social, produjo un derecho que ocultó la forma de explotación. Si se acepta que, *del poder no pueden esperarse buenas intenciones*, entonces el derecho moderno se construyó como "libertario", a sabiendas de que ocultaba su mala fé.

En la *posmodernidad neoliberal* la radicalización del sistema productivo está produciendo a su vez la radicalización del sistema político-jurídico penal y de represión incluso de hecho, pero ahora ya no es oculto, sino abierto, agresivo y cínico, porque convierte en "derecho del dominante", aquello que la modernidad consideró "violación de garantías individuales".

c) *Para que los sistemas económico, políticos o jurídico funcionen como tales y pervivan están auto-condicionados por su posibilidad de auto-reproducción y auto-control, mediante su propia capacidad para controlar el ambiente, a través del control de sí mismos.* Sólo así será posible que el sistema sea racional, porque si se vuelve vulnerable respecto del ambiente o respecto a otros sistemas económicos, políticos, jurídicos u otros, pierde el control propio y se vuelve irracional.[23] Lo racional aquí no implica que sea *ético* en el sentido de reconocer al

(23) GONZÁLEZ V., A. "Teoría de Sistemas y Seguridad Pública". Revista *Iter Criminis* 1/133. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, D. F. 1998. Cf. R. De Giorgi, *Redes de la Inclusión*, Facultad de Ciencias Políticas, Unam – Miguel A. Porrúa, 1997: "En la sociedad moderna las únicas posibilidades de control están dadas por la auto-irritación de los sistemas sociales particulares en las condiciones de la simultaneidad universal del suceder y del producirse de sus eventos. El incremento de la sensibilidad está conectado con la imprevisibilidad de los comportamientos de los sistemas particulares y con la impenetrabilidad de sus construcciones del am-

otro diverso, sino en el sentido de obedecer y comportarse con base en sus propias reglas de construcción de su discurso.

Es decir, si un sistema se deja penetrar por otro u otros, pierde su esencia y se desnaturaliza; deja de ser sistema cerrado para convertirse en otra cosa, influida por las más diversas circunstancias que lo convierten en asistemático. Por lo tanto el sistema de producción-dominación y el sistema ideológico-jurídico que lo justifica, tienen que mantenerse cerrados y reproducirse a partir de sí mismos, automotivándose y creando las evoluciones que le permitan su permanencia en el tiempo y la posibilidad de dirigir su auto-control.

El sistema de producción-dominación capitalista al final del siglo XX comenzó a auto motivarse para lograr la salida económica neoliberal y en consecuencia está auto produciendo las modificaciones del sistema ideológico-jurídico que lo legitima.

a) *La universal inclusión del control formal penal posmoderno, introduce un grave problema que se presenta al universalizarse una sola razón, que implica la exclusión de muchas otras razones y de grandes masas humanas.* Por lo tanto, el conflicto ya no será local, sino global, porque las culturas de inclusión y exclusión se encuentran esparcidas en diferentes países y continentes. Por lo tanto el control social dejará de hacerse de manera individual y local, para convertirse en el un control de grupos y culturas, aún transnacionales.

3.2 El control social posmoderno

La posmodernidad político-jurídica consiste en la imposición de reglas de control social internacional que hacen los países centrales, a los Estados periféricos, obligándolos a pasar de la premodernidad en que viven, a la posmodernidad del control legal y de *facto*, extraterritorial.

A las políticas posmodernas no les importa cuidar las formalidades de las libertades civiles en que teóricamente descansaba el liberalismo capitalista moderno. La simulación de las garantías individuales y de los derechos humanos, quedó en el pasado. Aunque no se toleran las dictaduras abiertas, al estilo latinoamericano del siglo XX,[24] se han promulgado legislaciones que en la modernidad eran consideradas de *excepción*, institucionalizándolas como el derecho

biente. Se produce así, no tanto una posibilidad de regulación universal, sino más bien una posibilidad de auto-control de los sistemas especificados en base a las funciones".

[24] Cf. A. Sánchez S., op. cit. Cf. Alicia González Vidaurri, "Globalización, postmodernidad y política criminal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 9, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. IBCCrim. Brasil, San Pablo: RT, oct.-dic. 2001, p. 9-32.

cotidiano y permanente, para legitimar y dar cauce jurídico a las nuevas necesidades de control.

Para ello en la práctica se renuncia a los principios generales del derecho moderno y se construyen legitimaciones jurídicas que legalizan el actuar abusivo de la autoridad. Se han militarizado silenciosamente las instituciones estratégicas y se ha desarrollado la tecnología de la vigilancia cercana y permanente del ciudadano, a través de la *policía*.

Una policía militarizada y redimensionada en cuerpos especializados para cada uno de los problemas que afecten la *seguridad nacional* del nuevo orden económico mundial. Los objetivos de control son los grandes *flujos financieros* de la economía informal y su *blanqueo*, que se han consolidado en las leyes contra la delincuencia organizada; la *corrupción de los servidores públicos*; el *tráfico ilícito de migrantes*, y finalmente, si se observa la inclusión en México del delito de "terrorismo" como de delincuencia organizada y la exclusión del carácter político de algunos delitos, se puede afirmar que otro objetivo de control y represión es la *rebelión* de los excluidos.

Curiosamente la *Organización de las Naciones Unidas*, que por un tiempo defendió los derechos humanos, hoy está al servicio de los intereses neoliberales, acabando la esperanza político-jurídica moderna, a través de tratados y convenciones internacionales que convierten en derecho exclusivo del dominante, lo que la modernidad consideró como garantías para proteger a los ciudadanos del abuso de poder.

3.3 Los principios de la inclusión político-jurídica penal, en el control social posmoderno

Con el advenimiento del Estado Neoliberal surgió inicialmente la necesidad de controlar los capitales de la economía informal y los delitos políticos que traspasan las fronteras del mundo global. Con esos objetivos se adoptó en Viena, Austria el 20.12.1988, la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*[25] que vino a fijar los principios del control formal posmoderno transnacional.

Con esa Convención, que es vinculante jurídicamente para México, pues adquirió rango constitucional en virtud del art. 133 de nuestra Carta Magna,[26] los

(25) Esta convención fue ratificada por México y promulgada a través del *Diario Oficial de la Federación* el 05.09.1990, en que aparece su texto completo.

(26) Art. 133. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión...".

países firmantes pierden su soberanía jurídica, no sólo en lo relacionado con *delitos de narcotráfico*, sino sobre cualquier otro tipo de *delitos organizados*, aunque éstos tengan carácter *político*, porque la Convención prohíbe, que a un delito se le dé ese carácter, aunque en derecho lo sea.

