ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

41



Ano 11 • janeiro-março de 2003

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 11 • n. 41 • 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: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A Revista do IBCCRIM inicia 2003 sob nova direção. A forma de compreender as ciências criminais é a mesma. O contexto, de tempo e espaço, é o da democracia.

Há dez anos, a Revista vem contribuindo para que o estudo e a prática do direito penal adotem a dignidade humana como valor primordial. Essa orientação permanecerá e será, até mesmo, enfatizada, já que os desafios impostos pela necessidade de repressão da criminalidade são muitos. É preciso, sempre, compreender que o combate à impunidade não pode e não deve, em hipótese alguma, abandonar os rígidos limites traçados pela Constituição para a ação do Estado quando restringe liberdade e invade privacidade. Esses limites estão no art. 5.º da Carta e constituem norma fundamental para toda e qualquer restrição pessoal, legislativa ou não.

Neste número, discutem-se assuntos que não cessam de instigar o estudioso do direito. O fracasso do combate internacional às drogas e o direito penal ambiental, dois temas constantes na atual política criminal, merecem destaque nesta edição. Os artigos refletem, ainda, antropologia criminal, responsabilidade penal da pessoa jurídica, transferência de presos entre presídios, aplicabilidade de normas penais sobre concurso de crimes e as relações entre direitos civis e cultura policial. Estão presentes, portanto, nesta edição, discussões sobre os grandes conflitos da atualidade.

A Revista do IBCCRIM espera continuar contando com as contribuições de colaboradores e leitores, todos imprescindíveis para a continuidade do trabalho indispensável para o progresso racional e humanitário das ciências criminais.

A Diretoria

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 El porqué y el cómo de la reforma de la justicia penal – ALEJANDRO E. ALVAREZ 9

1.2 Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas – KAI AMBOS 27

1.3 Cuestiones básicas del derecho penal del ambiente: reflexiones desde el derecho peruano – LUIS MIGUEL REYNA ALFARO 51

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 O instituto da transferência de presos – ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA 78

2.2 Mídia e júri: possibilidade de restrição da publicidade do processo – LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL 113

2.3 Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia – Considerações – LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI 125

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Breve estudo crítico – EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE 152

4. CRIMINOLOGIA

4.1 A antropologia criminal no Brasil nas obras de Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues – CELSO EDUARDO FARIA CORACINI ... 179

4.2 La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal – JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI 206

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Direitos civis, Estado de direito e "cultura policial": a formação policial em questão – ROBERTO KANT DE LIMA 241

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1 Concurso formal de crime: unidade de ação e pluralidade de infrações – ROGÉRIO LAURIA TUCCI 257

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil – MARCOS VALENTIN FRIGÉRIO 268

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1 *Habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar em outro *habeas corpus* – JOSÉ BARCELOS DE SOUZA 330

8.1.2 Ausência do defensor no interrogatório – RENÉ ARIEL DOTTI 332

8.2 Jurisprudência Selecionada

8.2.1 Contrabando. Prisão preventiva – HC 2002.04.01.011925-2-RS – 8.ª T. – TRF 4.ª Reg. – Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro 345

8.3 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 349

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1 Decreto 4.388, de 25.09.2002 – Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional 379

10. RESENHA

10.1 CARVALHO, Salo de & WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 219p. – Resenha por SALO DE CARVALHO e ALEXANDRE WUNDERLICH 435

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 440

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

número especial • janeiro-março • 2003

• Criminalità e globalizzazione
Luigi Ferrajoli

• Legalità e flessibilità dell' intervento penale
Sérgio Moccia

COLABORADORES

ALEJANDRO E. ALVAREZ

Director General de Programas. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) Buenos Aires, Argentina.

ALEXANDRE WUNDERLICH

Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UPO/Sevilha).

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor assistente de Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

CELSO EDUARDO FARIA CORACINI

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Advogado.

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Professor de Direito Penal. Especialista em Direito Penal e Criminologia. Mestrando em Direito Social pela UNISAL de Lorena-SP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado criminalista em São Paulo-Capital.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Subprocurador Geral da República aposentado. Professor do curso de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes-RJ.

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto Vasco de Criminología. Secretario general adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

KAI AMBOS

Doctor en Derecho por la Universidad de Munich. Encargado de las secciones de Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica del Max Planck Institut para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania). Asistente científico (profesor asistente) en la Universidad de Friburgo de Brisgovia

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em São Paulo.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

Abogado. Editor del Portal "Perú Jurídico" y de la Revista Electrónica de Derecho Penal. Bachiller en Derecho y Licenciatura en la Universidad de San Martin de Porres.

LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça e Professor da Escola Superior do Ministério Público.

MARCOS VALENTIN FRIGÉRIO

Médico do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana. Ex-bolsista da Fundação MacArthur.

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.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

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

ROBERTO KANT DE LIMA

Pesquisador de Produtividade pelo CNPq e Faperj (Fundação Carlos Chagas de Amparo a Pesquisas no Estado do Rio de Janeiro). Coordenador do curso de Especialização em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública da Universidade Federal Fluminense.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Titular aposentado e regente da disciplina Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP.

SALO DE CARVALHO

Advogado. Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná. Professor Penal na Graduação da Unisinos/RS e de Criminologia no Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

ALEJANDRO E. ALVAREZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. ¿Porque?: 2.1 Las razones ligadas al contexto político: 2.1.1 La transformación de la democracia; 2.1.2 Las exigencias de la globalización; 2.2 Las razones ligadas al funcionamiento del sistema de justicia: 2.2.1 Ineficiente; 2.2.2 Excluyente; 2.2.3 Arbitraria – 3. Como?: 3.1 Los problemas políticos: 3.1.1 La necesidad de una política judicial; 3.2 Los problemas técnicos: 3.2.1 Las etapas de la reforma; 3.2.2 La multidimensionalidad de la reforma – 4. Conclusión.

Resumen: El artículo presenta una experiencia en curso en América Latina y el Caribe, donde, donde desde hace diez años, la mayoría de los países han puesto en marcha transformaciones a la justicia penal, en particular, al proceso penal. El artículo subraya las diferentes razones (el porqué) de la necesidad de las reformas a la justicia penal, a la vez que analiza los nuevos elementos brindados por un nuevo contexto político que refuerzan la necesidad de estas reformas. En su segunda parte el artículo propone un método (el cómo) para elaborar y poner en marcha las reformas a la justicia, que se aleja de la visión tecnocrática que pretende que la justicia es un asunto de "juristas" para resaltar la necesidad de un proceso social.

Palabras-clave: Justicia – Penal – Reforma – América Latina – Proceso penal.

1. Introducción

La reforma de la justicia penal es parte de la actualidad política de nuestros países. En efecto, desde fines de los años 80 casi todos los países de la región latinoamericana han comenzado a revisar sus legislaciones relativas al proceso penal y a la organización de la justicia penal. Es aún más intersante observar que tanto las razones que motivan las reformas como el modelo elegido tienen enormes elementos comunes, que confirman los lazos culturales e históricos estrechos que unen a nuestros pueblos.

Podemos afirmar que la idea de los redactores del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI)[1] de 1988 está dando sus frutos. Es así que

(1) Por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Julio B. J. Maier, Fernando de la Rúa, Víctor Fairén Guillén, Ada Pellegrini Grinover y Jaime Bernal Cuellar

países como El Salvador, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Venezuela, Bolivia, Chile, Paraguay, Haití, Ecuador y algunas provincias argentinas (Argentina es un país federal y cada provincia –23– tiene su propia ley procesal penal) forman parte de este movimiento de reformas que, lejos de la anécdota, forma ya parte de la historia institucional del continente.

A grandes rasgos, las características principales de ese movimiento de reformas son un fuerte desarrollo de las garantías constitucionales dentro del proceso penal, el fortalecimiento del juicio como etapa central del procedimiento, la separación estricta de las funciones jurisdiccionales de las de investigación, la etapa preparatoria del juicio a cargo del Ministerio Público quien es a la vez el superior jerárquico de la policía judicial, la creación de un juez de vigilancia penitenciaria, la fuerte participación de la víctima y de la sociedad civil, y el reconocimiento del pluralismo cultural en la forma del derecho consuetudinario y el uso de los idiomas locales.[2]

A pesar de este consenso sobre la necesidad de la reforma y sobre sus modalidades generales, no todos los procesos de reforma iniciados han logrado la totalidad de los objetivos buscados. En efecto, por un lado por razones ligadas a la falta de visión a mediano plazo y por otro lado a la ausencia de una planificación que tenga en cuenta las distintas dimensiones del proceso de reforma, algunos países pretenden atribuir los defectos de una mala implementación de la reforma a supuestos defectos de la nueva legislación.

Por las razones expuestas, para alcanzar un proceso de reforma exitoso es imprescindible analizarlo en toda su complejidad y fijar una estrategia adecuada para la transformación.

No haremos referencia aquí al contenido que la reforma presenta en toda la región, sino sólo a las razones que explican su necesidad y a los aspectos metodológicos que deben incluir una estrategia eficiente. En suma, exploraremos primero el *porqué* de la reforma para luego analizar el *cómo*.

2. ¿Porque?

La elección y ejecución de una estrategia de reforma de la justicia penal no puede ser elaborada sin un análisis de las razones por las cuales es necesaria la reforma, en tanto que el método siempre debe responder a los objetivos. El *porqué* de la reforma responde tanto a razones ligadas al contexto político interno como a cuestiones referidas al proceso de mundialización.

concluyeron en 1988 la redacción de este proyecto concebido para promover la reforma del enjuiciamiento penal en la región.

(2) Cf. Alejandro E. Alvarez. "La réforme de la precédure pénale en Amérique Latine", *L'Astrée* n. 5, Paris, 1998.

2.1 Las razones ligadas al contexto político

2.1.1 La transformación de la democracia

En cuanto a la primeras, las razones ligadas al contexto político de nuestras naciones, debemos constatar que la emergencia de lo judicial como un problema es relativamente reciente, es decir, hemos comenzado a hablar de la necesidad de la reforma judicial, con la fuerza que lo estamos haciendo ahora en América Latina, desde hace no más de 10 años.

Es evidente que este movimiento se vincula al advenimiento del modo de vida democrático luego de un triste y terrible período de arbitrariedad caracterizado por regímes de facto o, en general, por gobiernos que han ejercido su autoridad sobre la base de la falta de respecto de la ley y el respaldo de la impunidad.

En ese contexto, los gobiernos autoritarios no permitieron la expresión de la conflictividad social, que existe en todas las sociedades, y la callaron a través de la represión, a veces mediante la utilización del aparato judicial y otras de manera paralegal o extrajudicial. En este sentido, durante todo ese período oscuro de nuestra historia, la administración de justicia, y en particular la administración de justicia penal, no ha sido capaz de poner límites al abuso de poder y, a veces por omisión pero también por complicidad, formó parte de los instrumentos de la violación de los derechos fundamentales.

La irrupción del modo de vida democrático, que es finalmente un sistema que pretende canalizar de forma pacífica los conflictos sociales, necesita un árbitro independiente de la conflictividad, de forma que logre mediar entre el poder y los ciudadanos y logre finalmente reconocer y dar vigencia a los derechos de cada uno. En síntesis, esta nueva realidad política en nuestros países reclama al sistema de justicia que funcione como árbitro imparcial de los conflictos sociales.[3]

Otra característica de esta nueva forma de vida que pretendemos construir es lo que algunos autores llaman la democracia de opinión.[4] Estamos viviendo un período donde la participación política no se limita a la expresión del voto cada cierto período, sino que todos los ciudadanos sabemos también que tenemos derecho a opinar sobre los asuntos públicos. Esta transformación de la vida política, potenciada ciertamente por los medios de comunicación, nos expone ante una nueva exigencia que es el reclamo de participación.

Lo que es muy interesante de observar es que la administración de justicia no queda al margen de esta realidad política, sino que por el contrario ella se ha convertido en un espacio de participación y lucha política reglada. Ejemplo de ello es el activismo judicial de las víctimas, que no habíamos observado sino desde

(3) Marcel Gauchet. *La révolution des pouvoirs*. Paris: Editions Gallimard, 1995.

(4) Denis Salas. *Le tiers pouvoir*. Paris: Hachette, 1998.

hace unos pocos años. En el mismo sentido observamos el auge del asociacionismo de víctimas o de personas interesadas en la protección de intereses difusos o colectivos, quienes reclaman también un espacio en el proceso penal. Estas participaciones se han hecho tan evidentes que es raro ver en América Latina un proceso contra alguna personalidad política que no esté impulsado por la familia de la víctima o por alguna asociación o grupo de personas.

En síntesis, la irrupción del modo de vida democrático en nuestros países ha hecho nacer una demanda de la población que, en primer lugar, se expresa en la exigencia de un árbitro con poderes suficientes para garantizar los derechos de las personas y, por otra parte, en la exigencia de participación, y por lo tanto control ciudadano, en la administración de justicia.

2.1.2 Las exigencias de la globalización

Otra serie de exigencias que nos conducen a la necesidad de la reforma judicial están ligadas al proceso de mundialización.

En efecto, en los últimos años se ha visto una multiplicación de normas internacionales referidas al sistema penal, ya en la forma clásica de los pactos de derechos humanos, ya en una serie muy compleja e inédita de instrumentos jurídicos. Entre los instrumentos "clásicos" podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención sobre los Derechos de los Niños. En este mismo orden, también se cuenta con una serie de Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas relativas a la administración de justicia penal, tal como los principios básicos sobre la independencia de la judicatura, las directivas sobre la función de los fiscales, sobre las funciones de abogado, sobre los poderes de los funcionarios encargados de aplicar la ley, entre otras.

Fuera del ámbito de las Naciones Unidas también contamos, sólo para mencionar algunos ejemplos, con el Pacto Interamericano de Derechos Humanos de 1969, con la reciente convención americana sobre la corrupción, con la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, con la convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas, todo esto sin mencionar los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington o con las decisiones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica.

Más novedoso aún resulta el hecho que las instituciones regionales de integración económica como la Unión Europea, el Caricom o el Mercosur, tomen decisiones y realizen acuerdos relativos a la justicia penal, que también son obligatorios para los Estados parte. En efecto, el caso de la Unión Europea es particularmente significativo, puesto que se encuentra ya en el estadio de la elaboración de un *Corpus Juris* que contiene un verdadero derecho penal supranacional y la creación de un Ministerio Público europeo para perseguir el fraude contra el presupuesto comunitario.

Asistimos también a una internacionalización creciente de la competencia penal, tal como lo demuestra el caso Pinochet o la instauración de la competencia universal para crímenes contra la humanidad. Finalmente, como una suerte de punto culminante de esta tendencia, presenciamos la creación de dos tribunales penales internacionales *ad-hoc* creados en 1993 y 1994 para los terribles sucesos en ex-Yugoslavia y en Rwanda, y la última de estas novedades, la creación de un tribunal penal internacional permanente por el tratado de Roma de 1998.

Este breve panorama muestra que todos nuestros países se encuentran interelacionados y eso significa por un lado la creación de compromiso voluntario mutuo y, por otro lado, la formalización de ciertas normas mínimas que unen nuestras concepciones del derecho. En síntesis, todos estos instrumentos nos informan sobre la existencia de cierto nivel de *un derecho común de la humanidad*, que sin negar las diferencias de culturas y de tradiciones, nos reconocen como parte de una misma familia humana.[5]

Este derecho común establece un *standard mínimo internacional* de respeto de los derechos, voluntariamente asumidos por los Estados y cuyo irrespecto provoca la responsabilidad internacional, que conlleva hoy fuertes consecuencias. No sólo este orden jurídico internacional es obligatorio para los Estados, sino también en muchos países estas normas prevalecen sobre las normas internas e incluso son directamente aplicables por los tribunales locales.

2.2 Las razones ligadas al funcionamiento del sistema de justicia

Las nuevas exigencias provocadas por una nueva concepción de la democracia y del juego de las instituciones nos han hecho "redescubrir" la administración de justicia. En efecto, la administración de justicia en nuestro continente tiene muchas décadas de malfuncionamiento, el problema no es nuevo. Lo que es, en cambio, una novedad, es el reclamo social dirigido hacia el sistema institucional, de contar con un verdadero árbitro imparcial de conflictos sociales.

Creada la demanda, la decepción es grande cuando se evalúa la posibilidad de que nuestras justicias puedan cumplir con ese rol. Hasta el análisis menos crítico nos hace descrubrir que contamos con una administración de justicia ineficiente, excluyente y arbitraria.

2.2.1 Ineficiente

En efecto, una de las primeras constataciones da cuenta que en América Latina el presupuesto reservado al Poder Judicial se encuentra en el orden del 0,7 al 1,5 de los gastos generales del Estado. Algunas constituciones han intentado establecer un porcentaje mínimo fijo que debe ser versado al Poder Judicial (la

(5) Mireille Delmas-Marty. *Trois défis pour un droit mondial.* Paris: Seuil, 1998.

Constitución Política de Guatemala por ejemplo, establece un mínimo de 3 %), método que se ha revelado ineficiente para constreñir al Parlamento de dotar a la justicia de medios suficientes. En este contexto va de suyo que los salarios de los jueces y magistrados no son competitivos con la actividad de abogado, situación que provoca un deterioro importante del prestigio social de la función.

A lo expuesto se suma que los pocos recursos asignados se utilizan de forma inadecuada. La prueba de ello es, por un lado, la ausencia de sistemas de selección de casos según su gravedad o según sus probabilidades de solución. En efecto, en la mayoría de los países existe la llamada obligatoriedad del ejercicio de la acción penal que, lejos de asegurar la igualdad de todos los ciudadanos, ahoga al sistema judicial con casos de relevancia menor o impiden un acuerdo entre las partes. En suma, una proporción importante de los recursos disponibles son destinados a tratar cuestiones de "bagatela".

Por otro lado, tanto las leyes procesales como el tipo de organización administrativa de los tribunales se pierden en trámites innecesarios y en duplicación de funciones. La incorporación de nuevas tecnologías y de criterios eficientes de distribución del trabajo tardan en implementarse y son generalmente resistidos por los operadores del sistema. La cultura del procedimentalismo, esto es, el apego a las formas aún cuando ellas no están dirigidas a la protección de un derecho, es un mal del que sufre la región hace mucho tiempo. El costo de esta cultura formal pesa enormemente sobre el presupuesto, sin mencionar el daño que provoca al prestigio de la justicia en la percepción de la opinión pública.

2.2.2 Excluyente

El proceso penal de nuestros países ha sido diseñado sobre la base de la desconfianza a los ciudadanos, depositando en cambio, la confianza en las instituciones estatales.[6] Es así como unos de los principios del proceso penal es el de oficialidad, de modo que la persona que decide (juzga) es un funcionario del Estado, el que persigue (investiga o ejerce la acción penal) lo es también, la ejecución de la pena está también encargada al Estado y puede suceder que la defensa técnica sea encargada a un abogado pagado por fondos estatales (defensa pública).

El modelo napoleónico de proceso penal del cual derivan nuestros sistemas establecía, en su origen, una limitada participación y poderes de las partes durante todo su desarrollo. La preocupación central de ese modelo fue la de perfeccionar el monopolio de la coerción legítima y, por tanto, fortalecer la participación de las instancias estatales en perjuicio de la intervención de las partes en conflicto y del resto de la ciudadanía.

Es así como la participación del imputado y de la defensa se vieron limitadas a la parte "contradictoria" del proceso (la audiencia o el plenario) y, cuando ella

(6) Cf. sobre el concepto de justicia excluyente, *Commission Préparatoire à la réforme du droit et de la justice de Haití, Document de politique générale*, Port-au Prince, 1997.

era acordada, el imputado no fue reconocido como sujeto sino a través de su defensor. Por otra parte, la víctima fue aceptada como parte civil con interés limitado al reclamo de los daños provocados por la infracción pero excluida, por principio, de toda pretensión penal, limitandose a una participación subsidiaria a la del Ministerio Público y relegada de todo poder de disposición de la acción penal, que siempre conserva su carácter público.

De la misma forma, sólo los países que han puesto en marcha una reforma reciente han incorporado sistemas ágiles y consensuales de solución de conflictos en materia penal. En el resto, la conciliación, la mediación o la reparación continúan siendo extraños al procedimiento o, a veces, aceptados por la práctica pero no reconocidos por la ley.

En ese mismo orden, en aquellos pocos países de la región donde la audiencia es oral (la República Dominicana es el caso), los efectos de la publicidad se ven fuertemente reducidos por la facilidad de la incorporación del expediente por su lectura en la audiencia y la posibilidad de reemplazar las alegaciones orales por peticiones o conclusiones escritas. De esta forma, el control ciudadano de las decisiones judiciales, que es uno de los fines buscados con la publicidad de los debates, se ve entrampado por la lectura del expediente que hace superflua la realización de una audiencia.

Otro elemento excluyente es el lenguaje utilizado por el sistema judicial, lleno de latinazgos y de construcciones incomprensibles para el ciudadano común y difícil también para los juristas. Esto se agrava cuando el sistema judicial se empeña en utilizar el idioma oficial cuando al menos parte de la población se expresa en otro idioma.[7]

Finalmente, el costo de los servicios profesionales de un abogado o las tasas que deben ser erogadas para litigar en un tribunal son, en muchos casos, privativos para buena parte de la población de nuestros países. Los servicios de defensa pública, salvo escasas excepciones, no ha logrado hasta el momento cubrir esta necesidad, en la medida que la calidad del patricinio brindado es regular y su extensión territorial son, en general, reducidas. El caso de la asistencia jurídica a las víctimas es todavía más insatisfactorio, puesto que se trata de una experiencia que pocos países han desarrollado hasta el momento.

2.2.3 Arbitraria

Durante el período de los años 70 y 80, la administración de justicia de nuestros países falló en garantizar a cada uno sus derechos y no pudo, no supo o no quizo evitar el abuso de poder y el terrorismo de Estado. Además, se ha revelado que

(7) Si bien no es este el caso de la República Dominicana, sí lo es de numerosos países de la región tales como, por ejemplo, Bolivia, Guatemala, Ecuador, Perú (por las poblaciones indígenas) o Haití (donde la población se expresa en *créole* mientras el idioma oficial es el francés).

nuestras justicias son también una fuente de violaciones a los derechos fundamentales, tal como lo afirman los informes de varios países sobre la situación de los derechos humanos durante los gobiernos militares (ver los informes Nunca Más de Argentina, el informe Retig de Chile, el informe del Comisionado de DDHH de Honduras, las Comisiones de la Verdad de El Salvador, de Guatemala o de Haiti).

La arbitrariedad de nuestras justicias se manifiesta de diversas formas, tales como la reiterada intervención de otros poderes públicos en la tarea de juzgar, la ausencia de un sistema de evaluación de desempeño de los jueces y magistrados y la falta de motivación de las decisiones.

En cuanto al primero, la independencia del Poder Judicial, aunque proclamada por todas las constituciones, es contradicha cotidianamente en la práctica. En efecto, en razón de sistemas defectuosos de designación de jueces, de nombramientos a plazo o, en el peor de los casos, por el temor de destitución o las amenazas de agresión física, los otros poderes del Estado, pero también otras autoridades o grupos de poder, intervienen en la administración de justicia de manera oculta pero muchas veces efectiva. De tal forma, la administración de justicia no puede garantizar imparcialidad ni certitud en la aplicación de la ley.

Tampoco se observan en la región sistemas de evaluación del desempeño de los jueces, magistrados y fiscales; de modo que se permita conocer el grado de eficiencia del servicio judicial. Tampoco se observan sistemas disciplinarios acordes con la naturaleza de la función. A falta de estos sistemas se han desarrollado varios mecanismos de control de las decisiones judiciales en clara violación de la independencia de la función, con el objetivo de intervenir en las decisiones de los jueces bajo la amenaza de la destitución o el traslado.

Por último, en toda la región los jueces y magistrados resisten la obligación de motivar sus decisiones. Para alcanzar este estado de cosas se han desarrollado varias técnicas, entre ellas, la utilización de fórmulas vacías de contenido o rutinarias, la transcripción de la ley o, incluso, la sola mención de la parte dispositiva de la decisión sin fundamentación alguna. La ausencia de una motivación razonada no sólo violenta el principio de la publicidad de los actos de gobierno propio de una República, sino que imposibilita también la crítica del fallo y complica el sistema de recursos.

Tanto las razones relativas al contexto político nacional e internacional, como el estado de nuestras administraciones de justicia, ambas nos conducen a concluir sobre la necesidad de una reforma judicial profunda, es decir, estructural. La realidad de la región da cuenta de las dificultades de planear e implementar un cambio de esta embergadura. Por ello es pertinente analizar el *cómo* de la reforma judicial, es decir, los elementos metodológicos para alcanzar los objetivos del cambio.

3. ¿Como?

Si bien la necesidad de la reforma de la administración de la justicia concierne todas las ramas de la organización, la justicia penal es aquella que debe proteger

los bienes jurídicos de mayor relevancia social: la vida, la libertad, el honor, la institucionalidad democrática. Por esa razón casi todos los países han comenzado su reforma por el sistema penal.

Dentro del sistema penal, la legislación concerniente al proceso penal tiene la particular característica de provocar cambios inmediatos, claramente perceptibles por el medio jurídico pero también por la prensa y por la opinión pública, y, enfin provoca una modificación de las conductas organizacionales de todas las instituciones del sistema. La reforma del proceso penal tiene en sí misma una enorme vocación transformadora y una "onda expansiva" de grandes dimensiones.

Sin embargo no nos debemos equivocar: es efectivamente correcto comenzar el proceso de reforma de la justicia por el proceso penal, pero esta reforma resolverá tantos problemas como desnudará otros, tales como la necesidad de una nueva legislación penal de fondo, una nueva organización judicial, la alarmante situación de las cárceles, la mala calidad de la defensa de oficio, la necesidad de nuevas normas de organización de las instituciones del sistema, o la falta de transparencia del sistema de nombramiento y ascenso de los jueces y fiscales. De modo que debemos tomar en cuenta que la reforma del proceso penal es un gran e imprescindible provocador de procesos posteriores de reforma, a los cuales habrá que responder oportunamente.

En cuanto al proceso de reforma del procedimiento penal, éste se encontrará con *problemas políticos y técnicos* que deben ser analizados para establecer una estrategia coherente y eficiente.

3.1 Los problemas políticos

3.1.1 La necesidad de una política judicial

Cuando hablamos de reforma de la justicia hablamos de reforma de la institucionalidad democrática, hablamos de modificar las relaciones entre los poderes del Estado y las de esos poderes con la sociedad civil. La reforma de la justicia, en los términos en los que la estamos pensando, es hacer aparecer un nuevo actor institucional que ejerza efectivamente de árbitro entre el Estado y los ciudadanos, en tanto que individuos o en tanto que mienbros de una comunidad.

Dada la embergadura de este cambio institucional, es necesario formular, discutir y poner en marcha una política judicial de consenso. Nunca se insiste mucho sobre ésto, en la medida que nuestros países no tienen casi ninguna experiencia en la ejecución de políticas públicas de mediano y largo plazo, apenas si la tiene en la discusión de ideas, que es sin embargo la base de la vida democrática.

El diseño y ejecución de la política judicial debe prever un cambio estructural. El consenso detrás de la identificación de problemas y soluciones evitará así la ejecución de políticas judiciales de emergencia, que hemos sufrido desde hace

mucho tiempo y que también son causa del desprestigio de nuestros sistemas judiciales. Llamamos políticas de emergencia[8] a todas las tomas de decisión que reaccionan a una situación de coyuntura y que tienen por finalidad tranquilizar a la opinión pública antes que provocar un cambio efectivo en el sistema judicial. Los ejemplos no faltan, puesto que son todos aquellos que recurren al aumento de las penas como reacción al "auge de la delincuencia", a endurecer el régimen de prisión preventiva, a trasladar jueces y fiscales bajo el argumento de su bajo desempeño etc.

Por otra parte, en el contexto de nuestras democracias renacientes pero tambien en el contexto de los cambios que se están operando en el modo de vida democrático y el tipo de representación política, el consenso necesario para una política judicial integral no puede limitarse a los poderes institucionales ni tampoco a los actores del sistema de justicia. En tanto es un problema común, es toda la sociedad a través de sus diversos sistemas de representación y de expresión de intereses, la que debe formar parte de este proceso social de reforma. Como recordaban Daniel González Alvarez y José Cafferata Nores, la reforma es una cuestión demasiado seria como para dejarla librada a los abogados.

3.1.2 Los actores de la reforma

Intentaremos analizar, a partir de lo que muestra la experiencia en la región latinoamericana, el comportamiento de los distintos actores institucionales y sociales en el marco del proceso de reforma.

La clase política

Se caracteriza particularmente por la sensibilidad a la respuesta de urgencia, en tanto que deben mostrar alguna acción concreta al electorado. Por otra parte pero también por esta razón, su evaluación del proceso de reforma es generalmente distinta a la de un jurista. El político evaluará las condiciones de factibilidad y buscará encontrar en la reforma también una respuesta de corto plazo.

Es importante, para aquellos que creen en la reforma y la llevan adelante, encontrar un punto de equilibrio entre la reforma de mediano plazo y las expectativas en el corto plazo, con el objetivo de hacer viable y comprensible la reforma.

Los profesionales de la justicia

Encontramos en este sector una importante fuente de resistencia, tanto activa como pasiva. Activa cuando su oposición se plantea de diferentes formas, en los distintos foros de discusión, a través de manifestaciones de disconformidad o de actividad de lobbying en contra de la aprobación o puesta en marcha de la reforma. Pero también puede ser pasiva sin que ésta se exteriorize, aunque su

(8) Cf. Alberto Binder. "Metapolítica judicial y cambio planificado". *Política criminal: de la formulación a la praxis.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

manifestación será la ausencia de voluntad de preparar el cambio, de formarse para ser mejor juez o fiscal, o de no adoptar las medidas necesarias o poner obstáculos para una implementación eficiente.

La resistencia de los profesionales de la justicia es explicable por dos razones: por una parte porque la necesidad de un cambio está precedida por una fuerte crítica al sistema vigente que en buena medida subsiste porque los profesionales de la justicia lo hacen funcionar, de forma que la crítica al sistema se revela, a veces, una crítica a estos profesionales. Por otra parte, la resistencia nace del hecho que todos ellos deben abandonar su vieja práctica (que como toda rutina brinda seguridad) para aprender un sistema nuevo, donde las relaciones de poder pueden cambiar (un buen abogado del viejo sistema no lo es necesariamente en el nuevo).

Las instituciones del sistema de justicia

Cada uno de los procesos de reforma en América Latina ha contado con el hecho de que alguna de las instituciones del sistema toma el lidezgo y promueve la reforma de la justicia. En algunos países ha sido la Corte Suprema de Justicia, en otros el Ministerio Público o en otros el Ministerio de Justicia. También se ha visto que ellas actúen de común acuerdo para llevar adelante el proceso. En suma, se ha observado que la institución que cuenta con los sectores más dinámicos toma la responsabilidad política de promover la reforma.

Líder del proceso o no, es importante saber que estas instituciones tienen la responsabilidad de adaptarse al cambio. Para ello habrá que prever con suficiente antelación la formación del personal, los arreglos presupuestarios necesarios, las modificaciones administrativas y todas las reformas internas de las que haremos mención mas adelante. Para ello, la experiencia demuestra la necesidad de una *unidad de planificación de la reforma*, formada por personas que conozcan el funcionamiento cotidiano de las instituciones y que a la vez se encuentren comprometidas con el proceso, y también con profesionales competentes en el área del cambio institucional.

El precio que se paga por la ausencia de una correcta planificación del cambio es demasiado caro y traumático. Puede llegar hasta la parálisis de la institución.

Las organizaciones sociales

Las organizaciones sociales se debaten entre el interés de participar en un problema que saben común a toda la comunidad y el prejuicio (que al menos tienen algunas) de creerse sin capacidad técnica para opinar frente a los juristas. Este último es sin dudas el primer obstáculo que debe vencerse para integrar a las organizaciones sociales al proceso de reforma.

En segundo lugar, en la medida de que el nuevo sistema de justicia abre las puertas de la participación de la víctima y de las asociaciones de personas en el proceso penal, se ha podido observar que el activismo de la sociedad civil dinamiza el sistema en tanto que lo interpela constantemente, ya sea a través de la participación como parte en el proceso, ya sea haciendo pública la crítica, la denuncia y también la propuesta de cambio.

La cooperación internacional

Nuestras democracias, lo sabemos, son democracias pobres que por distintas razones no están en condiciones de financiar el costo total del proceso de reforma. Por ello, la cooperación internacional, bilateral o multilateral, ha sostenido estos esfuerzos a través de donaciones o a través de créditos. Es una realidad también que muchos de estos fondos han sido hasta el presente mal utilizados, entre otras razones, por la ausencia de una política judicial de mediano plazo diseñada por nuestros propios países. Esto ha provocado que el financiamiento internacional haya sido utilizado para experiencias aisladas y muchas veces desconectadas entre sí.

El desafío es ahora que nuestros países puedan formular esa política y solicitar esos fondos, cuando ello sea necesario, para el desarrollo de esa política integral y de reforma estructural. En este sentido, habrá también que evitar las urgencias de las burocracias internacionales, que también hacen frente a sus propias exigencias internas y evaluaciones de efectividad.

El impulsor de la reforma

En todo proceso de reforma hay siempre un grupo más activo, que hace de la reforma de la justicia su objetivo principal. Es sin dudas gracias a su empeño y su capacidad técnica que los procesos se llevan a cabo. Se trata del equipo que generalmente redacta los proyectos, que impulsa el consenso y que planifica la entrada en vigencia. Su fortaleza es imprescindible para el éxito del proceso.

Este equipo se encontrará con una infinidad de problemas, pero su efectividad se medirá por su habilidad para generar el consenso con los actores políticos, sociales e institucionales, en tener presente la fuerte vocación conflictiva que lleva implícto la transformación del proceso penal, en comprender la multidensionalidad del proceso y, finalmente, en no subestimar el fuerte arraigo cultural que tiene el sistema inquisitivo que se quiere cambiar.

3.2 Los problemas técnicos

Tal como hemos visto el proceso de reforma de la administración de la justicia presenta problemas políticos puesto que se trata de una reforma institucional. Además de ello se encuentra la propuesta técnica que presenta una especificidad propia que debe ser analizada como tal. No hablamos exclusivamente de los problemas jurídicos (que forman parte de los problemas técnicos), sino de los aspectos metodológicos que conlleva una reforma institucional. Analizaremos, entonces, las etapas del proceso de reforma y su multidimensionalidad.

3.2.1 Las etapas de la reforma

Como todo proceso de transformación institucional, la reforma de la justicia se realiza por etapas. En efecto, durante mucho tiempo nuestros Estados creyeron que aprobar una nueva ley hecha por un grupo de expertos era suficiente para realizar

un cambio en el sistema. El resultado ha sido catastrófico. De ello ha resultado un proceso sin planificación y cuyos resultados no son nunca los esperados.

Con el objeto de ilustrar el largo camino que implica la reforma, describiremos sus cinco etapas:

La identificación de los problemas y la elección del modelo de justicia a crear

Se trata de la primera etapa del trabajo, cuyo objetivo central es el de analizar el sistema vigente, identificar sus disfuncionamientos, las prácticas que éste ha permitido o fomentado y analizar el contexto institucional donde el sistema se desenvuelve. Se trata, en definitiva, de una constatación racional de la situación en que se encuentran nuestros sistemas de justicia.

Por otra parte, esta etapa está dirigida a analizar las vías de solución a esa situación de crisis. Dada la situación común en la que se encuentran los sistemas de justicia de nuestra región, se ha coincidido en la necesidad de un cambio estructural, con el objeto de establecer las bases de una justicia adecuada al Estado de Derecho.

Debemos remarcar que en esta etapa del trabajo es de vital importancia el consenso político sobre los déficit del sistema vigente y sobre las grandes líneas sobre las cuales se construirá la reforma. La falta de consenso en esta etapa repercutirá en todo el proceso, por lo que la constitución de foros y, en general, de todo espacio público de discusión de ideas al respecto, contribuirá notablemente a la fortaleza del proceso en general.

La redacción de las normas

El trabajo de redacción de las normas o la redacción de todo un código era observada generalmente por los juristas como la única etapa del proceso de reforma. En el contexto de esta metodología que estamos presentando se trata de una etapa entre cinco, aunque no por ello ha perdido su complejidad e importancia.

Se trata, evidentemente, de un trabajo difícil y de mucho rigor técnico. Para ello se necesitará un equipo en general pequeño, con solvencia técnica pero también con visión institucional, esto es, un equipo consciente de que cada norma tiene importantes repercusiones a nivel administrativo que deben ser también atendidas.

En efecto, el equipo de redacción del proyecto normativo debe conocer el sistema judicial donde su proyecto será aplicado, por lo que si bien pueden existir líneas comunes entre varios proyectos de distintos países, cada Estado debe diseñar su propio sistema de justicia conforme a las condiciones que brinda el país.

Esta etapa concluye con la presentación del proyecto al Poder Legislativo.

La discusión parlamentaria

Esta etapa se ha revelado difícil en varios de los países de la región. En efecto, por las razones que hemos desarrollado más arriba, la clase política, que es la protagonista en esta parte del proceso, expone siempre su particular interés de dar respuesta a la mayor brevedad posible a los problemas que son recurrentes en la opinión pública, y el tema de la seguridad ciudadana sin dudas lo es.

Es recomendable, para evitar este tipo de problemas, que al menos una parte de los legisladores que tendrán a su cargo la discusión parlamentaria, tengan una fuerte participación en el proceso de redacción de las normas, esto es, antes de que el proyecto sea presentado al Congreso.

En tanto que se trata de normas complejas y, cuando se trata de un nuevo código de procedimientos aún más, puede ocurrir que la modificación de una norma transforme el conjunto o deforme la propuesta inicial. Es por ello recomendable que el equipo de redacción participe del proceso de discusión parlamentaria y asista a los legisladores en su tarea.

La presente etapa concluye con la adopción, por parte del Poder Legislativo, de una nueva ley o de un nuevo codigo.

La preparación de la entrada en vigencia

Una vez que la ley ha sido aprobada, debe establecerse un período de *vacatio legis*, esto es, un período de tiempo en el que se espera que las instituciones encargadas de aplicarla se preparen para su correcto funcionamiento. Se trata, quizás, de la etapa más crítica de todo el proceso, en la medida de que se requiere un enorme esfuerzo de planificación y de previsión de todos los problemas que puede plantearse durante la aplicación de la nueva ley.

Para ello, es recomendable la constitución de un equipo de implementación que planifique las necesidades de la puesta en marcha del nuevo sistema. Es recomendable que el equipo de implementación sea conformado conjuntamente por todas las instituciones del sistema y que trabaje para todas ellas (Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público, policía, autoridad penitenciaria etc.) puesto que esto permitirá planificar el conjunto con coherencia.

La experiencia muestra que la ausencia de planificación de la entrada en vigencia tiene efectos muy nocivos de cara a la población y provoca serios desajustes en el sistema judicial que luego tomarán años en superarse.

Esta etapa concluye con la entrada en vigencia de la nueva legislación, día que en sí mismo presenta un desafío y que debe ser previsto como otro momento crítico.

La evaluación y el ajuste

Se trata de la útima etapa del proceso, donde el equipo de implementación deberá evaluar la marcha del nuevo sistema. Para ello deberá haber elaborado los instrumentos adecuados para esta evaluación, tales como los relevamientos estadísticos, la observación directa del funcionamiento de los fiscales y jueces, los resultados de la formación brindada, y toda otra técnica que permita obtener información y sacar conclusiones.

Esta evaluación permitirá identificar los problemas que subsisten a pesar de la reforma, los problemas no previstos en la preparación de la implementación y también los nuevos problemas causados por la nueva legislación y que también deben ser solucionados.

Como podrá observarse estamos frente a un proceso que no sólo es complejo (y volveremos aún sobre este punto) sino que también es medianamente largo. Por esta razón es imprescindible contar con un consenso firme como para permitir llevar a cabo una política de mediano plazo.

3.2.2 La multidimensionalidad de la reforma

Tal como lo adelantáramos, la reforma de la justicia penal no se limita a la modificación de una ley o un código, sino que se trata de un conjunto de reformas normativas, formativas, administrativas e institucionales que deben ser tomadas en consideración. Es lo que se ha dado en llamar la multidimensionalidad de la reforma.[9] La constatación de esta multidimensionalidad no sólo nos informa de su complejidad sino que también nos impulsa a ser cautelosos respecto de las propuestas reduccionistas.

En efecto, estas propuestas reduccionistas se esfuerzan por señalar un aspecto del problema de la administración de justicia como el único o el más importante. Por ejemplo existe el reduccionismo presupuestario que pretende que todos los problemas de la justicia se deben a la falta de medios materiales; existe el reduccionismo formativo que pretende que el nuestro es un problema de capacitación de los profesionales del sistema de justicia; y existe también el reduccionismo administrativo que sostiene que todo es una cuestión de mala organización de los recursos existentes. Lo cierto es que todos tienen en parte razón y en parte se equivocan, puesto que cada uno de esos problemas existen y deben ser resueltos, pero el error consiste en no presentarlos como parte del mismo proceso y fraccionar lo que es un problema estructural.

Analizaremos, entonces, las distintas dimensiones que forman parte del proceso:

La dimensión normativa

Tal como lo hemos en parte adelantado, unos de los aspectos principales del proceso de reforma es el cambio de las normas jurídicas. Estas normas establecerán la profundidad del cambio y fijarán el marco del trabajo de las demás dimensiones. Por ejemplo, es la nueva ley la que crea las nuevas instituciones que deben ser puesta en funcionamiento a partir de la vigencia del nuevo sistema. La nueva ley también es la que establece el contenido de la formación que será brindada a los profesionales del sector judicial.

La dimensión formativa

Esta dimensión del trabajo debe cumplir con el objetivo de preparar a los profesionales del sistema de justicia y al personal auxiliar para asumir las nuevas responsabilidades que son atribuidas por la nueva legislación.