Con la *Convención*, se invierte toda la racionalidad jurídica de la modernidad que se había decantado a lo largo de los últimos dos siglos respecto a la territorialidad de la ley y a los principios generales de derecho,[27] de tal manera que de ella se pueden derivar los nuevos principios del derecho penal posmoderno transnacional siguientes así:

a) *Principio de "Incriminación Penal por sólo Sospecha":* La modernidad exigía la realización de una conducta que transgrediera una norma jurídica. Para la posmodernidad contenida en la Convención, basta con la *sospecha* de que alguien está involucrado en la delincuencia organizada, para incriminarlo, detenerlo y arraigarlo. Para ello basta con presumir "de las circunstancias objetivas del caso", la intención, el conocimiento o la finalidad de los elementos que constituyen los delitos que la convención define, para atribuirlos a título de responsabilidad penal a una persona (Ver la Convención, art. 3.°, numeral 3).[28]

b) *Principio de "Utilización de la analogía en materia de penal":* La modernidad la excluía del derecho penal, pero la Convención la admite para agravar los delitos, cuando al sujeto imputado se le conozcan "*declaraciones de culpabilidad anteriores*", por delitos análogos a los que se le incriminan, ya sea por tribunales extranjeros o del propio país (art. 3.°, numeral 5, h).[29]

c) *Principio de "Discrecionalidad de las autoridades"*: El derecho moderno la prohibía y solo permitía a los servidores públicos hacer lo que la norma expresamente les autorizaba. La posmodernidad global alienta a las partes firmantes para que todas las normas permitan "discrecionalidad" en las autoridades, conforme al derecho interno y se ejerza con la máxima eficacia para el

(27) Cf. E. Saavedra, y R. Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Colombia, Bogotá: Temis, 1991. Cf. Alicia González Vidaurri, op. cit., p. 16-19.

(28) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", numeral 3: "El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas de caso".

(29) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", numeral 5, inciso h: "Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita".

enjuiciamiento de los delitos contenidos en la Convención (art. 3.°, numeral 6).[30]

d) *Principio de "No utilización de los beneficios penitenciarios":* La modernidad inventó los sustitutivos penales y los beneficios penitenciarios. La posmodernidad de la Convención recomienda que dada la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del art. 3, los tribunales y las autoridades deben demorar los beneficios de libertad anticipada o de la libertad condicional (art. 3.°, numeral 7).[31] Si la modernidad alcanzó el momento en que las prisiones fueron abiertas o semi-abiertas, la posmodernidad instituye la prisión de máxima seguridad.

e) *Principio de "No prescripción de la acción penal ni de la pena":* se exhorta a las partes para que prolonguen los plazos para evitar que prescriban los delitos y las penas (art. 3.°, numeral 8).[32]

f) *Principio de "Negación del concepto teórico de delito político":* la Convención rechaza que a cualquier delito en ella contenido, se le califique como político, o se alegue que está políticamente motivado (art. 3.°, numeral 10).[33]

(30) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", numeral 6: "Las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas destinadas a hacer cumplir la ley respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer su efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos".

(31) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", numeral 7: "Las partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo I del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de estos delitos".

(32) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", párrafo 8: "Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar con el procesamiento de cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo I del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia".

(33) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° "Delitos y Sanciones", párrafo 10: "A los fines de la cooperación entre las Partes previstas en la presente Convención en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9 los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políti-

g) *Principio de que la "Carga de la prueba es para el acusado"*: Rompiendo la racionalidad jurídica moderna se invierte la "carga de la prueba", de manera que si antes eran los agentes de la administración de justicia, quienes debían probar que una persona había cometido un delito, ahora se impone a un "sospechoso", la obligación de probar la proveniencia lícita de sus bienes, o probar que "no sabía" de la proveniencia ilícita de los mismos. Esto es, se impone al acusado, presentar la *Prueba Negativa*, que en teoría de las pruebas *es imposible*. Así, aunque el ciudadano posea bienes de buena fe, pero no pueda probarlo, siempre será un sujeto susceptible de ser incriminado como delincuente, quedando ante la norma y las autoridades, en total *estado de indefensión* (art. 3.°, numeral 1, ordinal b).[34]

h) *Principio de la "Competencia jurídico-penal transnacional"*: los países firmantes se obligan a declararse competentes de los delitos que define la convención, comprometiéndose a conceder la extradición cuando sean requeridos, y si la parte requerida no lo extradita, deberá juzgar al sujeto de acuerdo a sus leyes, que serán las establecidas en la Convención (art. 4.°, numeral 2).[35]

i) *Principio de "Extradición universal"*: Si no existe tratado entre las partes, la Convención se erige como fundamento jurídico, para proceder a la misma, simplificándose los "requisitos probatorios". Las normas son abiertas y por tanto en ellas cabe la extradición también de *ciudadanos nacionales*.

cos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes".

(34) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 3.° Delitos y Sanciones, numeral 1 ordinal b subnumeral i: "La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones".

(35) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 4.° "Competencia", numeral 2: "Cada una de las partes: a) adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra basándose en que: i) el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o ii) el delito ha sido cometido por un nacional suyo; b) podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo q del articulo 3 cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra".

Igual ocurre con la detención de personas en "casos de urgencia" en el país requerido, sólo porque así lo solicita el país requirente. (art. 6.°, numerales 5, 6, 8).[36]

j) *Principio de "Eficacia extra-territorial de sentencias extranjeras"*: Si el país requerido niega la extradición, el país requirente puede también juzgar en ausencia a la persona no extraditada y solicitar al estado requerido, que ejecute en su territorio la sentencia extranjera emitida por el estado requirente (art. 6.°, numerales 9 y 10).[37]

k) *Principio "Traslado internacional de testigos":* Las partes podrán detener personas consideradas testigos y mandarlas de un país a otro y se procederá

(36) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 6.° "Extradición", numeral 5: "La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición". Numeral 6: "Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos de peso que induzcan a sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitaría del procesamiento o el castigo de una persona, por razón de su raza, religión, nacionalidad opiniones políticas o que se ocasionarían perjuicios por alguna de estas razones a alguna persona afectada por la solicitud". Numeral 8: "Con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la parte requerida podrá, haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparencia en los tramites de extradición".

(37) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 6.° "Extradición", numeral 9: "Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal establecida de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá, a) si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del articulo 3, por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente. b) si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente se oponga a efectos de salvaguardar su competencia". Numeral 10: "Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar".

de la misma forma si esos testigos están privados de la libertad, con el fin de integrar investigaciones, o intervenir en actuaciones procesales de cualquier tipo (art. 7.°, numeral 4).[38]

l) *Principio de la "Apropiación de los decomisos en función de su territorialidad"*: En materia de decomisos, que se presentan como factor predominante en la Convención, se muestra un ánimo acaparador y de venganza de los grupos de poder de los países firmantes, de manera que el "decomiso de los dineros y de los bienes derivados directa o indirectamente", del narcotráfico o de los denominados delitos organizados, aparece como un botín fundamental, porque se lo apropia el país donde esos bienes se encuentren. Y *en materia de secreto bancario*, los países firmantes no podrán oponerlo ni alegarlo, en ninguna investigación (art. 7.°, numeral 5).[39]

II) *Principio de "Negación del carácter fiscal de un delito"*: La Convención prohíbe también, dar a los delitos en ella contenidos, el carácter de *fiscales* (art. 10, fracción 10). De ello se deriva que los capitales y los bienes vinculados con el narcotráfico o la delincuencia organizada, que se encuentren en el territorio de los otros países, no pueden ser reivindicados como fiscales por el Estado que investiga o sentencia. En consecuencia, los otros Estados generalmente centrales, se apropiarán de esos bienes o capitales, por estar en sus territorios y vinculados con actos ilícitos.