(9) Alberto Binder. "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina". *Justicia Penal y Estado de Derecho.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

Esto no significa, claro está, que ellos no se encuentren suficientemente capacitados para el ejercicio de la función. En verdad sí lo están, pero para las exigencias del sistema vigente, esto es, el sistema del trámite inútil, del formalismo, del secreto para el imputado, de la falta de motivación de las decisiones judiciales. Ejercer la función judicial en un Estado de Derecho significa, sobre todo, estar en condiciones de interpretar el derecho positivo a partir de la Constitución y de los derechos internacionalmente reconocidos, significa estar en condiciones de motivar una decisión en los hechos que surgen de la prueba y en la aplicación de la ley al caso concreto.

Esta debe ser la política de formación que debe adoptar el proceso de reforma. El que juzga debe estar en condiciones de explicar las razones de su decisión y el ciudadano tiene derecho a saber lo que él hace con el poder que le fue atribuido.

La experiencia regional en materia de formación de jueces y fiscales no ha sido siempre buena. Se ha intentado, en vano, repetir el estilo universitario, esto es, enseñar el contenido de las normas, cuando la formación de los operadores del sistema de justicia requiere otra especificidad (aunque no excluye en absoluto la formación teórica). La política de capacitación requiere de una *formación para el ejercicio de la función*, esto es, se debe enseñar a ser jueces, a ser fiscales, a ser defensores, con información sobre el contenido de la ley pero sobre todo confrontándolos a su tarea cotidiana. Se debe aprender a ordenar el trabajo, a defender una tesis, a razonar sobre la prueba recogida, a buscar la prueba, a relacionarse con las otras autoridades y con las partes etc.

La dimensión administrativa

En tanto que una reforma estructural como las que están siendo implementadas en América Latina implica una redistribución de roles entre las distintas instituciones del sistema y también nuevas funciones para sus miembros, es necesario prever la cantidad de trabajo a la cual cada uno de ellos deberá hacer frente en el nuevo sistema. Habrá que prever, asimismo, la cantidad y la ubicación física de magistrados, jueces y fiscales en el nuevo sistema. Lo mismo respecto a la defensa profesional.

Por otra parte es necesario identificar los servicios auxiliares que serán necesarios para brindar un servicio de justicia eficiente. Con servicios auxiliares hacemos referencia a los médicos forenses, a los peritos, a los defensores de oficio o a los traductores. Se trata, en estos casos, de asegurar que el sistema funcione como está previsto por la ley y que todas partes puedan acceder a los servicios de estos profesionales en condiciones de igualdad e imparcialidad.

También en este mismo terreno habrá que producir una reorganización de los despachos de los jueces y fiscales, puesto que sus funciones serán distintas y sus volúmenes de trabajo pueden variar. De esta forma habrá que establecer el circuito administrativo de los asuntos y procedimientos administrativos internos claros y eficientes. Es posible que para este tipo de organización deban dictarse reglamentos u otras normas similares.

Deberán asimismo ser previstos los sistemas de archivos, notificaciones y otras comunicaciones y, en fin, toda aquella tarea destinada a resguardar las formas substanciales del proceso (¿qué documentación contendrá el expediente?).

Por último, una vez identificadas todas las necesidades en materia de recursos humanos y materiales, se deberá planificar el presupuesto de cada institución de forma de asegurar la marcha sostenida del proceso de transformación.

La dimensión interinstitucional

El cambio de funciones de cada una de las instituciones que forman parte del sistema implica un nuevo equilibrio de poder y un nuevo sistema de relación entre ellas. Establecer un sistema adecuado de relación interinstitucional es clave para una buena implementación de la reforma.

Es, en efecto, vital establecer las condiciones materiales sobre las cuales se construirá la relación jerárquica entre el Ministerio Público y la policía, las relaciones de cooperación entre los distintos fiscales, el trabajo eficiente entre el fiscal y el juez. Si la ley establece un plazo para la realización de un acto determinado, de nada servirá ese plazo si no han sido creadas las condiciones para que los actores puedan efectivamente cumplirlo.

4. Conclusión

Espero que hayamos sido lo suficientemente explícitos como para mostrar que la reforma de la justicia es una reforma del sistema institucional y que como tal tiene la seriedad de todo proceso refundador. La reforma de la justicia es la puesta en marcha de una institucionalidad democrática con el establecimiento de un poder previsible que arbitre los conflictos sociales.

Por otra parte, también esperamos haber sido claros en la advertencia sobre el consenso y la necesidad de una política pública de mediano plazo, en la medida que el cumplimiento de todas sus etapas requiere mucho años de trabajo construidos sobre la base del consenso y la voluntad de transformación.

¿ Por qué es necesaria la reforma judicial?

Porque nuestros países han cambiado, porque la democracia se ha transformado y exige un arbitro de los conflictos sociales, un actor que asegure a cada uno su derecho; y porque cuando esta realidad apareció antes nuestros ojos nos dimos cuenta que la justicia con la que contamos es ineficiente, excluyente y arbitraria y que ha sido incapaz de controlar el abuso de poder y el terrorismo de Estado y no es capaz ahora de acoger la participación creciente de la sociedad civil.

¿ Cómo debemos hacer la reforma?

Identificando y enfrentando los problemas políticos y técnicos. En cuanto a los primeros, el proceso necesita un base de consenso sobre la dirección del cambio (una política judicial), la asunción, por parte de los distintos actores, de su parte de responsabilidad en el proceso. En cuanto a los segundos, tener presente

que se trata de un proceso lento, que incluye distintas etapas todas de importancia y que su éxito depende de la comprensión de su multidimensionalidad.

No podemos dejar de apreciar en este contexto, que la organización misma de este Foro demuestra que la democracia dominicana reclama una reforma de la justicia y que ésta ya se encuentra suficientemente madura para ello. Por nuestra parte, no dudamos en absoluto de la capacidad técnica de los juristas del país ni de su firme compromiso con los valores fundadores de la vida democrática. No me resta más que hacerlos parte de mi certeza sobre el éxito que alcanzará esta reforma que comienza en República Dominicana y alentarlos a continuar en esta lucha contra la arbitrariedad.

1.2

RAZONES DEL FRACASO DEL COMBATE INTERNACIONAL A LAS DROGAS Y ALTERNATIVAS

KAI AMBOS

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La disminución del cultivo mediante el "desarrollo alternativo" – 3. La represión policial-militar: 3.1 Legalidad sin legitimidad; 3.2 La corrupción; 3.3 Problemas organizativos y operativos; 3.4 La política ambivalente de los países consumidores, especialmente de Estados Unidos – 4. Resumen – 5. Alternativas: 5.1 Desarrollo alternativo; 5.2 Descriminalización: 5.2.1 Producción: promoción de la coca tradicional; 5.2.2 Posesión, consumo y pequeño tráfico: descriminalización y legalización controlada; 5.2.3 Criminalidad organizada – Bibliografía – Literatura.

Resumen: Las diversas causas de la ineficacia de la política internacional para el control antinarcóticos dejan en claro que la solución del problema de la droga requiere proposiciones diferenciadas. Al mismo tiempo las iniciativas políticas deben orientarse por las particularidades nacionales o regionales respectivas. Por consiguiente, las políticas de drogas de los países productores y consumidores tienen que ser fundamentalmente diferentes. En los países consumidores se trata primordialmente de proveer el consumo de drogas ilícitas, en parte sometido ya a controles totalmente estatales, de un (nuevo) control (por condicionado que sea). Para eso se precisan discusiones imparciales sobre los nuevos modelos de política en materia de drogas propuestos desde hace tiempo por la ciencia, sea el acceso controlado a las drogas "duras" para los adictos inveterados ("modelo de Frankfurt" o "de Zurich") o una legalización controlada. En los países productores, en cambio, hay que perfeccionar los proyectos de substitución ya iniciados en el sentido de un desarrollo integral de las zonas de cultivos. Allí el problema de la droga es por último un problema de pobreza, así que es más urgente una política de desarrollo que una política criminalista. De modo general, es preciso proceder a la aplicación de un Derecho Penal mínimo en la política antidroga y desarrollar una política alternativa antidroga que plantee el desarrollo alternativo como estrategia general de desarrollo integral; diferenciando entre posesión, consumo y comercio menor, de una parte, y comercio de drogas organizado, de otra. Esto implica el rechazo de un Derecho Penal Especial (de emergencia) de drogas.

Palabras-clave: Drogas – Desarollo alternativo – Legalización – Derecho penal mínimo – Coca.

1. Introducción

Decir que la política internacional de control de drogas fracasó, no requiere mayores comentarios. Las cifras hablan con un lenguaje inequívoco. Los *países consumidores* del Occidente acaudalado están literalmente inundados de cocaína, heroína y productos de *cannabis*.[1] Las exangües estadísticas se muestran concretamente tangibles, en vista de una escena de adicción cada vez más extensa y marginada en las grandes urbes de Occidente. En los *países productores* de Sudamérica y Asia los cultivos de coca, amapola/opio y *cannabis* parecen crecer inconteniblemente (en respuesta a la demanda de Occidente).[2]

Pero queda por dilucidar *cómo* se puede explicar ese fracaso. A continuación presentaremos algunos intentos de explicación. Utilizando el ejemplo de los países productores Colombia, Perú y Bolivia se mostrará por qué el intento de refrenar el cultivo y tráfico de estupefacientes mediante la substitución de esos cultivos por otras plantas provechosas, y mediante la represión policial-militar, está condenado al fracaso. Las causas son más que nada de naturaleza *estructural* y es posible afirmar que ellas son fundamentalmente válidas para todos los países cultivadores (subdesarrollados), es decir, también para los asiáticos, europeos y africanos (comp. *Observatoire géopolitique des drogues*, 1993).

(1) En *Europa* los decomisos de cocaína aumentaron de 23 kg en 1973 a 240 kg en 1980 y de 16.032 (1990) a 17.179 (1993) y 21.011 (1995); los de heroína de 125 kg en 1973 a 1.097 kg en 1980 y de 6.084 (1990) a 8.084 (1993) y 8.773 (1995); los de productos de *cannabis* de 24.975 kg en 1974 a 73.743 kg (1980) y de 269.001 (1990) a 586.797 (1993) y 797.507 (1995) [Oficina Federal de la Policia Criminal (BKA), Informe Anual sobre Drogas 1995, Wiesbaden 1996]. En EUA, en todo tipo de informes gubernamentales se lamenta el peligro de la cocaína (por ejemplo, Departamento de Estado, Informe del *International* Narcotics *Control* Strategy, Washington D.C. 1994, p. 8 (trad.): "(...) la cocaína (...) sigue estando en el tope de la (...) lista de prioridades (...) ahora es un flagelo mundial. De España a Rusia, a Vietnam y Zimbawe, el 'veneno blanco de los Andes' ha surgido como una amenaza potencial para países que no están listos para manejar una nueva epidemia de drogas"). También a heroína está entrando cada vez más en el mercado (ibid. p. 9 (trad.): "En los últimos cinco años ha habido un aumento constante de la pureza y el flujo de heroína a Estados Unidos (...)").

(2) La producción de coca de Colombia, Perú. Bolivia y Ecuador experimentó un aumento neto (es decir, deduciendo las superficies arrasadas) de 293.700 toneladas métricas (tm) en el año 1988 a 333.900 tm en 1992, para luego caer (por primera vez) a 290.900 tm en 1994 y 309.400 tm en 1995. La producción de opio (Asia Sudoccidental y Sudoriental, el Líbano, Guatemala, México y desde 1991 Colombia) aumentó de 2.590 tm en 1988 a 3.519 en 1991, 3.409 en 1994 y 4.157 en 1995. En cambio la producción de los derivados de *cannabis*, marihuana (México, Colombia, Jamaica, Belice entre otros) y hachis (el Líbano, Paquistán, Afganistán, Marruecos) cayó de 17.455 y 1.285 tm en 1988 a 11.489 (1995) y 1150 (1993) tm respectivamente [todas las cifras publicadas en *US-Department of State*, 1994, p. 20; 1995, p. 26; National Drug Control Strategy, 1996, p. 95].

2. La disminución del cultivo mediante el "desarrollo alternativo"

La política de substitución de los cultivos fomentada por las organizaciones internacionales, y sobre todo por el UNDCP, puede ser vista como un fracaso tomando en cuenta as cifras ascendentes o estancadas en relación con los cultivos (ver nota 2), y el porcentaje de destrucción del 2 al 4% –en comparación con la superficie de cultivo neta– que se desprende de ellas (y pese a los éxitos *relativos* de algunos proyectos de substitución).[3] Sólo se podría hablar de una política exitosa si la destrucción de los cultivos fuera suficiente para que la coca restante no pudieran cubrir la demanda de hojas requerida para la elaboración de la cocaína: porque únicamente así se estaría "bloqueando" el procesamiento en la misma fuente, tal como lo pregona la ideología de la substitución. El fracaso de la política de substitución tiene varias causas.

Para comenzar, hasta el presente no ha sido posible compensar *las ventajas de la comercialización de la coca/cocaína* en comparación con los productos alternativos. Es cierto que los precios de la coca pudieron bajarse temporalmente al disminuir la demanda de hojas y pasta de coca, pero por lo general esos precios bajos no duran mucho, pues al estabilizarse la demanda de cocaína y disminuir la represión aparecen nuevos compradores que los hacen subir de nuevo. Por lo demás, y esto es lo realmente decisivo, sólo raras veces los precios de la coca están por debajo de los precios de los productos alternativos.[4] Además la rentabilidad de la coca se remite también a otras ventajas de la comercialización de la coca/cocaína. Los agentes de compras visitan con regularidad a los productores, pagan en efectivo, se encargan del transporte y muchas veces ofrecen financiamiento para la producción. De esa manera los cultivadores se evitan los problemas típicos del transporte y la utilización de créditos (incluyendo los ineludibles gastos burocráticos), que obstaculizan la comercialización de productos legales. A los productores

(3) Esos proyectos siguen todos más o menos la misma estrategia: pretenden lograr alternativas de ingresos para los cultivadores de coca mediante la denominada substitución económica, es decir, la reducción de la dependencia de la coca a través de la diversificación de la producción agrícola, así como el establecimiento de una producción alternativa. Por lo general, no es factible una substitución directa de la coca por productos alternativos, debido a problemas técnicos y socioeconómicos. Sobre los éxitos relativos véase: Ambos, 1994, p. 109 et seq.

(4) En octubre de 1991 en el Departamento del Cauca (Colombia), una arroba de coca (12 k) se pagaba a 4.000 pesos (6.5 dólares al cambio de 600 pesos por dólar); por el principal producto de substitución, el café, se pagaban 8.000 pesos, por el cacao 5.000, por un kilo de yuca 22 pesos, por un grama de basuco 110 pesos. En el Alto Huallaga, Perú, la hoja de coca se pagaba apenas a un dólar por kilo (por la pasta 240 dólares), pero por el cacao sólo 0.6 por kilo. En el Chapare, Bolivia, el precio (ilícito) de 1991 fluctuaba entre 12 y 81 dólares por 50 kilos, en cambio por el principal producto de substitución, el café, se pagaba aproximadamente 60 dólares por 50 kg, por las bananas 1.5 dólares por 20 kg. Además hay que tener en cuenta que la coca se cosecha y se vende cuatro veces al año.

de coca se les garantiza una liquidez permanente, y ésta a su vez les brinda seguridad financiera y social.

El que a fin de cuentas no se logre compensar todas esas ventajas, tiene sus causas internas y externas. En el área interestatal, la comercialización directa de los productos alternativos muchas veces fracasa porque los mercados nacionales están dominados por monopolios u oligopolios cuyo poder y conexiones con el gobierno dificultan o imposibilitan el establecimiento de una comercialización paralela directa. A nivel internacional, los países industrializados no han abierto suficientemente sus mercados para los productos alternativos. Como ejemplo basta con mencionar la política comercial de la CE (UE).[5] Es cierto que los países productores sudamericanos entran en el Sistema General de Preferencias (SGP), pero en vista de la limitada admisión de productos agrícolas, la correspondiente reducción de impuestos o aranceles para esos productos tiene escaso significado en el contexto de la "política agraria común". La derogación de las restricciones cuantitativas del SGP, por un lapso de cuatro años (hasta 1994), para Colombia, Perú! Bolivia y Ecuador no parece suficiente ante la entrada en vigencia (01.07.1993) del régimen de mercado de la UE, el cual limita especialmente las exportaciones bananeras latinoamericanas.

En su mayoría, las *políticas nacionales antinarcóticos* puestas en práctica en los países productores han fracasado. Las autoridades encargadas de otorgarle las ayudas financieras de corto plazo a los cultivadores de coca trabajan con lentitud e ineficacia. Los cultivadores, que demasiadas veces han sido víctimas de falsas promesas y de proyectos de ayuda al desarrollo de concepción errada, tienen poca confianza en el gobierno o en los representantes de las organizaciones internacionales. A este respecto resulta sintomática la declaración de E. Morales, uno de los dirigentes más conspicuos de las organizaciones campesinas de la región andina; "Nosotros hemos demostrado la voluntad política para reducir la coca (...) pero el gobierno no nos ha ofrecido soluciones verdaderas y realizables (...) en estos momentos sencillamente estamos obligados a sembrar coca (...) para sobrevivir" (*entrevista,* Cochabamba, Bolivia, 29.10.1990).[6] En lugar de estimular un verdadero "desarrollo alternativo" en las zonas de cultivo, durante demasiado tiempo se han hecho demostraciones de fuerza simbólicas mediante la destrucción de los cultivos de coca y el arresto de los cultivadores, sin que con eso se haya hecho mella en el proceso de transformación de la coca en cocaína ni en los intermediarios importantes. La falta de cooperación con el campesinado afectado

(5) La política comercial de la CE frente a los países en desarrollo está caracterizada por una jerarquía de distintos privilegios en cuya cima se encuentran 69 estados de África, el Caribe y el Pacífico (los llamados países ACP) en virtud de Tratado de Lomé. Después vienen los estados del Mediterráneo, en virtud de acuerdos bilaterales y regionales, y los estados de Asia y Latinoamérica, que no se benefician de las preferencias comerciales bilaterales o regionales estipuladas, sino únicamente del SGP.

(6) Esta no es una cita textual sino una retrotraducción a partir del texto en alemán. En adelante aparecerá la marca (*) cada vez que se repita este caso (N.T.).

y los abusos policíacos que acompañan las acciones de destrucción de los cultivos han dificultado los proyectos civiles de substitución, y conducen a la postre a la formación de alianzas utilitarias con la guerrilla o al surgimiento de nuevos movimientos de resistencia. Mientras tanto, funcionarios del gobierno de Estados Unidos, al que cabe una gran responsabilidad por esa contraproducente política de represión, parecen haber reconocido la necesidad de un cambio en su política en las zonas de cultivo. Así lo indica en todo caso las declaraciones autocríticas del director de la USIS en Bolivia, Callahan, quien reconoce que se ha incurrido en errores y habla de una "change in philosophy": "A finales de los años ochenta destruimos pequeños laboratorios y atacamos a los cultivadores de coca (...) ahora reconocemos que el cultivador de coca sólo quiere mantener con vida a su familia, y estamos detrás de las grandes operaciones (...), reunimos informaciones de servicio secreto (...) el nivel más bajo de interdicción es el de los compradores de *pasta*" (*entrevista*, La Paz, 04.12.1991). Sin embargo el hecho de que el énfasis de la política antinarcóticos de Clinton siga recayendo en la reducción de la coca (*Ambos*, 1994, p. 77 y sigs.) hace temer que ese reconocimiento todavía no se ha impuesto en las instancias políticas de toma de decisión de la nueva administración estadounidense.

3. La represión policial-militar

3.1 Legalidad sin legitimidad

La estrategia de represión que se aplica en el control internacional de drogas, apoyada en un así denominado derecho penal máximo, se basa en el concepto de que los castigos draconianos garantizan un efecto intimidatorio óptimo y que de esa manera se puede llegar a controlar la criminalidad relacionada con la droga. Como lo testifican ciertas investigaciones criminológicas (por ejemplo Albrecht/ van Kalmthout 1989), esto es una simplificación incorrecta de la relación entre (narco)derecho penal y (narco)criminalidad. El escepticismo general (que se deduce de esas investigaciones) en cuanto a la efectividad de los controles sociales penales es aún más válido en los países productores, pues allí el derecho penal se aplica en una *realidad socio-económica* caracterizada por los contrastes sociales antes que por la justicia social, y por la lucha diaria por sobrevivir de una gran parte de la población antes que por la seguridad social. En semejante situación, una mera política de prohibición difícilmente puede llegar a tener éxito.

Además, la expansión del narcotráfico no habría sido posible sin la *tolerancia* tácita de la oligarquía dominante y la *aceptación* social de las clases media y alta, que más o menos han participado todas en el reparto de la ganancia. La relación simbiótica entre el narcotráfico y la sociedad es la principal razón (junto con la tradición de los mercados ilícitos) de que, según las encuestas, la población no vea al narcotráfico como un problema nacional, contra el cual hay que actuar penal y policialmente. Aunque la política oficial respalde formalmente la "declaración de guerra contra la mafia de la droga", su puesta en práctica está entorpecida por los

"arreglos" entre el Estado y el narcotráfico, conseguidos a través de la corrupción o de las amenazas, y que invalidan el derecho (penal) formal: "La relación del narcotraficante con el Estado (colombiano) se rige por las normas formales de la interdicción legal, y existe una declaración formal de voluntad de luchar contra el narcotráfico. Pero los arreglos con que se asegura la neutralidad y complicidad [del Estado], mediante dinero o amenazas, son lo suficientemente eficaces para crear una economía ilegal que pese a las tensiones y conflictos hace posible en flujo continuo de drogas al exterior" (*Reyes Posada*, 1990).*

Dentro de esa "economía ilegal", el derecho se substituye por la *violencia* como factor de orden. Puesto que las organizaciones criminales no pueden servirse de las instancias estatales para la solución de conflictos, y al mismo tiempo necesitan mecanismos fijos para asegurar el orden y las "reglas del juego" del mercado ilícito, ellas crean su propia "ley", cuya *ultima ratio* es la eliminación física del "infractor". Se trata de una "ley", un ordenamiento "jurídico" no escrito, paralegal, pues su recurso de sanción más efectivo, que es la violencia, se aplica racionalmente, es decir, para alcanzar sus metas ilícitas.[7] A esto se agrega el que en muchos casos las normas penales no se promulgan pensando en su posible eficacia o en una posible aplicabilidad, sino que cumplen una función meramente *simbólica*. De esa manera se accede a la demanda de la sociedad de que "se haga algo" (especialmente después de golpes de la "mafia de la droga") con un accionamiento héctico, sin que haya un verdadero interés en crear mecanismos jurídicos eficientes.

A causa del mencionado amalgamiento del Estado con el narcotráfico, muy poco ha podido desarrollarse una *conciencia de culpa* en las personas involucradas en el narcotráfico. Además, en numerosos países cultivadores, por ejemplo Colombia, Perú y Bolivia, existe una tradición de mercados paralelos ilícitos e informales (el contrabando, especialmente de productos industriales), que siempre ha sido tolerada por las autoridades y que le ha conferido a la ilegalidad una cierta legitimidad, o en cualquier caso, popularidad. Esto a su vez es expresión de un insuficiente *respeto de las leyes*, que puede acreditarse a una falta de autoridad y legitimidad estatal, y que tiene un efecto negativo en el respeto de las leyes y la honradez del común de las gentes. Por eso, como lo expresó la "Comisión para la Superación de la Violencia" en Colombia, "para una cantidad considerable de personas cada vez es más difícil permanecer honrados, y se acomodan a su entorno hasta que las relaciones sociales alcanzan un equilibrio de 'elevada deshonestidad'".

(7) Junto con Krauthausen/Sarmiento (1991, p. 42) se puede hablar de una "racionalidad del terror" que se muestra en dos formas. Por un lado, la violencia sirve para asegurar el funcionamiento eficaz del mercado ilícito, por cuanto "las infracciones de las reglas" –por ejemplo, la "traición" mediante la colaboración con las autoridades estatales o la falta de seriedad en el "negocio"– se sancionan, con lo cual se logra un considerable efecto de amedrentamiento. Por otro lado, mediante el empleo "racional" de la amenaza y la violencia –junto con el soborno– se consigue la pasividad de las fuerzas de seguridad y del aparato de justicia y como resultado de ello la *impunidad*.

En ese clima la producción de estupefacientes y su comercio, sobre todo el pequeño comercio intermediario, no se experimenta como algo "impropio" o moralmente reprochable, sino como una legítima fuente de ingresos, en muchos casos la única con que se puede asegurar la existencia. No pocas veces hay un avenimiento a la perpetración de delitos graves "Lo que me propongo lo llevo a cabo. No pienso una mierda si estoy infringiendo una ley o si eso puede terminar mal –lo único que quisiera es que en una explosión no caiga también una mujer o un niño. No quiero matar sin motivo (!)" (Antonio, sicario de Medellín, según *Salazar,* 1991, p. 32).* La predisposición al crimen, en especial también al uso de la violencia, se incentiva con la miseria socioeconómica y sociocultural. Justificadamente Arlacchi habla de una "clara ventaja" de las naciones desarrolladas frente a las subdesarrolladas, cuya "desintegración sociocultural (...) pone a disposición de los empresarios ilegales una gran oferta de fuerza de trabajo criminal" (cit. de *Krauthausen/Sarmiento*, 1991, p. 83).

En las zonas productoras, la *criminalización del cultivo* de las materias primas coca, amapola o *cannabis* es rechazada no sólo por razones económicas, sino también por razones socioculturales. Para la población campesina y más que nada indígena de la región andina, por ejemplo, "la pobre hoja (de coca) no tiene ninguna culpa". Esto se puede atribuir, por un lado, a que a las decisiones legislativas les falta legitimidad y capacidad para la solución de conflictos (no sólo en lo que se refiere al estatus legal de la coca/cocaína) debido a la escasa presencia estatal en las zonas de cultivo. Por otro lado, es difícil que los proyectos de substitución puedan conducir a un cambio de mentalidad en esa dirección, porque al comenzar los proyectos se concentran (tienen que concentrarse) esencialmente en los aspectos técnicos y económicos de la substitución. La expresión más visible de esta situación es la existencia paralela de laboratorios rurales ("cocinas"), donde se transforman las hojas de coca en pasta de coca, y de cultivos substitutivos explotados a veces por los mismos campesinos que manejan los laboratorios. Por las razones mencionadas, esa contradicción (substitución de la coca por un lado, cultivo y procesamiento de coca por otro) no puede resolverse con medidas represivas, sino sólo con un paciente trabajo educativo, cuya meta debe ser un cambio de mentalidad.

En los barrios pobres de las metrópolis, al igual que en las inaccesibles zonas de cultivo, la población ve al *Estado* como un *poder represivo y autoritario* que descuida sus tareas sociales, de manera que al narcotráfico se le deja un campo de acción que éste utiliza –tan racionalmente como su potencial de violencia– para crearse bases locales de poder y legitimidad. Aquí se demuestra en forma ejemplar que el proceder de los narcotraficantes está determinado por una ética racional capitalista que sabe combinar de manera suprema las acciones altruistas-populistas con los intereses propios. Esta explica también las simpatías (limitadas al ambiente local, pero existentes) que despiertan los cabecillas como Pablo Escobar o el (antiguo) "rey de la coca" boliviano, Jorge Suárez. Por otro lado, esto responde a la profunda desconfianza que inspiran todas las autoridades (estatales). Para uno de los tristemente célebres sicarios de Medellín la situación se presenta como sigue: "En este país cada uno prueba a salir adelante como mejor puede. Aquí no hay gente decente. Vea a los políticos. En comparación con ellos nosotros somos

solamente ladrones pequeños. Ellos se embolsan millones con una sola firma y no sudan ni una gota. Lo mismo con la policía (...). De los de la guerrilla prefiero no hablar (...). Por eso yo siempre digo: cada uno es el prójimo de sí mismo. Uno no puede creer en nadie que diga que quiere ayudar al prójimo. ¡Qué tontería! Cada uno se salva como mejor puede' (según Salazar, 1991, p. 139).* Tal manera de pensar y proceder, causada por la falta de perspectivas típica de la vida en los barrios, no deja de tener consecuencias para el efecto amedrentador del código penal. La fatalista expectativa de muerte del sicario de Medellín, por ejemplo, su aspiración a una vida más interesante e intensa, aunque también sea más corta, excluye el temor al castigo: según un estudio del Ministerio de Justicia colombiano (1990) "(...) el asesino pagado es un joven que, debido al tipo de sus actividades criminales, tiene una expectativa de vida no mayor de 21 años. Entonces, ¿cómo la amenaza con la pena de muerte lo va a apartar de actividades que constantemente podrían conducir a la muerte?.*

La consecuencia de la impopularidad de la "guerra a las drogas" es una diferenciación político-criminal (que se observa particularmente en Colombia) entre tráfico y terrorismo. En última instancia significa que de preferencia se aspira a la pacificación interna mediante la eliminación del (narco)terrorismo, sin que eso signifique necesariamente impedir por completo el tráfico de cocaína o heroína. Si se observa la historia de la lucha contra el narcotráfico, no parece desacertada la tesis de que el Estado está listo para desistir de la (en cualquier caso) ineficaz represión contra el comercio de estupefacientes, en la medida en que los carteles desistan por su parte de la violencia. La anuencia o tolerancia estatal del narcotráfico es inversamente proporcional a la disposición a la violencia de los carteles. Si se dedican pacíficamente a sus operaciones, se negocia (como mucho tiempo en el caso del cartel de Cali); pero si usan la violencia o si incluso anuncian pretenciones políticas, se les liquida (como en el caso del cartel de Medellín). Lo nuevo aquí no es esa anuencia o tolerancia (que es un *patrón* bien conocido de los países productores), sino el reconocimiento oficial implícito en ella, de que una política exclusivamente represiva *tiene* que resultar ineficaz mientras se mantenga la demanda de consumo. Eso corresponde a la opinión pública y a los intereses nacionales, no en último lugar económicos, de los países productores, pero difícilmente puede ser compatible con la política de los países consumidores occidentales, cuya meta primordial sigue siendo acabar con el narcotráfico internacional por medio de una política represiva. Aquí están programados futuros conflictos de estrategias. Ultimamente, esta tesis ha sido comprobada por las presiones de EUA sobre Colombia referente a la persecución del cartel de Cali.

3.2 La corrupción

La principal causa de la ineficacia policial es el altísimo grado de corrupción de los cuerpos policiales (ver al respecto *Ambos*, 1994, p. 41 y sig., 54 y sig., 64 y sigs.). Junto al uso "racional" de la violencia, la corrupción se ha convertido en el segundo medio para asegurar la impunidad del narcotráfico. El delincuente pobre

no tiene ningún chance de utilizar los mecanismos de la corrupción para evitar la cárcel. De él se hace un escarmiento para demostrar una fuerza *simbólica* y "embellecer" las estadísticas de capturas. Pero en la conciencia pública se percibe la policía como un instrumento de represión de las clases dominantes, siempre dirigido "contra los pobres" y que por lo tanto no merece ninguna confianza: "Los policías no son otra cosa que una banda. Son maleantes con uniforme. Lo registran a uno y si te encuentran un hierro en seguida extienden la mano. Te fotografían y cada vez que te encuentran en cualquier parte tienes que volver a pagar. Exigen exageradamente. Tienen cuatro estómagos como los rumiantes" (según *Salazar* 1991, p. 139).* El Estado participa en el "negocio" y se sujeta a los "arreglos" o retrocede. Para muchos policías el negocio de la droga se ha convertido en una oportunidad bienvenida de mejorar sus ingresos, y, en palabras del ex-comandante de la policía peruana, Porras, el policía que se corrompe de esa forma ya no le sirve a la sociedad sino a sí mismo (*entrevista*, Lima, 07.02.1991).

Las operaciones que las fuerzas de seguridad realizan en los barrios pobres y las zonas de cultivo para el control antinarcóticos y la lucha contra la subversión, demasiadas veces terminan en violaciones de los derechos humanos para que puedan contar con la confianza o el respaldo de la población: "La solución (...) cada día es más difícil (...) porque aquí no hay ninguna autoridad. La gente no quiere a la policía porque también a causado mucho daño (...) En nuestro barrio algunos dicen que no saben a que le tienen más miedo: si a las bandas o a los uniformados. Estos últimos se han aprovechado desvergonzadamente de su posición. Y normalmente agarran a la gente decente, porque con los maleantes hacen sus negocios (...)" (según *Salazar*, 1991, p. 121 y sig.).[8*]

En las zonas de cultivo a veces falta totalmente el control estatal. Allí las leyes del Estado son substituidas por la ya proverbial "ley de la selva", que se apoya en la corrupción y la amenaza. Los responsables de esa situación son, además de las realidades geográficas, los *problemas estructurales*. O bien el "Estado" o las élites dirigentes que lo encarnan –poco más o menos en un papel activo– han colaborado con la "mafia de la droga" y han hecho prevalecer sus intereses contra el campesinado (como por ejemplo en el "modelo Magdalena Medio", en Colombia), o el círculo de guerra civil, narcotráfico y recesión económica ha conducido a una parálisis casi total de las instituciones estatales y a una capacidad para corromperse con facilidad, de manera que el "Estado" se convirtió en un observador pasivo (esa es la tendencia, por ejemplo, en Perú y Bolivia). Pero ninguno de esos escenarios debe hacernos olvidar que la principal fuerza del Estado, los cuerpos de seguridad (sobre todo el ejército), tradicionalmente –voluntaria o involuntariamente– está involucrada en el narcotráfico.

(8) Véase también *Deutscher Bundestag*, 1990, p. 40 sobre Bolivia: "La población rural (...) rechaza a la tropa (UMOPAR, autor) por su comportamiento rudo. En esas condiciones para los narcotraficantes es fácil poner a la población rural contra las tropas especiales".

3.3 Problemas organizativos y operativos

La crisis estructural del Estado conduce por lo regular a estructuras organizativas deficitarias y a una cooperación deficiente entre los diferentes organismos oficiales. Los países cultivadores sudamericanos, Colombia, Perú y Bolivia, han creado enormes burocracias narco-políticas compuestas por una "superestructura" y diversos organismos especiales en las áreas de la prevención, la substitución y la represión (*Ambos*, 1993, p. 198 y sigs., 226 y sigs., 256 y sigs.). Los procesos de decisión en los organismos responsables de la política son lentos, y muchas veces las resoluciones que se toman no son viables. La cooperación deficiente entre la "superestructura" y los órganos especiales conduce con frecuencia a que éstos últimos se independicen en mayor (Perú, Bolivia) o menor medida (Colombia), de manera que no se logra una política antinarcóticos coordinada, que es precisamente la meta de los órganos superiores. Lo mismo ocurre a nivel internacional entre la central de la UNDCP en Vienna y las diferentes oficinas nacionales: éstas resienten los lentos procesos de decisión en la central vienesa. Así, por ejemplo, en el informe anual (confidencial) de la oficina boliviana se dice que "la UNDCP se ahorraría una cantidad de críticas si el aparato existente para la aprobación de proyectos fuera más ágil" (*UNDCP*, 1994, p. 27, trad. por el autor del inglés al alemán). A esto se añade una politización inadecuada de los órganos nacionales, que hace que un cambio de gobierno muchas veces signifique una reorganización total a nivel estructural y de personal, con lo cual prácticamente se excluye la posibilidad de continuidad en la política antidrogas.

Las actividades de investigación a menudo avanzan lenta y deficientemente. En Colombia, por ejemplo, existen tres diferentes órganos de investigación (la policía, el servicio secreto y la policía técnica judicial), que efectúan pesquisas en forma independiente, no pocas veces haciéndose competencia, y así llegan a resultados diferentes. La Fiscalía que se creó hace poco parece que trabaja en forma (cuantitativamente) eficiente, apoyándose en la concentración de investigaciones, pero su desarrollo como autoridad judicial (en lugar de autoridad administrativa como en el resto del sistema de procesamiento continental) conduce, junto a problemas de Estado de derecho, a una sobrecarga de trabajo. En Perú, la eficacia de la actividad investigativa se frustra por la falta de motivación y formación de los cuerpos policiales antinarcóticos, por la coordinación deficiente entre ellos y por la falta de continuidad en el personal. Esto último dificulta también la colaboración con otras autoridades (del extranjero). Por ejemplo, eso condujo a que el funcionario de enlace antinarcóticos de la Oficina Federal de la Policia Criminal Alemana (*Bundeskriminalamt* – BKA) fuera retirado.

Las investigaciones se ven entorpecidas por las relaciones conflictivas tanto entre la policía y los cuerpos de seguridad del Estado, como entre la policía y el aparato de justicia. La rivalidad tradicional entre a policía y los cuerpos de seguridad del Estado, acrecentada por la ayuda extranjera proporcionada a los cuerpos policiales antinarcóticos, ha tomado proporciones tales, que en Perú y Bolivia hasta el ejército ha estorbado las medidas policiales para el control de estupefa-

cientes. Por otra parte, los métodos de investigación de la policía, muchas veces anticonstitucionales y primitivos, tropiezan con el rechazo de la justicia. Desde la perspectiva de las fuerzas de seguridad, sobre todo de la policía, el aparato judicial es demasiado lento y corrupto, y cuestiona demasiado las investigaciones policiales, tal como lo demuestra la pequeña cuota de condenas.

Por último, los sistemas judiciales también presentan deficiencias considerables. La formación jurídica tiene un nivel muy bajo (sobre todo en Perú y Bolivia), y no está prevista una carrera especial para jueces. En Perú, las peticiones de que se mejore el nivel de instrucción especial para los jueces y fiscales (presentadas sobre todo por organismos internacionales) se estrellan contra la paralización casi total de la administración de justicia, dominada por el ejecutivo desde el "autogolpe" de Fujimori. En Colombia y Bolivia se implantó una judicatura especial, pero el nombramiento de los jueces toma años y ni los jueces ni los fiscales reciben una formación especial. También repercute negativamente el hecho de que el riesgo de atentados, secuestros u otros actos de terrorismo contra los representantes de la justicia siga siendo tal alto como siempre, sobre todo en Colombia. Las normas dictadas para fortalecer el aparato de justicia no han mejorado mucho la seguridad, pues los estados latinoamericanos no pueden financiarse verdaderas medidas de protección (por ejemplo, dotación con chalecos antibalas y vehículos oficiales blindados), y los países occidentales no les han suministrado ningún material o sólo equipos inservibles o lo han hecho tardíamente.

En el área operativa el énfasis recae con frecuencia en la realización de operaciones militares regionales espectaculares (*Blast Furnace, Snowcap*) o grandes ofensivas nacionales. Así ciertamente se demuestra al exterior que existe voluntad de acción, pero los resultados de esas operaciones son modestos. Ni en la ofensiva colombiana después del asesinato de Galán, en agosto de 1989, ni en las acciones similares en Perú y Bolivia, se llegó a capturar ningún narcotraficante importante. Los que deberían ser arrestados en esas redadas generalmente se enteran a tiempo gracias a sus informantes en los cuerpos de seguridad y logran escapar. Excepciónes fueron ciertamente la muerte del rey colombiano de la cocaína, Pablo Escobar, en diciembre de 1993, y las capturas de importantes narcotraficantes de Cali en 1995, pero las acciones del "bloque de búsqueda" formado exclusivamente para esta "lucha frontal" también estuvieron y estan acompañadas de numerosos fiascos y violaciones de los derechos individuales (*Ambos*, 1994, p. 124 y sigs.).

Pero la ineficacia de esas operaciones no se debe solamente a las deficiencias mencionadas en el área policial (corrupción, instrucción, equipamiento y coordinación deficientes), sino también a la menos conocida *estructura de las organizaciones criminales y del mercado ilícito*. Según *Sarmiento/krauthausen* (1991, p. 30 y sig., 132 y sigs., 158-167 y sig., 175-225) el mercado puede dividirse en un "sector de competencia" y un sector de los oligopolios". El primero está constituido por los dos extremos del proceso de la coca-cocaína, por una parte los cultivadores de coca y los compradores de pasta en los países productores, por otra los pequeños traficantes y vendedores callejeros en los países consumidores. El "sector de los oligopolios" está integrado por las organizaciones del narcotráfico,

que constituyen "el corazón del sistema" y proveen al "sector de competencia". Desde el punto de vista de la política policial y la criminalística tiene poco sentido atacar el "sector de competencia", pues sus representantes son completamente substituibles y no tienen ningún conocimiento de tipo estructural. Pero en el "sector de los oligopolios", que sería el objetivo por excelencia de una represión inteligente, se crearon mecanismos de protección que dificultan los éxitos estructurales. Para proteger a los capos de la droga, las funciones de los miembros de ese sector están extraordinariamente limitadas, se comprueba muy bien su procedencia y sólo se les informa lo indispensable para la ejecución de las operaciones concretas, a fin de que tengan el menor valor informativo posible para las autoridades antinarcóticos en caso de captura. El mercado se reparte en numerosas (y pequeñas) unidades funcionales y está gobernado por numerosos intermediarios. De esa manera se compone de incontables redes clandestinas que cumplen las diversas funciones del oligopolio (procesamiento, transporte, seguridad, arreglos financieros, en especial lavado de dinero). Su destrucción selectiva no perjudica fundamentalmente al comercio total, pues existen suficientes redes substitutivas, y por las razones antes expuestas los conocimientos de los miembros de esas redes son generalmente demasiado limitados para destruir un oligopolio (eventualmente) comprometido. Por lo tanto, en lugar de las grandes operaciones bajo la égida de los Estados Unidos, efectivas a nivel de notoriedad, sería más promisorio reforzar las *actividades de servicio secreto.*

3.4 La política ambivalente de los países consumidores, especialmente de Estados Unidos

Entretanto los países consumidores se han declarado –tanto a nivel del derecho internacional público como a nivel político– abiertamente partidarios de luchar contra "la amenaza de la cocaína". Al mismo tiempo se decretaron medidas contra el lavado de dinero, el suministro de productos químicos y otras cosas transportables utilizadas en el narcotráfico. Aunque esas medidas todavía prestan en parte demasiada atención a los intereses económico-financieros, hay que reconocer que a nivel nacional e internacional se han hecho esfuerzos intensificados para llevar a la práctica tales decisiones.[9] De esa manera los países industrializados dieron

(9) Por ejemplo, mediante la creación de la *Financial Action Task Force* en julio de 1989 y de una *Chemical Action Task Force* (véase, US-*Department of State*, 1994, p. 88 et seq., 124 et seq.). Entre los instrumentos jurídicos hay que mencionar –junto a la "Convención de Viena" aprobado en 1988– sobre todo el *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (Convenio Europeo sobre el lavado, búsqueda, decomiso y confiscación de las ganancias del crimen) del 08.11.1990 y los proyectos de leyes nacionales (en Alemania § 1, n. 19 de la ley para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y otras manifestaciones del crimen organizado, véase 15.07.1992, *BGBI (Gaceta Federal) I* 1302, así como la ley sobre lavado de dinero promulgada el 29.11.1993, *BGBII* 1770).

expresión a su *corresponsabilidad.* Hoy en día estamos totalmente convencidos (en el Norte como en el Sur) de que el problema de la cocaína no puede solucionarse mientras no sea posible reducir las enormes *ganancias* del crimen organizado. La mayor parte de esas ganancias, que se remiten a la gran demanda de cocaína en los países industrializados occidentales y a la criminalización del consumo, se queda en esos países, tal como lo demuestra el gran aumento de los precios desde la hoja de coca hasta la cocaína en bruto parcelada,[10] allí es "lavada" por el capital financiero local y luego se invierte en las economías nacionales occidentales. Mientras no se pueda impedir o por lo menos reducir ese proceso de aprovechamiento, los márgenes de control para los estados productores son demasiado estrechos.

Por consiguiente, el control penal antinarcóticos debe aplicarse primordialmente en los países consumidores, y por cierto en primer término a las *posibilidades de utilización* económico-financieras por parte de las mafias de la droga. Las medidas mencionadas sólo ofrecen mejoras de corto plazo. A largo plazo hay que lograr una disminución del consumo de cocaína y de los precios inflacionarios. Al mismo tiempo hay que discutir, como posibles alternativas, ciertas estrategias que hoy son tabú en la sociedad, en especial la legalización (controlada), y esa discusión debe tener lugar en forma imparcial y objetiva. La actual política antinarcóticos de los países industrializados, sobre todo la de Estados Unidos, está todavía muy lejos de eso. En los países productores todavía se sigue considerando que las medidas que afectan la fuente (el cultivo de coca) son útiles y eficaces, se sigue aplicando una fuerte represión militar a los miembros más débiles de la cadena – cultivadores, mulas, minoristas– y se siguen organizando grandes operaciones, tan espectaculares como costosas, aunque todo eso prácticamente no afecta en nada al narcotráfico internacional. El "change in philosophy" aludido por el director de la USIS en Bolivia (Callahan, *entrevista* dic. 1991) sólo se ha logrado en cuanto a que la administración Clinton desea llevar a la práctica más medidas preventivas para la reducción de la demanda, sin embargo, al mismo tiempo persiste íntegramente en la "guerra a las drogas" en los países productores (*Ambos*, 1994, p. 75 y sigs.).

(10) Según datos de la DEA, el precio de las hojas de coca necesarias para producir un kilo de cocaína alcanza de 65 a 370 dólares, el de la pasta de coca de 400 a 470 dólares, a base de cocaína de 450 a 900 dólares, el kilo de cocaína en el comercio al mayor estadounidense entre 16.000 y 25.000 dólares, en las calle ("parcelada") de 70.000 a 300.000 dólares, es decir, el precio del producto final, cocaína, en comparación con el producto primario, la coca, aumenta de 189 a 4.615 veces (división entre los precios extremos primario y final). También en los *precios de la cocaína al mayor* (1 kg.) hay una diferencia notable entre los países productores y consumidores: 1.700-2.400 dólares (Colombia), 4.000-5,000 dólares (Perú), 1.500-3.000 (Bolivia), en comparación con hasta 25.000 dólares (EUA), 110.000 (Japón) y 20.000-94000 (Europa, por ejemplo, Alemania 41-94.000, España 27-35.000, Francia 30-35.000, Holanda 25-32.000, Gran Bretaña 30-40.000, Suiza 40-60.000). Según *BKA*, Rauschgiftkurier 1/92, marzo 1992, p. 5, en la segunda mitad de 1991 un kilo de cocaína en el mercado alemán costaba entre 20.000 y 160.000 marcos alemanes.

Pero cada paso de la represión, desde el cultivador hasta el consumidor final, fomenta la evolución inflacionaria de los precios, pues por un lado cada comprador paga su riesgo de ser perseguido por la policía con un "crime tariff"; y por otro lado los decomisos reducen la oferta y de esa forma (rigurosamente según la lógica de la economía de mercado) hacen subir los precios cuando la demanda de consumo es estable (o creciente), con lo cual se fortalece el tráfico ilícito de estupefacientes. Aun teniendo en cuenta que un mercado ilícito no siempre se comporta conforme a la teoría de la economía de mercado, es decir, no siempre reacciona con alzas de precios ante decomisos importantes (porque los carteles pueden manipular el precio con un abastecimiento o acaparamiento intensificados), la lógica y euforia policial del decomiso se muestra contraproducente en términos económicos.

La política de interdicción tiene, por lo tanto, un *efecto ambivalente* sobre el precio. Mientras en los países productores, como ya se dijo, el precio de la coca baja si disminuye la demanda ilícita de coca y la oferta se mantiene (básicamente) estable, en los países consumidores el precio de la cocaína sube conforme al llamado mecanismo de la oferta y la demanda. En ambos casos resultan afectados los miembros más débiles de la cadena: los cultivadores de coca en los países productores y los consumidores en los países industrializados. Por cierto se puede objetar que la interdicción eleva los "costos operativos" de los narcotraficantes, pero ese aumento se puede trasladar a los precios, de manera que el margen de ganancias permanece prácticamente igual. Incluso cuando no se trasladan los costos, la pérdida es demasiado pequeña, dado el enorme volumen de las ganancias, como para que tenga realmente un efecto intimidatorio.

El *papel prominente de Estados Unidos* ha mostrado ser en muchos casos otro obstáculo para lograr un control antinarcóticos eficaz. La intervención de las autoridades estadounidenses, en especial de la DEA, como financistas, adiestradoras y planificadoras, ha agudizado los conflictos existentes entre las policías y los ejércitos nacionales, así como entre la DEA y el Departamento de Estado, y ha creado un tropel de conflictos nuevos (entre las autoridades estadounidenses y las nacionales). En el fondo del conflicto entre policías/DEA y ejércitos/Departamento de Estado, además de cierta "envidia profesional" frente a las privilegiadas policías antinarcóticos (según el funcionario de la policía peruana, Abad), existen prioridades estratégicas encontradas: control antinarcóticos policial versus combate militar contra la subversión. Mientras en Perú, por ejemplo, el ejército a lo sumo considera conveniente una substitución voluntaria de los cultivos de coca para no empujar a los cultivadores a los brazos de Sendero Luminoso, la policía siempre ha destruido los sembradíos de coca aun contra la resistencia de los campesinos, lo cual dificulta una verdadera lucha contra la insurrección. Las tensiones resultantes entre los órganos de control antinarcóticos (policías/DEA) y las fuerzas armadas han desembocado, como se mencionó, incluso en menoscabos materiales del control antinarcóticos policial, en especial en Perú. La influencia de Estados Unidos, no pocas veces unida a una actitud arrogante y carente de tacto del personal estadounidense, no sólo conduce a "enojo político contra demasiada intervención", como lo formuló el funcionario de enlace antinarcóticos del BKA en La Paz, sino

que además ha intensificado aversiones ya existentes y entraña el peligro latente de una obstaculización de los esfuerzos estadounidenses por parte de los organismos nacionales de control antinarcóticos. Estos expresan su disgusto por la tutela estadounidense ya sea verbalmente, o simple y llanamente boicoteando, cuando actúan en el área operativa, las medidas de control estadounidenses.

Si las policías nacionales tienen la voluntad para el control antinarcóticos, muchas veces les falta la *capacidad* y la *dotación* para actuar independientemente. Todas las operaciones decisivas son planificadas por las autoridades estadounidenses y muchas veces sólo poco antes (si acaso) de que se ejecute a operación se proporciona a los cuerpos nacionales los equipos militares necesarios. En opinión de una delegación del Parlamento Alemán, la deficiente dotación militar es una de las causas básicas de la falta de motivación de la UMOPAR boliviana.[11] La dependencia de EUA y en mucha menor medida de otros países occidentales que se evidencia allí ilustra la situación contradictoria y compleja del control antinarcóticos: por un lado la masiva influencia de los EUA tiene un efecto contraproducente y los países productores y EUA persiguen intereses opuestos; y por otro, sin EUA el control antinarcóticos sería impensable tanto a nivel financiero como político. EUA no sólo costea la mayor parte del control de estupefacientes, sino que sus autoridades antinarcóticos ejercen también un control importante sobre los cuerpos nacionales de seguridad, para poner coto a la extendida corrupción y para evitar que miembros de la policía o del ejército, claramente involucrados en el narcotráfico, ocupen posiciones claves en el control de narcóticos.[12]

La estrategia anti-corrupción choca igualmente con la *utilización de las fuerzas armadas* en la "guerra a las drogas", tal como lo ha solicitado Estados Unidos. Es difícil entender dónde está el provecho de utilizar las fuerzas armadas, que por lo general están corrompidas e infiltradas o consideran que su tarea prioritaria es la lucha contra la subversión. Por eso también en las esferas oficiales estadounidenses se opina que cuando menos en el caso de Bolivia "Estados Unidos tendría más éxito si el ejército boliviano quedara totalmente fuera del control antinarcóticos" (*US-House of Representatives*, 1990, p. 61, trad.). El que esa opinión no se exprese también para los casos de Perú y Colombia –al menos no públicamente– puede atribuirse por lo visto a los intereses antes mencionados en el combate a la insurrección.

La política ambivalente de los países industrializados, particularmente de Estados Unidos, ha conducido a una pérdida de credibilidad en los países productores, tanto en la opinión pública como a nivel oficial, que en muchos casos es la causa profunda de los conflictos. No pocas veces se ha exteriorizado la sospecha de que los países industrializados sólo están interesados en la solución de sus problemas

(11) "A (...) los obstáculos para el éxito de carácter natural se une la desmotivación de los miembros de la UMOPAR en vista de su dotación inferior frente a un enemigo bien equipado. La UMOPAR en la zona de Cochabamba no quiere seguir luchando." (*Deutscher Bundestag*, 1990, p. 30.)

(12) Sin embargo, esta influencia necesaria –pese a todos los reparos constitucionales y políticos– es poco compatible con los cargos de corrupción contra agentes de la DEA.

de consumo, de los que hacen (co)responsables a los países productores, mas no en la solución de los problemas políticos y socioeconómicos ligados al cultivo y tráfico de estupefacientes, en estos últimos países. Ese reproche político-desarrollista se basa en la crítica de que también el problema de la droga sería una manifestación del conflicto Norte-Sur, y por eso su solución requiere medidas estructurales de política de desarrollo en las que, sin embargo, no tienen mayor interés los países industrializados. No sin razón los países productores temen que la ayuda para el desarrollo destinada a la substitución de los cultivas de coca, y las concesiones (si bien escasas) hechas por la Comunidad Europea y Estados Unidos en relación con las importaciones de productos agrícolas alternativos, se mantendrán sólo mientras exista un problema de *consumo* de cocaína en los países industrializados. El Director de la USIS, Callahan, confirmó esos temores con una sinceridad pasmosa cuando admitió que: "hablemos francamente (...) sabemos exactamente por qué estamos aquí (...) teniamos interés en Honduras por los sandinistas, en El Salvador por la guerrilla y actualmente por el proceso de pacificación (...) y aquí en la región por la coca (...) de lo contrario Bolivia no tiene ningún interés para nosotros" (*entrevista*, La Paz, 06.12.1991, trad. por el autor del inglés al castellano).

4. Resumen

Las diversas causas de la ineficacia de la política internacional para el control antinarcóticos dejan en claro que la solución del problema de la droga requiere proposiciones diferenciadas. Al mismo tiempo las iniciativas políticas deben orientarse por las particularidades nacionales o regionales respectivas. Por consiguiente, las políticas de estupefacientes para los países productores y consumidores tienen que ser fundamentalmente diferentes. En los países consumidores se trata primordialmente de proveer el consumo de drogas ilícitas, en parte sometido ya a controles totalmente estatales, de un (nuevo) control (por condicionado que sea). Para eso se precisan discusiones imparciales sobre los nuevos modelos de política en materia de estupefacientes propuestos desde hace tiempo por la ciencia, sea el acceso controlado a las drogas "duras' para los adictos inveterados ("modelo de Frankfurt" o "de Zurich") o una legalización controlada (tratada en detalle en *Ambos*, 1994, p. 146 et seq.). En los países productores, en cambio, hay que perfeccionar los proyectos de substitución ya iniciados en el sentido de un desarrollo integral de las zonas de cultivos (ibidem, p. 143 et seq.). Allí el problema de la droga es por último un problema de pobreza, así que es más urgente una política de desarrollo que una política criminalista.

5. Alternativas

5.1 Desarrollo alternativo

Pese a la reducida efectividad "global" descrita de la política de sustitución actual, no debe pasarse por alto que un proyecto de sustitución, inteligentemente

proyectado y ejecutado con la necesaria sensibilidad social puede conseguir, más allá de una simple reducción de la coca, el objetivo de un desarrollo social, económico y político de las zonas aisladas y empobrecidas y ganar, a través de ello, la confianza y el apoyo de la población. La consecución de posibilidades de ingresos alternativos y la disminución simultánea de la dependencia de la economía de la coca por los campesinos, debe ser el objetivo concreto a seguir. Esto presupone una estrategia integral de desarrollo que contenga los siguientes elementos:

• Mejoramiento de la infraestructura (caminos de transporte, suministro de agua, electricidad, casas) mediante apoyo financiero y técnico, con el fin de lograr una realización independiente de los trabajos necesarios por parte de a población afectada.

• Aumento y mejora de la calidad de la producción legal, mediante una mejor técnica (como por ejemplo una ordenación paralela en vez de una desordenada de los cultivos) e intermediación de créditos favorables.

• Comercialización de la producción a través de cooperativas locales de productores, que vendan (pago en efectivo) y depositen los productos y, eventualmente los reelaboren y vendan a compradores (nacionales). Es necesario el apoyo en sentido financiero (capital para cooperativas y transporte; créditos), técnico (desarrollo agro-industrial) y sociológico (autoorganización de la población).

• Aclaración sobre las consecuencias de la elaboración de la coca y cocaína, así como del consumo de la pasta de coca (basuco) para la salud y el ambiente, con el objeto de lograr una modificación de conciencias hacia una conciencia del injusto.

• Programas sociales, en especial en el campo de la salud y educación, organización de tiendas de víveres administradas independientemente (tiendas comunales) para el aseguramiento del abastecimiento de comestibles a precio de propio costo.

• Participación amplia de la población afectada en el planeamiento y ejecución de los elementos mencionados.

El problema principal de tal estrategia consiste en la compensación de las ventajas de la comercialización de la coca, especialmente del nivel de liquidez garantizado por el pago en efectivo de los intermediarios, y de la seguridad financiera y social del productor campesino que resulta de ello. Estas ventajas sólo pueden ser compensadas mediante la compra inmediata y el pago en efectivo de los productos alternativos legales, por ejemplo a través de las cooperativas de producción mencionadas y, mediante ayudas a la comercialización (transporte, depósito, créditos). Esto, a su vez, presupone que el precio de los productos alternativos por lo menos corresponda al de La coca, es decir, los productos alternativos deben ser capaces de competir con la coca. Adicionalmente, en caso de un alza del precio oscilante de la coca debe existir la disponibilidad, por parte de los países industrializados, de pagar mayores precios por los productos alternativos, cuyos precios están controlados por ellos, especialmente el café. Bajo determinadas circunstancias, en tal caso, deberán ser subvencionados con ayuda occidental también ciertos productos destinados únicamente al consumo nacional, tales como

yuca, plátanos, frijoles, arroz. Las conversaciones con cocaleros, que están dispuestos a sustituir a coca y que, incluso, ya la han reducido casi a manera de prestación adelantada, evidencian que la magnitud de la diferencia de precios entre la coca y los productos alternativos –en el caso en que estos se hayan siquiera cultivado y comercializado– es el criterio decisivo para o contra la sustitución. Al no darse alternativas de sobrevivencia, el campesino se ve a menudo obligado a volver al cultivo de la coca.[13]

5.2 Descriminalización[14]

El debate sobre la descriminalización sufre, no pocas veces, de una falta de claridad terminológica y, además, no define si se refiere a la producción, el consumo o el tráfico de drogas.

Por lo tanto, debemos clarificar algunos términos usados. La descriminalización se refiere a la conducta humana penalizada, es decir, despenaliza esa conducta. Se puede distinguir entre las siguients formas:

• la descriminalización transformatoria (se reemplaza el control penal por otras formas de control social);

• la descriminalización parcial (correspondiente a una cierta cantidad de una cierta droga, también la renuncia a la persecución penal o a la condena en el caso de posesión de cantidades mínimas, § 29 V ley antidroga alemana – "Betäubungsmittelgesetz");

• descriminalización real (la conducta queda despenalizada sin reemplazo) y la descriminalización sociológica (se elimina la situación que provoca o causa las conductas criminales).

El término de legalización se refiere a la sustancia (droga) y significa el expendio legal de la misma. Se distingue la legalización controlada, que establece un monopolio estatal de drogas y contiene ciertos criterios de diferenciación (peligrosidad de la droga, edad del consumidor etc.) de la legalización total.

Finalmente, existe el termino de acceso legal que corresponde a la situación en la cual un cierto grupo de personas obtiene la droga legalmente, pero para el resto de la población se mantiene la prohibición.

Consideramos necesario la redefinición y precisión de una nueva política de drogas en el sentido de una dicotomía: por un lado, una descriminalización de las conductas correspondientes a la producción, posesión, consumo y ependio pequeño, por otro lado, una lucha más eficaz contra el tráfico organizado o la llamada

(13) Especialmente el té de coca, pero también miel, pasta de dientes, medicamentos (como la Cocabetes, un antidiabético), chicle, vino, sirup de coca, todos os cuales se producen en el Perú. Vease mi articulo "Koka ist nicht Kokain", *Die Tageszeitung*, 09.06.1995, p. 13.

(14) Comp. Ambos, 1993, p. 420 et seq. y 1994, p. 146 et seq.

criminalidad organizada. Una nueva política debe partir del hecho criminológico de que la eficacia del control social a través del derecho penal es, no solamente en el campo de drogas, muy limitado y que la sola represión penal trae más consecuencias negativas que positivas.

5.2.1 Producción: promoción de la coca tradicional

Una nueva política de drogas tiene que superar definitivamente la equiparación entre coca y cocaína, insostenible científicamente, consagrando legalmente la protección del cultivo tradicional de coca y los ritos culturales de la población indígena. La tradición de la coca en la región y la importancia todavía fundamental de la coca para la población indígena, exigen una regulación legal separada que desvincule notoriamente a la coca de los estupefacientes y descarte toda posibilidad de criminalización como, por ejemplo, mediante la remisión a tipos penales.

Tal descriminalización tendría, además, ventajas prácticas. La población campesina podría ser más fácilmente motivada a apoyar el programa estatal de sustitución. La participación campesina en el proceso del "desarrollo alternativo", reconocida ahora por todas las partes como necesaria, sería alcanzable de manera más fácil.

La descriminalización así conseguida, constituye el punto de partida para el próximo paso el cual tiene por objetivo, a largo plazo, el debilitamiento de la coca ilegal en favor de la coca legal y tradicional. Esto exige un aumento gradual de la participación de la coca tradicional en las áreas totales de cultivo, a través de una comercialización estatal reforzada y, especialmente, de unas mayores posibilidades de exportación. Los países productores, frente a representaciones de intereses más fuertes, deberían tener a la vista la fundación de una "Organización de Países Exportadores de Coca", similar a la OPEP. Los países industrializados deberían abrir sus mercados a los productos de la coca, e introducir una modificación en sus legislaciones de drogas, todavía en parte demasiado restrictivas.[15] Dicho en pocas palabras, se trata de la comercialización internacional de la coca como un producto legal de la talla del café, té, cacao etc. Esto tendría las siguientes ventajas:

- Incremento de la participación de la coca legal en la producción total y, con ello, la reintegración de gran parte de la población campesina en la economía legal;
- Reforzamiento de la autoridad estatal en las zonas cocaleras y, consecuentemente, el debilitamiento de la posición del tráfico de la droga y dela subversión;
- Reforzamiento de la parte legal de las economías nacionales afectadas y una menor dependencia de la economía ilegal de la coca.

(15) Según el art. 29 (l) n. 1, art. 3 I n. 1, concordado con el 1 (1) del anexo II de la *Betäubungsmittelgesetz* alemana (ley antidroga), por ejemplo la importación de hojas de coca todavía está prohibida, ya que se le considera estupefaciente.

La inseguridad de esta concepción consiste en que una producción legal reforzada no tiene, necesariamente, que repercutir en contra de la producción ilegal. Más bien, es imaginable que la producción ilegal permanezca constante y que la producción total (de carácter legal e ilegal) se incremente. Como se sabe, no hay fronteras a la expansión del cultivo de la coca mediante traslados; este desarrollo depende decisivamente de la demanda de cocaína en los países consumidores.

Desde la perspectiva campesina debe considerarse que la situación actual de un mercado predominantemente ilegal garantiza elevados precios de la coca, y representa un instrumento de presión frente a los esfuerzos nacionales e internacionales de sustitución. Si se redujera la coca ilegal o se le hiciera desaparecer completamente, y el Estado asumiera la comercialización legal restante, el campesino de la coca que actualmente la produce de manera privada y capitalista, perdería, según los temores de los campesinos de la coca y sus organizaciones, su poder de negociación y dependería unicamente del monopolio estatal de comercialización, como en el caso de los productos legales. Las experiencias con una comercialización estatal en el Perú y en Bolivia muestran que estos temores no deben descartarse: los precios estatales en La Convención (Cusco, Perú) o en las Yungas (La Paz, Bolivia) y en Chapare (Cochabamba, Bolivia) son considerablemente menores que los del tráfico de drogas y, solamente debido a esta competencia, están por sobre los de la mayoría de los productos legales (comp. nota 4).

Semejante política de drogas, sea prohibicionista o antiprohibicionista, tiene por objetivo reducir la demanda ilegal de coca y cocaína y conduce con ello, lógicamente según una economía de mercado, a un descenso del precio de la coca y a una pérdida de atractivo del cultivo de la coca frente a otros productos. La demanda de coca y cocaína puede, por lo demás, ser reducida también en cualquier momento mediante una modificación en el gusto de los consumidores, y/o el reemplazo de la cocaína por drogas sintéticas. Esto significa que, de ninguna manera los cocaleros deben confiar en, que la situación actual de un precio artificial de la coca elevado se va a mantener siempre igual; su política, como la de las organizaciones nacionales e internacionales, debe más bien dirigirse a reducir la dependencia de la coca para defenderse de los mencionados cambios en el mercado. La creación de una *economía alternativa* a la coca, caracterizada también con el concepto de sustitución económica o Coca por desarrollo (que contienen en esencia lo mismo), resulta por eso indispensable.

5.2.2 Posesión, consumo y pequeño tráfico: descriminalización y legalización controlada

Un análisis objetivo resulta en el reconocimiento de que los argumentos en favor de una legalización controlada prevalecen sobre los argumentos en contra.

Los argumentos en favor son los siguientes:

• El argumento liberal, según lo cual los bienes jurídicos supuestamente tutelados no dan una suficiente legitimación para la represión penal del consumidor de drogas ilegales. Dada la no-punibilidad de la autolesión, consecuencia de la garan-

tia de la libertad individual, la criminalización de la posesión y adquisición para el autoconsumo es una contradicción.

• El argumento político-criminal, según lo cual la criminalización del consumo genera los altos precios que llevan al consumidor a cometer actos criminales para financiar su consumo (la llamada "criminalidad vinculada o asociada").[16] En los países productores, además, la política de represión genera formas especiales de violencia como el narcoterrorismo o la nueva violencia de la narcoguerilla.

• El argumento económico, según lo cual la prohibición, por un lado, representa un costo importante para los presupuestos nacionales y, por otro lado, tiene como consecuencia una inflación de los precios. Los decomisos reducen la oferta sin cambiar la demanda, la represión generalizada provoca el llamado "crime tariff" (Packer), es decir los costos de riesgo para los que participen en el negocio, lo que finalmente paga el consumidor.

• El argumento social, según lo cual deben tratar los consumidores no mas como autores sino como victimas cuya reintegración social es la única manera de evitar su marginalización social. Un control estatal de la calidad de las drogas, además, evitaría los daños a la salud hoy existentes.

• El argumento cultural, según lo cual se trata de lograr –a largo plazo– un manejo racional y adecuado con las drogas no tradicionales.

El argumento central *en contra* de una legalización es el posible incremento del consumo de drogas todavía ilegales.

Si bien es cierto que este peligro existe, requiere algunas aclaratorias. En primer lugar, es dudoso sacar esta conclusión de las elevadas tasas de consumo de alcohol y nicotina, porque el contexto socio-cultural e histórico de estas drogas no es comparable. En segundo lugar, no existen experiencias que nos den certeza de lo qué pasará en el momento de la legalización con el consumo de las drogas ilegales. Las experiencias norteamericanas y europeas se refieren a las llamadas drogas suaves del *Cannabis* (hachís y marihuana). Finalmente, el peligro a la salud por la cocaína es muy discutido. Los llamados 'muertos por droga", que en los países consumidores son siempre citados para justificar la prohibición, no mueren, en la mayoria de los casos, por una dosis pura y adecuado sino por una sobredosis y/o de drogas "sucias". En el caso de la cocaína, por ejemplo, no se conoce ni un caso en que la muerte fue causada por una "dosis personal" sino siempre por mezclas y/o sobredosis.[17]

(16) Según la BKA (1992, p. 22), refiriéndose a un estudio del criminólogo Kreuzer, "casi cada dos hurtos relacionados vehículos, cada tres hurtos relacionados con viviendas y cada cinco robos son cometidos por drogadictos".

(17) Según la *BKA* (1992, p. 103), para el año 1991, de los doce Casos de muerte por droga, se responsabiliza a la cocaína en un 0,4%, mientras que se le atribuye en 1% a la cocaína con otras drogas. Por otra parte, la "Oficina Estatal de la Policia Criminal" (*Landeskriminalamt*) del estado alemán Baden-Württemberg, cita tres casos de muerte por droga de los cuales uno se ha sido por "sobredosis de cocaína".

En todo caso, el argumento en contra tiene tanto peso que no parece responsable demandar una legalización total sin controles estatales. Por el contrario, demandamos una legalización controlada, es decir con organización y control estatal del expendio, con la prohibición de propaganda y sin intereses de beneficios económicos.

El derecho penal se aplica en este contexto como un *derecho penal mínimo,* manteniendo la protección penal de las personas restringidas en su voluntad, sobre todo menores, y extendiendo la sanción penal a todas las conductas que tienen como fin la comercialización de las drogas legalizadas sin considerar los riesgos para la salud. Esto incluye la conducta de desviar las drogas legales a un mercado ilegal. Todas estas conductas violan el bien jurídico de la salud individual del consumidor.[18]

5.2.3 Criminalidad organizada

La lucha contra la criminalidad organizada a través del derecho penal se puede limitar a incluir en los Códigos los siguientes tipos penales y medidas procesales:

- Fundación de una asociación criminal para actividades del narcotráfico (cf. art. 44 ENE, 297 CP per., 53 Ley 1.008), perseguiendo todas las actividades del tráfico.
- Producción ilegal de drogas para un mercado ilegal (cf. art. 47 Ley 1.008).
- Conductas relacionados con las ganancias del narcotráfico, sobre todo "lavado de dinero", decomiso de bienes y/o valores obtenidos del narcotráfico (cf. art. 3 I Convención de Viena, § 261 CP alemán).
- Producción e importación de químicos para la elaboración de drogas, sobre todo evitando la desviación de químicos legalmente importados.

La delincuencia ordinaria, relacionada con la criminalidad organizada, debe ser sancionada a través de los tipos penales del derecho penal general.

Al nivel procesal parece necesario la investigación "proactiva", es decir ofensiva y agresiva contra las organizaciones criminales (operación "hielo verde") con el fin de destruir las estructuras y de detener los autores mediatos ("capos grandes").

Obviamente, en los países productores se requiere un fortalecimiento estructural de los órganos de investigación y del poder judicial. Para recuperar la confianza de la población estos órganos necesitan una limpieza total y profesionalización para minimizar la corrupción e infiltración. Si se considera necesaria la ayuda policial externa, esta debería influir en los procesos de selección, en la formación psicosocial de las fuerzas de seguridad en cuanto al respeto de los derechos humanos y fortalecer los órganos civiles de investigación, por ejemplo la Fiscalía General en Colombia.

(18) Véase la propuesta concreta del "Grupo de Malaga", en: Díez-Ripollés, 1991, sobre todo p. 499 et seq.

Sin embargo, todos estos intentos son vanos, si no se logra destruir el poder económico del narcotráfico a través de la legalización controlada.

Bibliografía

AMBOS, Kai. *Control de drogas, política y legislación en América Latina, Estados Unidos y Europa. Eficacia y alternativas.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

———. "Criminalidad organizada y 'Guerra a las drogas'". Caritas Alemana/Caritas Internacional (ed.), Seminario de expertos – Farmacodependencia y politica de drogas. Bogotá 2002, p. 147-156.

———; STEINER, Christian. "Legislación penal de drogas en países bajos (NL), Alemania (D), España (E), Gran Bretaña (GB) y Dinamarca (DK) a la vista de la armonización legal". *Revista Canaria de Ciencias Penales* 6/41-61, Dic. 2000.

DIETZ, Eva. "Drogas y desarrollo en A.L. Estrategias, experiencias y ejemplos de proyectos de la labor de GTZ". Lima, *Eschborn* Dez. 2001 (GTZ).

FRIESENDORF, Cornelius. *Der internationale Drogenhandel als sicherheitspolitisches Risiko.* Münster et alii: Lit Verlag. 2001

LESSMANN, Robert. *Drogenökonomie und internationale Politik. Die Auswirkungen der Antidrogenpolitik der USA auf Bolivien und Kolumbien.* Frankfurt a. Main: Vervuert 1996.

TRANSNATIONAL INSTITUTE (TNI, 2001a), Vicious Circle. *The chemical and biological war on drugs,* Amsterdam 2001.

TRANSNATIONAL INSTITUTE (TNI, 2001b), *Europe and Plan Colombia/Europa y el Plan Colombia*, Amsterdam, 2001.

VARGAS, Ricardo. *Fumigación y conflicto.* Bogotá, 1999.

WOLA, "Plan Colombia: U.S. Anti-Drug aid fueling brutal civil war" <http://www.wola.org/Citizen_Action_Plan_Colombia>.

Literatura

Albrecht/van Kalmthout: European perspectives on drug policies, en: Albrecht/van Kalmthout (edts.): Drug policies in Western Europe, Freiburg/Br. (Informes de investigaciones criminológicas del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Tomo 41), 1989, p. 425-473.

Ambos, Kai: Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien – eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländern, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebubg, Freiburg/Br. 1993 (Informes de investigaciones criminológicas del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional).

Ambos, Kai: Drogenkrieg in den Anden, Rahmenbedingungen und Wirksamkeit der Drogenpolitik in den Anbauländern mit Alternativen, Munich (AG Spak) 1994.

Ambos, Kai: Acerca de los intentos de control de las drogas en Colombia. Perú y Bolivia, in: Cuadernos de Política Criminal (Madrid) n. 53 (1994) p. 629-667 und Revista dela Facultad de Ciencias Jurídicas y Politicas, n.98 (1996), Universidad Central de

Venezuela, Caracas, p. 343-390.

Ambos, Kai, Drogenbekämpfung in den Anden. Von "Kartellen", narco-guerilla, illegalen Märkten, Formen der staatlichen Intervention, mangelnder Wirksamkeit und (unerwünschten) Nebeneffekten, in: Labrousse, Alain/Wallon, Alain (Hrsg.), Der Planet der Drogen, Analyse einer kriminellen Weltmacht, Frankfurt 1996, p. 23-44.

Bundeskriminalamt (Oficina Federal de la Policia Criminal – BKA): Rauschgift Jahresbericht (Informe anual sobre estupefacientes) 1991, Wiesbaden 1992.

– Rauschgift Jahresbericht 1993, Wiesbaden 1994.

– Rauschgift Jahresbericht 1994, Wiesbaden 1995.

– Rauschgift Jahresbericht 1995, Wiesbaden 1996.

Deutscher Bundestag (Parlamento Alemán, Comittee para la juventud, la familia, la mujer y la salud): Bericht einer Informationsreise des Ausschußes (Informe sobre el viaje de información de una delegación de la Comisión para la Juventud, la Familia, la Mujer y la Salud) realizado del 19 de febrero al 2 de marzo de 1990 a Bolivia y Miami/USA; Bonn 26.04.1990 (impreso dela Comisión II/262).

Díez-Ripollés, José Luis: Alternativas a la actual legislación sobre drogras, en Nuevo Foro Penal n. 54, Medellín 1991, p.467 y. ss.

INCB: Informe de la International Narcotics Control Board para 1993, NY 1994.

Krauthausen, Ciro/Sarmiento, Luis E.: Cocaína & Co. Un mercado ilegal por dentro, Bogotá 1991.

Observatoire géopolitique des drogues: Der Welt-Drogen-Bericht Munich 1993.

Reyes Posada, Alejandro: La violencia y la expansión territorial del narcotráfico, en: Tokatlian/Bagley (eds): Economía y política del narcotráfico, Bogotá 1990, p. 117-139.

Salazar, Alfonso: Totgeboren in Medellín, Wuppertal 1991.

United Nations Drug Control Program (UNDCP): 1993 Annual Country Report Bolivia, La Paz 1994.

US-Department of State Bureau of International Narcotics Matters: International Narcotics Control Strategy Report, Executive Summary, abr. 1994.

US-Department of State Bureau of International Narcotics Matters: International Narcotics Control Strategy Report, Executive Summary, mar. 1995.

US-House of Representatives Committee on Government Operations: Stopping the flood of Cocaine with operation Snowcap: is it working?, informe n. 13, 14.08.1990.

1.3

CUESTIONES BÁSICAS DEL DERECHO PENAL DEL AMBIENTE: reflexiones desde el derecho peruano

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

SUMARIO: 1. Cuestiones introductorias – 2. El bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente y su técnica de tipificación: 2.1 El bien jurídico como límite del *ius puniendi*; 2.2 El bien jurídico penal en los delitos contra el medio ambiente; 2.3 Las Técnicas de Tipificación en los delitos contra el medio ambiente; 2.4 Los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro – 3. Los modelos de imputación de responsabilidad penal en la criminalidad medioambiental – 4. La técnica de la ley penal en blanco: 4.1 El principio de legalidad penal y la ley penal en blanco; 4.2 La admisibilidad de la ley penal en blanco; 4.3 La técnica del reenvío en el Derecho penal del ambiente. Especial referencia al Derecho peruano: 4.3.1 La integración normativa en los delitos contra el medio ambiente según el Código penal peruano; 4.3.2 La compatibilidad de los tipos protectores del medio ambiente y el principio de certeza – 5. La accesoriedad administrativa del Derecho penal – 6. Conclusiones.

Resumen: En las años más recientes, el Derecho penal, al igual que lo han hecho otros ámbitos del ordenamiento jurídico, ha fijado preferente atención al medio ambiente y su protección en esta sede. Es evidente que dicho carácter novedoso tiene como consecuencia la falta de definición y adecuación de las categorías dogmáticas a la protección penal del referido bien jurídico.

Pues bien, conocedores de tal situación, ya denunciada por múltiples autores, el presente trabajo pasa revista a algunos de estos problemas tratando de evaluar los límites y observar la posibilidad del Derecho punitivo en la mira de proteger y preservar adecuadamente el medio ambiente.

Palabras-clave: Derecho penal – Medio ambiente – Responsabilidad de empresas – Delitos de peligro.

1. Cuestiones introductorias

Inicialmente el Derecho se introdujo al ámbito medioambiental mediante la protección de sus diversos elementos, por ESER denominados "campos par-

ciales",[1] no obstante, la tutela jurídica se caracterizaba, en estos casos, más que por la necesidad de conservar el ambiente, por la "optimación unilateral de una explotación orientada hacia los hombres de manera puramente antropocéntrica",[2] es por eso que "tal protección refleja del ambiente en siglos pasados era especialmente *individualista* y, por tanto, muy localizada [...], en cierto modo, 'microcósmica'".[3]

De esta manera, ya desde el Código de Hammurabi (siglo XVII a.C.), la prohibición de sobreexplotar a los animales se encontraba concebida más en atención a la conservación de su capacidad de trabajo a favor del ser humano que a la subsistencia de la especie. De igual forma, en el Derecho Romano, la muerte de un animal era comprendido como un acto que perjudicaba las posibilidades de explotación agrícola. Posteriormente, durante la Alta Edad Media, el Derecho Municipal concedió cierto nivel de protección al medio ambiente, en tanto coincidía con ciertos intereses del hombre. En la misma línea aparecen las regulaciones municipales sobre eliminación de residuos y protección de aguas, en la medida que la tutela se encontraba destinada más a la conservación o mejora de las condiciones de vida.[4] También la RStGB de 1871 que sancionaba el maltrato contra los animales, fue guiado más por el sentimiento de "compasión" sobre estos que en relación a la conservación de la fauna.[5]

La protección jurídica del medio ambiente ha cobrado, que duda cabe, especial connotación en la últimas décadas, sobre todo a partir de la Conferencia de Rió de Janeiro de 1992 en la cual se reconoció mundialmente la crisis ecológica y la sociedad pudo verse a si misma, según ha denunciado Ulrich BECK, como "sociedad de riesgo mundial".[6]

El Derecho penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicho fenómeno, produciéndose continuo debate respecto a temas fundamentales dentro del Derecho penal económico y que frente a la cuestión medioambiental adquieren un tono más acentuado, así la doctrina ha discurrido por problemas como la identidad del bien jurídico penalmente protegido y sus técnicas de tipificación, los modelos de imputación, el recurso a la ley penal en blanco y la accesoriedad administrativa del Derecho penal del ambiente, aspectos que trataremos a continuación

(1) ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 1998.

(2) Idem, ibidem.

(3) Idem, ibidem.

(4) Idem, ibidem.

(5) Idem, ibidem.

(6) BECK, Ulrich. *¿Qué es la Globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borras. Barcelona: Paidos, 1998. Sobre las implicancias de dicho fenómeno para el Derecho penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

y cuya principal característica común es su capacidad para poner al descubierto las limitaciones del Derecho penal en el resguardo del medio ambiente.

Ahora bien, es evidente que el conocimiento de las limitaciones del Derecho penal harán posible evaluar las posibilidades de ésta disciplina en el resguardo del medio ambiente.

2. El bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente y su técnica de tipificación

2.1 El bien jurídico como límite del ius puniendi

El Derecho penal constituye, como sabemos, un medio de control social secundario. El control social es, conforme precisa Hurtado Pozo: el "conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados".[7]

En función a su condición de medio de control social, el Derecho penal, cumpliendo una labor confirmadora y aseguradora de otros niveles de control social más sutiles (la familia, el colegio, el centro de labores, la iglesia etc.),[8] pretende controlar, orientar y planear la vida en común.

Es éste el motivo por el cual se determinan y definen ciertos comportamientos u omisiones como incorrectos, recurriéndose a la amenaza punitiva para que los ciudadanos omitan o ejecuten dichos actos. Al Estado le interesa pues orientar, a través del ejercicio del *ius puniendi*, el comportamiento de los individuos que lo integran.[9]

La respuesta estatal ante el comportamiento que se desvíe de su pretensión de control es la pena. La pena tiene siempre un contenido aflictivo, conforme fuera advertido por los autores del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 al señalar que la sanción penal es una: "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres".

(7) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Lima: Eddili, 1987; al respecto, véase también: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)*. En PRADO SALDARRIAGA, Víctor / Bojorquez Padilla, Uldarico & SOLÍS CAMARENA, Edgar (Comp.). Derecho Penal. Parte General (Materiales de Enseñanza). Lima: Grijley, 1995; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. anotaciones de Derecho peruano por el Prof. Carlos Caro, Lima: Horizonte, 1999; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1998.

(8) MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit.

(9) HURTADO POZO, José. Op. cit.; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuencia: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996.

Ante la evidencia constatada de que la actividad punitiva del Estado supone una de las más graves afectaciones de los derechos fundamentales de la persona,[10] aparece la necesidad de fijar límites al poder punitivo estatal.

Es en ese contexto que aparece el concepto: "bien jurídico", como criterio limitador de la intervención penal del Estado y que, haciendo propios los términos de Serrano- Piedecasas: "acota el círculo del ámbito legítimo de intervención".[11]

Aunque éste no es el lugar más adecuado para estudiar las posturas existentes sobre el bien jurídico-penal ni su evolución histórica,[12] creo preciso reafirmar la idea, ya expuesta por Mir Puig hace una década,[13] que el concepto bien jurídico no resulta suficiente para decidirse por la protección penal.[14] Y esto es porque: "No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien jurídico* ha de convertirse en un bien *jurídico-penal*".[15]

Aparece así la necesidad de diferenciar ambos conceptos: bien jurídico y bien jurídico-penal. La diferencia entre ambas categorías se marca en el carácter más restringido que posee este último concepto. El contenido restringido que se concede al concepto bien jurídico se basa en la exigencia de dos requisitos: suficiente importancia social, o merecimiento de protección, y necesidad de protección penal.[16] Por ello es que Mir Puig señala: "Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*".[17]

(10) HURTADO POZO, José. Op. cit.; GRACIA MARTÍN, Luis. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

(11) SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. cit.