m) *Principio de la "Utilización de agentes infiltrados"*: En materia de *espionaje* e *incitación oficial al delito*, la Convención introduce la figura del *agente infiltrado*, para realizar "entregas vigiladas". Con esto se favorece y se legitima jurídicamente la acción de policías, para-policías, militares o para-militares infiltrados en las mafias, en los grupos guerrilleros, sindicales, estudiantiles u organizaciones sociales, que frecuentemente fungen como grupos de choque, provocando al interior de esas asociaciones de personas, delitos que sirvan para motivar la acción directa de los aparatos de represión. Dándole carácter jurídico a la figura del "agente infiltrado o encubierto", se le está garantizando su impunidad, respecto de los abusos, de las tropelías y delitos que cometa en el cumplimiento de la misión encomendada, por las jerarquías del poder.

(38) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 7.° "Asistencia judicial recíproca", párrafo 4: "Las Partes, si así se les solicita y en la medida compatible con su derecho y práctica internos, facilitarán o alentarán la presentación o disponibilidad de personas, incluso de detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o en intervenir en las actuaciones".

(39) Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Art. 7.° "Asistencia judicial recíproca", párrafo 5: "Las Partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo".

A los anteriores principios se deben agregar los que la *Ley Federal contra la delincuencia organizada* mexicana, publicada el 6 de noviembre 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*, ha establecido:

• *En materia de delincuencia organizada* se da carácter jurídico a la privación de la libertad por sospecha;[40] a la denuncia anónima;[41] a la intervención de las comunicaciones privadas;[42] a la actuación de agentes oficiales infiltrados[43] en la vida y los negocios de las personas; a la negociación del derecho[44] penal y penitenciario con los delatores, con los arrepentidos y con los testigos protegidos.

De la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional se obtiene el:

• Principio de *Personalidad de las "Organizaciones Regionales de Integración Económica"* como Estados Parte en las Convenciones de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos complementarios, en sustitución de los Estados Nacionales.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la delincuencia organizada, firmada en Palermo, Italia, en Diciembre del año 2000, determina que por "Organización Regional de Integración Económica"[45] se debe entender:

"(...) *e*) Una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han trasferido competencia en las cuestiones regidas por la Convención

(40) Cf. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996): Artículos 10 y 12.

(41) Cf. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996): Artículo 14.

(42) Cf. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996): Artículos 16-24.

(43) Cf. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996): Artículo 11.

(44) Cf. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996): Artículos 35-39.

(45) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 1 y 2, j):

"*Artículo 1*

Finalidad

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 2

Definiciones

Para los fines de la presente Convención:

"(...) j) Por 'organización regional de integración económica' se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los 'Estados Parte' con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia".

f) y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella.

g) (*En consecuencia*) las referencias a los "Estados Parte" con arreglo a la Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia".

Por lo tanto, los Estados nacionales *soberanos* participantes de una región de integración económica determinada deberán transferir competencia, en las cuestiones que se tratan por la Convención, a la *Organización Regional de Integración Económica*, la cual queda facultada de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar o aprobar la Convención o adherirse a ella.

El Estado Parte, entonces ya no será Canadá, Estados Unidos o México, que participan del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, ni tampoco un país que participe de "La Unión Europea", sino la Organización Regional de Integración Económica que componen. Entonces, las referencias a la Convención de las Naciones Unidas y a sus protocolos complementarios en cuanto a la delincuencia organizada transnacional, se aplicarán a esas organizaciones regionales de integración económica dentro de los límites de su competencia.

Y en virtud de la guerra por la *justicia infinita* y la *libertad duradera* de la *inclusión cristiana occidental,* los Estados Unidos de América por decreto ejecutivo del presidente George W. Bush[46] se elevaron a la categoría de principios del derecho posmoderno norteamericano:

• *La negación para los extranjeros, de los derechos exclusivos de los estadounidenses.* En materia de terrorismo, no se reconocen para los extranjeros, los otros excluidos, las garantías jurídicas que tienen los demás ciudadanos estadounidenses. En consecuencia:

• A los extranjeros se les puede detener por simple sospecha. Para ello, serán válidas pruebas que no serían admitidas en un juicio ordinario, esto significará la posible utilización de la tortura o de drogas que *faciliten* las confesiones o las declaraciones de los indiciados.

• A los extranjeros, se les niega el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, pero se les juzgará por tribunales militares sumarios y secretos, que tendrán jurisdicción en cualquier país del mundo y podrán, inclusive, aplicar la pena de muerte.

[46] Cason; D. Brooks, "El Ataque", *No deben contar los terroristas con protecciones legales*, Dick Cheney, Vicepresidente de los Estados Unidos de América, refiriéndose al Decreto Ejecutivo de G. W. Bush. Periódico *La Jornada*, 15.11.2001, p. 3. Cf. también "El Ataque", *La Jornada*, 23.10.2001, p. 3.

4. Conclusiones

Con la posmodernidad político-jurídica penal, se institucionaliza un control social transnacional que regresa a la *premodernidad.* Es decir, a la fuerza absoluta de una sola razón, para la defensa del dominante y de su permanencia.

Los controles sociales ya no sólo serán locales sino también transnacionales y se controlará selectivamente por grupos de edad, de sexo, de religión, de ideología política, o a comunidades extranjeras o étnicas, *que sin haber cometido delitos*, son considerados *peligrosos sociales,* porque representan la expresión de sistemas de inclusión que están excluidos: Cuba, Irak, Libia y otros. Se les aislará y sitiará en territorios urbanos o rurales como ocurre con los indios de Chiapas en México o con la insurgencia Colombiana. Y si llega a ser necesario se les eliminará como ha ocurrido en Panamá, en Palestina o en Afganistán.

El neoliberalismo transnacional constituye la coherencia de un proyecto manifiesto de producción-dominación, que autogenera la nueva ideología jurídica que lo justifica y que no se oculta, porque está convencida, que su razón y su derecho, son la razón y el derecho para todos, aunque no tenga razón y tampoco tenga derecho.

5. SOCIOLOGIA JURÍDICA

5.2

O PROBLEMA DOS HOMICÍDIOS EM BELO HORIZONTE

CLÁUDIO C. BEATO FILHO*

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 A natureza do problema – 2. Proposta de intervenção – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo discutirá alguns dados referentes aos homicídios cometidos em Belo Horizonte no período 1990 a 2001, buscando lançar algumas hipóteses para a explicação do crescimento das taxas. Serão propostas algumas idéias gerais de intervenção para o controle desses homicídios.

Palavras-chave: Homicídio – Programa de intervenção de violência – Solução de problemas.