(12) Sobre dichos aspectos, véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Reflexiones sobre el contenido del bien jurídico-penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos*. En Revista Jurídica del Perú, año LI, n. 18, Trujillo: Normas Legales, 2001; Idem. "Sobre el contenido material del bien jurídico-penal". *Revista da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal*, año I, n. 1, Minas Gerais, 2000.

(13) MIR PUIG, Santiago. "Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendo*". *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel.

(14) Idem, ibidem.

(15) Idem, ibidem.

(16) Esta concepción tendría su origen, siguiendo lo expresado por Monge Fernández, en el pensamiento de Mayer: "Max Ernst MAYER, exigía tres características para que cualquier objeto adquiera la cualidad de bien jurídico. Así el bien jurídico debe ser merecedor de tutela penal ('*Schutzwürdig*"). En segundo términos, ha de estar necesitado de protección penal ('*Schutzbedürftig*'). Finalmente, susceptible de la misma ('*Schutzfähig*')"; así: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La Responsabilidad Penal por Riesgos en la Construcción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

(17) MIR PUIG, Santiago. Op. cit.

En esta línea de ideas, podemos advertir, en suma, que un interés social vital sólo podrá ser elevado a la categoría de bien jurídico penal en la medida que se haga merecedor de protección penal, en cuanto, como indica Rodríguez Mourullo, a la generalidad de los componentes del grupo social y no sólo a la minoría o un sector social determinado,[18] y siempre que se encuentre necesitado de resguardo en sede penal ante el fracaso de los medios de los que disponen las otras ramas del derecho.[19]

2.2 El bien jurídico penal en los delitos contra el medio ambiente

El Código penal peruano plantea algunas dudas en relación al bien jurídico penalmente tutelado en los delitos contra el medio ambiente. Es que, como ha advertido Caro Coria, si bien parece que el legislador nacional optó por articular la protección penal de forma autónoma, de la estructura típica de las conductas es posible argumentar lo contrario.[20]

El citado autor nacional parte en primer lugar de la "discordancia valorativa entre la connotación ecológica que tienen modernamente los delitos ambientales y el carácter socioeconómico que le otorgó la exposición de motivos".[21]

La razón de dicha declaración en el texto de la exposición de motivos de nuestro actual Código Penal se debería a que el legislador nacional cito, casi literalmente, a Bustos Ramírez, quien hasta ese entonces calificaba los delitos medioambientales como delitos económicos. Una posición más coherente hubiese optado, como en efecto ocurrió en el Proyecto de Código Penal de Setiembre de 1984, por ubicar los delitos contra el medio ambiente junto con los delitos económicos.[22]

(18) RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Directrices Político-Criminales del Anteproyecto de Código Penal". In Mir Puig, Santiago (Ed.). *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá: Temis, Bogotá, 1982.

(19) Rodríguez Mourullo agrega un tercer criterio delimitador, al que denomina: "eficacia de protección", en cuya virtud sólo aquellos valores cuya protección pueda ser ejecutada con eficacia por el sistema penal serán dignos de ser considerados bienes penalmente relevantes. Es fácil observar la cercanía del planteamiento de Rodríguez Mourullo con el de Mayer, sin embargo, me parece que la eficacia del sistema penal en la protección de bienes jurídicos deriva de la actuación de sus operadores, es decir, es un problema de índole procesal que no debe considerarse como trascendente en la delimitación del contenido material del concepto en discusión; in RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. cit.

(20) CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente*. Lima: Benites, Mercado & Ugaz Abogados, 1995.

(21) CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit.; Idem. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*. Lima: Horizonte, 1999.

(22) CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente*; Idem. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

Por otra parte, continúa Caro Coria, de la revisión del texto constitucional de 1979, vigente durante la promulgación del texto punitivo de 1991, aparecía que no todos las conductas típicas constituían delito contra el medio ambiente según el concepto que emanaba de la referida carta política. Esto era lo que ocurría, por ejemplo, con lo que en la doctrina se conoce como delitos contra la ordenación del territorio y que en nuestro Código Penal aparecen recogidos en los arts. 311 y 312.[23]

La determinación e identidad del valor penalmente protegido ha sido objeto de constante e incesante debate. La doctrina dominante ha estimado que el bien jurídico viene a ser "el medio ambiente", hecho que ha sido reafirmado por nuestra jurisprudencia,[24] sin embargo, las mayores dificultades surge en la interpretación de dicho concepto. Aparecen así las concepciones residuales, legalistas, amplia, estricta e intermedia.

La concepción residual ha sido defendida en la doctrina española básicamente por Rodríguez Devesa y Serrano Gómez y sostiene que desde una óptica legal el medio ambiente son "todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o leyes penales especiales".[25]

La concepción legalista, desde una óptica formal, entiende el bien jurídico "medio ambiente" como aquel integrado por los sectores en los que el legislador ha estimado oportuno extender su tutela, con lo que encubiertamente se renuncia a construir un concepto de ambiente vinculado a la realidad social.

Desde una perspectiva amplia, el medio ambiente es entendido como el entorno que rodea al hombre, identificándose dos sectores contrapuestos: el ambiente natural (aire, suelo, flora y fauna) y el ambiente artificial, que incluye ambientes construídos por el hombre y el ambiente social.[26] Esta posición, por su carácter omnicomprensivo, carece de la suficiente solidez, por lo que elaborar un bien jurídico autónomo parece sumamente difícil.

(23) CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente.*

(24) "En los delitos contra la ecología el bien jurídico protegido está constituído por los recursos naturales y el medio ambiente, al punto que se ponga en peligro, con la acción ilícita, la salud de las personas; siendo la comunidad la perjudicada, entendida esta como el conjunto de personas que tienen el derecho de vivir en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado para la vida y la naturaleza", ejecutoria de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 1 de Junio de 1998 (Exp. n. 140-98), extraída de: ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada.* Lima: Idemsa, 2001.

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte Especial.* 16 ed. Madrid: Dikynson, 1993.

(26) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

Las posiciones restringidas, entre cuyos defensores cabe destacar a Martín Mateo, incurren en el mismo error, aunque en este caso no por exceso sino por defecto,[27] pues identifican el ambiente con aquellos elementos de titularidad común y con características dinámicas, con lo que el concepto se limitaría sólo al aire y el agua, dejando ayunos de protección elementos como el suelo, la flora y la fauna.[28]

Ante las insuficiencias mostradas por estas posiciones, la doctrina mayoritaria, en la que destacan autores como Bacigalupo Zapater, Berdugo Gómez De La Torre, De La Cuesta Arzamendi, Muñoz Conde, Queralt Jiménez,[29] Nuvolone, Eser y Tiedemann, ha optado por adherirse a una concepción intermedia que se nutre de los preceptos constitucionales y de la ecología.[30]

Esta concepción intermedia, además de obtener acogida en la doctrina penal mayoritaria, ha sido recogida por el XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal de 1994 y la Resolución n. 1, relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, asumida en la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de 1990.[31]

La doctrina penal nacional se ha acogido también a la concepción intermedia, destacando Caro Coria y Bramont Arias / Bramont-Arias Torres / García Cantizano.

Aunque en su primera obra sobre la materia CARO CORIA señalaba que el ambiente: "es un fenómeno óntico y como tal debe ser conceptualizado sin fragmentaciones. Por tal motivo, nosotros consideramos que el único concepto verdadero de ambiente es el recogido por la concepción amplia",[32] actualmente se ha acogido a la postura intermedia contenida en las Constituciones peruana y española para desarrollar los alcances del bien jurídico penal.[33]

Bramont Arias / Bramont-Arias Torres sostienen que el "medio ambiente" debe ser entendido como "todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas que en él se desenvuelven".[34] En similar línea Bramont-Arias Torres / García Cantizano afirman que es necesario partir de una visión natural del medio ambiente, concebido como la "suma de las bases naturales de la vida humana", encontrando cobijo elementos como las propiedades del suelo, el aire, el agua, la flora, la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de las

(27) Idem, ibidem.

(28) Idem, ibidem.

(29) QUERALT JIMÉNEZ, Joan. "El delito ecológico en España: Situación actual y perspectivas de reforma". *Revista Peruana de Ciencias Penales,* n. 4, Lima, 1994.

(30) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(31) Ibidem.

(32) CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente.*

(33) Ibidem.

(34) BRAMONT ARIAS, LUIS y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal Anotado.* 3 ed. Lima: San Marcos, 2000.

especies animales,[35] no obstante, incurren en el error, ya constatado por Caro Coria, de calificar su postura como amplia, cuando no incluyen al patrimonio histórico ni la ordenación urbanística.[36]

Para la identificación correcta del bien jurídico "medio ambiente" es necesario, sostiene De La Cuesta Aguado, distinguir al propio bien jurídico de los elementos u objetos que lo integran. Así las cosas, aunque algunos elementos como "el agua", "el aire", "una especie protegida" pueden recibir atención del Derecho penal "el equilibrio entre todos estos factores es lo que finalmente constituye el medio ambiente y, en tal sentido, debe ser considerado como presupuesto de la vida en sociedad".[37]

2.3 Las Técnicas de Tipificación en los delitos contra el medio ambiente

La protección penal de los bienes jurídicos colectivos,[38] entre los que se puede ubicar al medio ambiente, suele articularse a través de la técnica de los tipos de peligro, pues aunque los tipos de lesión han sido históricamente, como De La

(35) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte Especial.* 4. ed. Lima: San Marcos, 1998.

(36) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(37) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente.* 2 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

(38) No me ocupare de las críticas formuladas por la llamada "teoría personal del bien jurídico", defendida en Alemania por Hassemer, Herzog, Albrecht y en España por Muñoz Conde y De La Cuesta Aguado, que considera que los bienes jurídicos colectivos constituye una clara muestra del carácter expansionista del Derecho penal, estimo que la pretensión de las posturas personalistas son evidentemente reduccionistas y se encuentran dirigidas a excluir la protección de los bienes jurídicos colectivos del denominado "Derecho penal nuclear" (*Kernstrafrecht*). Esta intención reduccionista propone el traslado de los delitos económicos (en sentido amplio) hacia el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio. Esta pretensión, tal como denuncian Marinucci/ Dolcini y, de forma similar Schünemann, tiene una faz oculta, que viene dada por la "bagatelización" de los atentados contra los bienes jurídicos de orden colectivo; respecto a la teoría personal del bien jurídico, véase: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Responsabilidad por el Producto en el Derecho Penal.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995; HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde & María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Nuevas tendencias en la legislación penal: el nuevo Código Penal español de 1995.* En Roxin, Claus & Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2000; DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Norma Primaria y Bien Jurídico: Su Incidencia en la Configuración del Injusto". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996; críticamente: MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad", trad. Raúl Carnevali Rodríguez. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*,

Cuesta Aguado ha precisado: "el núcleo básico de los códigos penales tradicionales",[39] el desarrollo de las sociedades modernas y la aparición de la idea de "sociedad de riesgos", han obligado el adelantamiento de la intervención penal a fases previas a la lesión de los bienes jurídicos,[40] la doctrina jurídico-penal se ha avocado a determinar la legitimidad de dicha fórmula legislativa y su concordancia con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad.

La lógica nos lleva a deducir razonadamente la ineptitud de las fórmulas de lesión para la protección eficaz de los bienes jurídico-penales colectivos. Si se exigiera la lesión del bien jurídico, en el caso caso ocupa, es decir en los delitos contra el medio ambiente, es probable que la protección penal resulte innecesaria, pues dicho bien jurídico habría resultado seriamente afectado,[41] es por estos motivos que Silva Sánchez ha señalado que la imputación en estos casos no surge por la peligrosidad en sí de la conducta, sino en la que se produciría "si todos hicieran lo mismo".[42]

En este entendimiento, resulta evidente que en la tipificación de las conductas relacionadas a los bienes jurídicos colectivos deberá optarse por las fórmulas de peligro, que haciendo propias las palabras de Monge Fernández: "constituyen la técnica habitual de protección de los intereses colectivos".[43] No obstante, surge aquí una cuestión adicional a ser analizada, que es si éstos deben hacer referencia a un peligro concreto o a un peligro abstracto.

El recurrir a las fórmulas de peligro concreto parece poco adecuado para la protección de bienes jurídicos colectivos,[44] en la medida que a través de esta técnica la lesión del bien jurídico aparece muy cercana y la verificación *ex ante* de peligro resulta difícilmente constatable.[45]

n. 2. Lima: Grijley, 2001; SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana", trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5. Lima, 1995.

(39) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*.

(40) Idem, ibidem.

(41) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. Lima: Idemsa, 1997. Es por ese motivo que la profesora Paz De La Cuesta Aguado subraya el carácter preventivo de los tipos de peligro en el Derecho penal medioambiental sobre la base de la naturaleza de la materia protegida; al respecto: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*.

(42) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*.

(43) MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. Op. cit.

(44) Esta era la opinión sostenida por Caro Coria en la parcela de los delitos contra el medio ambiente: CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección penal del Ambiente*. Actualmente, el profesor peruano ha variado de postura, señalando que ésta idea "merece una valoración negativa"; al detalle: Idem. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*.

(45) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit.

Ante esta situación, la tendencia político criminal mayoritaria ha llevado a articular la protección de los bienes jurídicos colectivos a través de los tipos de peligro abstracto que históricamente aparecen como una categoría residual y que comprendía simples infracciones administrativas.

En esto han sido de suma importancia los aportes de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal. El X Congreso (1969) y el XIII Congreso (1984) de la Asociación Internacional de Derecho Penal admitieron a los tipos de peligro abstracto como un medio legítimo para reprimir los delitos económicos. Más recientemente en cambio, el XV Congreso (1994) optó por establecer algunas exigencias para su admisibilidad en la protección penal del medio ambiente.[46]

No obstante, la utilización de las fórmulas de peligro abstracto ha sido fuertemente criticada, pues supone la flexibilización de las garantías propias del Derecho penal a la vez que contradice el principio de intervención mínima.[47]

Las críticas esbozadas por la doctrina han sido bien resumidas por De La Cuesta Aguado, quien al respecto precisa:

"Esta construcción, que excluía de la comprobación judicial la creación de un riesgo para el bien jurídico, fue duramente criticada por la doctrina que consideró que la 'presunción de peligrosidad de la conducta' no satisfacía los requisitos mínimos de lesividad material que debía reunir una conducta para poder dar lugar a la imposición de una pena. Por otro lado, la propia formulación típica y adelantada de la lesión del bien jurídico, impedía la correspondiente visualización del mismo y, consiguientemente, que éste cumpliera sus efectos limitadores de la intervención punitiva, lo que, unido a la amplitud de las formulaciones típicas, permitía una excesiva amplitud del ámbito de las posibles conductas típicas, lesionando el principio de seguridad jurídica y permitiendo la intervención practicamente incontrolada del poder punitivo en la esfera privada de las personas."[48]

En virtud a los problemas denunciados, la disciplina jurídico-penal se ha visto en la necesidad de fundamentar su legitimidad, para ello se han elaborado una serie de planteamientos destinados a lograr la confirmación de los tipos de peligro abstracto.

Así, algunos autores han pretendido legitimarlos según las conductas prohibidas y la forma en que el legislador ha pretendido proteger eficazmente los bienes jurídicos, de esta forma el fundamento político criminal de las fórmulas de peligro abstracto es el no dejar al arbitrio de los demás la estimación de la peligrosidad de

(46) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(47) Destaca la especialmente recia crítica formulada por Arthur Kaufmann quien considera que el injusto de estos delitos se basa en la "probabilidad de la probabilidad", la "posibilidad de la posibilidad", el "peligro del peligro" de lesión del bien jurídico; citado por: CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente.*

(48) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Tipicidad e Imputación Objetiva.* Mendoza: Jurídicas Cuyo, 1998.

las acciones, lo que a su vez puede tener como consecuencia crear costumbre de ciertas conductas,[49] de conformar comportamientos.[50]

Destaca la defensa realizada por Kindhäuser quien entiende que la lesividad en las fórmulas de peligro abstracto se ubica en el descrédito de las condiciones de seguridad indispensables para la disposición de los bienes jurídicos, con lo que se aprecia la existencia de un daño *sui generis* que cumple con inyectar de contenido material a los tipos de peligro, en suma, tenemos que en los delitos de peligro abstracto se produce un resultado lesivo "*sui generis*" contra la seguridad. Esta postura ha sido seguida, en Alemania, por Hoyer y, en España, por Corcoy Bidasolo, Gracia Martín, Martínez-Buján Pérez y Monge Fernández.[51]

Por su parte, Terradillos Basoco, para evitar una excesiva amplitud de los tipos de peligro, propone añadir a la situación de peligro alguna otra situación adicional que podría ser una condición objetiva de punibilidad o considerar al desistimiento como excluyente de responsabilidad.[52]

La legitimación de los delitos de peligro abstracto, desde nuestro punto de vista, debe partir por comprender que estos constituyen en realidad tipos de lesión de bienes jurídicos supraindividuales,[53] conforme han admitido autores como Tiedemann, Bustos Ramírez, Escrivá Gregori, Laurenzo Copello, Méndez Rodríguez, Maqueda Abreu, García Rivas, Faraldo Cabana e incluso antes Bramont Arias.[54]

Así Tiedemann ha precisado: "El delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual",[55] a lo que agrega: "El peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico y los aspectos de la información (por ejemplo como interés tutelado en el caso de los balances), estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro por el delito)".[56]

Y es que la posición expuesta por Tiedemann tiene la ventaja de asentarse en la naturaleza de los bienes jurídicos que se busca proteger a través de los tipos

(49) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit.

(50) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente.*

(51) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(52) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente.*

(53) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit.; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(54) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit.; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(55) CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(56) Idem, ibidem.

penales de peligro abstracto, extrayéndose de la posición adoptada por el profesor alemán y a la cual nos adherimos que la calificación de peligrosidad abstracta aparece sólo referido a intereses individuales, manteniéndose indemne la autonomía entre los bienes jurídicos de orden individual y los colectivos.

2.4 Los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro

La tipificación de los delitos contra el medio ambiente a través de fórmulas de peligro guarda relación con la naturaleza del bien jurídico a proteger, lo que hace permisible un adelanto de las barreras de punición a fases previas a la lesión del interés jurídico. En nuestro ordenamiento penal se ha seguido tal vía conforme vemos en los arts. 304 a 313 del Código Penal, los cuales han sido configurados como tipos de peligro.[57]

Esta decisión resulta coherente, como precisa Queralt Jiménez: "si se piensa en el gran potencial destructor de algunos comportamientos: esperar a la verificación del daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser ésta imposible, tendría un efecto político criminal indeseado: aumentaría el riesgo actual de deterioro del medio ambiente exponencialmente, pues sólo la producción del resultado sería punible".[58]

3. Los modelos de imputación de responsabilidad penal en la criminalidad medioambiental

Aunque es aún mayoritario en el Derecho penal europeo- continental y de América Latina el respeto al aforismo "societas delinquere non potest" ("la sociedad no puede delinquir"), a partir del reconocimiento legislativo que la punibilidad de las personas jurídicas viene alcanzando, sobre todo en materia medioambiental,[59] dicho tema ha sido nuevamente puesto sobre el tapete.[60]

Los sistemas jurídicos anglosajones han aceptado sin mayores cuestionamientos la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Como

(57) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.

(58) QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Op. cit.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Protección penal del medio ambiente: Cuestiones para una reflexión inicial". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ucayali*, n. 1, Ucayali, 2000.

(59) En nuestra región destaca en caso brasileño que ha incorporado, a través de la Ley penal del Ambiente y la Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), la posibilidad de aplicar penas pecuniarias, restrictivas de derechos y trabajo en beneficio de la comunidad.

(60) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿Un medio eficaz de protección del medio ambiente", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9. Lima, 2000.

ejemplos paradigmáticos tenemos los casos de Australia,[61] Canada,[62] Reino Unido, Estados Unidos e Irlanda.

En el sistema jurídico anglosajón existe la denominada teoría de la *strict liability* que permite sancionar algunos crímenes, conocidos como *mala prohibita*, sin la exigencia de *mens rea* (culpabilidad), en este sentido, resulta menos complicado, conforme ha puesto de manifiesto Feijoo Sánchez, reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica en un sistema que da cabida a una forma de responsabilidad objetiva como responsabilidad por un hecho ajeno (*vicarious liability*).[63]

Cualquier argumento favorable a la responsabilidad criminal de las agrupaciones resulta inadmisible, la persona jurídica carece de capacidad de acción, de conciencia y voluntad delictiva. La pena y la medida de seguridad son consecuencias jurídicas post- delictuales, su imposición requiere de una acción u omisión previa, lo que, aunque suene reiterativo, una agrupación no puede hacer o dejar de hacer.

No pretendo ahondar en las posturas que rechazan la responsabilidad penal de las *societas*, sin embargo, es necesario analizar brevemente las razones que han llevado al sector mayoritario de la doctrina penal a rechazar la concurrencia de capacidad de acción, de culpabilidad y de padecimiento de pena en los entes colectivos, a las cuales me adhiero.

En primer lugar, se dice que la persona jurídica carece de capacidad de acción en sentido penal. Es lógico, basta con partir del propio concepto de acción final, entendida como: "Todo comportamiento dependiente de la voluntad humana",[64] pues siendo la conducta humana, como dice Muñoz Conde: "el punto de partida de toda reacción jurídico-penal",[65] cada conminación penal deberá ser consecuencia de una acción u omisión cuyo origen sea precisamente la voluntad humana, caso contrario, estaremos frente a meras abstracciones.

En cuanto a la capacidad de culpabilidad, es necesario aclarar que esta categoría dogmática no debe ser entendida como aptitud para "poder en lugar de ello", en

(61) Australia es una Federación constituída por seis Estados y dos Territorios, destaca, en materia medioambiental, la *Environmental Offences and Penalties Act* de New South Wales (1989) que en relación a la persona jurídica establece sanciones pecuniarias; véase: NORBERRY, Jennifer. *Australia. National report*, en Heine, Günther/ Prabhu, Mohan/ Alvazzi del Frate, Anna. Environmental Protection. Potentials and limits of Criminal Justice. Freiburg: Iuscrim.

(62) El marco legal en Canadá viene dado por la *Canadian Environmental Protection Act* que permite la imposición de multas sumamente drásticas, en algunos casos superiores al millón de dólares, así como la publicación en medios de comunicación de la medida, ordenes de limpieza o de pago de compensaciones a las víctimas o víctimas potenciales del ilícito; al respecto: PRABHU, Mohan. *Canada. National Report*, en Heine, Günther y otros. Op. cit.

(63) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit.

(64) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1999.

(65) Idem, ibidem.

otras palabras, para actuar de manera distinta a la que se hizo, tal como tradicionalmente se ha postulado, pues, de ser así, la culpabilidad se enfrentaría constantemente con el punto crítico de su formulación: "la indemostrabilidad empírica de la libre determinación del autor".

Lo correcto es utilizar un concepto material, cuyo centro se encuentre en la función motivadora de la norma penal. En este orden de ideas, actuará culpablemente quien tenga capacidad de reaccionar frente a los mandatos normativos, la "motivabilidad" es una facultad humana que, como Muñoz Conde precisa, "unida a otras, (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida",[66] se retorna así a la acción, motivada por la voluntad humana, y con ello al punto de partida original.[67]

Como se observa, la capacidad de culpabilidad resulta ser una barrera difícilmente superable para quienes propugnan la responsabilidad penal de las corporaciones pues éstas carecen justamente de dicha capacidad de motivabilidad. A esto se auna las insuficiencias que posee el modelo de culpabilidad análoga de la persona jurídica propuesto por Tiedemann, pues: "The attribution of someone else's act to a corporation, is not synonymous with an act of the corporation, nor is the attribution of someone else's culpability to the corporation synonymous with a determination of a corporation's culpability" ("la atribución del hecho de alguien más a una corporación, no es sinónimo con un hecho de la corporación, ni es la atribución de la culpabilidad de alguien más a la corporación sinónimo de comprobación de la culpabilidad de la corporación").[68]

Respecto a la tercera objeción, es decir, la referida al padecimiento de pena, la cuestión aquí no es del todo clara. Es innegable que sobre las personas jurídicas no pueden ejecutarse penas privativas de libertad, sin embargo, existen variantes funcionales que perfectamente podrían aplicarse a los entes colectivos, como, por citar un ejemplo, la pena de multa.

Como se ha visto, aunque en las dos primeras categorías con mayor nitidez, estamos ante esferas de la teoría del delito que exigen la presencia de una voluntad, comprendida como facultad psíquica de la persona humana. Esto no quiere decir que el Derecho punitivo deba mantenerse inerte ante la criminalidad económica, por el contrario, debe procurarse una adecuada identificación y eficaz persecución de las personas físicas que actúan a nombre de la persona jurídica.

(66) Idem, ibidem.

(67) Estas son algunas de las razones que llevan a Muñoz Conde a rechazar la punibilidad de las personas morales; así en: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*.

(68) HEFENDEHL, Roland. "Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, 2000.

La responsabilidad delictiva por comportamientos ejecutados a partir de una actuación de empresa debe reconducirse hacía las personas que actúan en su representación, como únicos centros de imputación delictiva, no obstante, resulta legítimo considerar a la persona jurídica como "centro de imputación secundaria" respecto a las consecuencias de índole extra penal derivadas de los comportamientos producidos a partir de una actuación en su nombre, estamos hablando de las llamadas consecuencias accesorias prevista en el art. 105 del Código Penal vigente.

Aquellas legislaciones penales que aceptan la responsabilidad criminal de las agrupaciones se basan en criterios de utilidad y eficacia para llegar a tal deducción. La ineficacia del sistema penal hace necesario ampliar sus barreras aunque para ello se vulneren principios jurídico-penales de extrema importancia, se utilizan ficciones que luego son tomadas por ciertas sin restricciones produciendo luego contradicciones internas en sus planteamientos.

Son estas exigencias de eficacia las que han provocado que países como Corea, Japón,[69] Holanda,[70] Francia,[71] Noruega,[72] Dinamarca[73] y, en nuestro continente, Brasil,[74] se vean influenciados por la opción de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

Desde la óptica comunitaria se han esbozado propuestas en similar sentido, así tenemos el *Corpus Iuris*, propuesta de regulación penal destinada a tutelar los intereses financieros de la Unión Europea. El art. 14 del referido cuerpo jurídico admite la responsabilidad general de las personas jurídicas.[75]

Otros países han recurrido a la vía sancionatoria para aplacar esa realidad criminológica constituída por la criminalidad de empresa, en ésta línea aparecen

(69) Es ejemplo de la posibilidad de sancionar penalmente a las empresas la Ley 142 de 1970 ("Ley para la represión de delitos relacionados a la polución ambiental con efectos adversos a las salud de las personas") que admite la "presunción de causalidad" y la "responsabilidad penal colateral de las empresas"; al respecto: ITOH, Kensuke. *Japan. National Report*. En Heine, Günther y otros. Op. cit..; también: Idem. *Theoretical efforts and their limitations in legitimatising criminal liabilities of organitations in Japan*. En Heine, Günther y otros. Op. cit.

(70) La base legal es el artículo 51 del Código penal holandés; al detalle: WALING, Cornélie. *The Netherlands*. En Heine, Günther y otros. Op. cit.

(71) Mediante la reforma penal de 1992, vigente desde 1994, se modificó el contenido del art. 121.2 del Código penal francés; con mayor detenimiento: VIOUT, Jean- Olivier. *France*. En Heine, Günther y otros. Op. cit.; PRADEL, Jean. *La responsabilidad penal de la persona moral*, traducción de Aldo Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. En Anuario de Derecho penal, Lima, 1996.

(72) En ese sentido se encuentran los artículos 48 a) y 48 b) del ordenamiento penal nordico.

(73) Si bien ya en 1991 la Ley de Protección del Medio Ambiente n. 358 preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las reformas introducidas en 1996 al Cap. V del Código penal danés suponen un mayor desarrollo del tema.

(74) Así aparece la Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais.

(75) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit.

las legislaciones de Alemania,[76] Portugal,[77] Belgica e Italia,[78] como los ejemplos más característicos.

Nuestra legislación penal rechaza la responsabilidad criminal de los entes colectivos, a tenor de lo establecido en el art. 11 de nuestro Código Penal, en donde se precisa que sólo son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, por lo que entendiendo a éstas como manifestaciones de la voluntad humana, cabe concluir en la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.[79]

Aunque no resulta nueva la afirmación que la persona jurídica es un factor criminógeno de primera línea,[80] sin embargo, en materia medioambiental dicha afirmación adquiere matices que deben ser tenidos muy en cuenta.

En principio, es evidente que el mayor índice de actividad contaminante para el medio ambiente proviene de la industria, cuyos desechos tóxicos pueden resultar sumamente lesivos para el ambiente, no por nada la exposición de motivos

(76) Un panorama puede verse en: HEINE, Günther & RINGELMANN, Christoph. *Germany. National Report*. En Heine, Günther y otros. Op. cit.; HEINE, Günther. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", traducción de Aldo Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1996; TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1996.

(77) Actualmente en Portugal sólo se admite la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, empero, el art. 11 del C.P. Portugués deja una puerta al señalar que salvo disposición en contrario, sólo las personas naturales son responsables penalmente; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit.

(78) Ante la barrera que significa el art. 27.1. de la Constitución Italiana que exige que la responsabilidad penal sea "personal», se ha desarrollado una vía, siguiendo a Paliero, "pan penalista", en la cual la Ley 689/1981 resulta paradigmática; al respecto: PALIERO, Carlo Enrico. *Problemas y perspectivas de la persona jurídica en el Derecho italiano*, traducción de José Du Puit. En Anuario de Derecho penal, Lima, 1996; CARAVITA, Beniamino. *Reflections on the penal responsability of corporate bodies and the protection of the environment: An Italian perspective*. En Heine, Günther y otros. Op. cit.

(79) En el mismo sentido: PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. Tomo I*. 2. ed. Lima: Grijley, 1995; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima, 1991; en contra: MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

(80) Zuñiga Rodríguez, por ejemplo, ha dado a conocer que un reciente estudio practicado por el conocido Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Alemania, llegó a la conclusión que el 80% de los delitos cometidos en dicho país eran cometidos en el seno de una empresa; al respecto: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de Imputación Penal para sancionar la Criminalidad de Empresa en el CP español de 1995". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 7/8, Lima, 1999.

de nuestro C.P. señala: "toda actividad humana es contaminante por sí misma, *máxime si es industrial*". Esta potencialidad de la industria como factor criminológico si bien genera una necesidad de respuesta penal, ésta debe tener la justa cuota de racionalidad. Esa cuota de racionalidad la brinda la dogmática penal, que aparece, como decía von LISZT, como "barrera infranqueable de la Política Criminal".[81]

Asignar a las personas morales tal capacidad implicaría renunciar al principio de culpabilidad y personalidad de las penas, derivando en una revisión absoluta de la dogmática jurídico-penal, hasta hoy elaborada en base a la persona física. Si se quisiera ser coherente con una responsabilidad penal de las agrupaciones debería, como expone Hurtado Pozo,[82] confeccionarse toda una estructura dogmática dirigida a este fin, pues, conforme Barbero Santos[83] y Zugaldía Espinar[84] han señalado, las categorías penales no pueden ser aplicables para supuestos distintos a los que fueron creados.

Urge profundizar los estudios y la regulación de la criminalidad económica, los esfuerzos deben ahora orientarse, como dice Gracia Martín, a "la creación de los instrumentos dogmáticos para la lucha contra la criminalidad de empresa [...] encaminados a procurar la persecución eficaz de las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y dirigen las actividades de ésta en un sentido criminal".[85]

En esto comparto lo afirmado por el profesor Bajo Fernández, para quien el camino adecuado sería la aplicación de "medidas sancionadoras fuera del ámbito puramente criminal (disolución, prohibición de contratar con entidades públicas, multas administrativas, medidas de seguridad, intervención de la actividad empresarial, controles de todo tipo etc.) mucho más eficaces que las mismas penas criminales y que dejaría incólumes los principios dogmáticos del derecho penal liberal".[86]

(81) VON LISZT, Franz. *Über den Einfluss der soziologischen und antrohopologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (Gutachten für die Allg. Versammlung der L.I.K.V. 1893; Mitteilungen, Bd. IV)*, en: Strafrechtliche Vortrage und Aufsatze, II. Berlín: Walter de Gruyter, 1970.

(82) HURTADO POZO, José. "Personas Jurídicas y Responsabilidad Penal". *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1996.

(83) BARBERO SANTOS, Marino. "¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?". *Doctrina Penal*, año 9, 1986.

(84) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Conveniencia político- criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest". *Cuadernos de Política Criminal*, n. 11, 1980.

(85) GRACIA MARTÍN, Luis. "La Responsabilidad Penal del Directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español". In MAZUELOS COELLO, Julio (Comp.). *Derecho penal económico y de la empresa.* Lima: San Marcos, 1996.

(86) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho Penal Económico. Protección Penal y Cuestiones Político-Criminales". In MAZUELOS COELLO, Julio (Comp.). Op. cit.

4. La técnica de la ley penal en blanco

4.1 El principio de legalidad penal y la ley penal en blanco

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, en virtud a la evolución del comportamiento social, se produjo la aparición de nuevas formas de criminalidad, como la medioambiental, ante las cuales el grupo social carecía de formas de protección efectiva, produciéndose la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la interacción social.

La reacción penal en estos ámbitos de la vida se hacía necesaria, empero, aparecían serios contratiempos al momento de realizar la descripción típica, en la medida que a través del principio de legalidad existe la prohibición de sancionar comportamientos que no se encuentren previamente descritos, de manera inequívoca, en la ley penal y en tanto lo cualificado de los nuevos comportamientos socialmente dañosos, sobre todo aquellos referidos a la actividad económica, producía serios problemas en la determinación de lo punible.

Aparecen así las leyes penales en blanco (*Blankettstrafgesetzen)* o leyes abiertas (*Offenestrafgesetzen*) para determinar a aquellos tipos cuyo supuesto de hecho se encuentra establecido en otra norma, ubicada en el mismo o en otro cuerpo de leyes, como ilustremente precisa el maestro Bramont Arias: "La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición".[87]

La formulación de la teoría de las leyes penales en blanco o abiertas corresponde a Karl Binding. Desde que el jurista alemán postuló su esquema primario[88] hasta nuestros días, la formula del reenvío ha adquirido trascendental importancia en el moderno Derecho penal.

El principio "*nullum crimen sine lege*" se encuentra sancionado por el art. 2.24 de la Constitución Política de 1993 y el art. II del Título Preliminar del Código penal peruano, que sigue la línea del art. 1 del Código Penal peruano de 1863 ("las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley constituyen los delitos y las faltas") y los arts. 2 ("Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada") y 3 del Código Penal de 1924: ("Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles").

El principio de legalidad, en la legislación penal contemporánea, encuentra cabida como principio rector de la intervención punitiva, por citar algunos ejemplos, en el § 1 del StGB alemán ("un hecho podrá ser castigado sólo cuando se encuentre tipificado previamente a su comisión"), art. 1 del C.P. de España: ("No será casti-

(87) BRAMONT ARIAS, Luis. *La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica.* Lima, 1950.

(88) El que surge, como anota Serrano-Piedecasas, a propósito de la publicación del primer tomo de su obra "Die normen und ihre übertretung" en 1872; in SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. cit.

gada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración"), art. 6 del C.P. colombiano ("Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco"), art. 1 del C.P. chileno ("Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley"), art. 2 del C.P. del Ecuador ("Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida"), art. 1 del C.P. paraguayo ("Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción"), art. 1 del C.P. de Uruguay ("Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal") y el art. 1 del C.P. de Venezuela ("Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente").

De la misma forma, se aprecia un reconocimiento constitucional prácticamente absoluto en el orden jurídico internacional, destacan el art. 103.2 de la Ley Fundamental Alemana ("Un acto solo podrá ser castigado cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquel"), art. 16 del la Constitución de Bolivia ("La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado"), art. 19 de la Constitución de Chile ("Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"), art. 29 de la Carta Política de Colombia ("Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"), art. 24 de la Constitución Ecuatoriana ("Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento"), art. 25 de la Constitución de España ("Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"), art. 25 de la Carta Política de Italia ("Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho") y el art. 2.24, literal d), de nuestra Carta Magna ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley").

4.2 La admisibilidad de la ley penal en blanco

La aceptación de la formula legislativa planteada por Binding no ha sido del todo pacífica en la doctrina penal, existen posiciones favorables y contrarias a su utilización.

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertos se basan principalmente en sus posibles implicancias contra el principio de legalidad penal. Jescheck logra resumir de manera sumamente didáctica esta tendencia: "la teoría de los tipos abiertos debe [...] rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito".[89] La tipicidad, dice Jescheck, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos: norma de conducta y consecuencia jurídica, de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el principio de legalidad resultaría afectado. Algunos otros autores han sostenido que el empleo de la ley penal en blanco provoca problemas de naturaleza procesal en la medida que el proceso de integración propio de esta técnica originaría en los procesos penales la posibilidad de aplicar "cuestiones prejudiciales" pues como Rodríguez Ramos ha indicado: "En estos nuevos tipos penales es obvio que la culpabilidad o inocencia de los acusados va a depender siempre o casi siempre de cómo se resuelvan las cuestiones civiles o administrativas básicas, pues el Derecho penal no es más que una norma yuxtapuesta".[90]

El sector mayoritario de la doctrina admite la presencia de las leyes penales en blanco, algunos, como Cury Urzua siguiendo a Kobe, se refieren a ellas como un "mal necesario",[91] aunque ello signifique una tácita aceptación de los cuestionamientos que se hacen a dicha técnica legislativa, creo más bien que el supuesto fáctico señalado en la norma extra penal forma parte del propio precepto penal pues lo integra, cierra con ello el círculo de la tipicidad y salva así las posibles objeciones relacionadas al principio de legalidad.[92] Arroyo Zapatero/ García Rivas son claros al señalar: "la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal y, con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad".[93]

Con similar orientación, BRAMONT ARIAS, ante la pregunta ¿Es conciliable con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta

(89) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Manzanares Samaniego. Granada, 1993.

(90) Citado por: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. cit.

(91) CURY URZUA, Enrique. *La Ley Penal en Blanco*. Bogotá: Temis, 1988. De similar opinión es Feller Schleyer, para quien el recurso a la ley penal en blanco propia "suponen una relajación del principio de legalidad"; véase: FELLER SCHLEYER, Claudio. *Orientaciones básicas del Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho*. En Comisión Nacional de Derechos Humanos. El Sol en la Ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria. Santiago: Editora Nacional de Derechos Humanos, 1995.

(92) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

(93) ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Protección Penal de la Propiedad Intelectual". In MAZUELOS COELLO, Julio (Comp.). Op. cit.

de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley?, responde positivamente, entendiendo que el reenvío no significa entregar a la autoridad administrativa una "*carta blanca*" para crear delitos, pues estas autoridades tienen limitaciones bastantes marcadas, por lo que no podrán excederse en el ejercicio de esa potestad.[94]

PEÑA CABRERA, en cambio, justifica la existencia de tales normas en la naturaleza de las materias que pretende regular, lo que obliga al legislador a emplear esta técnica, por él llamada "excepcional", en "situaciones sociales fluctuantes que exigen una legislación de oportunidad",[95] con lo que se acerca, en cierta manera, a la idea de "mal necesario" expuesta por CURY.

Otros autores como TIEDEMANN consideran que la aceptación de las normas penales en blanco se fundamenta más bien en razones de seguridad jurídica, el reenvío a normas administrativas, según el profesor alemán: "garantizan a menudo una mayor seguridad jurídica que las nuevas nociones de un derecho penal autónomo",[96] asimismo, elimina la posibilidad de la sanción múltiple en perjuicio del principio "*ne bis in idem*".[97]

En principio, entiendo que las normas penales en blanco no afectan, en especial, el principio de legalidad penal, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley, lo que puede incluso ocurrir en leyes que no recurran a la técnica del reenvío. No se puede, en consecuencia, hablar de una singular afectación al principio de legalidad a través de las normas penales en blanco.

Debemos aclarar que nuestra postura no se encuentra basada en aspectos utilitarios, pragmáticos o de eficacia de la intervención punitiva, pues si bien resulta ser la solución normativa adecuada para la represión de comportamientos de extrema complejidad, en la medida que permite la adaptación de la norma a los cambios de índole social y técnico,[98] nos encontramos convencidos que el empleo de la referida técnica legislativa mantiene indemne el principio de legalidad penal pues, como bien afirman Muñoz Conde / García Aran, "la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquiera otra. Desde un punto de

(94) BRAMONT ARIAS, Luis. "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú". In HURTADO POZO, José (Ed.). *La nueva Constitución y el Derecho penal.* Lima: Eddili, 1980; en similar sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro. "Aspectos del Delito de Contrabando". En el mismo. *Delitos contra la Vida y otros Estudios de Derecho Penal.* Lima: Palestra, 1997.

(95) PEÑA CABRERA, Raúl. Op. cit.

(96) TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho Penal del Ambiente. Cuestiones Dogmáticas Novedosas". In MAZUELOS COELLO, Julio (Comp.). Op. cit.; también: Idem. "La Parte General del Derecho Penal Económico". *Anuario de Derecho Penal.* Lima, 1993.

(97) LAMAS PUCCIO, Luis. "Los Delitos contra el Medio Ambiente". *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 48. Lima, 1991.