1. Introdução

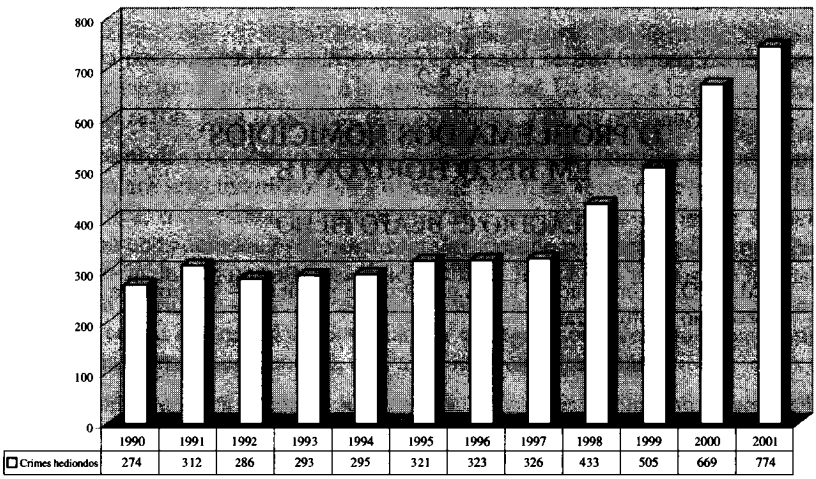
Já há alguns anos a mídia impressa, falada e televisiva, bem como especialistas em segurança pública vem chamando a atenção para o aumento espetacular no número de homicídios em Belo Horizonte. De fato, os números são eloqüentes e vem a corroborar a percepção existente de que algo está saindo do controle das formas tradicionais de se encarar este tipo de problema.

Na verdade, este não é um problema local, mas nacional. Hoje assistimos a uma certa paralisia e perplexidade generalizada, em diversos estados brasileiros, dos setores encarregados tradicionalmente de lidar com a questão dos homicídios. O recrudescimento da violência e crueldade associado a diversos homicídios tem colocado dramaticamente em questão a necessidade de se introduzir inovações nesta área, buscando maneiras alternativas e eficientes de redução e controle dos homicídios.

1.1 A natureza do problema

Conforme vemos no gráfico a seguir, Belo Horizonte tem assistido a um vertiginoso crescimento no número de homicídios, especialmente nos últimos cinco anos.

(*) Palestra proferida no 8.° Seminário Internacional.



Saímos de um patamar de 270 a 320 homicídios anuais no período de 1990 a 1997, para a partir daí, passarmos a um patamar de 744 homicídios no ano de 2001, o que significou um aumento de mais de 100% neste período.

Analisando mais detidamente estes eventos, algumas características tornam-se notáveis. Em primeiro lugar, podemos observar uma participação crescente de jovens de menos de 24 anos como autores destes crimes. Justamente no período em que se inicia o crescimento espetacular do número de homicídios, é quando se inicia a participação majoritária dos jovens de menos de 24 anos nos homicídios cometidos nas regiões violentas da cidade.

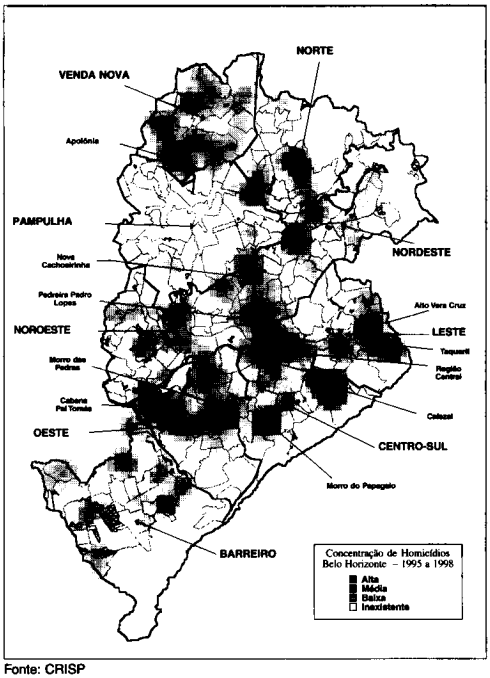
Outro fator associado a este grupo emergente de agressores é o uso crescente de armas de fogo. A população de Belo Horizonte, de uma forma geral, tem em seu poder muitas armas de fogo. Existem cerca de 170.000 armas de fogo na cidade. Os proprietários, entretanto, estão mais concentrados nas regiões menos violentas (7,5%). Nas regiões de favela, menos de 3% da população tem em seu poder uma ou mais armas de fogo. Quem a possui, entretanto, sai mais freqüentemente com ela (38%) (Crisp, 2002).

Segundo os dados dos atendimentos realizados pela Polícia Militar desde o ano de 1998, 48% dos homicídios foram cometidos com armas de fogo. Dados de investigação posterior pela Polícia Civil reafirmam a supremacia das armas de fogo nos homicídios: uma análise dos 145 casos por ela investigados durante os anos de 1999 a 2001 nesses aglomerados mostra que 78,1 dos homicídios resultaram do uso de arma de fogo. Para corroborar a tese da violência crescente desses homicídios, a média de tiros em cada vítima foi de 4,8. Poucos são mortos nos pontos de tráfico. Ruas, becos e casas, nesta ordem, são os locais mais freqüentes das execuções.

Estudos anteriores têm demonstrado que o problema dos homicídios se encontra concentrado em torno de alguns aglomerados da cidade de Belo Horizon-

te. A análise mostra claramente que a incidência dos *clusters* se deu em apenas 6 dos 81 conglomerados urbanos que contém favelas existentes na cidade. São eles o Aglomerado do Cafezal, da Barragem Santa Lúcia, Alto Vera Cruz, Morro das Pedras, Cabana Pai Tomaz e Pedreira Prado Lopes. A percepção de senso comum de que favelas constituem-se, *per se*, em condição para existência de criminalidade violenta não é verdadeira. Existem muitos conglomerados urbanos que necessariamente não são regiões com maior incidência de criminalidade do que quaisquer outros bairros.

MAPA: Clusters de homicídio em Belo Horizonte



Fonte: CRISP

Muitas pessoas gostam de se referir ao fenômeno da *explosão* da criminalidade em grandes centros urbanos. Mais correto seria falar de uma *implosão*, pois ela ocorre no interior de comunidades específicas, onde vítimas e agressores são originários e coabitam o mesmo espaço. Locais como a Barragem Santa Lúcia e o Morro das Pedras exibem taxas colombianas de homicídio. Trata-se de números que, no caso da Barragem Santa Lúcia em 2000, era vinte vezes maior do que o da cidade de Belo Horizonte e duas vezes e meia maior do que o das outras favelas da cidade.

A percepção da deterioração das condições comunitárias de segurança é claramente percebida pelas populações ali residentes. Nestes locais, as reminiscências de morte violenta são muito comuns entre os moradores. Conforme dados da pesquisa de vitimização realizada pelo Crisp em 2002, quase um terço da população nestes locais teve parente, amigo ou vizinho vítima de homicídios. Isto torna a morte violenta de pessoas próximas um elemento comum aos moradores destas comunidades.