(98) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit.

vista estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades, el supuesto de hecho consignado en la norma extra penal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola".[99]

Por otra parte, abona a favor de las normas penales en blanco el hecho que su utilización genera como consecuencia la unidad legislativa en materia penal. El empleo de la acotada técnica legislativa hace innecesaria la existencia de normas especiales de contenido penal, que no hacen sino generar una innecesaria dispersión legislativa en materia penal.[100]

De lo antes señalado se desprende la importante advertencia hecha por autores como Tiedemann, Suay Hernández y Cousiño, en el sentido que el empleo de esta técnica legislativa puede incidir en la esfera del dolo y del error, pues una imperfecta regulación mediante remisión legislativa puede producir una profunda incertidumbre sobre la licitud o ilicitud del comportamiento, principalmente en aquellos casos en los que el supuesto de hecho descrito en sede extra-penal no se encuentre contenido en un sólo precepto, sino que se encuentre disperso en dicha sede.[101]

Finalmente, es de rigor acotar que si bien determinado sector de la doctrina considera que la utilización de elementos normativos y descriptivos logra situar al tipo dentro del marco estrictamente penal, la abundancia o exceso en ellos puede llevar a una situación similar a la de las normas penales en blanco, pues resulta casi imposible resolver en sede penal los problemas de carácter técnico, derivados de la regulación de materias complejas, así la remisión a normas especiales, tendrá como objetivo, en ciertos casos, descifrar el significado inmanente al elemento normativo empleado y, en otras ocasiones, configurar el supuesto de hecho constitutivo de infracción penal.[102]

Esta última idea ya ha sido puesta de manifiesto por múltiples autores. Así Suay Hernández hace referencia a la existencia de contornos difusos en la delimitación entre los elementos normativos y las leyes penales en blanco.[103]

(99) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. cit.

(100) En contra Caro Coria, para quien en el ámbito ambiental debería emitirse una normatividad de la materia que englobe tanto las disposiciones de índole administrativo como las de carácter penal, aunque en el fondo no rechace esta técnica legislativa; sobre su postura, con mayor detalle véase: CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente.*

(101) Detalladamente en: TIEDEMANN, Klaus. *La Parte General del Derecho Penal Económico*, p. 13; SUAY HERNÁNDEZ, Celia. "Los Elementos Normativos y el Error". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5, Lima, 1995; COUSIÑO, Luis. *Derecho Penal Chileno,* vol. I. Santiago: Jurídica de Chile.

(102) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Consideraciones sobre el Delito Fiscal en el Código Español". *Themis – Revista de Derecho*, n. 32, Lima, 1996; también: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Derecho Penal y la Ley en Blanco. Algunos Apuntes sobre la Problemática del Reenvío en las Legislaciones Penales Europeas a Propósito de la Normativa Comunitaria". *Themis – Revista de Derecho*, n. 41, Lima, 2000.

(103) SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Op. cit.

Tiedemann, por su parte, en 1988, ponía de manifiesto la incorrecta utilización de la expresión "ley penal en blanco" por parte de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en ámbitos como el de los delitos tributarios que contienen variados elementos normativos.[104]

4.3 La técnica del reenvío en el Derecho penal del ambiente. Especial referencia al Derecho peruano

4.3.1 La integración normativa en los delitos contra el medio ambiente según el Código penal peruano

La utilización de la técnica del reenvío ha sido una práctica usual en la legislación penal peruana, sobre todo en el ámbito del Derecho penal del ambiente, basta con revisar el Tít. XIII del Código penal para darse cuenta de la veracidad de nuestra afirmación.

La integración normativa en los delitos contra el medio ambiente tiene dos clases de destinatarios: las normas destinadas a articular la protección del medio ambiente y las normas complementarias que establecen el círculo de elementos destinatarios de la protección medioambiental.

Dentro de los tipos penales que en nuestro ordenamiento penal se complementan con dispositivos destinados a articular la protección del ambiente tenemos el delito de contaminación ambiental, la prevaricación del funcionario público en el otorgamiento de licencias, el delito de eliminación ilegal de desechos y, de cierta manera, el delito de alteración del ambiente natural.

El delito de contaminación ambiental, regulado en el art. 304 del Código penal, señala expresamente que la conducta desvaliosa debe ser hecha "infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente".

De manera similar, los arts. 306 y 312 del texto penal, al describir los delitos de prevaricación del funcionario público en el otorgamiento de licencias de funcionamiento y autorización de proyectos de urbanización, centra el reproche penal en la inobservancia de "las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente» (art. 306 C.P.) y en la actuación "no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales" (art. 312 C.P.).

El delito de eliminación de desechos, previsto en el art. 307 del Código penal, reprime el depósito, comercialización o vertido de desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o "sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente".

Finalmente, dentro de este rubro, es de mencionar el delito de alteración del ambiente natural cuyo desvalor se ubica en la alteración del ambiente natural o paisaje urbano o rural "contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente" (art. 313 C.P.).

(104) Idem, ibidem.

En cuanto a los tipos cuyo reenvío se dirige a normas complementarias destinados a establecer el círculo de elementos destinatarios de la protección medioambiental tenemos los delitos de explotación de especies legalmente protegidas (art. 308 C.P.), extracción ilegal de especies acuáticas (art. 309 C.P.) y daño de bosques y formaciones vegetales legalmente protegidas (art. 310 C.P.).

La característica común de éstos delitos es que el proceso de integración normativa pretende identificar los diversos elementos medioambientales (especies de flora y fauna, acuáticas, bosques o formaciones vegetales naturales o cultivadas) "legalmente protegidos".

4.3.2 La compatibilidad de los tipos protectores del medio ambiente y el principio de certeza

El principio de legalidad tiene como uno de sus componentes básicos la garantía de certeza, que no es sino un "mandato de precisión en la configuración de la ley penal".[105] Sólo a través de la garantía de certeza podrá el ciudadano saber lo que puede y no puede hacer, así como las consecuencias de actuar de manera prohibida.[106]

Pues bien, cuando se recurre a la técnica de la ley penal en blanco es usual escuchar cuestionamientos en relación al respeto a la garantía de certeza, empero, conforme ya he precisado líneas antes, la utilización del reenvío en materia penal no tiene por que suponer per se la vulneración de la lex certa.

Obviamente, esta afirmación tampoco debe tomarse con rigurosidad, en esto ha sido sumamente didáctica la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que precisa:

"El individuo debe tener la posibilidad de conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder adecuar su comportamiento a ello. Sin embargo, no se debe extremar el mandato de determinación de la ley, pues de lo contrario las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto. Este peligro surgiría si el legislador tuviera que concretar todo supuesto de hecho típico hasta sus últimos detalles. Por ello, el Derecho penal no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descritos formalmente con toda exactitud y que por ésta razón necesitan, en gran medida, una interpretación judicial."[107]

Ahora bien, la intención que nos asiste es analizar si los tipos comprendidos en el Capítulo único del Tít. XIII del Código penal peruano, referido a los "delitos

(105) JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los Principios Superiores del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999; también: CURY URZUA, Enrique. Op. cit.

(106) JAÉN VALLEJO, Manuel. Op. cit.

(107) Extraída de: ESER, Albin & BURKHARDT, Björn. *Derecho penal (Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias)*, traducción de Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995.

contra la Ecología", son compatibles con la exigencia de certeza que demanda la ley penal.

Si bien el mandato de certeza, como hemos indicado, no exige absoluta rigurosidad en la descripción del injusto, la amplitud con la que han sido configurados los tipos protectores del medio ambiente en nuestro Código penal deja serias interrogantes sobre el respeto a dicha garantía.

Utilizaremos como ejemplo el art. 307 del C.P. que reprime el depósito, comercialización y vertido de desechos industriales o domésticos. El tipo exige que la conducta haya sido realizada sin autorización o incumpliendo la normativa sanitaria y de protección del medio ambiente, esto quiere decir que el destinatario de la norma debe tener conocimiento no sólo de la regulación de protección al medio ambiente sino además de la legislación sanitaria.

La cuestión se agrava si tenemos en cuenta los términos del párrafo final del referido precepto, en donde prevé una pena calificada por la utilización de desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano: "Cuando el agente contraviene leyes, reglamentos o disposiciones establecidas". Esta técnica sugiere que la complementación puede ser realizada con normas de cualquier jerarquía, hecho que obstaculiza aún más la posibilidad que el ciudadano pueda conocer lo que le está prohibido hacer.

Para ser justos, habría que mencionar que dicha imprecisión no puede ser atribuida exclusivamente al legislador penal, si existiese un ordenamiento medioambiental bien estructurado y sistematizado, no tendría el legislador penal necesidad de utilizar expresiones como "las normas sobre protección del medio ambiente" (art. 304 C.P.), "leyes o reglamentos sobre protección del medio ambiente" (art. 306 C.P.) o "legislación especial sobre la materia" (art. 307-A C.P.).

Así, por ejemplo, el StGB alemán,[108] con excepción de aquellos tipos que exigen la ausencia de autorización administrativa o la violación de obligaciones de Derecho administrativo, realiza el reenvío a normas específicas: la Ley Federal de Protección de Emisiones, Ley de Administración de Aguas, Ley de Circulación Económica y Ley de Residuos (§327 StGB), Ley de la Energía Nuclear (§328 StGB) y Ley de Transporte de Mercancías Peligrosas (§330d StGB), lo que garantiza un mayor nivel de certeza en el proceso de integración normativa.

La confusión legislativa aumenta si tenemos en cuenta que el legislador nacional, no obstante optar por la tipificación intra Código de los delitos contra el medio ambiente ha creado figuras adicionales, como la contenida en el art. 6 de la Ley 26496, del 11.07.1995, que castiga los actos depredatorios de la especie camélida sudamericana (vicuñas, guanácos, híbridos y derivados), lo que ha llevado a que algunos textos, como el de Rojas Vargas / Infantes Vargas, no se hayan percatado de su vigencia.[109]

(108) A través de la Decimoctava Ley de Reforma del Derecho penal, del 28 de marzo de 1980, se incluyó la sección vigesimoctava sobre "delitos contra el medio ambiente".

(109) ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. Op. cit.

5. La accesoriedad administrativa del Derecho penal

Como consecuencia del reconocido recurso a la técnica del reenvío, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente tenemos que en múltiples ocasiones la prohibición penal se completará mediante el reenvío a las disposiciones administrativas sobre la materia.

Observamos aquí una dependencia de la responsabilidad penal a reglas jurídico-administrativas, que constituye una de las manifestaciones de lo que la doctrina ha optado por denominar "accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo".[110]

De esta manifestación de la accesoriedad del Derecho penal frente al Derecho administrativo se extraen importantes consecuencias, entre las que destacan, según refiere Tiedemann: no es penalmente responsable quien actúa en virtud a una autorización jurídicamente válida, consecuentemente: es penalmente responsable quien realiza la conducta contaminante sin la autorización requerida, aún cuando se encontrase calificado para obtenerla e incluso si tuvo dicha autorización pero su lapso de duración venció y el agente persistió en la actividad contaminante, también resulta responsable quien realiza una actividad contaminante sin contar con la respectiva autorización y obtiene este posteriormente.[111]

Debo adherirme a la doctrina más reciente, entre cuyos defensores destaca Schünemann, en el rechazo a la teoría de la accesoriedad administrativa, pues aunque tenga sustento en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en cuya virtud el Derecho penal debe ser respetuoso incluso de la validez de aquellas autorizaciones administrativas obtenidas ilegalmente. La Jurisprudencia ha desarrollado la teoría del abuso del Derecho que no obstante resultar poco coherente en si, es bastante práctica. Según esta teoría, el agente no puede invocar en Derecho penal un acto administrativo obtenido mediante engaño o cohecho, por lo que no alcanzan el nivel de "autorización necesario" ni pueden tener efecto justificante.[112]

6. Conclusiones

Entre las novedades que trajo consigo la entrada en vigencia del C.P. de 1991 aparece la criminalización de las infracciones medioambientales, ámbito del que

(110) TIEDEMANN, Klaus. "Relación entre Derecho penal y autorización jurídico- administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente", trad. José Luis de la Cuesta. En el mismo *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999.

(111) Con mayor detenimiento: TIEDEMANN, Klaus. *Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente*; Idem. "Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial", trad. Manuel Abanto Vásquez. En el mismo *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Idemsa, Lima, 2000.

(112) SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit.

la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se habían mantenido alejados hasta entonces.

El C. P. de 1924, conocido como "*Código Maúrtua*", no obstante obviar la cuestión medio ambiental, seguramente por la escasa atención que en ese entonces se observaba por dicho tema y que es fácil de deducir a partir del análisis de la Constitución peruana de 1933, daba paso a tipos con "relevancia ambiental casual".[113] El C.P. vigente, asumiendo, salvo leves diferencias, los planteamientos de los Proyectos de C.P. de 1990 y 1991, incorporó dentro de los ámbitos de intervención punitiva estatal los "delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente".

No obstante que han transcurrido ya diez años desde la puesta en vigencia del actual Código penal, pocos autores se han dedicado exhaustivamente al análisis de la cuestión medioambiental desde la perspectiva penal, salvo honrosas excepciones, como los brillantes trabajos de Caro Coria,[114] y esto debido a que se ha convertido en un problema de poca eficacia práctica en la medida que los tribunales, estimo por la complejidad del tema, su propia inoperatividad y la concepción de que ésta clase de conductas no merecen mayor reproche,[115] no han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, así la novedad se ha convertido en dejadez.

El presente trabajo pasa revista de los principales problemas que surgen en la esfera del Derecho penal del ambiente y pretende significar un aporte a la aún incipiente bibliografía nacional sobre la materia.

(113) Citando a Brañes: CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.* En esa línea se inscriben los delitos de usurpación de aguas (art. 258 del C.P. de 1924), daños (art. 259 del C.P. de 1924), delitos contra la seguridad pública (arts. 261, 262, 263, 264, 266 y 267 del C.P. de 1924), delitos contra la salud (arts. 274, 275, 276, 277 a 279 del C.P. de 1924), faltas contra las buenas costumbres (art. 390.9 del C.P. de 1924), faltas contra la seguridad general (art. 392.8 del C.P. de 1924) y faltas contra el orden público (art. 393.4 del C.P. de 1924).

(114) El referido autor, ya en 1995, hacía mención a la ausencia de referentes penales sobre protección del ambiente en la doctrina nacional, así indicaba: "Existen poquísimos trabajos en nuestro medio sobre derecho penal ambiental, de los cuales casi ninguno abunda sobre la dogmática del CP91"; CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente*; de la misma opinión en: Idem. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación.*

(115) DE PREZ, Paula. "Excuses, excuses: the ritual trivialisation of environmental prosecutions". *Journal of Environmental Law,* vol. 12, n. I. Oxford: University Press, 2000.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

O INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

SUMÁRIO: 1. Introdução: o surgimento do instituto – 2. O cenário do Brasil atual: a necessidade de mudanças – 3. A experiência internacional: tratados e convenções – 4. Distinção entre a transferência de presos e instrumentos assemelhados – 5. Aspectos jurídicos da transferência de presos: 5.1 Conceito e objetivos; 5.2 Objetivo da transferência de presos; 5.3 O tratado como pressuposto da transferência; 5.4 Requisitos legais: 5.4.1 Nacionalidade do trasladado; 5.4.2 Sentença condenatória transitada em julgado; 5.4.3 Duração da pena pendente de cumprimento; 5.4.4 Consentimento do condenado; 5.4.5 Princípio da dupla incriminação do fato – 6. Necessidade de homologação da sentença estrangeira no Supremo Tribunal Federal – 7. Modalidade de transferência: prosseguimento da execução ou conversão da condenação – 8. Procedimento da transferência de presos: 8.1 Transferência passiva; 8.2 Transferência ativa – 9. Extinção da pena objeto da transferência.

Resumo: O texto analisa o instituto da transferência de presos, estabelecendo seus princípios básicos, sua distinção frente a outros institutos de cooperação penal internacional, sistematizando seus contornos jurídicos tanto no âmbito do direito brasileiro quanto no direito comparado.

Palavras-chave: Transferência de presos – Direitos humanos – Colaboração penal internacional.

1. Introdução: O surgimento do instituto

Inicialmente, pode-se conceituar a transferência de presos como sendo o instrumento pelo qual um Estado, denominado remetente – ou Estado da condenação –, transfere a outro, chamado receptor – ou Estado da execução –, o cumprimento de sanção de natureza penal, permitindo que o condenado o faça no país do qual é originário.

O instituto da transferência de presos – ou, como preferem alguns autores, *traslado* ou *transferência de pessoa condenada*[1] –, como tantos outros, surgiu no escopo de atender a reclamos de diversas ordens.

(1) Utiliza-se a expressão *transferência de presos* por razões de uniformidade, uma vez que é a adotada, em regra, nos tratados firmados pelo Brasil – apesar de, tecnicamente,

Num primeiro momento, objetivou superar os limites próprios da extradição – instituto do qual a transferência toma muitos elementos em sua regulamentação –, notadamente na questão envolvendo a não entrega de nacionais, princípio presente em inúmeros documentos extradicionais. Com efeito, a prática no terreno da cooperação penal internacional demonstra a inviabilidade do refazimento do processo de conhecimento no Estado do criminoso prófugo, alternativa tradicionalmente visualizada ante o indeferimento do pedido de extradição, nos termos da conhecida cláusula *aut dedere aut judicare*.[2]

Há uma outra demanda, de ordem econômica, que fomentou a criação do instituto: a execução penal, financeiramente falando, é um *serviço público caro,* justificado, segundo a doutrina penal contemporânea, não tanto por finalidades retributivas e preventivo-gerais – estas se esgotariam quando da prolação da sentença condenatória – mas por motivações preventivo-especiais. Em suma, a execução penal, por mais *contraproducente* que possa parecer a alguns olhos, é um dever do Estado e tem por norte a ressocialização do apenado.

Ora, no caso do estrangeiro que cumpre pena por fato cometido no território de um Estado – ou, melhor dizendo, por fato submetido ao alcance das leis penais de determinado Estado –, ele irá sofrer, ao final do processo de execução, os efeitos de um decreto de expulsão. Ou seja, o estrangeiro, via de regra, após o cumprimento de pena por delito julgado pelos tribunais de um país, é imediatamente expulso, sendo-lhe vedado o retorno àquele Estado.

Isto faz com que a execução da pena do estrangeiro preso tenha um *quê* de "irracionalidade": a finalidade do custoso serviço de execução penal é a ressocialização; o estrangeiro, ao final da execução, não é reintegrado àquela sociedade, mas dela expulso; logo, não há ressocialização alguma na execução penal de um estrangeiro, não se justificando, assim, tal mister – a não ser, é claro, que se queira transportar finalidades puramente retributivas ou, ainda, preventivo-gerais, para a fase de execução.[3]

o conteúdo do instituto compreender não só a pena de prisão, como também medidas de segurança e sócio-educativas, e, em alguns casos, o acompanhamento do cumprimento do livramento condicional. Em Portugal, utiliza-se freqüentemente a expressão *transferência de pessoa condenada*. Por fim, a expressão *traslado* é consagrada entre os autores de língua espanhola.

(2) Segundo a lição de João Marcello de Araújo Júnior: "Quando algum delinqüente for reclamado por via de extradição e o Estado requerido, por força de sua lei interna, não puder atender à justa reivindicação estrangeira, deverá assumir a posição de guardião do interesse internacional comum, obrigando-se a proceder contra o extraditando, como se o crime tivesse sido cometido em seu território. Este é o sentido do brocardo 'aut dedere aut judicare'." (*apud* GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 125).

(3) O incremento da população estrangeira em muitos países, bem como os necessários investimentos no serviço de administração penitenciária, embora não admitidos ex-

A transferência de presos pretende dar uma resposta a tal inusitado, advogando a tese de que, muito embora a execução penal se inicie no território do Estado da condenação – no *locus comissi delicti* –, por motivos retributivo e preventivo-geral, ela finaliza-se, todavia, no território do Estado da execução, isto é, na terra natal do apenado; no lugar, enfim, onde será o mesmo reintegrado.

Há, ainda, uma razão de fundo "nacionalista". Conforme já se teve a oportunidade de dizer, é certo que "o indivíduo tem responsabilidades para com o País de origem, não sendo outra a razão do consagrado princípio da nacionalidade ou da personalidade ativa, como causa da aplicação extraterritorial da lei penal (v. art. 7.º, II, *b*, do CP)".[4]

Por essa razão os tratados de transferência só contemplam, em regra, o traslado do nacional – nato ou naturalizado – excluindo-se, pois, os estrangeiros e apátridas, ainda que estabelecidos no Estado receptor.

Em contrapartida, o Estado tem o dever de proteger e velar por seus nacionais, mesmo quando estes infrinjam leis estrangeiras. Dessa forma – isto é, para resguardar seus cidadãos – a maioria dos países não concede a extradição do nacional.[5]

Este "protecionismo" jurídico explica, ainda, o fato de que "nenhum dos convênios ou tratados subscritos por nosso país façam referência a mecanismos de revogação e devolução do condenado quando, por exemplo, o sujeito não mostra receptividade ressocializadora através do traslado".[6]

Acima de tudo, o principal motivo que determinou o surgimento do instituto da transferência de prisioneiros, dando-lhe um colorido especial, foi o de atender

plicitamente, pesaram positivamente para o incremento do instituto da transferência de prisioneiros. Falando sobre tal questão, Manuel António Lopes Rocha salienta que "enfim – embora não confessadas –, convergem razões práticas não despiciendas, no sentido de aliviar as administrações penitenciárias dos diversos Estados das consabidas dificuldades que caracterizam a gestão de uma população prisional estrangeira, que, um pouco por toda a parte, tende a aumentar." (ROCHA, Manuel António Lopes. "Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada – pressupostos, reinserção social e consentimento". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n. 1, Lisboa, 1992, p. 132).

(4) GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. "O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior". *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 34-35.

(5) Ensina Anor Butler Maciel que a razão do dispositivo que veda a extradição de nacionais, seria o de não "transmudar a mãe pátria em madrasta" (conf. GUEIROS SOUZA, *As novas tendências...*, p. 131).

(6) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, Madri: Mc Graw-Hill, 2001. A regra vale não só para os tratados firmados pela Espanha, como, igualmente, para a generalidade dos países, inclusive o Brasil.

a um apelo de ordem humanitária – minorar o sofrimento daquele que se encontra numa situação duplamente desafortunada: a de encarcerado e a de distante de seu círculo familiar e cultural.[7]

O corte humanitário na confecção do instituto transferência de presos revela-se indiscutível. Diferentemente dos demais instrumentos de cooperação internacional em matéria penal, o traslado de prisioneiro depende, para sua efetivação, da manifestação de vontade não apenas dos Estados envolvidos na negociação, mas, principalmente, do indivíduo privado da liberdade. Sem a concordância deste último, para a qual se pressupõe a ciência das conseqüências de seu ato, a transferência não se processa.[8]

Há, neste sentido, a previsão, nos tratados sobre tal assunto, de que se permita averiguar, por autoridades do Estado recebedor, se a concordância do apenado foi externada de livre e espontânea vontade.[9]

Assim, por predominar o aspecto humanitário, os tratados de transferência de presos podem ser classificados como sendo da espécie *tratados internacionais de direitos humanos*.[10]

(7) Nesse sentido, a seguinte sentença: "De fato, o apenado estrangeiro sofre uma agravação de sua condenação, porque as barreiras idiomáticas, as diferentes mentalidade e cultura, a distância dos familiares, e inclusive a diversidade de religião, aumentam seu isolamento do mundo exterior e pioram sua situação dentro do estabelecimento penitenciário. Não se trata só de considerações humanitárias, senão também de estrita justiça, porquanto se produz uma clara desigualdade sobre o real conteúdo da pena imposta. (...) De outro lado, a reinserção social do delinqüente, como meta das penas de prisão, resulta pouco menos que impossível em tais condições. Não tem sentido procurar sequer a ressocialização numa sociedade que não é a sua e da qual seguramente será expulso ao acabar o cumprimento da condenação" (SAMANIEGO, José Luis Manzanares. "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas". *Revista de Derecho Público*, t. VIII, vol. 2, Madri, 1988, p. 754).

(8) Conforme bem colocado por Jean Pradel e Geert Corstens, "esta condição se justifica perfeitamente. Ela se funda sobre o objetivo primeiro da Convenção de Estrasburgo [sobre traslado de pessoas condenadas], que é o de facilitar a reinserção. Ora, a transferência de um detento sem sua concordância seria um *non-sens*" (PRADEL, Jean e CORSTENS, Geert. *Droit pénal européen*, Paris: Dalloz, 1999, p. 94).

(9) Neste sentido, o art. 5.°, item 3, do Tratado Brasil/Argentina, dispõe: "A vontade do preso de ser transferido deverá ser expressamente manifestada por escrito. O Estado remetente deverá permitir, caso solicitado pelo Estado recebedor, que este comprove que o preso conhece as conseqüências legais decorrentes da transferência e que o seu consentimento foi dado voluntariamente".

(10) Segundo determinada corrente doutrinária, as normas veiculadas em tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente das normas contidas em tratados gerais, possuiriam hierarquia de norma constitucional e incorporação automática na ordem jurídica interna, decorrentes das prescrições expressas nos §§ 1.° e 2.° do art. 5.° da CF/88. Nesse sentido, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Esses são, grosso modo, os anseios que determinaram a origem do instituto da transferência de prisioneiros. No entanto, muitos são os obstáculos, jurídicos e culturais, para a difusão e utilização em larga escala desse importante mecanismo de cooperação entre Estados e de reintegração social do apenado.

Tenciona-se, portanto, com o presente trabalho, partindo da análise dos principais tópicos que envolvem esse instituto jurídico, contribuir, de alguma forma, ao debate sobre tão importante tema. Para tanto, faz-se necessário começar com um rápido diagnóstico do estágio em que se encontra a transferência de pessoas condenadas no cenário do Brasil atual.

2. O cenário do Brasil atual: a necessidade de mudanças

Há, presentemente, diversos tratados bilaterais subscritos pelo Brasil sobre o traslado de condenados, tendo sido o primeiro deles com o Canadá, em 1992.[11]

Já vigora entre nós a importante "Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior", onde, apesar do título, é unicamente regulado o instrumento da transferência de prisioneiros entre os Estados americanos.[12]

Os casos de brasileiros que cumprem pena no estrangeiro crescem a cada ano; o caminho inverso – de estrangeiros que cometem crime no Brasil e aqui se encontram cumprindo pena privativa de liberdade – encontra-se em igual escala ascendente. Os pedidos de transferência *do* e *para* o Brasil se avolumam no Ministério da Justiça – autoridade central encarregada do processamento dos pedidos de traslado.[13]

(11) Além deste acordo com Canadá, estão em vigor os tratados de transferência celebrados com Espanha (1996), Chile (1998) e Argentina (1998). Os documentos assinados com a Bolívia (1999), Paraguai (2000) e Portugal (2001) encontram-se sob tramitação no Congresso Nacional. Há, ainda, em negociação, pelo Governo brasileiro, tratado com diversos outros países, dentre eles Inglaterra, França, Alemanha, Itália e Áustria, sendo que, nessas três últimas negociações, tive a honra de integrar as delegações brasileiras encarregadas da elaboração dos respectivos documentos.

(12) A "Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior" – doravante denominada Convenção Interamericana – elaborada, no âmbito da OEA, em julho de 1993, na cidade de Manágua, foi subscrita pelo Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Panamá, Paraguai e Venezuela. O Congresso Nacional aprovou a citada convenção, com reservas (no que toca à possibilidade de redução do período de encarceramento, por parte do Estado de cumprimento), através do Decreto Legislativo 250, de 30.12.2000.

(13) Segundo consultado no Ministério da Justiça, existiam, em abril de 2002, em tramitação aproximadamente 120 pedidos (processos) de transferência, divididos em 70 transferências passivas (do Brasil para o estrangeiro) e 50 ativas (sentido inverso). Já foram efetivados cerca de 16 traslados de prisioneiros para os respectivos países de origem (Espanha, Argentina, Canadá e Chile). Para o nosso País, já retornaram quatro pessoas. O número de brasileiros aguardando a vigência de tratados subscritos pelo Brasil, para serem transferidos, gira em torno de 20 cidadãos.

Em que pese essa realidade, há um absoluto silêncio dos profissionais do Direito sobre o assunto. O tema, quando ventilado na mídia – como ocorreu há alguns anos, com o notório seqüestro do empresário Abílio Diniz, e, mais recentemente, com o caso do seqüestro do publicitário Washington Olivetto – é sempre visto com muita desconfiança, deixando na população uma "sensação de impunidade".

Contudo, esse estado de coisas precisa mudar. A transferência de presos encerra diversas e fascinantes questões jurídicas que podem e devem ser enfrentadas. Os tratados em vigor criaram obrigações às quais advogados e autoridades públicas não podem se furtar. Como visto abaixo, pontos como a modalidade de transferência que pode ou não ser aceita pelo nosso ordenamento jurídico, desafiam a doutrina brasileira na busca de soluções que, fundamentalmente, revertam em prol dos que mais carecem da efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o ser humano que cumpre pena privativa da liberdade.

No tocante à alegada impunidade, basicamente envolvendo o estrangeiro oriundo do chamado "Primeiro Mundo", que se encontra cumprindo pena no Brasil – e que mereceria espiar, aqui, nesse "inferno tropical", o crime que cometeu, até o último dia de sua prisão – nada é mais equivocado.

A transferência não é um sinônimo de impunidade; o instituto visa a justamente evitar a impunidade que ocorre com a expulsão do estrangeiro criminoso, antes do cumprimento integral da sanção que lhe foi imposta.

A expulsão pura e simples não gera nenhuma obrigação para o Estado de origem do delinqüente. Muito pelo contrário, a legislação brasileira proíbe que a expulsão sirva para mascarar uma *extradição disfarçada* – o estrangeiro deve seguir livre para a terra de origem; só fica impedido de voltar ao território nacional, enquanto não revogado o decreto de expulsão. Isto, sim, soa como impunidade.[14]

Diversamente, na transferência há a obrigação do Estado recebedor de dar segmento à execução penal iniciada no Estado da condenação, não podendo, em regra, alterar a natureza e a quantidade de pena a ser cumprida em seu território.

Nesse sentido, não há impunidade alguma, mas tão somente a aproximação do transferido ao seu meio familiar e cultural – objetiva-se, em suma, atingir o

(14) A expulsão do estrangeiro que viola as leis do nosso País, como se sabe, pode ocorrer a qualquer momento: antes, durante ou imediatamente após o cumprimento da sanção penal respectiva (conf. art. 67 da Lei 6.815/80; ver também o art. 50, da recente *Lei de Entorpecentes* – Lei 10.409/2002). Em regra, no Brasil, os decretos de expulsão são condicionados ao cumprimento da integral da pena ou à liberação por parte do Judiciário. Porém, em muitos Estados da Federação, verifica-se, nas varas de execução penal, do juiz conceder o benefício do livramento condicional ao apenado estrangeiro, *condicionado a sua imediata expulsão*. Evidentemente, *o restante da pena que o estrangeiro liberado condicionalmente teria que cumprir não será observado*. Tal praxe importa numa espécie de *comutação judicial da pena travestida de livramento condicional*.

postulado máximo do Direito Penal, ou seja, a reprovação e prevenção do crime, esta última realizada através da ressocialização do condenado.

Não se ignora que se pode optar pelo cumprimento integral da pena no território nacional, efetivando-se, depois, o decreto de expulsão. Isto não apenas é possível, como, na verdade, ocorre na maior parte dos casos concretos.

Apesar de priorizar a questão humanitária, a transferência de prisioneiros não deixa de ser um ato de colaboração internacional que se opera caso a caso – ela pressupõe a análise individual de uma execução de pena privativa de liberdade. Se, em determinada hipótese, razões maiores – *v.g.*, um crime bárbaro que tenha causado comoção nacional – indicarem a manutenção do apenado no sistema penal brasileiro, isto pode e deve ser feito.

Não se cria, com tratados nessa matéria, uma *obrigação de transferência*, mas, apenas, um dever de *processar pedidos de transferência.* O Estado continua soberano para acatar ou não o pedido; e, em vários instrumentos, sequer necessita fundamentar eventual indeferimento de traslado.[15]

Assim não se postula a generalização de transferências – talvez até como duvidosa panacéia para o mal da superpopulação penitenciária – ou sua completa banalização. O que se sustenta é que não se deve simplesmente fechar a porta para possíveis pedidos de transferência, mas recebê-los e proceder a análises pontuais – como diuturnamente ocorre nos inúmeros incidentes de execuções penais, onde vários fatores são considerados, inclusive o comportamento prisional do apenado.[16]

Não obstante, rompendo o silêncio que reina no cenário jurídico brasileiro, tramita no Supremo Tribunal Federal expediente formulado pelo Ministério das Relações Exteriores,[17] onde diversas questões são colocadas à consideração da Corte Suprema, vez que "a orientação dessa Egrégia Corte sobre matéria de tamanha importância, cuja única base legal se assenta em tratados internacionais, torna-se imprescindível para evitar que o governo brasileiro negocie acordos cujas obrigações, posteriormente, não esteja em condições de cumprir".[18]

Cumpre registrar, por fim, que o julgamento desta petição – que, materialmente, possui natureza de ação direta de constitucionalidade de tratado, conforme

(15) Nesse sentido, o tratado Brasil/Bolívia dispõe: "O Estado remetente poderá negar a autorização de transferência sem indicar a causa de sua decisão" (art. 7.º, item 2).

(16) A transferência de presos entre Estados da Federação, enquanto incidente de execução, está prevista no artigo 86, da Lei de Execuções Penais. Sobre ela, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que: "Não se constitui direito do preso a sua transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, onde possui mulher e filhos, cabendo ao Juiz da Vara das Execuções Penais avaliar a conveniência da medida" (STF – HC 74814-7, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 11.04.1997, Ementário 1864-06). Ver tb. *RTJ* 113/1049; *RSTJ* 27/56; *RT* 645/278; *RT* 719/398; *RT* 744/521; *RT* 750/733; e RHC 8142-STJ.

(17) Petição 1982-2/170.

(18) Aviso n. 3, DCJ-MRE-AJUR, de 20.04.2000, endereçado pelo Ministro das Relações Exteriores ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

entendimento exarado pela Procuradoria-Geral da República[19] – é de capital importância para o futuro desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A experiência internacional: tratados e convenções

No âmbito internacional, o primeiro tratado de transferência de pessoas condenadas que se tem notícia se deu em 1951, entre Líbano e Síria.[20]

Não obstante, a difusão do instituto ocorreu, sem dúvida, com a "Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas", feita em 21.03.1983, em Estrasburgo, e aberta a assinatura não só dos Estados que compõem o Conselho da Europa, como também dos "Estados não membros que participaram na sua elaboração" ou que, posteriormente, expressarem o seu "consentimento em ficar vinculado à Convenção".[21]

Esta convenção – frise-se – é um marco importante na presente matéria, não só por sua vocação "universalista", mas, principalmente, por ter influído decisivamente na elaboração de acordos bilaterais entre a generalidade dos países, europeus ou não, na medida em que, para ela, o traslado de presos reveste-se "de um especialíssimo interesse, não só para a execução e cumprimento de penas e medidas de segurança privativas de liberdade no país de origem, com o prévio consentimento do réu e, de acordo com o sistema de prosseguimento ou de conversão da condenação, e com a aplicação do sistema de execução do denominado 'Estado de execução' ou receptor, senão também para se aprofundar na cooperação judicial européia em matéria de execução de sentenças penais transitadas em julgado".[22]

Através da exposição de motivos da Convenção de Estrasburgo, percebe-se que seu objetivo é o de "facilitar a transferência de presos estrangeiros a seus países de origem criando um procedimento simples e rápido. Desse ponto de vista, ela visa a completar a Convenção européia sobre o valor internacional de julgados repressivos de 28 de maio de 1970 que, embora permitindo a transferência de presos, apresentava dois inconvenientes importantes: ela foi ratificada por um pequeno número de Estados, e o procedimento que ela previu não permitia a trans-

(19) Parecer do Ministério Público Federal, aprovado pelo Procurador-Geral da República em 25.04.2001.

(20) Conf. PISANI, Mario. "Cooperazione internazionale in materia penale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, Milão, 2000, p. 1.629. Este autor salienta, ainda, que a evidente proximidade geográfica e cultural foi o que determinou o pionerismo do tratado sírio-libanês.

(21) Conf. art. 18, itens 1 e 3, da "Convenção Européia sobre a transferência de pessoas condenadas", doravante denominada de Convenção de Estrasburgo. Entre os Estados não integrantes do Conselho da Europa que aderiram àquela convenção, figuram Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Rússia, Israel, Tonga e Trinidad-Tobago. O Brasil não participou da elaboração do citado Convênio, nem demonstrou, posteriormente, interesse em subscrevê-lo.

(22) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 7.

ferência rápida de presos estrangeiros. A fim de suplantar essa última dificuldade, devida às complexidades administrativas inevitavelmente ligadas a um documento tão complexo e detalhado como a Convenção européia sobre o valor internacional de julgados repressivos, a presente Convenção visa fornecer um mecanismo simples, rápido e ágil para o repatriamento de prisioneiros". [23]

Por essa razão, os comentadores da Convenção de Estrasburgo assinalam que "na sua gênese esteve – e está – uma nova preocupação dos Estados em matéria de execução de penas, no quadro de uma política criminal moderna, que confere aos imperativos de *reinserção social* do delinqüente a primazia sobre a necessidade de punir e sobre o valor moral da expiação. Corolariamente, o escopo principal da Convenção é o de permitir a execução da pena *no meio social* de origem do condenado – onde estão presumivelmente reunidas as condições que melhor facilitem a sua reinserção. Mas não lhe são estranhas considerações humanitárias, designadamente a conveniência de evitar que a sanção penal se execute em condições mais gravosas, atentas as dificuldades de comunicação decorrentes das barreiras lingüísticas, da ausência de contatos com familiares e amigos e, em particular, pelas dificuldades de adaptação a culturas e modos de vida estranhos ao delinqüente".[24]

4. Distinção entre a transferência de presos e instrumentos assemelhados

Muito embora se assemelhem no fato de serem atos jurídicos que surtem efeitos na órbita internacional, envolvendo, ou não, a saída de pessoas, há marcantes diferenças entre o traslado de prisioneiros e outros instrumentos de colaboração entre os Estados na repressão do crime e do criminoso ou de autodefesa frente a estrangeiros indesejados.

Apesar da transferência ter surgido no embalo do incremento da extradição, dela recebendo forte influência, verifica-se clara a distinção entre tais institutos.

De imediato, a concordância do apenado, crucial para o traslado de prisioneiro, está, obviamente, fora de questão na extradição.

Nesta, objetiva-se justamente a captura de pessoa que não quer se submeter, espontaneamente, à justiça de um Estado. Para tanto, faz-se mister a ajuda do país onde se encontra o foragido – inculpado ou já condenado. Quer-se, fundamentalmente, aplicar a lei penal de um Estado em face de alguém que dela tenta se esquivar.[25]

(23) Item 8.°, do "Rapport explicatif relatif à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées".

(24) ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada*, p. 131.

(25) Pela clássica definição de Hildebrando Accioly, a extradição consiste no "ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo" (apud GUEIROS SOUZA, *As novas tendências...*, p. 9).

Ao contrário, na transferência não há uma lei penal carente de efetividade. O que existe é a composição de interesses entre dois Estados e o indivíduo que cumpre a pena. Diante desse concerto de vontades, o Estado onde se encontra em execução determinada sanção abre mão da prerrogativa de exercitar todo seu *ius puniendi* em favor do Estado de origem daquele apenado, comprometendo-se, este último, a observar os termos do decreto condenatório, inserindo o penitente em seu sistema de execução penal.

Em suma, "esta exceção à regra de competência geral do Estado de condenação em favor do Estado receptor, em que se baseia o instituto do traslado, responde não a idéias retributivas de possibilitar a realização do *ius puniendi* do Estado reclamante ou ao intento de evitar *lacunas de impunidade*, ao modo da extradição, mas, sim, a fundamentos reabilitadores que possibilitem o encarceramento do apenado ao seu meio social e familiar para uma consecução mais eficaz de sua reinserção social".[26]

Não se pode, sob outro ponto de análise, confundir a transferência com os institutos da deportação e da expulsão.

Conforme já ressaltado, "a deportação consiste na retirada forçada de estrangeiro, nos casos de entrada ou estada irregular no Brasil, conforme os termos do art. 57, do Estatuto do Estrangeiro. Tratando-se de um simples ato administrativo, a deportação pode ser praticada pela autoridade policial federal ou mesmo por um agente de polícia federal. Regularizada sua situação, o deportado pode livremente retornar ao território nacional".[27]

A expulsão, por sua vez, é medida aplicada ao estrangeiro considerado nocivo à ordem pública e social, ou inconveniente aos interesses nacionais, na forma do art. 65, da Lei 6.815/80. A conveniência e a oportunidade da prática da expulsão é da exclusiva alçada do Presidente da República, exigindo, para a sua decretação, a existência de procedimento administrativo com direito a defesa. Enquanto não revogado o decreto de expulsão, o estrangeiro não pode legalmente regressar no País.

É certo que, em ambos os casos, o Estado atua de forma unilateral, visando somente à defesa de seus interesses, sendo despicienda a manifestação de vontade do ádvena para a consumação do ato de deportação ou de expulsão.

Evidentemente, na transferência, não há *ação unilateral* por parte de um Estado, dentro de seu direito de autodefesa em face de estrangeiros em situação irregular ou perturbadores da ordem pública, mas, sim, a convergência de interesses à transposição espacial da fase de determinada execução penal.

Sem embargo, na tramitação da transferência passiva – isto é, do Brasil para o exterior –, é praxe do Governo brasileiro, junto com o ato de transferência, *expulsar* o indivíduo trasladado, como forma de acautelar o interesse público no sentido

(26) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 43.

(27) GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências...*, p. 26.

da proibição daquele criminoso retornar ao território nacional, mesmo após o cumprimento da pena.[28]

Um outro instituto jurídico que difere da transferência de preso é o da execução da sentença condenatória estrangeira, na medida em que esta última consiste na transmissão do título condenatório definitivo para que, devidamente homologado administrativa ou judicialmente, possa surtir efeitos, como se tivesse sido exarada pela justiça do Estado recebedor.[29]

Na execução de sentença penal estrangeira sobreleva o caráter repressivo do ato de colaboração em matéria penal, vez que a vontade daquele sobre o qual incidirão os efeitos da homologação é, mais uma vez, irrelevante.