Existe uma coincidência entre as regiões violentas e os locais assinalados como de maior risco e vulnerabilidade da saúde pela Secretaria de Saúde de Belo Horizonte, o que nos sugere outras formas de intervenção a serem realizadas nestes locais. As favelas com uma concentração de homicídio têm vários indicadores de bem-estar social e de qualidade de vida bastante inferiores. Assim, o acabamento das residências nessas regiões é quase oito vezes inferior ao das outras regiões da cidade. O número médio de anos de estudo é três anos inferior (5,53 contra 8,51). São regiões em que as populações são mais jovens, tendo uma idade média de 25 anos de idade, em contraste com os 29 anos que se constituem na média da cidade. A taxa de ocupação no mercado formal é maior em outras regiões da cidade do que nas de elevado homicídio. Além disso, as crianças morrem em maior proporção nestas regiões e há maior número de analfabetos. O índice de infraestrutura urbana é significativamente mais deficiente nestes lugares (cerca de cinco vezes). De uma maneira geral, o índice de proteção social é de cerca de um terço das outras regiões da cidade.

Da mesma maneira como os homicídios têm um padrão espacial muito claro, podemos notar claramente como, nos locais assinalados, eles tendem a ter uma distribuição temporal nitidamente definida. Conforme vemos no gráfico, eles ocorrem majoritariamente entre as 20 e 24 horas, e em sua grande maioria nos finais de semana, especialmente no sábado e domingo.

Diversas formas de associação entre crimes predatórios e drogas têm sido estudadas na literatura. São comuns tópicos como a afinidade entre o uso de drogas e a propensão para cometer crimes, formas de financiamento da dependência, crises de abstinência, formas de resolução de conflitos extralegais e necessidade de armas caras para tais fins (Johnson *et al.*, 1990). O padrão que mais se assemelha ao que parece estar ocorrendo nestas favelas entre os jovens é denominado como "violência sistêmica", envolvendo pessoas em redes de venda de drogas (Goldstein, 1985). A variedade sistêmica de violência associada à droga envolve: guerras por territórios entre traficantes rivais, agressões e homicídios cometidos no interior da hierarquia de seus vendedores como forma de reforço e códigos normativos, roubos de drogas, com retaliações violentas por parte do traficante e de seus patrões, eliminação de informantes e punições por vender drogas adulteradas ou não conseguir quitar débitos com vendedores (Beato *et al.*, 2001). O acerto de contas entre traficantes, guerra, ou acerto de dívidas respondem por quase 25% das chamadas telefônicas de emergência para a PM em que foi possível inferir algum motivo para os crimes. O morro das

Pedras destaca-se pelo elevado número de ocorrências relativas a guerra e briga entre gangues no período analisado (cerca de 14). Logo a seguir temos a Barragem (9), Cabana (7), Cafezal (6). Por outro lado, o Cafezal destaca-se pelo elevado número de mortes múltiplas, que provavelmente são decorrentes do conflito entre as gangues.

2. Proposta de intervenção

Em nível *institucional*, trata-se de medidas de política a longo prazo efetivadas pelos diversos órgãos e agências encarregados de desenvolver políticas e programas de natureza preventiva voltados para jovens e adolescentes. Do ponto de vista das medidas repressivas de prazo mais curto, algumas modificações no desenho organizacional das agências envolvidas podem surtir efeitos imediatos no controle dos homicídios. Em nível *comunitário* de intervenção, medidas de mobilização dos grupos e associações ali existentes podem ensejar resultados de médio e longo prazo. Finalmente, em nível *individual,* buscaremos desenvolver estratégias de sensibilização entre jovens por meio de campanhas na televisão, bem como rádios, escolas e da distribuição de panfletos. Um dos resultados mais notáveis observado nos depoimentos com o grupo de jovens envolvidos com gangues de trabalho foi o fato de que muitos deles parecem não se dar conta da situação em que estão envolvidos nas gangues. Segundo depoimentos dos grupos que lidam com jovens cumprindo medidas educativas, embora haja um certo fatalismo em relação ao próprio destino, existe alguma chance se lhes forem oferecidas opções para sair do círculo vicioso das gangues. Este dado é corroborado pela literatura.

No sentido de organizarmos as estratégias, podemos lançar mão da tipologia de estratégias de intervenção proposta por Spergel e Curry, 1993.[1] Tais estratégias podem orientar-se para a: (1) *Supressão*, composta pela utilização de medidas típicas de polícia e justiça criminal tais como prisões e vigilância. Esta é a estratégia de intervenção mais primária adotada em programas de segurança pública. A (2) *Intervenção social*, embora seja bastante comum nos EUA, é novidade entre nós, e consiste em intervenção em crises tais como guerras e conflitos entre gangues, tratamento das famílias e jovens e emprego de serviços sociais. Uma das formas utilizadas é a organização de câmaras de gerenciamento de crises para separação dos membros. Outra forma é a produção de (3) *Oportunidades sociais*, especialmente educação e emprego. Para isto seria necessária a articulação entre empresas do setor privado para a oferta de ocupações. Outra maneira é a (4) *Cooperação interagencial*, e articulação entre as diversas agências. O presente projeto é uma ilustração desta estratégia. (5) *Mudanças organizacionais* nas agências encarregadas de lidar com o problema.

[1] SPERGEL, Irving e CURRY, David. " The national youth gang survey: a research and development process". In: GOLDSTEIN, Arnold P. and HUFF, Ronald Gangs. *Intervention Handbook*, Champaign, IL.: Research Press, 1993, p. 359-400.

Bibliografia

BEATO, Cláudio; ASSUNÇÃO, Renato; SILVA, Bráulio F. A., MARINHO, Frederico C.; REIS, Ilka A.; ALMEIDA, Maria C. M. "Conglomerados de homicídios e o tráfico de drogas em Belo Horizonte 1995-1999". *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 17, n. 5, set.-out./2001. Análise de dados espaciais em saúde, p. 1.163-1.172.

CRISP. "Pesquisa de vitimização em Belo Horizonte". UFMG: Crisp, 2002.

GOLDSTEIN, P. J "The drugs/violence nexus". *Journal of drug issues*, 15(4): 493-503, 1985.

JOHNSON, B. D.; WILLIANS, T.; DEI, Kojo A.; SANABRIA, H.; "Drugs and predatory crime". In: WILSON, J. Q. e TONRY, M. *Drugs and crime. Crime and Justice*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1990. vol. 13. p. 9-69.

SPERGEL, Irving e CURRY, David. "The national youth gang survey: a research and development process". In: GOLDSTEIN, Arnold P. e HUFF, Ronald. *Gangs intervention handbook*, Champaign, IL.: Research Press, 1993. p. 359-400.

5. SOCIOLOGIA JURÍDICA

5.3

POLÍTICAS DE ACESSO À JUSTIÇA PODEM REDUZIR A VIOLÊNCIA?

JACQUELINE SINHORETTO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A constatação da tripla crise – 3. Os intelectuais e a construção da crise – 4. Possibilidades de construção de novas ações e relações: as propostas de intervenção – Bibliografia.

Resumo: Diante da politização do enfrentamento da violência na sociedade brasileira, uma série de respostas alternativas ao modelo punitivo têm emergido nos debates sobre políticas públicas. As políticas de ampliação do acesso à justiça têm sido pensadas por especialistas como uma estratégia para a redução da violência.

Esse texto procura contextualizar a emergência dessas propostas de ação pública e propõe uma investigação.

Palavras-chave: Segurança pública – Acesso à justiça – Políticas públicas – Violência – Sociologia do direito.

1. Introdução

As reflexões aqui apresentadas[1] brotaram no desenvolvimento de um projeto de pesquisa sobre acesso à justiça e segurança pública.[2] A proposta é organizar o registro de alguns pressupostos, evidenciados no pensamento e na atuação de intelectuais e formuladores de políticas, no debate sobre a intervenção estatal visando a redução da violência e do crime. Ao estudar uma iniciativa governamental de ampliação do acesso à justiça nas áreas da periferia, muitas vezes, o pesquisador transita com muito perigo pelo seu objeto: facilmente vai-se da análise sociológica para o discurso político e essa fronteira é, ao mesmo tempo, o que ilumina e ofusca a investigação.

(1) Este texto foi apresentado no VIII Seminário Internacional do IBCCrim, no painel "Acesso à justiça e construção da cidadania", no dia 10.10.2002.

(2) Trata-se da pesquisa "Centros de Integração da Cidadania: justiça e segurança para a periferia de SP?", desenvolvida pelo *Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim*, de autoria de Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Jacqueline Sinhoretto. Iniciada em novembro de 2001, com previsão de término em dezembro de 2003, a investigação pretende abranger a idealização, a implementação, o funcionamento e a avaliação por parte da população dos Centros de Integração da Cidadania, programa da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

Em vez de tentar lutar contra a indefinição das fronteiras entre "nós" e "eles", o caminho metodológico que buscarei aqui percorrer para avançar na pesquisa sobre os formuladores de propostas de intervenção é o de começar a interrogar alguns pressupostos presentes nos momentos da investigação em que, diante do "objeto" de estudo, para mim, só havia "nós": seja porque os formuladores de políticas pautam sua reflexão pelas pesquisas, seja porque os pesquisadores estão engajados na política.

Em primeiro lugar, há o pressuposto de que é preciso ampliar o acesso à justiça para a população que reside nas periferias das grandes cidades e isso confunde-se com melhorar a segurança pública, não apenas na periferia.

O segundo pressuposto – que é o que confere a identidade a "nós" – é o de que é preciso encontrar alternativas diversas daquelas produzidas pelo tratamento penal para lidar com as violações dos direitos. Cientistas sociais, penalistas e militantes na defesa dos direitos, estabelecem entre si um parentesco de idéias quando argumentam pela existência de uma crise no sistema de justiça criminal, que é uma crise de funcionamento das instituições, mas também é uma crise de paradigma no próprio direito penal.

O pressuposto de que é preciso criar alternativas a um paradigma penal em crise orienta o discurso contraposto ao discurso conservador da "lei e ordem", como se costuma chamar a postura de defesa da ampliação da intervenção penal, estruturado em torno de propostas de penas mais severas, maior repressão policial às áreas, atividades e grupos associados à desordem e insegurança, diminuição da tolerância à ocorrência de delitos criminais. Os adeptos dessa postura constituem os "outros" que estão em disputa com os formuladores das políticas de acesso à justiça para a população da periferia. Isto tem razões mais históricas do que lógicas, de sorte que é justamente entre os penalistas que se encontra um caldo de propostas de intervenção não-penal, combinando estratégias de ampliação da cidadania e estratégias de manutenção da ordem pública.

No caso do programa que é o objeto da pesquisa que está sendo realizada, isto é particularmente importante. O Centro de Integração da Cidadania – CIC – teve sua primeira concepção elaborada, em 1990, por um grupo de penalistas de São Paulo que estava preocupado em dar efetividade a alguns direitos de cidadania à população mais pobre, a fim de resgatar a confiança nas instituições públicas e produzir também um impacto na segurança pública local. Entretanto, o projeto formulado não tinha como ênfase a repressão ao crime. A implantação desses Centros em âmbito federal, mais tarde, em 2000, foi incorporada pelo Ministério da Justiça, quando à frente deste estava um penalista de São Paulo. Em 2002, foi também um penalista paulista que, ao assumir a pasta da Justiça, anunciou os CIC como prioridade da sua gestão. Não deixa de ser estimulante ao pensamento que, no momento em que a questão do crime tem atingido maior grau de politização, as propostas dos penalistas mais destacados no cenário político passem por intervenções não-penais nas áreas de altas taxas de violência fatal.

Assim que, na tentativa de compreender essa configuração histórica do presente, torna-se oportuno interrogar os pressupostos que embasam a proposição de intervenções no cenário da violência, que atinge cada vez mais uma dimensão de importância, seja no campo intelectual ou no da ação política.

2. A constatação da tripla crise

As atuais propostas de ampliação do acesso à justiça precisam ser compreendidas no contexto que subjaz à sua formulação. Como já foi mencionado, no horizonte das reflexões dos formuladores dessas políticas há a constatação de uma tripla crise: do modelo penal, da administração da justiça e do problema social da violência.

A crise do modelo penal diz respeito a um reconhecimento da incapacidade da intervenção penal em recompor o conflito que culmina com a ocorrência de um crime. Ao lidar com o efeito de um conflito, ocultando a relação social conflitiva que produz o crime, a justiça penal responde com a punição ou absolvição a um ato, mas não se propõe a restabelecer equilíbrios rompidos nas relações. Do reconhecimento dessa incapacidade deriva o apelo a intervenções de caráter preventivo do crime, já que há o descrédito na eficácia da punição para a ressocialização dos infratores ou mesmo para a prevenção de novos delitos. Daí, o lugar privilegiado, junto ao pensamento crítico, ocupado pelo reforço do acesso à justiça, como forma de possibilitar a socialização numa cultura de cidadania, minimizando a exclusão social, cuja intensificação é associada ao crescimento da criminalidade.

Somam-se ainda à constatação da crise do modelo penal, evidências de uma crise na administração carcerária. O endurecimento do tratamento penal ocorrido na última década, em virtude de alterações legislativas como a Lei de Crimes Hediondos, tem sido interpretado pelos opositores do discurso repressivo como a causa de um aumento da tensão no interior dos presídios, com rebeliões freqüentes, crescimento da violência nas rebeliões e a constituição de grupos organizados no interior do sistema carcerário que constantemente desafiam a administração. O aumento das penas, a impossibilidade de progressão do regime de cumprimento e o aumento das taxas de encarceramento têm parecido aos críticos dessa política uma mistura altamente explosiva, que deve ser evitada com a proposição de uma política criminal que restrinja a intervenção penal, valorizando a prevenção dos crimes e as propostas de intervenção alternativa, como as penas restritivas de direitos.