Trata-se, com efeito, de um instituto que almeja aplicar uma sanção penal, regularmente editada pela justiça de um país, no território de outro onde se encontra fisicamente o condenado – geralmente um indivíduo foragido daquela justiça – , quando impossibilitada a via extradicional.

Não se ignora que a transferência implica na transmissão de uma sentença condenatória, na fase posterior de execução penal. Porém, nela muito mais do que a sentença, o que se "transfere" é o próprio indivíduo, coisa que não ocorre na execução de sentença penal estrangeira.

Ademais, na transferência de presos predomina o propósito de reinserção social do condenado. O indivíduo, portanto, não é mero *objeto* de um ato de colaboração entre Estados, mas verdadeiro *sujeito de direitos*, com direito a opinar sobre a conveniência e oportunidade do traslado.

Em síntese, se, de um lado, a transferência de prisioneiro se aproxima da extradição e da execução de sentença estrangeira, no sentido de serem, todas, atos de cooperação entre países diante do fenômeno do crime – diferentemente da deportação e da expulsão, que são meros atos unilaterais de defesa do Estado –, por outro lado, ela difere de todos os instrumentos precedentes, na medida em que prevê a participação ativa do indivíduo na concretização do objeto de sua disciplina, advindo, daí, o seu caráter humanitário.[30]

Releva salientar, conclusivamente, que todos esses institutos se interpenetram de alguma maneira. Neste sentido, a extradição – que é considerada a forma mais contundente de colaboração entre países na luta contra a criminalidade –, encontra-se, não obstante, submetida a limites. É o que se pode inferir, por exemplo, na hipótese de indeferimento do pedido extradicional, diante dos óbices de refazimento

(28) Ver o item 8.1, abaixo.

(29) Nesse sentido, o art. 101, item 2, da lusitana "Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal" dispõe que "As sentenças estrangeiras executadas em Portugal produzem os efeitos que a lei portuguesa confere às sentenças proferidas pelos tribunais portugueses".

(30) Conforme assinalado pela doutrina, "talvez seja ainda mais sensível o seu valor como instrumento que permite um tratamento 'mais humano' das pessoas a quem se aplica" (ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional...*, p. 137).

do processo no local de refúgio, tais como a dificuldade de se trasladar e traduzir os atos e documentos que compõem os autos originais; a perda de prova e vestígios que, com o tempo tendem a desaparecer; ou mesmo a diversidade de ânimo do *locus delicti*. Com a inviabilidade do ato extradicional, entram em linha de tiro a execução da sentença penal estrangeira, no seu aspecto principal, e a transferência de preso, quando conveniente aos interesses envolvidos.[31]

5. Aspectos jurídicos da transferência de presos

5.1 Conceito e objetivos

Como visto, a transferência de presos consiste num ato trilateral, uma vez que, além da concordância dos Estados envolvidos – remetente e receptor –, pressupõe a aquiescência do indivíduo condenado, por meio do qual se transporta a fase de execução de determinada pena, em regra privativa de liberdade, do primeiro para o segundo Estado, fazendo com que o apenado a cumpra próximo de seu ambiente social e familiar.

Através desse instituto quer-se atingir a um duplo objetivo: incrementar a cooperação internacional em matéria penal, servindo, assim, aos interesses de uma boa administração da justiça; e favorecer a reinserção social das pessoas condenadas, dando a possibilidade àqueles que se encontram privados da sua liberdade, em virtude de uma infração penal, de cumprir a condenação no seu ambiente social de origem.

Objetiva-se, portanto, encontrar uma solução eqüitativa para o problema do criminoso estrangeiro, "que permita não só a sua adequação ao necessário cumprimento efetivo da pena, mas que simultaneamente possibilite a futura reintegração do condenado no Estado de que é nacional".[32]

Dessa forma, "considerando que tais finalidades só se otimização se houver a possibilidade de que o detido possa vir a cumprir a sua condenação no seu ambiente social de origem, surgiu assim um novo *instituto de cooperação judiciária internacional em matéria penal*, denominado de *Transferência de Pessoas Condenadas*, com o qual se visa possibilitar que uma pessoa condenada em pena ou

(31) Imbuída desse espírito, a Convenção da ONU contra o tráfico de entorpecentes, celebrada em Viena, no ano de 1988, previu não só a flexibilização dos procedimentos de extradição e outros mecanismos de cooperação penal, como também, diante da impossibilidade de concessão da extradição em virtude da nacionalidade da pessoa envolvida, que os Estados se comprometessem a proceder à execução da sentença penal estrangeira imposta àquele indivíduo, e, ainda, a celebrarem tratados sobre traslado de pessoas condenadas a prisão, em razão de delitos relacionados com o narcotráfico.

(32) SIMON, Theodore e ATKINS, Richard. "Prisioner Transfer Treaties: Crucial times ahead", *The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar*, Amsterdam: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 70.

sujeita a medida de segurança, privativas da liberdade, por um tribunal estrangeiro possa ser transferida para o seu país de origem para ali a cumprir". [33]

5.2 Objeto da transferência de presos

O conteúdo da transferência de prisioneiros gira em torno da pena privativa de liberdade. É ela, sem dúvida nenhuma, que movimenta toda a engrenagem de gestões diplomáticas e jurídicas que fazem com que, sem solução de continuidade, o desconto do tempo de prisão que recai sobre o apenado passe do território do Estado da condenação para o território do Estado de execução.

Entretanto, outras hipóteses de sanções podem ser objeto de traslado, tais como medidas de segurança e medidas pertinentes a menores infratores.

No tocante à disciplina da matéria nos compromissos firmados pelo Brasil, verifica-se que a *medida de segurança* foi prevista como objeto de transferência apenas no tratado celebrado com a República Portuguesa, conforme se observa da definição que este acordo dá ao termo "condenação", que é considerada como "qualquer pena ou medida privativa da liberdade, *incluindo medida de segurança de duração determinada*, proferida por juiz ou tribunal, em virtude da prática de infração penal".[34]

Afora esta única referência expressa às medidas de segurança nos tratados bilaterais brasileiros, pode-se, ainda, extrair da Convenção Interamericana – da qual o Brasil é signatário – a possibilidade de ser veiculada tal hipótese de sanção penal destinada ao inimputável ou ao semi-responsável, através dos "casos especiais" de aplicação daquela convenção, conforme estipulado no seu art. 9.º.[35]

No que tange às sanções destinadas a *menores infratores*, o Brasil foi mais generoso, pois, além de existir igual previsão na Convenção Interamericana, há, ainda, a possibilidade delas serem manejadas nos tratados firmados com Canadá, Chile, Paraguai e Espanha.

Com relação a este último Estado, anote-se que o documento em vigor assinala que os seus efeitos estendem-se "a pessoas sujeitas à vigilância ou outras medi-

(33) CRUZ BUCHO, José Manuel e SILVA PEREIRA, Luís. *Cooperação Internacional Penal: Extradição e transferência de pessoas condenadas*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 116 (destaques do original).

(34) Art. 1.º, *a*, do Tratado Brasil/Portugal. Como as medidas de segurança, no Brasil, vigoram por tempo indeterminado (art. 97, § 1.º, do CP), tem-se como inexeqüível esse dispositivo.

(35) Art. 9.º da Convenção Interamericana: "Aplicação da Convenção em casos especiais. (...) Se o acordarem as Partes e para efeitos de seu tratamento no Estado receptor, poderá aplicar-se esta Convenção a pessoas que a autoridade competente houver declarado inimputáveis. As partes acordarão, de conformidade com o seu direito interno, o tipo de tratamento a ser dispensado às pessoas transferidas. Para a transferência deverá obter-se o consentimento de quem estiver legalmente facultado a concedê-lo".

das, de acordo com a legislação de uma das Partes com relação aos menores infratores. As Partes deverão, de conformidade com suas legislações, acordar o tipo de tratamento que deverá ser dispensado a tais pessoas no caso de transferência. O consentimento para a transferência deverá ser obtido junto à pessoa legalmente autorizada".[36]

Nada impede, por outro lado, que o foco da transferência também incida sobre o *livramento condicional*, permitindo, assim, que a fiscalização do cumprimento das condições dessa fase de execução penal passe para o Estado Receptor. Igual raciocínio vale, ainda, para os casos de *suspensão condicional da pena* ou de regimes prisionais que admitam a saída do prisioneiro do cárcere.

Neste sentido, todos os tratados subscritos pelo Brasil, com exceção daquele firmado com Portugal, bem como a própria Convenção Interamericana, aludem ao fato do traslado estender-se ao liberado condicionalmente e "a pessoas sujeitas à vigilância ou outras medidas", expressão que, com certeza, abrange as chamadas alternativas penais.[37]

Mesmo não sendo freqüentes, no Direito Comparado, os casos efetivados de traslado do livramento condicional ou de regime penal extramuros, nada impede que, futuramente, tal modalidade venha a se difundir no plano internacional, até mesmo por sua singeleza e barateamento de custos; bastaria que o liberado, interessado em observar os termos da condenação, levasse em mãos a documentação pertinente, continuando o cumprimento do período de prova da respectiva fase de execução penal no seio de sua comunidade.

Por fim, é necessário registrar que a pena de morte e a pena de prisão perpétua, enquanto sanções "tratadas geralmente, *pari passu*, nas legislações que a adotam e na doutrina, como integrantes da mesma categoria de penas eliminatórias",[38] estão totalmente excluídas do âmbito da transferência de presos, tendo em vista a incompatibilidade de tais manifestações punitivas com a natureza humanitária do presente instituto.

(36) Art. 9.°, item 1, do Tratado Brasil/Espanha. Idêntica redação é verificada nos tratados firmados com o Canadá e Chile (com a mesma numeração de artigo), e, ainda, com Paraguai, através de uma redação um pouco diferente (art. 9.°, item 2: "A execução da medida privativa de liberdade que se aplicar a menores de idade se cumprirá de acordo com a legislação do Estado recebedor").

(37) Nesses termos, dispõe o Tratado Brasil/Paraguai que se o "nacional de uma Parte estiver cumprindo uma pena imposta pela outra Parte sob condição de suspensão condicional da pena, regime de liberdade condicional ou regime carcerário que não seja o fechado, poderá cumprir tal pena sob a vigilância das autoridades do Estado recebedor" (art. 9.°, item 4). Semelhante redação foi utilizada nos acordos firmados com a Argentina e a Bolívia.

(38) Extradição 426, voto do Ministro Rafael Mayer (*RTJ* 115/969). Sobre a polêmica questão da admissibilidade da extradição para o cumprimento de pena de prisão perpétua vide GUEIROS SOUZA, Artur de Brito – "As novas tendências do direito extradicional", p. 143 et seq.

Nesta linha, há previsão, em diversos tratados de transferência, da necessária comutação daquelas penas eliminatórias, antes de se proceder às tratativas diplomáticas no sentido de realização do traslado.[39]

5.3 O tratado como pressuposto da transferência

Em que pese a possibilidade da mera promessa de tratamento recíproco ser, em tese, fonte para a transferência de presos, a base precípua deste instrumento internacional é o tratado formal. Com ele, se garante não só a obrigatoridade de exame de caso futuros, mas, principalmente, a regulação casuística dos sistemas penais dos Estados contratantes, conforme as peculiaridades de cada qual.

Portanto, o pressuposto para a dedução e efetivação do traslado de uma pessoa condenada é a existência de um acordo bilateral, firmado entre o Estado de que é nacional e o Estado onde se encontra cumprindo a respectiva sanção penal.[40]

Não se pode ignorar, entretanto, que a transferência pode operar não só através de tratados bilaterais, mas, inclusivamente, por meio de documentos multilaterais. Na verdade, com a elaboração de convenções internacionais – tais como a pioneira Convenção de Estrasburgo e, mais recentemente, a Convenção Interamericana –, o instituto da transferência tende a ficar envolto numa verdadeira rede internacional, de sorte a uniformizar e simplificar a regulação dos seus atos.

Sem prejuízo das relações jurídicas entabuladas em instrumentos bi ou multilaterais, é de todo recomendável que, de *lege ferenda*, tal como ocorre com o instituto da extradição, haja uma normatização interna da transferência de prisioneiros, seja numa hipotética lei de cooperação internacional em matéria penal ou mesmo no próprio Código de Processo Penal – Livro V, das "Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira" –, aproveitando-se, assim, do atual processo de reforma.

Com a elaboração de uma *lei interna*, poder-se-á conferir um caráter mais abrangente ao instituto, sistematizando-o com os institutos da extradição, da execução de sentença penal estrangeira, cumprimento de cartas rogatórias, além de outros mecanismos de colaboração internacional em matéria penal.

(39) Art. 3.º, item 5, da Convenção Interamericana: "Esta Convenção aplicar-se-á unicamente nas seguintes condições: (...) 5. Que a pena a ser cumprida não seja pena de morte".

(40) Conforme salientado pela doutrina, *verbis*: "As condições da transferência. Condições de fundo: O art. 3.º, da Convenção [de Estrasburgo] de 1983 enumera seis condições para a transferência. Entretanto, uma é tão evidente que parece mais, malgrado a letra do texto, uma condição preambular do que uma condição real. Trata-se da existência de um tratado bilateral que deve existir entre dois Estados sobre a transferência de prisioneiros. Para dizer a verdade, trata-se de algo evidente, pois toda cooperação penal interativa se funda sobre um tratado" (PRADEL, Jean e CORSTENS, Geert. *Droit pénal européen*. Paris: Dalloz, 1999. p. 92).

5.4 Requisitos legais

5.4.1 Nacionalidade do trasladado

Segundo a maior parte dos tratados que versam sobre o instituto da transferência de presos, há cinco grupos de documentos a serem examinados para o deferimento de um pedido de traslado: um que envolve a nacionalidade do trasladado, outro que estabelece a natureza definitiva da sentença condenatória, um terceiro que examina o lapso razoável de pena pendente de cumprimento, um quarto que atesta o formal consentimento do condenado e, por fim, o que comprova a dupla incriminação do fato.

O primeiro desses requisitos – qual seja, o que exige que o condenado seja nacional do Estado receptor – está previsto na generalidade dos tratados de transferência.

Sem embargo, tal requisito nada mais significa do que a manifestação de um "nacionalismo" no pior sentido da expressão, uma vez que, proibindo-se o traslado de um não nacional, estar-se-ia, muita vez, impedindo que alguém que possua laços familiares, culturais, lingüísticos etc. com determinado país – mas que não possua o selo de ser nacional –, não possa beneficiar-se desse mecanismo de reinserção social, fato este que depõe contra o espírito humanitário e o sentimento de justiça que norteiam e fundamentam a própria existência do instituto.

Conforme asseverado pela doutrina, "ser nacional de um país não permite presumir que a pessoa desfrute de relações sociais que façam mais recomendável o cumprimento da pena nele mesmo e, em sentido inverso, pode ocorrer que um estrangeiro se encontre radicado num país estranho com família e ocupação estável. A exclusão dos não nacionais *ab initio* é um critério discriminatório contrário às metas do traslado".[41]

Diante de tal premissa e observando os acordos firmados pelo Brasil, verifica-se, no particular, que apenas o documento feito com Portugal excepciona o rigor da nacionalidade, para compreender, também, a transferência do condenado que possua "residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra Parte que justifique a transferência",[42] decerto em razão do direito português, favorável à recepção do estrangeiro ou apátrida nessas circunstâncias.[43]

Igual inclinação "nacionalista", isto é, de permitir apenas ao nacional a possibilidade de ser trasladado para cumprir pena no Estado de origem, é encontrada no Direito Comparado.

(41) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 37.

(42) Art. 3.°, *a*, do Tratado Brasil/Portugal.

(43) Nesse sentido, a portuguesa "Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal" impõe como uma das "condições de admissibilidade" para execução de sentença estrangeira em Portugal ou para o traslado àquele país, que "o condenado seja português, ou estrangeiro ou apátrida que residam habitualmente em Portugal" (conf. art. 96, item 1, *f*, da Lei 144/99).

A única exceção digna de relevo encontra-se no "Acordo relativo à aplicação entre os Estados Membros das Comunidades Européias da Convenção sobre Transferência de Pessoas Condenadas", feito em 1987, em Bruxelas. Alargando o raio de aplicação da transferência no âmbito da Comunidade Européia – excluindo, portanto, os Estados não europeus signatários da Convenção de Estrasburgo –, aquele protocolo dispõe que "cada Estado membro considerará como seus nacionais os nacionais de qualquer outro Estado membro, cuja transferência se considere aconselhável e no interesse da pessoa em causa, tendo em conta a sua residência habitual e regular em seu território".[44]

Para os comentadores da Convenção de Estrasburgo, esta ampliação do conceito de nacional para fins de transferência, "não só pretendeu superar o estreito conceito da nacionalidade, como também avançar no desenvolvimento da nacionalidade européia única".[45]

Percebe-se, portanto, que salvo as específicas circunstâncias, de laços culturais, políticos ou históricos, que unam determinados povos – como são as relações entre Brasil e Portugal, ou entre os membros da Comunidade Européia, ou, ainda, entre os chamados Países Nórdicos[46] –, a regra geral no campo do traslado de prisioneiros é a de conferir direito à medida apenas aos nacionais dos Estados envolvidos.

É claro, por outro lado, que a definição do que se entenda por *nacional* é dada pela a legislação de cada país. Segundo os tratados de transferência por nós firmados, "por nacional se compreenderá, no caso do Brasil, um brasileiro, segundo definido pela Constituição Brasileira".[47]

As autoridades centrais encarregadas do processamento do pedido de transferência exigem, como prova da nacionalidade do condenado, que seja apresentada uma *certidão de nascimento*, ou documento equivalente, expedido por um registro civil do Estado receptor, sendo que o passaporte não é aceito para suprir tal exigência.[48]

(44) Art. 2.° do "Acordo relativo à aplicação entre os Estados Membros da Comunidade Européia da Convenção sobre Transferência de pessoas condenadas".

(45) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 56.

(46) Sobre os Estados Nórdicos, salienta-se que o conceito de nacional inclui, "como eles têm o costume de fazê-lo, os cidadãos pertencentes à chamada comunidade nórdica, "particularmente entrosada no campo da cooperação penal" (conf. HARREMOES, Erik. "Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe: lê transfèrement des personnes condemnées". *Revue de science criminelle et de droit penal compare,* n. 1, Paris, jan-mar, 1983. p. 238).

(47) Art. 2.°, *c*, do Tratado Brasil/Chile. Semelhante dispositivo pode ser encontrado nos demais acordos feitos pelo Brasil nessa matéria.

(48) No caso do Brasil, enquanto Estado receptor do nacional, essa exigência gera alguma dificuldade no âmbito do Ministério da Justiça, dadas às dimensões continentais de nosso país, que dificultam a localização do registro civil onde foi assentado o nascimento do brasileiro que cumpre pena no exterior – que são geralmente pessoas desassistidas jurídica e socialmente. Sobre o passaporte, é consabido que o mesmo é

Uma questão interessante que se coloca, nesse contexto, é a de saber qual a solução jurídica para a hipótese do condenado possuir dupla nacionalidade: uma do Estado da condenação e outra do Estado receptor.

Acredita-se que, em tal hipótese, a transferência estaria prejudicada, pois a condição de *nacional*, nos termos do Estado da condenação, implica no apenado ser considerado *estrangeiro* perante o Estado da execução.

Não obstante, há quem sustente o contrário, isto é, de que é factível a transferência em tal hipótese, sendo que "em caso de dupla nacionalidade, o critério determinante será o do lugar de residência".[49]

5.4.2 Sentença condenatória transitada em julgado

Um outro requisito, inserto nos tratados e convenções sobre transferência de prisioneiros, exige que a sentença seja definitiva, isto é, "que não esteja pendente de julgamento qualquer recurso em relação à condenação imposta ao preso no Estado Remetente ou que tenha expirado o prazo para a interposição de recurso".[50]

Isto se deve, em primeiro lugar, por conta do princípio universal da *presunção de inocência* – acolhido, em nossa Constituição, no art. 5.°, LVII –, através do qual não é permitido o cumprimento de sanção de natureza penal enquanto não esgotadas as possibilidades de se recorrer contra o decreto condenatório.

Se tal regra vale para o direito interno, mais válida ainda para o âmbito externo, na medida em que seria temerária a transferência de alguém para uma hipotética *execução provisória da pena.*

Em suma, no trato das relações internacionais é preciso que haja segurança jurídica sobre a quantidade e a natureza da pena a ser trasladada, até porque também vigora, no terreno da transferência de presos, o conhecido princípio processual que veda a *reformatio in pejus*.

Ou seja, não é lícito ao Estado da execução "agravar, aumentar ou prolongar a pena ou a medida aplicada no Estado da condenação, nem privar a pessoa conde-

um documento que gera uma natural suspeição, tendo em vista a possibilidade de sua falsificação, material ou ideológica. Não obstante, a *ficha de preenchimento para a expedição do passaporte* revela-se um bom indicativo da localização do registro civil do nascimento do nacional.

(49) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 57, com a análise de um caso de dois condenados que, além de serem argentinos, tinham a nacionalidade espanhola (Caso *RamosMora/SebastiánJoaquím*). Segundo o relato, a Câmara Nacional de Cassação Penal da Argentina concedeu o traslado sob o entendimento de que "basta que a pessoa mostre seu desejo de trocar de domicílio, desde que presentes os demais requisitos, para que quem ostenta a dupla nacionalidade possa ser trasladado ao outro país para cumprir a respectiva condenação." (Op. cit., p. 58).

(50) Art. 3.°, *d*, do Tratado Brasil/Canadá.

nada de qualquer direito para além do que resultar da sentença proferida no Estado da condenação".[51]

Evidentemente, a exigência de firmeza da decisão não está infensa à possibilidade de revisão extraordinária do julgado, conforme a nossa *revisão criminal* ou o *recurso de amparo*, comum nos países de língua espanhola.

Cumpre registrar, porém, que apenas o Estado da condenação pode proceder à revisão do julgado e, em havendo a desconstituição do título judicial, comunicar ao Estado da execução – tal competência insere-se nas *reservas de jurisdição*, abaixo explicitadas.

Os tratados nessa matéria não permitem, assim, que o Estado receptor reveja o julgado estrangeiro, sob pena de desrespeito à soberania do outro Estado.

Numa palavra, se, por um lado, o trânsito em julgado coloca-se como óbice à *reformatio in pejus* – o que é uma garantia a favor do trasladado –, por outro, tal requisito impede que se proceda a uma indevida revisão *pro reo* no Estado receptor.

Não se pode esquecer, sob um outro ângulo, que a sentença condenatória transitada em julgado acarreta, além da imposição de pena, outras conseqüências, não só de natureza penal, mas, também, extrapenal, figurando, dentre estes efeitos, o de tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime.[52]

Assim, uma das condições para a transferência, prevista no Tratado Brasil/Paraguai, é a de que "o preso tenha cumprido ou garantido o pagamento, de forma satisfatória para o Estado remetente, das multas, despesas com a justiça, reparação civil e sanções pecuniárias de qualquer natureza que correm às suas custas, conforme o disposto na sentença e que não esteja tramitando demanda por indenização na jurisdição civil. Excetua-se o preso que comprove devidamente a sua absoluta insolvência".[53]

Ora, enquanto não liquidada a obrigação de reparar o dano, ou justificada a impossibilidade de o fazê-lo, há o entendimento geral no sentido de ser desaconselhável, ao Estado demandado, consentir na transferência do preso estrangeiro.[54]

(51) Art. 9.°, item 2, *a*, do Tratado Brasil/Portugal.

(52) Conf. arts. 91, I, do CP.

(53) Art. 3.°, *f*, do Tratado Brasil/Paraguai.

(54) Nesta linha, a seguinte decisão do Ministério da Justiça da França: "Para recusar a transferência de um prisioneiro, a autoridade administrativa pode não somente se basear na circunstância de uma das condições enunciadas nas alíneas *a, b, c, d* e *e* do item 1 do art. 3.° da Convenção do Conselho da Europa de 21 de março de 1983 não se cumpriu, mas tem igualmente a faculdade da recusa por *motivos de interesse geral*, notadamente de boa administração da justiça, dependendo de seu poder de apreciação (...), de sorte que a administração penitenciária pode se opor à transferência sob o argumento de que o condenado ainda não satisfez o pagamento aos lesados dos prejuízos a que deu causa – este fundamento está inserido dentro do rol de *motivos de interes-*

5.4.3 Duração da pena pendente de cumprimento

A condenação que resta a ser cumprida, de acordo com a maioria dos tratados de transferência de prisioneiros, deve obedecer a um razoável lapso de tempo, geralmente de *seis meses*, contado a partir da data do protocolo do pedido perante a autoridade responsável no Estado da condenação.

Este requisito decorre do fato de que, se por um lado, um diminuto tempo remanescente – isto é, inferior ao referido semestre – praticamente inviabiliza os fins ressocializadores que impulsionam o instituto da transferência, por outro, através da fixação de um *quantum*, se estabelece uma eqüitativa relação entre o custo e o benefício de toda a operação, que envolve a tramitação e a tradução de uma grande quantidade de papéis.

Verifica-se, nesta questão, uma ausência de uniformidade do Governo brasileiro, pois em alguns documentos – quais sejam, os tratados assinados com Canadá, Portugal, Espanha e Chile – encontra-se fixado o prazo não inferior a *seis meses*. No entanto, em outros, o Brasil estipulou em *um ano* o tempo remanescente da pena a ser objeto da transferência – conforme os acordos firmados com Bolívia, Argentina e Paraguai, que são, justamente, países com os quais fazemos fronteira, circunstância esta que favoreceria o encurtamento do tempo em razão do fator espaço.

Em conclusão, tal disparidade de lapsos temporais poderá gerar alguma controvérsia na aplicabilidade dos tratados que exigem o prazo mais longo de um ano, notadamente frente ao princípio da isonomia, pois não há sentido em se estabelecer um tratamento desigual entre brasileiros no estrangeiro – como também entre estrangeiros no Brasil –, que se encontram na mesma situação, qual seja, a de estarem cumprindo penas privativas de liberdade.

5.4.4 Consentimento do condenado

Conforme já assinalado, o formal consentimento do condenado consiste no requisito legal que imprime o caráter humanitário ao instituto jurídico da transferência de presos, apartando-o dos demais mecanismos de cooperação em matéria penal.

Neste sentido, tem-se que "fundamentadas nos fins ressocializadores da pena, não se pode ignorar que as medidas orientadas a esses fins necessariamente devem contar com a participação do interessado. Um traslado imposto ao condenado poderá responder aos interesses da justiça, coincidentes ou não com os do réu, porém desde logo não oferece garantias de êxito das aspirações ressocializadoras. Assim, pois, não é exagerado afirmar que se trata do requisito nuclear do instituto".[55]

se geral sobre os quais o Ministro da Justiça pode legalmente recusar a transferência" (Tribunal Administrativo de Poitiers, decisão de 01.07.1999, *La Semaine Juridique. Jurisprudence*, n. 47, Paris, 1999, p. 2090 – os destaques são do original).

(55) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 69.

É interessante observar, neste ponto, que mesmo quando o procedimento de transferência é iniciado a pedido do próprio preso, ainda assim é mister que se obtenha dele a formal declaração de que aceita ser trasladado para o país de origem. Isto porque, não raro, ocorre do condenado *desistir* da transferência, após a deflagração das tratativas diplomáticas e jurídicas, que se desenvolvem no prazo de alguns meses, dentro do qual pode se dar o referido arrependimento por parte do próprio postulante.[56]

Os tratados de transferência de presos exigem, quando da manifestação da concordância do apenado, que ao mesmo deve ser participado de todas as conseqüências de seu ato, devendo – conforme já mencionado nesse trabalho – o Estado remetente "dar ao Estado recebedor a oportunidade, se este último assim o desejar, de comprovar, antes da transferência, o consentimento expresso do preso em relação à transferência".[57]

Dentre os esclarecimentos que devem ser prestados ao condenado, para que possa declarar seu consentimento sem qualquer vício de vontade, figura a especificação do local para onde o mesmo será transferido – informação esta de suma valia aos brasileiros que tencionam retornar ao País, tendo em vista as péssimas condições da maior parte de nossos estabelecimentos prisionais.

A contrapartida da manifestação livre da vontade do condenado é a de que, com ela, o Estado recebedor fica dispensado de observar o *princípio da especialidade* – este princípio, como se sabe, é essencial ao instituto da extradição, significando que o Estado que recebe o prisioneiro não pode submetê-lo a julgamento por fatos anteriores àquele que fundamentou o pedido de cooperação penal.[58]

Isto se deve ao fato de que, mais do que ninguém, o próprio interessado é sabedor de suas ações pregressas que podem demandar o exercício do *ius puniendi* por parte de autoridades do Estado receptor. Ademais, com a expulsão que se processa ao final do cumprimento da pena, o indivíduo terá mesmo que retornar

(56) Caso não haja nenhuma disposição em contrário nos instrumentos que versam sobre a matéria, a desistência pode se dar até o momento imediatamente anterior à retirada física do prisioneiro do território do Estado da condenação. Com a exceção dos acordos Brasil/Espanha (art. 5.°, item 6: "O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelo Estado recebedor") e Brasil/Chile (art. 5.°, item 4: "O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelos dois Estados), os demais tratados subscritos por nosso País são omissos quanto a essa questão.

(57) Art. 5.°, item 6, do Tratado Brasil/Espanha. Neste sentido, salienta-se que "sendo o consentimento do condenado um dos elementos fundamentais do mecanismo da transferência, justifica-se, para o Estado da condenação, a obrigação de se certificar que foi dado voluntariamente pelo mesmo condenado, com plena consciência das conseqüências jurídicas que dele decorrem, e para permitir ao Estado da execução verificar que ele preenche as condições requeridas" (ROCHA, Manuel António Lopes e MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal – Comentários.* Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1992, p. 182).

(58) Conforme GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. "As novas tendências...", p. 17 et seq.

ao país de origem, ficando, de qualquer modo, submetido ao império das leis de onde é nacional.[59]

Anote-se, neste sentido, que nenhum tratado assinado pelo Governo brasileiro prevê a incidência do princípio da especialidade. Todos são unânimes em clausular somente que "o preso transferido não poderá ser novamente julgado no Estado recebedor pelo *mesmo delito* que motivou a pena imposta pelo Estado remetente".[60]

Por fim, dentro deste tópico, é necessário registrar a perigosa tendência, verificada em alguns Estados europeus – certamente fomentada por idéias xenófobas –, de prescindir da concordância do condenado para a transferência, quando inequívoco o ato de expulsão ao final do cumprimento da pena.[61]

Com efeito, no "Protocolo Adicional" ao Convênio Europeu de Transferência de Pessoa Condenada, de 08.12.1997, há a previsão de que "se for requerido pelo Estado da condenação, o Estado da execução acederá à transferência de uma pessoa condenada *sem o consentimento da mesma*, quando a sentença condenatória ou uma decisão administrativa dela decorrente preveja a expulsão ou a ordem de deportação ou outra medida que resulte no fato da pessoa não poder voltar ao território do Estado da condenação".[62]

Este dispositivo, decididamente, descaracteriza o instituto da transferência de presos, retirando seu cunho humanitário, na medida em que o estrangeiro perde a

(59) É interessante observar que, nos termos do art. 116, II, do CP, o curso do lapso prescricional se suspende "enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro".

(60) Art. 8.º do Tratado Brasil/Paraguai. O julgamento pelo *mesmo delito* importaria em odioso *bis in idem*. Excetuando o *mesmo delito*, o Estado receptor exerce plenamente sua soberania para processar e julgar o indivíduo trasladado por qualquer outro crime porventura incurso.

(61) No particular, merece destaque o seguinte pensamento de WACQUANT, Loïc, "Preocupados em navegar sobre a onda xenófoba que varre a Europa após a virada neoliberal da década de 80, a mídia e os políticos de todos os matizes amplificam este processo, fazendo, de maneira sincera ou cínica, direta ou indiretamente, mas sempre banalizada, o amálgama entre imigração, ilegalidade e criminalidade. Sempre apontado como perigoso, de antemão suspeito, se não o for por princípio, jogado às margens da sociedade e perseguido pelas autoridades com um entusiasmo sem igual, o estrangeiro (não-europeu) se transforma em um inimigo cômodo – *suitable enemy*, segundo a expressão do criminólogo norueguês Nils Christie. Como os negros pobres das metrópoles americanas, eles são ao mesmo tempo o símbolo e o alvo de todas as ansiedades sociais. A prisão, e as marcas que deixa, participam assim, ativamente, da criação de uma categoria européia de 'sub-brancos', talhada sob medida para justificar uma guinada para a gestão penal da pobreza que, por efeito de halo, tende a se aplicar ao conjunto das camadas populares minadas pelo desemprego em massa e pela flexibilização do emprego, independente da nacionalidade" (WACQUANT, Loïc. "Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa". *Discursos Sediciosos*, n. 11, Rio de Janeiro, 2001, p.125).

(62) Art. 3.º, item 1, do "Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo".

faculdade de optar pelo cumprimento integral da pena no local onde sofreu a condenação. Através daquele protocolo adicional, a transferência de pessoas condenadas metamorfoseia-se em um mero instrumento internacional de repressão criminal, em detrimento de sua vocação humanitária.

Para contrabalançar o indisfarçável viés recrudescedor, o "Protocolo Adicional de 1997" – firmado, dentre outros, por países como Alemanha, França, Itália e Portugal –, faz menção ao princípio da especialidade, prevendo que nenhuma pessoa transferida com base nas suas disposições "poderá ser processada, sentenciada ou detida por delitos cometidos antes da transferência", exceto (a) quando o Estado da condenação o autorize ou (b) quando a pessoa condenada, tendo tido a oportunidade, não abandone o Estado da execução.[63]

5.4.5 Princípio da dupla incriminação do fato

O último requisito constante dos acordos de transferência de presos compreende, na verdade, um princípio tradicional do instituto da extradição, qual seja, a exigência da dupla incriminação do fato – ou dupla identidade da infração –, que significa que o ato de colaboração só terá seguimento se "os fatos que originaram a condenação constituírem infração penal face à lei de ambas as Partes".[64]

Ou seja, é necessário que o fato esteja tipificado como crime, tanto no Estado remetente quanto no receptor do indivíduo condenado.

Segundo a doutrina, através desse princípio, objetiva-se alcançar uma maior segurança na feitura dos atos de transferência, pois, de um lado, assinala que Estado da execução só pode permitir a privação de liberdade de um nacional, se este, com sua conduta no estrangeiro, violou um bem jurídico igualmente protegido por sua legislação interna; e, de outro, assegura ao Estado da condenação que a pena imposta por seus tribunais será materialmente cumprida pela justiça do outro Estado.[65]

Da mesma forma que ocorre na extradição, a verificação da dupla incriminação é feita pela análise dos textos contendo a legislação penal pertinente de cada Estado – remetente e receptor – devidamente vertidos para os respectivos idiomas.[66]

(63) Art. 4.º do "Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo".

(64) Art. 3.º, *d*, do Tratado Brasil/Portugal.

(65) Conforme CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 70.

(66) Escrevendo sobre o princípio da dupla identidade do fato no contexto do direito francês, Philippe Conte salienta ser evidente "que a comparação se faz relativamente "aos 'mesmos fatos'. Deve-se tratar naturalmente de fatos incriminados pelas duas legislações, de sorte que a transferência é negada se a infração estrangeira não tiver um equivalente francês. Mas, a identidade da qualificação não é necessária. Pode, por exemplo, se tratar de um 'furto' ao olhar de uma das legislações, e de um 'abuso de confiança' ao olhar de outra" (CONTE, Philippe. "Heurs et malheurs de la Convention

É certo, porém, que "a incidência deste princípio limitativo do traslado de pessoa condenada é pouco significativa, devido a que, na atualidade, existe uma considerável homogeneidade nas figuras delitivas dos distintos sistemas penais e, em especial, entre os delitos castigados com pena de prisão, que são os que aqui mais interessam."[67]

6. Necessidade de homologação da sentença estrangeira no Supremo Tribunal Federal

A questão de definir se a sentença estrangeira necessita ou não ser homologada, para que possa surtir efeitos no Brasil, com o conseqüente ingresso do nacional no juízo da execução penal, é fundamental para definição do instituto em nosso sistema jurídico.

Trata-se de uma questão crucial, infelizmente não abordada em nenhum dos tratados de transferência de presos firmados pelo Governo brasileiro.[68]

Diante de tal lacuna, pode-se sustentar que a transferência, por priorizar o aspecto humanitário de reintegrar em nossa sociedade um brasileiro privado da liberdade no estrangeiro, dispensaria passar pelo crivo do órgão máximo do Poder Judiciário, bastando, após o exame da documentação pela autoridade central prevista no tratado, contatar o juízo da execução penal da localidade de origem do nacional, para então se proceder ao ingresso físico do apenado, prosseguindo-se nos termos do cumprimento da pena.

Não obstante, conforme exposto, "em que pese a existência de sistemas que dispensem a homologação judicial da sentença condenatória estrangeira, é da tradição de nosso direito que a sentença penal estrangeira, para ter eficácia no Brasil, depende de homologação pelo Supremo Tribunal Federal (art. 215, RISTF)."[69]

Assim, "o art. 9.º do Código Penal diz que a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie a mesma conseqüência, pode ser

Européenne sur le transfèrement des condemnés: l'aticle 713-3 du Code de Procédure Pénale et la détermination de la partie de la peine restant a subir en France". *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit penal – Droit européen.* Paris: Gazette du Palais, 1995. p. 400).

(67) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel, op. cit., p. 70.

(68) No particular, os acordos subscritos pelo Brasil limitam-se a declarar que "Cada Parte deverá tomar as medidas legais pertinentes e, caso necessário, estabelecer os procedimentos adequados com o fim de que, para os objetivos do presente Tratado, as sentenças pronunciadas pelos tribunais da outra Parte produzam efeitos jurídicos dentro de seu território" (conf. art. 6.º, item 10, do Tratado Brasil/Espanha).

(69) GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. "O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior". *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36. Nesse sentido, o art. 102, I, *h*, da CF/88, dispõe que ao Supremo Tribunal compete processar e julgar "a homologação de sentença estrangeira...".

homologada no Brasil para os secundários efeitos de obrigar o condenado a reparar o dano – e a outros efeitos civis – ou para sujeitá-lo a medida de segurança".[70]

Na verdade, o mencionado dispositivo do Código Penal obsta a homologação, no Brasil, do principal efeito de uma sentença condenatória, qual seja, a imposição de pena, privativa da liberdade ou não.[71] Veda-se, portanto, a aplicação do instituto da execução de sentença penal estrangeira – tal qual definido no Capitulo 3, acima –, atingindo, mediatamente, o instituto do traslado de pessoas que já se encontram cumprindo determinada sanção criminal.

Apesar da proibição imposta pelo Código Penal, tem-se que isto não causa embaraços à homologação desses institutos, posto que ambos são, em regra, veiculados em tratados – o que, no caso da transferência, constitui-se uma realidade. Os tratados internacionais, como se sabe, possuem, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, igual hierarquia de lei interna.[72]

Sobre esta matéria, o nosso Código de Processo Penal parece que foi mais sábio, pois, ao tratar das relações jurisdicionais com outros Estados, declarou que "*sem prejuízo de convenções ou tratados*, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal".[73]

É certo, por outro ângulo, que a doutrina pátria tem se posicionado no sentido da imprescindibilidade da homologação no Supremo Tribunal Federal.[74]

(70) Op. cit., p. 36.

(71) Lamentavelmente, este art. 9.º do CP, encontra-se reproduzido *in totum* no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, em que pesem os avanços no terreno da cooperação intemacional em matéria penal.

(72) RE 80.004, *RTJ* 83/88-108. No tocante à transferência de presos, pode-se, ainda, sustentar a tese de que, por possuir caráter humanitário, os documentos que versam sobre tal matéria pertenceriam ao ramo do *direito internacional dos direitos humanos*, fato este que os coloca, conforme já ressaltado, na confortável posição de poder ser considerado como *acima da legislação ordinária*, detento *status* de norma constitucional. Sobre esta polêmica tese, merece destaque a seguinte análise: "Nesse quadro, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte podem ser considerados como incluídos no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, incorporando-se ao texto da Carta Maior, com natureza de norma constitucional. Portanto, em caso de conflito, devem prevalecer sobre toda norma que possa restringi-los. Ainda segundo Flávia Piovesan, essa conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional" (ARAUJO, Nadia e ANDREIUOLO, Inês da Matta. "A intemalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos". *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 104-105).

(73) Art. 780, *caput*, do CPP.

(74) No mesmo sentido se inclina a jurisprudência portuguesa, conforme o seguinte arresto: "Para que o argüido possa cumprir em Portugal a pena de prisão, que lhe foi aplicada

Conforme bem colocado, "não conseguimos alcançar como uma sentença condenatória prolatada fora do País, possa dar causa a instauração de um juízo executório penal, sem que passe, pelo menos, por um 'juízo de delibação' para que sejam feitos os ajustes necessários a legislação nacional, embora sem qualquer indagação *de meritis*, para usarmos a expressão de Clóvis".[75]

Isso porque, "tratando-se de dar força executória a um julgado prolatado em outro País, parece-nos indispensável que a lei determine que a nossa autoridade judiciária se manifeste sobre ele, com o fim de reconhecer a existência da dupla incriminação; declarar a validade formal da sentença; aferir seu ajustamento aos princípios fundamentais que informam o nosso Direito, e promover a adequação da pena ao sistema nacional de política criminal".[76]

Arremata, ainda, este autor, que "seja qual for a natureza jurídica que se atribua à sentença estrangeira ou às conseqüências que decorram da homologação, esta parece-nos indispensável, para que possa ensejar o encarceramento de alguém no Brasil. A execução da pena é efeito primário da condenação e, por isso, precisa ser conseqüência de manifestação judicial expressa, por importar na supressão temporária de um direito fundamental do homem, qual seja, de ir e vir".[77]

Conclui-se, assim, que é necessária a homologação, via juízo de verificação da legalidade extrínseca, da sentença executória penal, para que se possa dar a continuação do cumprimento da pena imposta pela justiça do Estado da condenação.[78]

Homologada a sentença estrangeira, expedir-se-á, nesta perspectiva de análise, carta de sentença para que, no juízo da execução penal competente em razão do domicílio originário do nacional, observadas as prescrições do tratado e da Lei de Execuções Penais, seja ingresso o condenado – conforme o art. 224, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

por um tribunal estrangeiro, tem a respectiva sentença que ser revista pelo Tribunal da Relação em cuja área ele tem a sua residência habitual" (Ac. 681/95, do Tribunal da Relação do Porto. *Colectânea de Jurisprudência - Associação sindical dos juízes portugueses.* Coimbra, ano XXI, t. II, 1996. p. 231).

(75) ARAUJO JUNIOR, João Marcello. "Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 10, São Paulo, 1995, p. 111.

(76) Op. cit., p. 111.

(77) Op. cit., p. 112. Um pouco adiante desse pioneiro texto sobre transferência de prisioneiros no direito brasileiro, o saudoso Professor João Marcello escreveu que "face aos princípios regentes da cooperação internacional em matéria criminal, a homologação é dispensável, apenas, para os efeitos penais secundários da condenação, tais como: determinar a reincidência; possibilitar ou impedir a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional; compensar as penas (art. 8.° do CP); aplicar a lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (extraterritorialidade). Em razão da reincidência: a) aumentar o prazo da prescrição; b) interromper a prescrição; c) revogar a reabilitação; d) revogar o *sursis* e o livramento condicional, e outros" (op. cit., p. 112).

(78) Em que pese esta conclusão, é certo que o Ministério da Justiça, na qualidade de Autoridade Central encarregada do cumprimento dos tratados firmados pelo Brasil, tem

Cumpre observar, por fim, que a homologação no Supremo Tribunal, segundo os termos aqui defendidos, precisa se dar de forma *célere*, não obstante a notória sobrecarga de processos que congestiona aquela Corte Suprema, sob pena da completa inviabilização do instituto da transferência ativa – de fora para o Brasil –, jogando por terra os esforços em fazê-la servir não só aos interesses do estrangeiro aqui preso, mas, fundamentalmente, do brasileiro que cumpre pena no exterior.

Para tanto, é necessário que após a devida instrução do pedido de transferência do nacional, dentro do Ministério da Justiça, os autos sigam imediatamente ao Supremo Tribunal para o exame da documentação pertinente, sendo colocado o mais rapidamente possível em julgamento, seguindo-se os trâmites respectivos.

7. Modalidades de transferência: prosseguimento da execução ou conversão da condenação

Duas são as espécies de transferência de presos, reconhecidas, não só nos tratados, como também pela doutrina que cuida da matéria: o prosseguimento da execução da pena ou a conversão da condenação.

Através do primeiro, isto é, pelo prosseguimento da execução, a transferência se dá sem alteração da natureza jurídica e duração da pena, sendo que, com a homologação administrativa ou judicial da sentença condenatória estrangeira, há a continuidade do cumprimento da sanção imposta ao trasladado.

Por outro lado, pelo sistema da conversão da condenação, há a substituição da pena originária por outra cominada ao mesmo crime, conforme as espécies de sanções penais e seus respectivos termos de duração, na forma da legislação penal do Estado da execução.

De acordo com o "Tratado Modelo" da ONU sobre transferência de pessoas condenadas, a conversão da condenação consiste em uma "modificação da condenação para substituir a sanção imposta no Estado sancionador pela sanção prevista para um delito análogo pelas leis do Estado de cumprimento".

Todavia, a modificação efetivada através do sistema da conversão não poderá agravar a situação do condenado, devendo, também, respeitar a soberania da decisão estrangeira, ou seja, a imutabilidade dos fatos e da valoração da prova realizada pelos órgãos jurisdicionais do Estado da condenação, pelo que não cabe a revisão ou novo ajuizamento de ação penal pelos mesmos fatos – princípio do *non bis in idem*.

Acresça-se que não pode haver conversão da pena privativa de liberdade para sanção pecuniária – a chamada conversão qualitativa.

É possível, porém, a conversão da prisão para penas restritivas de liberdade ou de outros direitos, "o que faz com que as possibilidades de substituição sejam

efetivado o traslado de brasileiros *sem* passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal – conforme o item 8.2, abaixo –, certamente motivado pela questão humanitária envolvendo o nacional que sofre toda sorte de adversidade longe do território nacional.

tão amplas que se tem afirmado que implicam em um autêntico esvaziamento da pena ou do conteúdo da sanção inicialmente imposta, o que predispõe, de certa forma, os Estados contra o sistema da conversão".[79]

De fato. Diante das múltiplas possibilidades de substituição da pena originária, o sistema da conversão é rejeitado por grande parte dos Estados que trabalham com a transferência de prisioneiros, pois, na verdade, esse sistema opera como um "cheque em branco" no que concerne à espécie de sanção que será efetivamente observada no Estado receptor, gerando o natural receio, no Estado remetente, de que o condenado será, de alguma forma, indevidamente beneficiado.

Percebe-se, portanto, que, pelo sistema do prosseguimento da execução, o Estado recebedor fica vinculado pela natureza jurídica e pela duração da sanção trasladada, tal como fixado na sentença originária, fato este que inspira maior segurança, o que não ocorre no sistema da conversão.[80]

Outrossim, ainda que se adote o sistema do prosseguimento da execução, pode ocorrer da duração ou da natureza da condenação, ou ambas, serem incompatíveis com a legislação do Estado da execução – *v.g.*, uma pena de prisão perpétua, inadmitida no Estado receptor.

Neste caso, dois caminhos se colocam para a solução do impasse: ou se denega o traslado em razão da inexequibilidade da sentença, prejudicando-se, consequentemente, o indivíduo condenado que não poderá retornar ao seu país; ou, diferentemente, se procede a uma "adaptação" daquela sanção para aproximá-la da que for cominada a mesma infração penal, segundo as leis do Estado da execução – ou seja, faz-se adaptação, por exemplo, da citada prisão perpétua para o máximo de pena de prisão cominado ao mesmo fato delituoso, segundo a legislação do Estado recebedor.

Este incidente de "adaptação", excepcionalmente previsto no sistema de condenação continuada, deve respeitar, tanto quanto possível, a natureza da sanção imposta no Estado remetente, não podendo, ainda, importar num agravamento da situação do réu – vedação da *reformatio in pejus*.[81]

(79) CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 80.

(80) Entretanto, há quem sustente que o sistema do prosseguimento não é, na prática, tão seguro quanto aparenta ser, tendo em vista as possibilidades de concessão, no Estado receptor, dos chamados "atos de clemência", especificados no capítulo 9, abaixo. Nesse sentido, *verbis*: "Desde que cada Estado subscritor da Convenção do Conselho da Europa de 1983 reserva-se o poder de indultar, anistiar ou comutar a pena privativa de liberdade, o sistema do cumprimento continuado nem sempre significa que a execução será realmente observada até o fim" (ORIE, Alphons MM. "Problems with the Effective Use of Prisoner Transfer Treaties". *The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar*. Amsterdam: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 66).

(81) Conf., *verbis*: "a *adaptação da pena*, no caso de optar-se pelo sistema de prosseguimento, é excepcional, e, como tal especialidade, se põe em prática só em determinados

É importante registrar que o Brasil, nos dois primeiros tratados subscritos sobre o instituto da transferência de presos – com o Canadá e com a Espanha –, fez opção pelo criticado sistema da conversão, em que pese a insegurança que tal sistema provoca entre aqueles que tratam da matéria.[82]

Não obstante – talvez por cautela de nosso Governo –, nos demais tratados firmados pelo Brasil não há disposição explícita regulando a espécie de transferência cabível – prosseguimento ou conversão da condenação – o que joga a questão da definição do sistema aplicável para a esfera de negociações, diplomática e jurídica, do caso concreto, onde, por certo, existirá a preocupação em resguardar o respeito à soberania de nossos julgados, na hipótese do traslado passivo – do Brasil para o estrangeiro.[83]

Por uma outra perspectiva de consideração, nada impede que ambos os procedimentos de transferência de pessoas condenadas possam ser contemplados nos documentos bi ou multilaterais sobre tal matéria, deixando-se, como dito, para o caso concreto, a indicação de qual das duas espécies de traslado será adotada.

É exatamente isto o que ocorre na Convenção de Estrasburgo, conforme o seu art. 9.°, que possui a seguinte dicção: "Efeitos da transferência para o Estado da execução – As autoridades competentes do Estado da execução devem: a) Continuar a execução imediatamente ou com base numa decisão judicial ou administrativa, nas condições referidas no art. 10; ou b) Converter a condenação, mediante processo judicial ou administrativo, numa decisão desse Estado, substituindo assim a sanção proferida no Estado da condenação por uma sanção prevista pela legislação do Estado da execução para a mesma infração, nas condições referidas no art. 11".

Em conclusão, as duas modalidades de transferência de presos se assemelham na circunstância de que ambas devem respeitar os fatos da sentença e ao não agravamento da situação do apenado, mas diferem no fato de que enquanto a conversão implica na insegura adoção de um procedimento de substituição da natureza ou limite da pena estrangeira, o prosseguimento importa na observância do cumprimento da sanção originária, salvo a excepcional hipótese de efetivar-se uma

casos de incompatibilidade ou inexistência da pena no Estado de cumprimento" (CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*).

(82) Art. 5.°, item 7, do Tratado Brasil/Canadá: "Não deverá ser efetuada a transferência de qualquer preso a menos que sua pena seja de duração exeqüível no Estado recebedor, ou a menos que essa pena seja *convertida*, pelas autoridades competentes do Estado recebedor, a uma duração exeqüível nesse Estado". O art. 5.°, item 7, do Tratado Brasil/Espanha possui igual redação.

(83) Não se desconhece, no particular, determinado entendimento jurisprudencial existente em alguns países da Europa, no sentido de que cada dia que seu nacional passa nas penitenciárias brasileiras – ou de países que têm o sistema prisional semelhante ao nosso – equivaleria a três dias de cumprimento de pena nas penitenciárias daqueles Estados, fato este que demandaria uma "conversão", automática em favor do trasladado.

adaptação, ou por incompatibilidade da pena com o ordenamento do país receptor ou por inexistência da mesma em dito Estado.[84]

8. Procedimento da transferência de presos

8.1 Transferência passiva

A transferência passiva consiste na retirada física do estrangeiro que cumpre pena no Brasil, para que o faça no país do qual é nacional.

Trata-se de um traslado eminentemente administrativo, iniciado, no Ministério da Justiça – que, como visto, figura como autoridade central nos tratados firmados pelo Brasil –, através de Nota Verbal da missão diplomática do Estado do condenado, ou por iniciativa deste último.[85]

Devidamente instaurado o procedimento, no âmbito da Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, é feita comunicação ao Juízo da Execução Penal responsável pelo condenado, juntamente com a solicitação dos documentos necessários ao preenchimento dos requisitos legais – conforme o item 5.4, acima – consistentes, na prática, na apresentação dos seguintes papéis: manifestação expressa da vontade do preso estrangeiro; atestado do comportamento carcerário; atestado do cálculo do tempo de pena já cumprido e do que resta ainda a ser cumprido; cópia da sentença condenatória pertinente; cópia da certidão do trânsito em julgado; e cópia da guia de recolhimento do condenado.

De posse dessa documentação, bem como do texto legal aplicável à matéria – Código Penal e/ou legislação penal extravagante –, procede-se à tradução de toda matéria e seu encaminhamento ao País receptor, onde será feita, consequentemente, a apreciação administrativa ou judicial do pedido de transferência da pessoa interessada.

(84) Conforme já assinalado, "a diferença fundamental entre estes sistemas (o segundo é geralmente chamado *exequatur*) reside em que, no primeiro, o Estado da execução continua a execução da sentença proferida no Estado da condenação (eventualmente *adaptada* nos termos referidos), enquanto, no outro a sanção é 'convertida' numa sanção do Estado da execução, donde resulta que a condenação executada não repousa mais directamente sobre a sanção imposta no primeiro Estado" (LOPES ROCHA, Manuel António. *Cooperação judiciária internacional...*, p. 135).

(85) Ver o seguinte requerimento que deu causa a instauração de processo no Ministério da Justiça: "Mediante a presente, comunico a V.Sas. meu interesse em receber informações sobre o 'Convênio de Transferência de Presos' firmado entre o Brasil e Espanha (...). São muitos os motivos que me levam a fazer tal solicitação, entre eles a ausência de familiares e visitas, uma vez que todas as pessoas do meu convívio se encontram em meu país de origem, a Espanha. (...) Saliento ainda que gostaria de me beneficiar com esta transferência, assim como os outros presos de diversas nacionalidades que vêm sendo mandados de volta aos seus países de origem" (Proc. MJ 08000.015.508/99-09).

Paralelamente à deflagração do instrumento de transferência passiva, o Ministério da Justiça instaura – na hipótese de ainda não ter sido – processo de expulsão do estrangeiro condenado, a ser efetivado juntamente com o ato de traslado.[86]

Se o Estado do qual o condenado é nacional aprovar o pedido, é feita a comunicação dessa decisão ao Governo brasileiro, para efeito de prosseguimento do rito. Caso ocorra a recusa, fundamentada ou não, o procedimento encerra-se neste momento.

Recebida a comunicação favorável à medida, o processo administrativo retoma seu andamento na Divisão de Medidas Compulsórias, onde, após a devida instrução, é submetida a questão, com parecer favorável, ao Departamento de Estrangeiros. Este, por sua vez, estando de acordo com o termos pactuados, propõe sua aprovação à Secretaria Nacional de Justiça.

Com a aprovação deste último órgão do Ministério da Justiça, o Governo brasileiro contacta a Missão Diplomática estrangeira, obtendo dela o compromisso de respeito aos termos da transferência acordada – especialmente do período de pena a ser cumprido –, ocasião em que o preso é colocado à disposição do Estado receptor.[87]

Depois da definição de data e local, é acionado o Departamento de Polícia Federal, ficando este encarregado de entregar o prisioneiro aos agentes do Governo estrangeiro, lavrando-se, simultaneamente, o Termo de Expulsão e o Auto de Transferência, encerrando-se, assim, o referido procedimento de transferência passiva.[88]

8.2. Transferência ativa

Enquanto não definido, no direito interno, o seu contorno jurídico – notadamente a questão da necessidade de homologação da sentença estrangeira junto ao Supremo Tribunal Federal –, o instituto da transferência, para o Brasil, do nacional que cumpre pena no estrangeiro, observa o roteiro seguinte.

(86) Como já observado, essa expulsão objetiva impedir o reingresso do estrangeiro no território nacional (ver art. 338 do CP).

(87) Art. 8.°, item 1, do Tratado Brasil/Bolívia: "Caso o pedido seja aprovado, as Partes acordarão o lugar e a data de entrega do condenado e a forma como será efetuada a transferência. O Estado receptor será responsável pela custódia, transporte e gastos decorrentes da transferência do condenado, de acordo com sua legislação interna, a partir do momento da entrega".

(88) Art. 6.°, item 2, do Tratado Brasil/Chile: "No momento da entrega do condenado, o Estado remetente fornecerá aos agentes policiais encarregados da mesma um certificado autêntico, destinado às autoridades do Estado recebedor, em que constem, atualizados à data da entrega, o tempo efetivo de detenção do condenado e o tempo deduzido em função dos benefícios penitenciários, se existirem, assim como uma fotocópia do expediente penal e penitenciário, que sirva de ponto de partida para o prosseguimento do cumprimento da pena".

O procedimento inicia-se, da mesma forma que na transferência passiva, na Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, geralmente através de correspondência do próprio brasileiro ou por intermédio de seus familiares.

Com a deflagração do procedimento, é acionado o Ministério das Relações Exteriores, para que, junto à Missão Diplomática brasileira no local onde o requerente encontra-se privado da liberdade, seja formulada solicitação da documentação necessária à apreciação do pedido – vale dizer, os mesmos documentos arrolados no item anterior, devidamente traduzidos para o português.

Verificado o cumprimento dos requisitos legais, através do exame dos documentos pertinentes, a Divisão de Medidas Compulsórias faz gestões junto ao Juízo da Execução Penal mais próximo da residência originária do nacional, questionando da existência de uma vaga para o prosseguimento do cumprimento da pena, apresentando-lhe, na ocasião, cópia da referida documentação.

Em havendo uma resposta positiva por parte do Juízo da Execução Penal, o procedimento da transferência ativa é concluído com parecer favorável, chegando, após passar pelas instâncias administrativas já referidas, até a Secretaria Nacional de Justiça, para fins de aprovação do ato.

Deferido o pedido, contata-se, pelos canais diplomáticos, o Estado remetente, para dele obter a concordância com o ato de transferência, designando-se, caso positivo, data e local para que policiais brasileiros possam receber o nacional, escoltando-o, em seguida, para o estabelecimento prisional onde será observado o restante da pena que lhe foi imposta.

9. Extinção da pena objeto da transferência

Após tudo o que foi discorrido sobre a transferência de presos, necessário se faz esclarecer, ao final, que, com a entrega física do indivíduo condenado, passa o mesmo a ficar sob a jurisdição do Estado receptor, seguindo-se a execução penal segundo os termos das leis deste último, até o momento de sua completa extinção.[89]

O Estado remetente conserva, entretanto, sua jurisdição para a revisão, total ou parcial, da condenação imposta por seus tribunais – conforme os termos grafados no item 5.4.2, acima.[90]

Conserva, ainda, o Estado da condenação, a prerrogativa de formular eventual pedido de extradição, na hipótese do trasladado fugir do estabelecimento penal para onde fora transferido, homiziando-se num terceiro Estado.

(89) Art. 11, do Tratado Brasil/Argentina: "A execução da sentença será regida pelas leis do Estado recebedor, inclusive as condições para a outorga e revogação da liberdade condicional, antecipada ou vigiada."

(90) Nesse sentido, o art. 7.º do Tratado Brasil/Espanha, dispõe: "Somente o Estado remetente terá competência para julgar um recurso de revisão. Uma vez recebida a oportuna notificação do Estado remetente, o Estado recebedor deverá comprometer-se a executar quaisquer modificações introduzidas na pena".

Tais faculdades – que compõem, juntamente com outras, as chamadas *reservas de jurisdição* – implicam no fato de que a transferência não extingue o *ius puniendi* do Estado remetente, mas apenas suspende os seus efeitos.[91]

Ou seja, a extinção da punibilidade no Estado remetente é concomitante ao cumprimento da pena no Estado recebedor.[92]

Uma outra reserva de jurisdição, freqüentemente regulada nos tratados de transferência de presos, é a que concerne ao direito de anistiar ou de indultar a pessoa condenada.

Conforme expresso no tratado que o Brasil celebrou com o Canadá, "a complementação da pena imposta a um preso que tenha sido transferido deverá observar a legislação e os procedimentos do Estado recebedor. O Estado remetente, entretanto, reservar-se-á o direito de *perdoar a pena* ou *anistiar o preso*, e o Estado recebedor deverá por em liberdade o preso imediatamente após o recebimento da notificação de tal perdão ou anistia".[93]

Não obstante, tendo em vista que a competência para a concessão dos atos de clemência – indulto e anistia – está, normalmente, acometida ao Chefe de Estado ou ao Parlamento, através dos textos constitucionais da generalidade dos países, tal reserva para os atos de clemência enfrenta grande resistência, sendo, não raro, considerada inconstitucional.[94]

Assim, em que pese posicionamento já externado sobre tal questão,[95] tem-se que – para se evitar polêmicas – o melhor caminho a ser trilhado é seguir o exem-

(91) Conforme anotado, "logo que o condenado é aceite pelo Estado da execução, a execução da pena é, *de jure*, suspensa no Estado da condenação, não mais podendo este executá-la desde que o primeiro considere a execução terminada" (ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional...*, p. 135).

(92) Art. 8.º do Tratado Brasil/Portugal: "Efeitos da Transferência: 1) A execução da sentença fica suspensa no Estado da condenação logo que as autoridades do Estado para o qual a pessoa for transferida tomem esta a seu cargo. 2) Cumprida a condenação no Estado para o qual a pessoa foi transferida, o Estado da condenação não pode mais executá-la".

(93) Art. 6.º, item 3, do Tratado Brasil/Canadá. Igual previsão existe nos tratados firmados com a Argentina (art. 10, item 2), com a Bolívia (art. 10, item 2), bem como na Convenção Interamericana (art. 8.º).

(94) A inconstitucionalidade desta reserva de anistia e de indulto é uma das questões aventadas no bojo da Pet. 1982-2/170, aforada no STF.

(95) Segundo escrito alhures, "Ainda que se entenda que os atos de clemência não são propriamente incidentes de execução penal – tal como ocorre com a progressão ou regressão de regime, remição, livramento condicional etc. –, mas, sim, instrumentos reservados à lei ou a atos do soberano, carregados de conotação política, pensamos que se deve fazer uma distinção entre atos de clemência de natureza geral daqueles que se revestem de cunho individual. A distinção importa porque, no nosso entender, os atos genéricos, impessoais, inserem-se na política penitenciária de cada Estado, ainda que fundados em princípios culturais ou religiosos do respectivo Povo. Quanto a estes atos gerais, acredito que deveria ser da alçada do Estado receptor a sua concessão ao preso transferido, evitando-se, além do mais, um tratamento discriminatório àqueles que cum-

plo da Convenção de Estrasburgo, que, no particular, dispõe que "cada Parte poderá conceder o indulto, a anistia ou a comutação da pena, de conformidade com sua Constituição ou suas normas jurídicas".[96]

Por fim, cumprida a condenação no Estado para o qual a pessoa foi transferida, ou extinta sua punibilidade por um outro motivo, é feita a comunicação ao Estado remetente, não podendo, este último, executar mais a sanção imposta àquele indivíduo.

Bibliografia

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. "Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 10, São Paulo, 1995.

ARAUJO, Nadia e ANDREIUOLO, Inês da Matta. "A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos". *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAFFARENA, Borja Mapelli e GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madri: Mc Graw-Hill, 2001.

CONTE, Philippe. "Heurs et malheurs de la Convention Européenne sur le transfèrement des condemnés: l'aticle 713-3 du Code de Procédure Pénale et la détermination de la partie de la peine restant a subir en France". *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit penal – Droit européen*. Paris: Gazette du Palais, 1995.

CRUZ BUCHO, José Manuel e SILVA PEREIRA, Luís. *Cooperação Internacional Penal: Extradição e transferência de pessoas condenadas*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

———. "O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior". *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

prem penas em suas prisões. Quanto aos atos de clemência de caráter individual – *v.g.*, a concessão de graça –, isto é, que importem no perdão total ou parcial da pena privativa de liberdade, parece-nos que eles devem permanecer reservados ao Estado remetente, evitando-se que, por vias transversas, ocorra a já mencionada e indesejada revisão criminal por parte do Estado receptor, que não só desrespeitaria a Soberania do outro Estado, como, também, colocaria em xeque o princípio da boa fé, inerente ao instituto em questão" (GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. "O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior". *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 39-40).

(98) Art. 12 da Convenção de Estrasburgo. Percebe-se, portanto, que por esta convenção, superando a citada polêmica, o condenado pode vir a ser agraciado por atos de clemência exarados pelos órgãos constitucionalmente autorizados nos dois países envolvidos na questão – Estado remetente ou Estado receptor.

HARREMOES, Erik. "Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe: lê transfèrement des personnes condemnées". *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare,* n. 1, Paris, jan-mar, 1983.

ORIE, Alphons MM. "Problems with the Effective Use of Prisoner Transfer Treaties". *The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar.* Amsterdam: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISANI, Mario. "Cooperazione internazionale in matéria penale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, Milão, 2000.

PRADEL, Jean e CORSTENS, Geert. *Droit pénal européen.* Paris: Dalloz, 1999.

ROCHA, Manuel António Lopes. "Transferência de pessoa condenada – Pressupostos, reinserção social e consentimento". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n. 1, Lisboa, 1992.

ROCHA, Manuel António Lopes e MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal – Comentários.* Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1992.

SAMANIEGO, José Luis Manzanares. "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas". *Revista de Derecho Público*, t. VIII, vol. 2, Madri, 1988.

SIMON, Theodore e ATKINS, Richard. "Prisioner Transfer Treaties: Crucial times ahead". *The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar.* Amsterdam: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

WACQUANT, Loïc. "Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa". *Discursos Sediciosos*, n. 11, Rio de Janeiro, 2001.

2.2

MÍDIA E JÚRI: POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE DO PROCESSO

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dois valores fundamentais – 3. Momentos da crise de valores – 4. A Constituição Federal – 5. Há necessidade de lei regulamentadora? – 6. Direito comparado – 7. Nossa lei ordinária – 8. O Direito Internacional dos Direitos Humanos – 9. Tentativa de sistematização – 10. Extensão da restrição à publicidade – 11. Incomunicabilidade do jurado e sigilo das votações – 12. A complexidade dos direitos afetados: cuidados especiais – 13. Quem pode reclamar a restrição à publicidade – 14. Efeitos colaterais da restrição à publicidade – 15. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho objetiva discutir e propor critérios de compatibilização entre os valores constitucionais da liberdade de imprensa e o direito ao julgamento justo em relação ao processo do júri, a partir da constatação de que o primeiro valor pode colocar em risco o segundo, valendo-se para tanto do direito constitucional, internacional, comparado e interno.

Palavras-chave: Júri – Mídia – Restrição da publicidade.

1. Introdução

Nosso ponto de partida é o encerramento do trabalho de autoria de Márcio Thomaz Bastos, intitulado Júri e Mídia,[1] no qual o ilustre advogado analisa o problema da influência da mídia no julgamento popular, perigosa e nefasta em certas circunstâncias, e termina por afirmar que algo deve ser feito, pois o julgamento num foro que não o judiciário não faz bem à justiça e nem à liberdade.

Prescindimos assim da discussão da premissa, amplamente aceita, de que acontece e não deve acontecer o julgamento pela mídia, e que, fundamental, isto é prejudicial à administração da justiça e às garantias e liberdades públicas.

Nosso objetivo é a discussão do problema sob o enfoque das garantias e direitos constitucionais, especificamente o direito de liberdade de imprensa e o direito ao julgamento justo, de modo a sugerir alternativa à disposição do juiz.

(1) In Rogério Lauria Tucci (Coord.). *Tribunal do Júri*, RT, 1999. p. 122-116.

2. Dois valores fundamentais

É intuitivo que a discussão a que nos propomos coloca em questão dois valores absolutamente imprescindíveis para o Estado de Direito, que são de um lado a liberdade de imprensa, e conseqüentemente o direito à informação, e de outro o direito ao julgamento justo, e conseqüentemente ao devido processo legal e ao juiz natural.

De ordinário tenta-se a conciliação de ambos os valores, o que se é possível no plano abstrato, torna-se extremamente difícil realizar. Não há critério fixo e seguro que permita a priori a determinação de uma regra condutora desta tarefa.

John Rawls reduz as liberdades fundamentais a dois casos básicos que designa liberdades políticas iguais e liberdade de pensamento, que relaciona à aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça à estrutura da sociedade. Segundo o autor, tudo pode ser resumido a isto, e a definição da importância de uma liberdade ou de outra deve obedecer ao critério segundo o qual ela se vincula em maior ou menor grau à aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça à estrutura social. Conclui ele afirmando que "o peso de reivindicações específicas de liberdade de expressão, de imprensa e discussão deve ser avaliado de acordo com esse critério".[2]

Este raciocínio lança luzes sobre a discussão na medida em que vincula o exercício das liberdades à realização da finalidade a que se destinam.

Nesta linha de raciocínio, José Afonso da Silva anota que a liberdade de informação jornalística se vincula à idéia de função social consistente num instrumento de defesa frente ao poder e fiscalização do poder.[3] Isto admitido, afasta-se a idéia de liberdade de empresa de qualquer postulação ou reivindicação.

De outro lado, a publicidade dos atos processuais e julgamentos é característica essencial que objetiva de igual forma a defesa frente ao poder e o controle do mesmo poder. É um valor essencial aos regimes democráticos.

Como pois conceber a restrição da publicidade dos atos processuais e julgamentos mediante a exclusão da imprensa, sem prejuízo à realização dos princípios? A resposta, aqui singela e de acordo com Rawls, consiste na aferição da prevalência de um ou outro interesse na medida em que a restrição de um e o privilégio ao outro atendam a aplicação dos princípios de justiça à estrutura da sociedade.

Assim visto o problema, não há risco abstrato de violação do sistema de liberdades inerentes ao sistema democrático, pois as liberdades, mais que valores em si, são instrumentos de realização do pacto político.

(2) *O liberalismo político*, Ática, 1999, p. 391 et seq.

(3) *Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed. RT, 1990, p. 218 et seq.

3. Momentos da crise de valores

É preciso identificar os momentos no curso do procedimento do júri em que a colisão dos valores em questão se caracteriza como verdadeira crise, entendida esta como situação em que a afirmação das liberdades as coloca em risco recíproco de esvaziamento.

O primeiro destes momentos é sem dúvida o da investigação policial, sem dúvida o mais problemático na medida em que durante ela o fato criminoso encontra-se em evidência e o clamor público, natural ou artificialmente criado, expõe os envolvidos no fato.

É normalmente a fase investigatória a que mais interesse desperta e projeta as partes e envolvidos numa disputa pré-processual sobre a validade e verdade de seus argumentos.

Segue-se a fase judicial inicial, no curso do sumário de culpa, que já um pouco distante do calor dos acontecimentos tem em parte diluído o interesse da mídia e do público. Não obstante, casos têm se verificado nos quais, por injunção ou sob justificativa da prisão do acusado, a instrução ocorre muito próxima do fato e nela se verifica o problema com a mesma magnitude do que se passa na fase investigatória.

Por fim a crise pode se revelar no julgamento popular propriamente dito, na fase em que se dá o julgamento concentrado em plenário pelo conselho de sentença.

A escolha limitada destes três momentos propositadamente exclui dois importantes momentos do procedimento que vem a ser a apreciação de pedidos de prisão e a decisão de pronúncia, pois neles o problema atinge o juiz togado, cuja situação não nos interessa na medida em que nossa preocupação é em relação ao juiz leigo.

4. A Constituição Federal

Nosso problema tem por foro nato as constituições. São elas, o pacto político, e nelas, que os interesses em conflitos devem ser sopesados e traçadas as linhas fundamentais de solução dos conflitos entre liberdades.

A Constituição Brasileira, é desnecessário dizer, garante a liberdade de imprensa, o direito à informação e o julgamento justo. O conflito entre estes interesses tem sua solução indicada no inciso LX do art. 5.º, segundo o qual " a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Como assinala Celso Bastos,[4] houve a constitucionalização de um antigo princípio que vigia em nosso direito, e tal proceder significou a criação de uma reserva constitucional, de modo que a constituição, e só ela, traça as hipóteses de exceção ao regime de publicidade dos atos processuais.

(4) *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 285 et seq.

O preceito constitucional é claro ao limitar a restrição da publicidade somente aos casos de defesa da intimidade e de interesse público, de modo que nenhum outro poderá ser alegado.

Deve ser assinalado que a noção de intimidade e de interesse público que nos termos do preceito constitucional justificam a restrição à publicidade dos atos processuais há de ser delineada a partir do próprio texto constitucional, pois a exceção autorizada atinge garantias de índole constitucional.

Parece claro que a noção de interesse público coincide com a necessidade da tutela de algum bem de índole constitucional, que em nosso caso vem a ser o direito ao julgamento justo expresso nas garantias do devido processo legal e do júri como instituição. Somente na medida em que a publicidade venha a afetar tais direitos é que se legitima a argüição do interesse público.

Importante é notar com esta consideração que o preceito constitucional de exceção se justifica pelo interesse público, e não por um interesse privado, e menos ainda por razões de estado. O escopo da norma é proteger o cidadão acusado, conferindo-lhe os meios necessários para o julgamento justo, de modo que o interesse do estado não é a sua finalidade.

5. Há necessidade de lei regulamentadora?

A CF diz que a lei somente poderá restringir a publicidade nas hipóteses que menciona. Pensamos a princípio que com isto, à semelhança do que ocorre com o sigilo de comunicações, não basta a mera previsão constitucional de restrição, exigindo-se o instrumento legislativo para que eventual medida de exceção tenha legitimidade.

O que parece ter havido é a especial preocupação do constituinte com a garantia da liberdade de imprensa, de modo que exigiu ele a intervenção legislativa para melhor resguardar a regra. É de se notar porém que as hipóteses autorizadoras já se encontram no texto constitucional, de modo que a lei não pode inovar.

Diferentemente porém do que ocorre no problema do sigilo de comunicações, a respeito do qual o próprio STF proclamou a necessidade da lei ordinária regulamentadora, em nosso problema a crise se dá entre valores constitucionais, e mais que isto, entre valores proclamados garantias e direitos individuais, o que motiva conclusão diversa àquela relativa à situação tomada por referência.

A questão é bastante simples ao nosso ver. Na quebra do sigilo de comunicações, o interesse estatal na persecução penal é que justifica a medida, que nada mais significa portanto que a restrição em favor do estado de garantias do cidadão. A necessidade de lei regulamentadora se justifica pelo simples fato de que o conflito de interesses coloca de um lado os cidadãos investidos de garantias outorgadas pela constituição, e de outro o estado, que não é investido das mesmas garantias somente restringíveis desde a autorização constitucional e de acordo com a lei.

Já no problema que enfocamos, porque em confronto direitos e garantias individuais, não é o estado o interessado, mas sim os titulares destes direitos. Para que

lei regulamentadora de solução, se os direitos em crise são ambos de natureza fundamental?

É claro que a lei é desejável como mecanismo de regulamentação, mas o que importa é que a inexistência de lei não pode interferir na proteção de interesses constitucionalmente privilegiados dos cidadãos. Ademais, o texto constitucional é claro: os direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata, e o cidadão tem direito à injunção para fazê-los valer.

Conseqüentemente, à mingua de lei regulamentadora, mesmo assim o cidadão tem direito à proteção e efetividade de seu direito constitucional fundamental, impondo-se ao judiciário o dever de exercitar a tutela.

6. Direito comparado

Como observava Freitas Nobre,[5] a imprensa situa-se na terceira fase de seu desenvolvimento, cuja característica fundamental é o caráter empresarial do sistema norte-americano. Nada mais natural portanto que vejamos o problema aqui tratado no direito norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, muito mais que dentre nós, o escrutínio público do funcionamento da justiça e seus julgamentos propiciados pela mídia é um valor cultural extremamente apreciado e se constitui em tradição.

O mais importante julgamento havido naquele país foi o de Globe Newspaper Co. *vs.* Superior Court,[6] caso originado no Estado de Massachusetts e apreciado pela Suprema Corte em 1982, a qual fixou os critérios ainda hoje válidos para a solução do problema.

A Suprema Corte decidiu que nenhuma restrição genérica e abstrata ao direito de acesso da imprensa aos termos de um julgamento é aceitável, impondo-se a verificação da necessidade de restrição ou exclusão caso a caso. A corte traçou ainda dois critérios intimamente associados para a avaliação de tal necessidade.

Segundo foi decidido, e este é o primeiro critério, deve haver a demonstração de um interesse governamental legítimo (compelling governamental interest), e que, agora o segundo critério, a medida restritiva sirva estritamente à satisfação deste interesse (narrowly tailored to serve that interest).

O interesse governamental a que se refere o julgado deve ser entendido, à luz do próprio corpo da decisão cuja transcrição dispensamos, como o interesse de tutela ao julgamento justo (fair trial), isto é, o interesse do acusado que o reclama.

A solução norte-americana em muito nos auxilia. Em primeiro lugar, a recusa a restrições abstratas ou genéricas deixa claro as limitações da lei infraconstitucional como instrumento regulador do conflito. A confiança que nela pode ser depo-

(5) Nota introdutória à 1.ª ed. de *Comentários à Lei de Imprensa.*

(6) 457 U.S. 596.

sitada é pequena. A limitação da lei, aliada à natureza constitucional do problema que enfoca direitos e garantias individuais, exige aferição individualizada caso a caso. E esta aferição, pela sua natureza individualizada, somente pode ser realizada pelo juiz.

Sob tal enfoque, a possibilidade de atuação judicial em nosso direito independentemente de lei regulamentadora como traçado no item anterior é razoável.

7. Nossa lei ordinária

No que diz respeito ao inquérito policial, nosso Código somente se refere à necessidade da autoridade preservar o sigilo para elucidar o fato ou preservar interesse da sociedade no seu art. 20.

O CPP, em seu art. 792, § 1.°, afirma que: "Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes".

O inciso I do art. 497 do CPP, que dispõe sobre os poderes do juiz presidente do júri, limita-se à referência afirmativa do seu poder de polícia e o conseqüente uso de meios coercivos pelas mãos da força pública.

A insuficiência dos dispositivos do CPP para solucionar no plano infraconstitucional o problema é patente. Trata-se de uma lei dos anos 40 que não se preocupa com a magnitude que a publicidade da imprensa empresarial hoje atinge, tratando-se de instrumento muito mais voltado para o problema disciplinar e da moralidade.

Porém, não é incorreto afirmar que para quem assim entender, que de algum modo nosso Código satisfaz o comando constitucional exigente de intervenção legislativa para a validade e legitimação da restrição à publicidade dos atos processuais, pesem as suas deficiências.

A questão central aqui parece ser de interpretação. Para conferirmos rendimento das hipóteses previstas na lei ordinária aos termos do dispositivo constitucional que autoriza a restrição à publicidade, havemos de interpretar todas as cláusulas definidoras de hipóteses de restrição nos exatos termos do que prescreve o inciso LX da Constituição Federal, ou seja, reduzindo-se *interesse da sociedade*, *escândalo*, *perturbação da ordem* etc. à tutela da intimidade ou do interesse público.

De todo modo, se conclusão diversa advém, ou seja, se a insuficiência do CPP para regrar o problema é vista com expressividade tal a ponto de negar-se a existência da lei a que se refere o inciso LX do art. 5.° da CF, nem por isso a tutela do julgamento justo pode ser negada, pois como antes anotado, não nos parece que o juiz possa invocar a omissão legislativa para recusar a tutela de direitos fundamentais.

8. O Direito Internacional dos Direitos Humanos

O problema da publicidade e do julgamento justo não escapa ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O Pacto Internacional de Direitos Civis de 1966, adotado pela Resolução 2.200-A da AG da ONU em 16.12.1966, e ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, prescreve:

"Art. 14 – 1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça, entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores."

Em termos gerais, a redação do dispositivo é bastante coincidente com os termos de nossa CF, bem como com os critérios traçados pelo julgado da Suprema Corte americana no caso Globe Newspaper, no sentido de que afirma a possibilidade de restrição à publicidade no interesse do julgamento justo e na medida do que seja estritamente necessário, aferindo-se isto caso a caso, isto é, *na opinião da justiça* como escrito no instrumento.

Se pensarmos o Pacto de Direitos Civis como norma incorporada em nosso sistema no plano da constituição de modo a conferir-lhe status de norma definidora de direitos fundamentais de acordo com o § 2.° do art. 5.° da CF,[7] temos que a norma do inciso LX sofre especificação com a indicação de critérios mais precisos de restrição à publicidade, tornando mesmo ociosa qualquer legislação infraconstitucional.

Se porém admitirmos que o Pacto não goza de status constitucional, tratando-se de mera legislação ordinária, temos que a disciplina infraconstitucional da restrição à publicidade está nele perfeitamente delineada, não mais se justificando o manuseio do CPP cujo regramento há de ser entendido como destinado à solução de problemas disciplinares.

Por um caminho ou por outro, pensamos que o Pacto de Direitos Civis é um instrumento importantíssimo para a solução do problema de conflito entre os valores constitucionais da liberdade de imprensa e do direito ao julgamento justo, sobrepondo-se ao CPP, seja porque esgota no plano constitucional as

(7) Sobre o assunto, vide Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Max Limonad, 1996, esp. p. 82 a 127.

possibilidades de regramento do problema, seja porque o regula no plano infraconstitucional.

9. Tentativa de sistematização

De tudo que foi exposto, podemos entender que a restrição à publicidade é possível por expressa autorização constitucional em favor do direito ao julgamento justo em exame criterioso à luz das peculiaridades de cada caso.

A contribuição do direito comparado aponta como critérios de verificação da necessidade da medida a sua imprescindibilidade e a inexistência de alternativa outra que não ela própria para solucionar o problema.

A imprescindibilidade deve se manifestar na medida de sua pertinência lógica com a finalidade da medida. Em outras palavras, sob pena de desvio de finalidade caracterizador de abuso e constrangimento ilegal, há de se patentear o risco ao julgamento isento.

O risco de que falamos deve ser concreto, demonstrável mediante elementos objetivos, pois do contrário prevalece o capricho. No procedimento do júri, este risco concreto deve ser analisado à luz da possibilidade do conselho de sentença deixar-se influenciar pela exploração da publicidade havida. O critério só pode ser este, digamos, este é o *fumus boni juris* da medida porquanto o que se pretende preservar em benefício do julgamento justo é a isenção do conselho de sentença.

Há evidente dificuldade na aferição deste risco, como de resto aferições desta natureza são sempre tormentosas. O risco haverá sempre que o exercício da liberdade de imprensa e do direito à informação transbordar os limites de sua finalidade de propiciar a aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade. De outro modo, sempre que se vislumbrar a transferência do foro de julgamento para o foro de informação, o risco se evidencia e a restrição se justifica.

A contribuição do direito comparado apresenta ainda a exigência de que alternativa outra não seja possível. Aprofundemos um pouco este tópico dada a sua relevância.

10. Extensão da restrição à publicidade

Este item diz respeito à extensão da restrição à publicidade. Que atos ela alcança, e de que forma se estabelece, é o que deve ser analisado.

Sobre os atos passíveis de restrição, todos o são, à exceção da sentença, que por imposição constitucional e do Pacto de Direitos Civis deve ser sempre pública.