A crise do sistema de justiça refere-se a uma crise de legitimidade das instituições, uma vez que se constata um descrédito por parte da população na eficiência do sistema em oferecer as respostas esperadas ao problema da violência e do crime. Neste aspecto, combinam-se as conclusões de pesquisas com o senso comum predominante sobre a justiça: a população, sobretudo a parcela mais pobre, não confia na justiça criminal, desconhece o papel das autoridades,

desconhece os procedimentos penais, desconhece os direitos, desconhece a linguagem jurídica. Notícias de corrupção no sistema de justiça são propagadas com freqüência e rapidez. Por fim, subsiste a crença de que a justiça penal é atravessada por clivagens de classe e *status*, justificando os corolários de que "rico não vai para a cadeia" ou "cadeia foi feita para pobre".[3] E, de fato, o sistema penal brasileiro convive com a instituição do privilégio da prisão especial para réus com diploma universitário, religiosos, militares e dirigentes sindicais.[4]

Diante dessa crise, nossa sociedade estaria à mercê de conviver com a privatização das soluções dos conflitos, com a prática de ajustes de contas violentos. Por outro lado, o descrédito nas instituições do sistema de justiça teria o efeito de dificultar a investigação dos crimes e favorecer a impunidade, uma vez que vítimas e testemunhas se desencorajam de buscar as autoridades.

Para fazer frente a esta crise, os formuladores das propostas de ampliação do acesso à justiça acreditam que a ação das autoridades policiais e judiciárias na defesa e garantia dos direitos de cidadania teria o efeito de restabelecer a confiança na justiça ou de estabelecer a legitimidade do sistema em outras bases.

Um terceiro componente da crise da justiça criminal é a própria necessidade de oferecer respostas ao problema da violência no Brasil e criar políticas que dêem conta de reduzir a incidência de fenômenos violentos. Uma vez que se argumenta que o modelo punitivo não produz resultados satisfatórios, seja por não impedir que novos fatos violentos ocorram, seja por produzir relações incompatíveis com uma sociedade democrática, quais são as estratégias e os mecanismos que se tem para contrapor ao modelo penal vigente? Além disso, como fazer frente ao discurso repressivo? Em outras palavras, que passos têm sido dados e quais as potencialidades para a construção de um novo paradigma de administração da justiça?

3. Os intelectuais e a construção da crise

No campo dos estudos sobre o funcionamento da justiça penal no Brasil alguns trabalhos representam marcos no reconhecimento de uma crise e na denúncia de uma justiça penal que não produz justiça social, que reproduz a desigualdade. No horizonte desses estudos há uma ação política de transformação da administração da justiça, no sentido de garantir o acesso a uma justiça social para "os menos favorecidos", "as minorias políticas", "os pobres", "os excluídos", "os moradores da periferia".

(3) Para uma discussão da crise de legitimidade da justiça ver Sinhoretto, 2002.

(4) Sobre o tema da prisão especial como privilégio ver Amorim, Burgos e R. Kant de Lima, 2002.

A seleção das pesquisas a seguir pretende ilustrar de que modo os temas da ampliação do acesso à justiça e da denúncia da administração desigual tem sido trabalhado em estudos que são pioneiros, inovadores ou se constituíram em marcos de uma linha de interpretação.

O reconhecimento de um sistema penal que produz desigualdades e que não tem potencial para recompor conflitos foi marcado pelo estudo de Mariza Corrêa, ainda nos anos 70, publicado em 1984. Neste trabalho, a antropóloga mostra que não apenas a justiça reproduz a desigualdade de gênero, como legitima o uso da violência na solução dos conflitos. Segundo a interpretação por ela sustentada para os dados coletados nos processos penais de homicídio, a justiça penal tem o efeito de produzir e perpetuar a desigualdade dos papéis sexuais, ao criminalizar o desajustamento a esses papéis (mulheres que se adequam ao papel feminino, doméstico, maternal, submisso ao homem são absolvidas quando matam parceiros que descumprem suas obrigações no provimento da casa, na atenção com os filhos e, sobretudo, no mundo do trabalho; quando são elas que morrem, eles são condenados; mulheres que não se enquadram no estereótipo acima descrito são condenadas quando matam ou seus assassinatos ficam impunes). O rito processual e as formas de produção da verdade judicial são compreendidos como modos de descontextualizar o conflito e os atores sociais, deixando de intervir nas situações sociais concretas. Todo o discurso dos operadores jurídicos nos processos, analisado por Corrêa, focaliza-se na adequação aos papéis de gênero, ocultando o conflito que produziu a eliminação de uma pessoa. Assim, conclui-se na leitura do livro, que a justiça penal não tem o efeito de pacificar as relações conflitivas entre homens e mulheres, nem de reduzir a violência produzida nestes contextos.

Influenciado pela interpretação de Corrêa, o trabalho de Sérgio Adorno (1994) sobre os tribunais do júri expande essa conclusão a outros conflitos interpessoais. De acordo com ele, os julgamentos pelo júri são perpassados pelo julgamento do ajustamento a papéis sociais (trabalhador, marginal, homem de bem, bêbado), fazendo com que o fato criminal perca importância no processo do conflito. Assim, a intervenção se dá no sentido de reforçar as desigualdades produtoras do conflito e não de assegurar a igualdade dos indivíduos perante a ordem jurídica.

Para os trabalhos que estão nesse marco, a questão do acesso à justiça está referida à possibilidade de ter conflitos mediados pela intervenção do Estado e de poder ter direitos assegurados no recurso à justiça.

Outra linha de pesquisa buscou investigar como se dá o acesso à justiça, a partir da verificação do acesso à defesa nos processos penais. Os trabalhos de Sérgio Adorno (1995b) e Luís Flávio Sapori (1996) são referências por demonstrarem que o acesso à justiça é desigual, já que condições extrajudiciais interferem na possibilidade dos réus usufruírem de garantias e recursos de defesa. Réus pobres, e, entre eles, destaca-se a situação dos réus negros, estariam

tendo menor possibilidade de realizar o direito de ampla defesa nos processos, já que a condição econômica do réu é decisiva na qualidade da defesa a que tem acesso.

Em relação ao próprio direito de acesso aos tribunais, o trabalho de Luciana Cunha (2001) junto ao serviço de assistência judiciária gratuita em São Paulo constata que, em função do caráter assistencialista e individualista da assistência prestada, configura-se a impossibilidade, para os pobres, da defesa de direitos coletivos e da vivência do acesso à justiça como exercício de cidadania.

Somam-se a esses, uma série de trabalhos, entre os quais apenas alguns são aqui mencionados, que argumentam pela existência de uma divisão social do trabalho na administração da justiça, em que algumas agências do sistema de justiça criminal estão encarregadas de selecionar e filtrar o acesso de certas demandas ao sistema. Os mecanismos de seleção e filtragem teriam o efeito de excluir do tratamento penal determinados conflitos, aos quais se dariam soluções extrajudiciais e extrajurídicas, não efetivando às partes o direito do acesso à justiça. Assim, as demandas do que genericamente se chama "classes populares" ou "minorias políticas", a partir de uma leitura da insignificância dos fatos, seriam resolvidas nas delegacias e nos juizados especiais, por meio de acordos, renúncias e arranjos de toda sorte (Azevedo, 2000; Bretas, 1996; Kant de Lima, 1994; Souza, 1992).

Todos esses entraves enunciados no discurso científico sobre o acesso à justiça guardam relação direta com o diagnóstico da dificuldade, presente em nossa sociedade, em consolidar padrões de ajustamento não violentos. Dissecar o fenômeno da violência tem levado os estudiosos a constatar que o aumento dos índices de violência interpessoal está relacionado a padrões violentos de ajustamento de disputas que vigoram na sociedade brasileira, que são ainda reforçados pelo aumento da exclusão social e exclusão do acesso à justiça. São indicativos dessa vertente, para citar apenas alguns, os trabalhos de Alba Zaluar (1997), José Vicente Tavares dos Santos (1999), Maria Sylvia C. Franco (1983), Renato Lima (1997), Sérgio Adorno (1995a) e Teresa Caldeira (2000).

4. Possibilidades de construção de novas ações e relações: as propostas de intervenção

Diante de tantos dilemas e da constatação da crise do paradigma da administração da justiça, surgem as propostas de intervenção pública que buscam colocar-se como alternativas ao endurecimento repressivo e como potencialidades de transformação da própria administração da justiça. Algumas propostas surgidas nos últimos anos focalizam-se na ampliação do acesso à justiça e na ampliação da participação comunitária na administração do sistema de justiça como estratégias de ação estatal para redução da violência. Estas estratégias parecem apostar na potencialidade de uma política pública ser capaz de estabelecer novas relações

entre os cidadãos e destes com o Poder Público; estabelecer, portanto, novas bases de sociabilidade. É o caso dos seguintes projetos:

- instituição de conciliadores leigos nos juizados especiais;
- policiamento comunitário;
- participação comunitária na gestão de presídios;
- penas de prestação de serviços à comunidade;
- conselhos comunitários de segurança;
- centros de integração da cidadania;
- movimento pela criação da defensoria pública em São Paulo (cuja proposta é a de criação de um órgão que seja gerido com a participação da sociedade civil em conselhos).

Assim, verifica-se que a *participação democrática* na formulação das políticas de segurança, de justiça e na própria política criminal tem sido a grande *aposta* na possibilidade de transformar, não só o conceito de acesso à justiça, mas a própria intervenção do Estado nas questões relacionadas à proteção dos direitos, ao crime e à violência. Esta análise ainda superficial das novas políticas públicas deixa perceber que a reivindicação da incorporação de novas demandas ao Estado, e ao aparato do sistema de justiça tem sido a marca de muitos projetos.

As políticas públicas herdeiras desses novos conceitos de acesso à justiça e participação democrática têm sido propostas como potencialmente capazes de:

- aumentar a confiança nas instituições, por meio da transparência e da participação democrática, incorporando à formulação e à gestão das políticas uma parcela da sociedade civil, que estava à margem;
- atender eficazmente à necessidade de controle da violência, por contar com a vigilância civil, e/ou incorporar políticas setoriais específicas de segurança e justiça;
- agir na prevenção do delito, oferecendo alternativas pacíficas, rápidas e menos formais de ajustamento, envolvendo nessa tarefa lideranças comunitárias e a sociedade civil organizada;
- agir na prevenção do delito ou da reincidência por possibilitar a inserção política dos indivíduos e dos grupos na formulação das ações públicas;
- reformular o sistema de justiça a partir de práticas inovadoras, numa concepção de mudança que se processa "de baixo para cima", sem apelar a grandes reformas legislativas e institucionais;
- incorporar a proteção dos "novos" direitos (direitos coletivos, sociais, difusos, direito ao espaço, direitos culturais), já que as propostas buscam conferir uma

nova dinâmica na gestão das políticas tornando-as mais flexíveis e permeáveis às novas demandas por direitos e justiça;

• propor ações de segurança e justiça eficazes para lidar com "novas demandas" como criminalidade organizada, violência epidêmica, violência doméstica, racial, contra idosos, crianças e populações vulneráveis.

Assim, a investigação sobre os Centros de Integração da Cidadania, desenvolvida pelo Núcleo de Pesquisas do IBCCrim, toma a idealização, a implantação e a avaliação dos resultados do programa governamental como um estudo de caso de possibilidades e limites de iniciativas alternativas à intervenção penal clássica. O que parece se evidenciar com a discussão das propostas de ampliação do acesso à justiça e intervenção não-penais no campo da segurança pública é a necessidade de se refletir com rigor sobre as potencialidades e os alcances que essas propostas podem ter sobre as diversas formas de violência, uma vez que se supõe necessário estimular o desenvolvimento de novas relações sociais.

Essas propostas ainda têm uma história recente e algumas iniciativas não passam de experiências-piloto, com alcance muito restrito. Não obstante, o acompanhamento de sua implementação pode fornecer pistas importantes tanto para a pesquisa como para a ação política. Se, na triste hipótese das novas propostas de políticas públicas não surtirem o resultado esperado na redução da violência, ao menos serão "boas para pensar".

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada". *Sociedade e Estado*, vol. 10, n. 22, 1995a, p. 299-342.

_____. "Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri". *Revista USP*, n. 21, p. 132-151, mar.-maio 1994.

_____. "Discriminação racial e justiça criminal". *Novos Estudos Cebrap*, n. 43, p. 45-63, novembro de 1995b.

AMORIM, M. S.; BURGOS, M.; KANT DE LIMA, R. "Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, p. 225-281, out.-dez. 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

BRETAS, Marcos Luiz. "O informal no formal: a justiça nas delegacias cariocas da República Velha". *Discursos sediciosos*, n. 1 (2), p. 213-222, 1996.

CALDEIRA, Teresa R. P. *City of walls: crime, segregation, and citizenship in Sao Paulo*. Tese (Doutorado em Antropologia). Berkeley: University of California, 2000. Mimeo.

CORRÊA, Mariza. "Morte em família". *Representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

CUNHA, Luciana G. S. "Acesso à justiça e assistência jurídica em São Paulo". In: SADEK, M. T. (Org.) *Acesso à justiça*. São Paulo: Fund. Konrad Adenauer, 2001.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós, 1983.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia na cidade do Rio de Janeiro*: seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Polícia Militar do Rio de Janeiro, 1994.

LIMA, Renato Sérgio. "Acesso à justiça e reinvenção do espaço público: saídas possíveis de pacificação social". *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, n. 11(3), p. 86-91, jul.-set. 1997.

SANTOS, José Vicente T. dos. (Org.). *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

SAPORI, Luís Flávio. *A defesa pública e a defesa constituída na justiça criminal brasileira*. Paper apresentado à XX Reunião Anual da ANPOCS. Caxambu, 22-26.10.1996.

SINHORETTO, Jacqueline. "Os justiçadores e sua justiça". *Linchamentos, costume e conflito*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

SOUZA, Luís A. F. "São Paulo, polícia urbana e ordem disciplinar. A polícia civil e a ordem disciplinar na Primeira República". Dissertação (Mestrado). São Paulo: FFLCH/USP, 1992. Mimeo.

ZALUAR, Alba. "Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 12 (35), p. 29-47, out. 1997.