O que nos parece fundamental é a definição da forma de restrição à publicidade. Basicamente ela pode se dar pela restrição à presença de terceiros ao ato processual, ou pela vedação de consulta aos autos. A restrição à presença é a forma básica e fundamental que antecede à vedação de consulta aos autos. Este direito,

podemos ter como último resquício de publicidade, a sua mais elementar forma. É medida extrema, que somente em último caso se justifica.

Se a garantia do julgamento isento se justifica tão-somente com a restrição à presença de terceiros no ato processual a ser realizado, não há porque por mero automatismo o judiciário proscrever o direito de consulta aos autos.

Pode a princípio parecer inócua a restrição que não alcance a consulta dos autos, mas isto não é rigorosamente verdadeiro. O que se tem observado, com grave prejuízo à seriedade do processo e à isenção do julgamento, é que o ato processual transforma-se em palco para as vaidades dos atores processuais. Muitas vezes, privados dos holofotes e microfones, aqueles que se interessam pela extrema publicidade do processo cederão.

Certas peculiaridades, entretanto, ensejarão maior rigor com a restrição à consulta dos autos, e então somente neste caso, quando inútil a mera restrição de presença no ato processual, é que isto se justifica.

11. Incomunicabilidade do jurado e sigilo das votações

Voltemos agora àqueles momentos que inicialmente apontamos de crise no procedimento do júri, de modo a avaliar a aplicação da restrição à publicidade.

Da fase investigatória até a efetiva instalação da sessão de julgamento pelo júri, não nos parece existir na estrutura legal do procedimento qualquer óbice ou dificuldade para que o juiz, a requerimento das partes, por representação de autoridade ou mesmo de ofício, venha a decretar a restrição à publicidade.

Nestes momentos, o juiz deverá ter sempre os olhos voltados para o futuro e eventual conselho de sentença. As garantias inerentes ao conselho de sentença devem ser consideradas na medida em que servem de natural proteção e garantia à isenção do julgamento. Referimo-nos à incomunicabilidade do jurado e ao sigilo as votações, e já então podemos verificar a aplicação do raciocínio na sessão de julgamento.

É certo que de ordinário a incomunicabilidade e o sigilo servirão de instrumentos eficazes para a garantia de julgamento justo. Mas não se pode desprezar o simbolismo e a força persuasória de campanhas na mídia, que não se contém diante de uma barreira jurídica cuja força pode se reduzir a mera formalidade em algumas circunstâncias.

Poderá o juiz avaliar que os predicamentos do conselho de sentença por si só garantem o julgamento justo, seja para não restringir a publicidade em nenhuma das fases, seja para torná-la sem efeito especificamente na sessão de julgamento. Mas poderá ele também concluir que tais predicamentos são absolutamente inúteis, e então não servirão eles de óbice à medida restritiva.

Se de um lado tais predicamentos do conselho de sentença são razoavelmente úteis para garantir o julgamento justo, de outro nem sempre são suficientes. Podemos assim fixar na análise do rendimento destas garantias para o julgamento justo um elemento importante para a justificação da publicidade.

12. A complexidade dos direitos afetados: cuidados especiais

É fundamental na aplicação da regra de restrição que o juiz considere a legitimidade do direito de liberdade de imprensa e de informação.

Se é verdade que o processo restringe a legitimidade de ação basicamente às partes, que postulam, instruem e recorrem, nem por isso pode o magistrado desprezar que a restrição à publicidade atinge direitos perfeitamente individualizados daqueles que concretamente tem interesse na publicidade, bem como interesses não individualizáveis de toda a comunidade.

Esta verdade serve de consideração à gravidade da medida restritiva, e também deve nortear o proceder do judiciário de modo a possibilitar a mais ampla possibilidade de discussão e controle de legitimidade da medida.

Decisões de surpresa, havidas de última hora, não se justificam. O juiz tem tempo suficiente para decidir antecipadamente e tornar pública sua decisão. Isto possibilita aos interessados e afetados a utilização de remédios legais de controle, como o mandado de segurança, o que torna o procedimento transparente, legítimo e democrático.

Por outro lado, a cautela impõe que o judiciário, em qualquer grau de jurisdição, jamais opte pela realização de um ato público se a restrição à publicidade pode se justificar.

Assim, se à última hora o juiz entende necessário o sigilo, que o faça. Mas deverá ele eventualmente adiar a realização do ato por tempo suficiente que propicie o controle de legalidade de sua medida. De igual modo, se um tribunal entende a princípio abusiva a restrição, que não a proíba sem antes julgar o mérito da questão, optando-se pelo adiamento do ato.

Tais cautelas nos parecem absolutamente recomendáveis para evitar o questionamento da validade dos julgamentos e da legitimidade da intervenção judicial nas liberdades públicas.

13. Quem pode reclamar a restrição à publicidade?

Vejamos quem é legitimado a requerer a providência de restrição à publicidade do processo. No direito americano, quem a reclama de é o acusado. Nada mais natural do que isto, pois a providência se faz no interesse do julgamento justo e na tutela de direitos fundamentais do acusado.

No Brasil porém, certa tradição tem feito reconhecer em favor do estado a legitimidade para postular como se cidadão fosse. É o que se passa por exemplo nas hipóteses em que se reconhece legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança em nome próprio e como parte no processo.

Não pretendemos discutir tal aspecto. Dissemos acima que vários podem ser os legitimados a postular a restrição da publicidade, conforme longa tradição de nosso direito que já se fazia sentir no regramento previsto no CPP de 1940.

O ponto central não é discutir quem pode pedir, mas sim em benefício de quem ou de que se pede a tutela de natureza constitucional. Insistimos no seguinte aspecto. A reclamação possível é a da violação ao direito ou garantia individual ao julgamento justo. Por conseqüência lógica, qualquer restrição à publicidade há de objetivar a tutela deste direito individual.

Se alguma autoridade do estado reclama a providência em favor do indivíduo, sua legitimidade é patente; se porém a autoridade reclama o direito em benefício do estado, ainda que o faça sob argumentos tais como a isonomia ou o interesse social indisponível, não há legitimidade para se argüir a restrição sob fundamento da garantia constitucional.

Tal raciocínio, certamente contestável, ajusta-se perfeitamente à realidade. Está por nascer o réu imputável que convoca a imprensa para tornar público seu crime. É sempre o estado, por meio de seus agentes, que se incumbe de propiciar a divulgação. O que vem depois, é reação.

Haveria uma única hipótese em que um acusado teria interesse na publicidade. Ser ele vítima do arbítrio, como o fora Dreyfus em França. Neste caso, a mantença da publicidade é de óbvia necessidade.

14. Efeitos colaterais da restrição à publicidade

A decretação da restrição à publicidade por decisão judicial impõe por certo rígida disciplina aos atores do processo, especificamente àqueles que atuam em nome do poder público. Agentes da polícia, autoridades policiais, peritos, membros do Ministério Público, servidores do judiciário e os membros do Poder Judiciário, todos se submetem por conseqüência da restrição à publicidade a um dever de abstenção de dar publicidade ao ato restrito.

Além de sanções administrativas e civis, aqueles que violam a ordem devem se submeter à disciplina da lei penal na medida em que violam ou desobedecem ao sigilo imposto. Os crimes de violação de sigilo e de desobediência parecem ser as alternativas de sancionamento à disposição.

Se isto parece como é grave, de outro lado apresenta nítida vantagem em relação à outras fórmulas preventivas de violação do direito ao julgamento justo. Proibir genérica e indiscriminadamente os atores do processo de manifestar-se, isto nos parece truculento. Mas é bastante razoável perante a ótica do estado de direito que estes agentes se calem na medida em que medida judicial impõe o sigilo, que de resto não é eterno e não impede posterior escrutínio público.

15. Conclusão

Nossa pretensão nestas linhas não foi a de esgotamento do assunto, e nem tão pouco de análise do problema sob todos os aspectos possíveis. Trata-se de uma tentativa de colaborar para o debate e, em especial, explorar caminhos pelos quais o judiciário possa fazer valer os princípios e valores constitucionais relati-

vos ao julgamento justo em confronto com a liberdade de imprensa e o direito à informação.

O tema é extremamente delicado, e não se pretende justificar uma epidemia de sigilo judicial. Mas de outro lado, não se deseja a intoxicação coletiva da mídia julgadora.

Nosso ordenamento jurídico apresenta possibilidades democráticas de solução do problema aqui tratado, e a isto o judiciário não pode se furtar, por mais tormentoso que seja o problema.

Pensamos ter explorado algumas possibilidades de interpretação e aplicação do direito que garantam a preservação dos valores constitucionais discutidos, e especialmente a legitimidade dos julgamentos pelo júri:

a) a restrição à publicidade do processo é possível nos termos do inciso LX do art. 5.º da Constituição Federal para tutelar o direito individual ao julgamento justo;

b) a depender do enfoque que se dê ao problema, as disposições do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 integram o rol das garantias constitucionais ou funcionam como legislação infraconstitucional reguladora do preceito;

c) a disciplina do CPP, tímida, serve de sustentação legal na medida em que suas disposições se ajustem ao comando constitucional;

d) a restrição há de ser decretada caso a caso, pelo juiz competente, e de forma que permita o controle de sua legitimidade;

e) o critério fundamental é o da imprescindibilidade da medida de restrição, para o que devem ser considerados sempre os efeitos da publicidade perante o conselho de sentença;

f) a restrição deve ser proporcional ao objetivo da medida, não se justificando ampliações indevidas;

g) os atores do processo, especificamente os agentes do estado, submetem-se à disciplina do sigilo e conseqüentes sanções.

Bibliografia

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao CPC.* Forense, 1974. vol. II.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* Saraiva, 1989. vol. 2.

BASTOS, Márcio Thomaz. "Júri e mídia". *Tribunal do Júri.* RT, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* Saraiva, 1989.

NOBRE, Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa.* 4. ed. Saraiva, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. RT, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional.* Max Limonad, 1996.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* Ática, 2000.

2.3

PRISÃO PREVENTIVA, PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL E PRISÃO DECORRENTE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA – Considerações

LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 A tutela cautelar: 1.1.2 Características da cautelaridade; 1.2 A presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade e a prisão cautelar – 2. Prisão preventiva: 2.1 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva; 2.2 Finalidades da decretação da prisão preventiva; 2.3 A prisão preventiva como forma de tutela cautelar: Prisão preventiva para conveniência da instrução processual e para asseguramento da aplicação da lei penal; 2.3.2 Prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica – 3. Prisão decorrente de sentença condenatória e de decisão de pronúncia – 4. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O presente texto analisa as prisões preventivas, em decorrência de pronúncia e de sentença cautelar à luz da teoria da necessidade cautelar. Por outro lado, aborda a concreção da linguagem empregada pelo legislador, demonstrando como são utilizados termos que não podem ser caracterizados como "conceitos".

Palavras-chave: Prisão preventiva – Prisão em decorrência de sentença de pronúncia – Prisão em decorrência de sentença condenatória sem trânsito em julgado – Cautelaridade – Pressupostos e finalidades da prisão preventiva.

1. Introdução

Pretende-se neste trabalho estudo acerca da prisão processual em suas modalidades preventiva, por sentença condenatória recorrível e por pronúncia, com incursão pelas características, hipóteses e requisitos de ocorrência de cada qual, objetivando-se investigação quanto à natureza da tutela envolvida, buscando-se leitura das custódias previstas sob a ótica da cautelaridade.

Necessário assim, a princípio, que se busque compreensão mínima quanto ao conteúdo da chamada tutela de urgência no âmbito do processo penal, convindo, para tanto, questionamento acerca da presença de denominador comum a abranger a tutela cautelar no âmbito processual civil e aquela de âmbito processual penal auferido da disciplina geral do processo.

1.1 A tutela cautelar

É de se estabelecer, desde logo, distinção entre as modalidades de tutela jurisdicional objetivadas pelo processo, sejam elas a tutela de conhecimento, a tutela cautelar e a tutela de execução, tendo por viga distintiva o interesse visado por cada qual.

De logo se ressalta que se de um lado buscam a tutela de conhecimento e a tutela de execução o atendimento direto a interesse da parte, servindo a segunda à efetivação em concreto do provimento obtido pela primeira, a tutela cautelar é animada por escopo diverso.

Com efeito, não serve a tutela cautelar diretamente ao interesse da parte, senão ao interesse do próprio processo, visando garantir tanto a possibilidade plena de conhecimento da lide quanto emprestar garantia de eficácia no advento do provimento principal buscado, esse, sim, compreendendo satisfação do interesse da parte posto à apreciação jurisdicional.

Tal modo de ver e diferenciar as modalidades de tutela objetivadas pelo processo é fruto de construção inserida no âmbito da teoria geral do processo, importando que se reconheça delineada forma de tutela destinada ao atendimento de situação de urgência em que ameaçada pela demora a própria efetividade do provimento jurisdicional objetivado pelo processo, visto esse, claramente, como instrumento.

Aí se aclara a utilidade buscada pelo provimento cautelar, que não mais serve que não à garantia do processo, à preservação de sua instrumentalidade, possibilitando que ela se concretize.

Contudo, situações de urgência existem em que insuficiente ao asseguramento da efetividade final do provimento buscado a simples manutenção de estado de coisas, reclamando-se verdadeira antecipação do provimento final, ao menos de algo de seu conteúdo, eis que necessária alteração efetiva de estado de coisas a fim de que não se venha a tornar ele, pela demora, inócuo, ou mesmo de que gravame seja experimentado pela parte pela mantença pura e simples do estado de lide no aguardo da providência almejada.

Aí, entretanto, de tutela cautelar mais não se trata, convindo aclare-se que a tutela de urgência abrange em seu bojo de denominação, como categoria mais ampla, tanto a tutela cautelar, que atende ao interesse de utilidade do processo, quanto a tutela de urgência propriamente dita, que, embora ainda visando preservar a utilidade do processo, atende diretamente ao interesse da parte, preservando-a de gravame maior do que o admissível por sua submissão à rede de instrumentos garantidores do pleno a cuidadoso conhecimento da lide discutida, a qual implica em protração no tempo da solução almejada.

Resta observar que, inobstante a clara diversidade de objeto e forma que marca distinção entre o processo civil e o processo penal, úteis a ambas as disciplinas os conceitos acima ventilados no tocante à natureza de tutelas servidas pelo processo, afigurando-se de interesse investigação tendo por escopo inserir em seu panorama as modalidades de prisão processual ora examinadas.

Nesse passo vale abordar de antemão quais são os elementos caracterizadores da cautelaridade.[1]

1.1.2 Características da cautelaridade.

A doutrina tem assinalado oito características da tutela cautelar. São elas: a urgência; a sumariedade do procedimento (sumariedade formal); a superficialidade do conhecimento (sumariedade material); a aparência; a temporariedade; a inexistência de coisa julgada material; a instrumentalidade em relação ao processo e, por fim, a referibilidade. Vale enfocar cada uma delas:

a) Urgência

O provimento cautelar tem por objetivo afastar risco ao direito discutido, isto é, mitigar a possibilidade de danos prováveis ao provimento pleiteado. Não tem a finalidade de realizar o direito, mas visa somente torná-lo possível ante situação de risco.[2]

b) Sumariedade do procedimento (sumariedade formal)

Em face da imprescindibilidade da rapidez na dispensa do provimento cautelar, decorrente da urgência da situação, já que retardo pode implicar na perda do direito e causar o desaparecimento do efeito real do processo, o procedimento destinado à averiguação do cabimento da tutela deve ser rápido. Para atingir o desiderato da celeridade, o procedimento deve ser sintetizado, abreviado. Segundo Garcez Ramos, a sumariedade procedimental implica em atenuação ou postergação do direito de defesa.[3]

(1) Sobre o tema vale consultar as obras de RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 79-96 e de MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória.* São Paulo: RT, 1992. p. 59-74.

(2) Declara Marinoni: "A tutela cautelar tem por finalidade assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é 'satisfativa sumária'." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 86.)

(3) João Gualberto Garcez Ramos aponta que: "A *sumariedade procedimental* se caracteriza, *in casu*, pela atenuação efetiva ou pela postergação do direito de defesa por parte do requerido. Essa operação é legítima, sobretudo se proporcional ao caso penal e às penas do crime de que se trate.

O procedimento será tanto mais sumário no sentido formal quanto menos garantista processualmente. O procedimento mais célere, mais inteiramente garantidor da ampla defesa não é sumário no sentido formal; na realidade, não passa ele de um procedimento ordinário sumarizado." (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 88.)

c) Superficialidade do conhecimento (sumariedade material)

A redução do procedimento por si só não basta para garantir a agilidade do provimento. Ainda que resumido, o procedimento pode-se tornar moroso, já que a instrução exauriente pode sempre implicar em dispêndio de tempo (dispêndio esse que implica em provável concreção ou recrudescimento do risco ao direito). Como corolário, a própria cognição deve ser realizada superficialmente. Daí, tanto o direito material que se visa garantir como a existência do perigo que o ameaçaria são verificados utilizando-se por critério não a busca de certeza, mas sim a de verossimilhança. Basta, então, que o direito e o perigo sejam semelhantes à verdade; aparentem veracidade, não repugnem à verdade; sejam, em suma, prováveis.[4]

d) Aparência

Havendo a soma de sumariedade de procedimento e superficialidade de conhecimento, tudo em benefício da máxima agilidade razoável,[5] o efeito é que a causa só pode ser decidida através do critério da verossimilitude. Havendo aparência do direito material e do risco a ele, o provimento cautelar é de ser prestado; do contrário, não. Basta, portanto, que haja similitude.

e) Temporariedade

O provimento cautelar é sempre destinado a durar por tempo limitado. Seus efeitos devem perdurar enquanto haja risco à efetividade do processo e à sua capacitação plena para obtenção de tutela eficiente do direito material. Desaparecendo o risco, qualquer que seja o motivo disso ter ocorrido, não mais se justifica a cautela. Vale observar que no âmbito do processo penal o princípio do devido processo veda que as medidas cautelares sejam utilizadas como punição de fato. Assim, não se justifica o provimento cautelar de longa duração, já que isso nada mais representa senão a imposição de pena sem o devido processo (ainda que com processo em curso).[6]

(4) Marinoni assim se manifesta: "enquanto no processo formalmente sumário a cognição pode ser exauriente, no processo materialmente sumário a cognição é, necessariamente, menos aprofundada em sentido vertical. Somente esta espécie de cognição permite a efetividade da tutela cautelar" (p. 61). E pouco adiante evidencia que: "A cognição do perigo de dano, entretanto, ainda que seja específica da tutela urgente, deve se compatibilizar com a urgência, pois não é possível admitirmos o sacrifício do direito bosquejado no processo principal, em razão do tempo despendido para a cognição da certeza da existência da situação de perigo afirmada." (p. 62) (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória.* São Paulo: RT, 1992. p. 61 e 62).

(5) Lembra Comoglio que o princípio da razoabilidade "se por um lado veda toda compressão injustificada dos direitos e das garantias da parte, barra doutro lado um excessivo enfraquecimento, não menos irracional e injustificado, das possibilidades de exercício efetivo do *jus puniendi* estatal" (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 275 – traduzi livremente).

(6) Comentando a sexta emenda à Constituição norte-americana, Akhil Reed Amar explica que o direito ao processo célere protege o inocente contra a prolongada punição

f) Inexistência de coisa julgada material

O provimento cautelar é sempre vinculado à existência do perigo. Deixando de existir o mal prenunciado, deve deixar de existir a cautela. Perceptível que a decisão é sempre mutável a qualquer tempo – *rebus sic stantibus*. Bem por isso é que é incompatível com a coisa julgada material, que significa a consolidação da decisão para não mais ser alterada.

g) Instrumentalidade

O provimento cautelar se destina a garantir a tutela definitiva. Sua finalidade é assegurar que o provimento almejado para tutela do direito substancial discutido advenha e opere com eficácia, em sua plenitude, ao término dos debates. Daí o provimento cautelar é instrumento do processo e, por conseqüência, do direito substancial.

h) Referibilidade

Ligada à idéia de instrumentalidade está a da referibilidade. Por referibilidade se quer significar que o provimento cautelar é vinculado a uma situação de perigo e à tutela satisfativa que pretende acautelar. Para que haja cautelaridade são necessárias então uma situação de perigo e uma pretensão de tutela satisfativa diversa daquela cautelar e que esta pretende garantir, assegurar.

1.2 A presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade e a prisão cautelar

A par das considerações acima formuladas, buscando-se enquadramento preciso das modalidades de prisão processual entre as de tutela de urgência, é conveniente que se teçam algumas considerações a respeito da questão da presunção de inocência, ou, em melhor denominação, do estado de inocência.

de fato, que limita sua liberdade e arruina seu nome, antes que ele tenha tido a justa chance de se defender. E se o Governo mantém o acusado detido por períodos longos antes do julgamento, os Tribunais devem garantir a exatidão do próprio julgamento, a fim de que não seja solapada – tal como pode ocorrer se a detenção prolongada causar a perda de uma prova fundamental exculpatória. O excerto na língua original é o seguinte: "The *speedy* trial right protects the innocent man from prolonged de facto punishment – extended accusations that limit his liberty and besmirch his good name – before he has had a fair chance to defend himself. If government accuses an innocent man and then refuses to suspend its accusation, it must give him the right, speedily, to clear himself at trial and regain his good name and full liberty. And if government holds the accused in extended pretrial detention, courts must ensure that the accuracy of the trial itself wil not thereby be undermined – as might occur if an innocent defendant's prolonged detention itself causes the loss of key exculpatory evidence". (AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and criminal procedure – First Principles*. New Haven and London: Yale University Press, 1997. p. 90.)

Importa questionamento a respeito porque se há de convir que a garantia individual em verdade imprime limitação de amplitude à possibilidade de garantização da efetividade do processo.

Põe-se em colisão, reciprocamente limitadora, dois interesses nobres – de um lado, direito individual do sujeito, a que assegurada constitucionalmente a não submissão a gravame em sua liberdade antes de provimento condenatório definitivo – de outro, interesse social amplo no sentido da efetividade do processo, como meio de conhecimento e aferição de hipótese merecedora de sanção, e da efetividade de eventual provimento condenatório.

Em breve: surge conflito entre o direito à liberdade (que decorre da presunção de inocência) e o direito à punição do infrator da lei penal (que é instrumentalizado através do princípio da efetividade do processo): *ius libertatis* x *ius puniendi*.

Para a solução do embate importa melhor conhecer o princípio da presunção de inocência.

O estado de inocência, que deita suas raízes no Direito Romano,[7] encontrou assento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789),[8] na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),[9] no Pacto de San José da Costa Rica (1969)[10] e veio expressamente declarado em nossa Constituição de 1988 em seu art. 5.°, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Exprime o aludido princípio:

a) uma regra de tratamento: o acusado, ou suspeito, não pode ser tratado como culpado durante os trabalhos de verificação da conduta a ele imputada. Qualquer restrição a seus direitos não pode decorrer de antecipação do juízo acerca de sua responsabilidade. Inviável, portanto, é qualquer execução provisória, ou antecipação da tutela.[11]

(7) Cfr. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9; e FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. 3. ed. Bari: Laterza, 1996. p. 560.

(8) "Art. 9.° Tout homme étant présumé innocent, s'il jugé indispensable de l'arreter, toute rigueur que ne serait pas necessaire pour s'assurer de as personne doit être sévérement reprimée par la loi."

(9) "Art. XI – 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

(10) Art. 8.° Garantias judiciais:

"1. Toda pessoa acusada tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa..."

(11) Ensina Gomes Filho que: "a presunção de inocência traduz sobretudo uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são inaceitáveis quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes de uma sentença

b) uma regra probatória: incumbe à acusação a realização da prova do fato imputado ao réu. O acusado é *a priori* desobrigado de produzir prova de sua inocência. A presunção constitucional isenta-o de qualquer ônus de prova em relação à sua inocência, que é pressuposta. Somente quando a acusação logra comprovar o fato típico imputado ao réu é que surge a ele o ônus de fazer prova de circunstância que o isente de culpa, ou exclua a ilicitude do ato.[12] Perceptível que a defesa poderá sempre adotar duas estratégias: meramente invalidar as provas empregadas pela acusação ou, querendo, construir uma hipótese defensória. No primeiro caso, a dúvida originada dá ensejo à absolvição (já que a presunção de inocência não é fraturada por mera existência de dúvida); no segundo, a certeza ou uma vez mais a dúvida causam a improcedência (certeza de que a hipótese absolutória ocorreu, ou dúvida no sentido de que a hipótese absolutória possa ter ocorrido, deixando remanescer a presunção legal da não culpabilidade).[13]

Em virtude da presunção de inocência chegou-se a alegar que qualquer forma de prisão antes da sentença condenatória irrecorrível seria ilegítima. O argumento tem por base a constatação de que ontologicamente a prisão pena e a prisão cautelar não divergem. Ambas importam em restrição a direito fundamental e implicam em sofrimento ímpar ao detido.[14]

Certo é que a comunidade jurídica não admitiu tal entendimento, afirmando a compatibilidade entre a presunção de inocência e as modalidades de prisão cautelar.[15]

definitiva, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.

À vista disso, as implicações mais evidentes do preceito dizem respeito à vedação de medidas executórias contra o réu e, especialmente, à disciplina das providências cautelares.

Quanto às primeiras, é inconciliável com o princípio constitucional qualquer forma de 'execução provisória' do julgado penal, em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito." (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. "Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência". *Fascículos de Ciências Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 1, vol. 5, p. 17-27 {19}.)

(12) Sobre o tema vale a lição de Tonini que entro a relatar em tradução livre: "A regra de juízo exige que o imputado seja presumido inocente; isto é, almeja obter o efeito previsto pelo art. 2728, inciso 1, C.C., segundo o qual "as presunções legais dispensam de qualquer prova aqueles em favor dos quais são estabelecidas". Portanto, sobre a parte que sustenta a responsabilidade do imputado recai o ônus da prova." (TONINI, Paolo. *La prova penale.* 2. ed. Padova: Cedam, 1998, p. 21).

(13) Cfr. IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione.* Milano: Giuffrè, 1997, p. 215.

(14) Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione.* 3. ed. Bari: Laterza, 1996. p. 566.

(15) De fato, o STJ editou a Súmula de número 9, assim redigida:

"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

Qual o fundamento para justificar a compatibilização entre a prisão cautelar e o princípio da não-culpabilidade? A resposta encontra-se na finalidade. Somente os fins é que divergem nas mencionadas espécies de prisão. Na prisão pena a finalidade é dar aplicação ao *ius puniendi* (pena como retribuição, prevenção geral, especial ou teorias mistas, ou, por fim, as novas idéias de reafirmação do direito[16]), já nas prisões cautelares a finalidade é a garantia do resultado útil do processo penal. Isto é, as modalidade de prisão cautelar têm por finalidade garantir a efetividade do processo.[17]

Doutro lado o Ministro Celso de Mello assim se manifestou sobre o tema:

"O princípio constitucional da não culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento jurídico, impede que se atribuam à acusação penal conseqüências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5.°, LVII, da Constituição, é meramente relativa (*juris tantum*). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso, para o órgão acusador, o ônus substancial da prova. A regra da não culpabilidade – inobstante seu relevo – não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não culpabilidade". (STF – HC 67.707-0-RS – rel. Min. Celso de Mello – j. 07.11.1989, v.u. – *DJU* 14.08.1992, p. 12.225 – ementa também publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento [0]/ 248.)

No mesmo sentido:

"A legitimidade jurídico-constitucional das normas legais que disciplinam a prisão provisória em nosso sistema normativo deriva de regra inscrita na própria Carta Federal, que admite – não obstante a excepcionalidade de que se reveste – o instituto da tutela penal cautelar.

O princípio constitucional de não-culpabilidade que decorre de norma consubstanciada no art. 5°, LVIII, da CR, não impede a utilização, pelo Poder Judiciário, das diversas modalidades que a prisão cautelar assume em nosso sistema de direito positivo." (STF – HC 69.026-2-DF – rel. Min. Celso de Mello – j. 10.12.1991, m.v. – *DJU* 04.09.1992, p. 14.091 ementa também publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento [0]/ 248.)

(16) Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

(17) O professor Rogério Lauria Tucci assim se manifestou sobre o tema: "Três delas, quais sejam a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária, são, na realidade, tipicamente cautelares, isto é, têm por finalidade a assecuração do resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, quer para a garantia da ordem pública, quer em razão da conveniência da instrução criminal ou para preservar a aplicação da lei penal (cf. art. 312 do mencionado Código). (TUCCI, Rogério Lauria. "'Presunção de inocência' e prisão provisória". *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 2, vol. 5, p. 133-135 {134}.)

Logo, antes da sentença condenatória irrecorrível, em obediência ao princípio da inocência, somente são admissíveis as prisões processuais cujo escopo seja a tutela da efetividade do processo. Todas as demais finalidades (execução provisória, aplacar exigências sociais etc.) tornam a prisão atritante com o princípio da não-culpabilidade e, como corolário, ilegítima constitucionalmente.

Daí porque se há de considerar que no âmbito do processo penal não há de ter lugar a tutela de urgência propriamente dita, em que, como antes observado, visada antecipação de efeitos da tutela principal buscada para salvaguarda mais direta do interesse da parte, com produção de alteração do estado de coisas em que verificada a lide.

Note-se que não se objetiva somente garantir a efetividade da aplicação da sanção, mas também e até principalmente a própria possibilidade de conhecimento acerca do fato. É que aí inserida a questão da instrumentalidade do processo, pois que se destina ele a franquear o conhecimento, pela reconstituição, do fato pretérito, daí advindo, por conseqüência, a solução da lide penal, com a decretação da absolvição ou com a imposição de pena.

E na solução da equação composta pelo conflito entre o interesse direto do acusado na preservação de sua liberdade e o interesse coletivo na eficiência do processo, como meio de reconstrução abstrata do fato contido na hipótese acusatória, importa o grau de risco a que submetidos ambos, encontrando-se nível tolerável no comprometimento de um ou de outro.

Daí porque se há de ter por inadequada a taxação legal pura e simples de hipóteses de prisão processual, vindo ela como decorrência automática da formulação da hipótese acusatória.

É que em assim sendo, afastado o exame pontual da equação que se estabelece, de modo diverso, em cada situação e em cada processo, sendo reclamada leitura consciente das hipóteses de custódia provisória como excepcionais.

O que se há de ter em mente, buscando reflexão um tanto matemática acerca do assunto, é que da tensão entre a necessidade de efetividade do processo e o direito de liberdade surge equação a ser resolvida caso a caso na ocorrência concreta do processo tendente à apuração de hipótese acusatória.

Nesse passo incumbe por em evidência a incidência do princípio da proporcionalidade, também denominado de princípio da ponderação dos interesses, princípio geral de Direito que determina que os interesses em contenda devem ser examinados com atenção, pesados, para que prevaleça aquele de maior importância[18].

Pois bem, vez que a prisão tem graves efeitos em quem a sofre, é necessário que a tutela do interesse punitivo veiculado no processo seja sumamente relevante

(18) Cfr. SANGUINÉ. Odone. "Prisão provisória e princípios constitucionais". *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 2, vol. 5, p. 96-124 {99/100}; e BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 138.

para a sua decretação. Daí, em regra, somente pode ocorrer a decretação da prisão provisória em hipóteses nas quais, caso haja a condenação, a encarceração ocorrerá. Tanto assim é que o Código de Processo Penal resguarda a prisão preventiva primacialmente para os crimes dolosos (art. 313, *caput*) punidos com reclusão (art. 313, I).

De outra parte, o risco de comprometimento da eficiência do processo ou da efetividade do provimento final há de se situar em nível de amplitude e qualidade importante.

Portanto, a prisão provisória exige sempre a afluência desses dois pressupostos: cautelaridade e proporcionalidade. Assim, necessário que se tenha por excepcional a ocorrência da prisão processual, posto que por ela excetuado o princípio da presunção de inocência, admitindo-se privação de liberdade quando ainda incerta a convergência de fatores determinantes da imposição de sanção, a qual será aferida no curso do processo, em que se há de dar a conhecer e testar a hipótese acusatória.

Delineadas as particularidades do provimento cautelar, vale enfocar separadamente cada qual das modalidades de prisão processual em estudo, verificando-se se as finalidades indicadas no Código de Processo Penal como animadoras das hipóteses previstas para que tenham elas lugar são, ou não, cautelares (finalidades cautelares).

2. Prisão preventiva

2.1 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Pressupostos são aquelas condições que devem estar presentes simultaneamente para a legítima (conforme à lei) decretação da prisão preventiva. O Código de Processo Penal indica como pressupostos: a) prova da existência do crime; b) que tal crime seja doloso; c) que não incidam circunstâncias de justificação do delito e, por fim, d) que hajam indícios de que a pessoa cuja prisão preventiva se decreta tenha praticado o crime.[19]

(19) "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.* (Redação determinada pela Lei 8.864, de 11.06.1994.)

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos *crimes dolosos:*

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (Redação determinada ao artigo pela Lei 6.416, de 24.05.1977.)

Vale enfocar cada um deles:

a) Prova da existência do crime

É necessário que haja prova direta do crime. Que o Juiz tenha a seu dispor um elemento que leve sua percepção diretamente a constatar que uma conduta típica foi realizada.

A compreensão desse pressuposto depende daquela relativa aos indícios de autoria. Na prova direta a estrutura é simples: A prova indica imediatamente o fato principal (o fato a ser provado). Já na prova indireta (indício) a estrutura é complexa: A prova indica algo que leva a inferir a ocorrência do fato principal (por isso é que o indício é chamado de prova indireta). Como na primeira hipótese há menor possibilidade de erro (pois a indicação é imediata, sem circunlóquios), a prova direta tem maior aptidão a gerar a persuasão.[20]

Portanto, no que pertine ao fato crime, o legislador exige uma convicção mais aprofundada, certa, determinada. Já no que atina a autoria, basta grau de convencimento mais superficial, menos substanciado.[21]

b) Crime doloso

A prisão preventiva somente pode ser decretada se o crime imputado for doloso (art. 313 do CPP). Isto é se a criação ou aumento do risco ou a lesão ao objeto jurídico tutelado tenham sido livre e intencionalmente praticadas. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade. Somente nos crimes mais graves (dolosos) é que a medida mais dolorosa (privação da liberdade) pode ser decretada. Aqui incumbe ressaltar a evidente vinculação entre o resultado do processo e a medida cautelar. Em regra somente nos crimes dolosos é que a pena privativa de liberdade poderá ser decretada. Daí somente nessa espécie de delito é que pode ser decretada

Art. 314. *A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal.* (Redação determinada pela Lei 5.349, de 03.11.1967.)" (Grifei.)

(20) Carnelutti afirmou sobre o tema: A primazia da prova direta sobre a indireta não tem necessidade de ser posta em relevo: quanto mais próximo é o fato a ser provado dos sensos do juiz tanto mais segura é a prova. (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile. Parte Generale – Il concetto giuridico della prova*. Roma: Athenaeum, 1915, p. 68 – traduzi livremente).

(21) Assim ensina Borges da Rosa: "Para que o Juiz competente possa expedir a ordem de prisão é necessário que a existência do crime esteja plenamente provada. Desde que haja dúvida, quer quanto ao caráter criminoso do fato, quer quanto à sua ocorrência, prática, ou realização, o Juiz não pode decretar a prisão preventiva. Se o fizer, dará lugar à concessão de *habeas corpus*, por falta de justa causa (art. 648, I, do Código). 'Agora, quanto à autoria do fato atribuído ao acusado, a Lei não exige prova plena, não exige certeza; basta que existam indícios suficientes da mesma" (ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. Atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: RT, 1982. p. 420).

a segregação cautelar. Como para os crimes culposos, qualquer que seja a pena, é cabível a pena restritiva de direitos em substituição às sanções privativas de liberdade, a prisão preventiva não pode ter aplicação (cfr. art. 44, I, do CP, com a redação da Lei 9.714/98).[22]

c) Não incidência de causas de justificação

Para que seja decretada a prisão preventiva é fundamental que a prova não indique ter o agente praticado a conduta típica em situação de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (o legislador faz menção ao artigo 19 que, com a reforma de 84, passou a ser o art. 23 do CP).

Havendo a possibilidade de incidência de qualquer daquelas circunstâncias de justificação a prisão preventiva não deve ser decretada. Aqui a possibilidade da causa de exclusão da ilicitude faz com que a equação entre efetividade do processo e garantia de liberdade descaia em favor da última.

Basta a probabilidade indicada pelo conjunto de provas obtido para que se opte pela não decretação da prisão preventiva. É que a regra é a liberdade e a exceção a prisão cautelar. Daí sempre que haja a indicação da prática de fato típico, mas realizado com o amparo de qualquer das causas de exclusão da ilicitude, retorna-se à regra básica da liberdade (liberdade que decorre da presunção de inocência).[23]

d) Indícios de autoria

Como já visto, é necessário ao menos indício de autoria para a determinação da prisão preventiva. Ou seja, é indispensável que haja probabilidade, e não mera possibilidade, de que a pessoa cuja prisão preventiva se quer decretar seja o autor do crime de cuja existência há prova direta.[24] E tal probabilidade decorre de um

(22) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tratando do conflito entre a eficácia do processo e o direito a garantia do contraditório e da ampla defesa no processo civil, mas em lição em tudo aplicável ao processo penal, leciona que: "O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto. E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. In José Rogério Cruz e Tucci. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 132-150{147-148}.)

(23) Essa é a lição de Tourinho Filho: "Não é preciso que a justificativa esteja absolutamente estreme de qualquer dúvida". (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 3, p. 486). No mesmo sentido gravita o parecer de Tornaghi: "Note-se: não se exige, nesta fase, prova plena da causa de exclusão do crime; não se trata de absolver, mas de não decretar a prisão. Para isso basta que se delineie qualquer das justificativas do art. 19 (CP)" (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 3, p. 331).

(24) É de Romeu Pires de Campos Barros o seguinte excerto: "Na verdade a expressão 'indícios suficientes' significa probabilidade certa de autoria e não simples possibilida-

fato provado capaz de conduzir a conclusão de que aquela pessoa seja o autor do crime em discussão.[25] Sem essa probabilidade a prisão preventiva não pode ser decretada.

Perceptível que não basta a mera suspeita. Ainda que não seja necessária a prova plena, é forçoso que haja ao menos indício, um qualquer elemento indicador de que há probabilidade de que aquela pessoa seja a autora do crime doloso.

Deve ser observado que Giulio Ubertis indica não existir uma diferença ontológica entre suspeita e indício. Para aquele autor a diferença entres os vocábulos é "quantitativa" e não "qualitativa". A suspeita seria um anel mais distante na cadeia de que pudesse levar a verificação do objeto da prova, enquanto que o indício estaria mais próximo dele. Assim, aquisição da suspeita exigiria menos convicção dos operadores do sistema penal, enquanto que o indício um convencimento mais intenso.[26]

Perceptível, assim, que a expressão "indícios suficientes" quer significar probabilidade razoável decorrente do conjunto de provas que se pode obter. Com tal interpretação fica afastada a decretação da medida extrema baseada em mera possibilidade (nem tudo que é possível é provável).

Esses são os quatro pressupostos (três positivos – prova da existência do crime, indícios de autoria e crime doloso – e um negativo – ausência de provas indicadoras de causas de justificação) que devem estar presentes em todas as hipóteses de decretação de prisão preventiva.

2.2 Finalidades da decretação da prisão preventiva

No art. 312 vêm indicadas as finalidades da prisão preventiva, que são: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal.

de. Aliás a expressão suficiente é usada no código com o mesmo sentido de 'veemente', que é mais tradicional, e era usada no Código de Processo Criminal do Império e pela maioria dos processualistas reinícolas, tais como Paula Pessoa e outros. O prof. pernambucano Dr. Roque de Brito Alves, depois de percuciente busca em toda a nossa legislação antiga, desde as Ordenações do Reino, não faz qualquer distinção do grau de credibilidade que possa existir entre *indícios veementes* e *indícios suficientes*, usando, indistintamente, as duas expressões no sentido de apontar um grau de conhecimento da autoria mais elevado, ou seja, de maior verossimilhança para o convencimento do juiz" (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 194).

(25) Maria Thereza Rocha de Assis Moura define indício como sendo: "todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo" (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38).

(26) Cfr. UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Torino: UTET, 1995. p. 48-49.

A questão que se coloca é se tais finalidades se harmonizam com os ditames constitucionais (presunção de inocência e devido processo) que vedam qualquer espécie de antecipação da pena ou imposição dela sem processo[27] e, doutro lado, como a existência desses princípios impõe margens para as possíveis interpretações de tais finalidades. Pretende-se dizer que a interpretação das normas deve ser constitucionalmente motivada, no sentido de que estão na Constituição os vetores que devem obedecer ao ordenamento jurídico e os seus operadores.

Com base nessas diretrizes é que será efetuada a interpretação das finalidades da prisão preventiva, interessando análise quanto ao característico de cautelaridade das finalidades indicadas pela lei. Por outra dita: questiona-se se as indicações de possibilidade de decretação da prisão preventiva efetuadas no art. 312 do CPP se adaptam às características do provimento cautelar, já acima abordadas.

2.3 A prisão preventiva como forma de tutela cautelar

2.3.1 Prisão preventiva para conveniência da instrução processual e para asseguramento da aplicação da lei penal

As hipóteses em questão trazem clara finalidade de garantia da efetividade do processo, eis que visa, a primeira, assegurar desenvolva-se o processo de modo plenamente útil, capacitando seu exercício eficiente como instrumento de conhecimento e verificação da hipótese acusatória, objetivando a segunda garantia de eficácia do provimento final buscado.

Com efeito, por conveniência da instrução processual se há de entender expresso interesse na possibilidade de conhecimento o mais completo possível acerca da hipótese acusatória, tutelado o próprio conteúdo do processo penal – a reconstituição do fato revelado na formulação da acusação, pretérito, e que se há de fazer por meio da colheita e investigação da prova.

Assegura-se, assim, pela prisão processual do réu, a pureza da prova, a fim de que, mantendo-se ela preservada da atuação destruidora do imputado, possa ser colhida com segurança, atingindo-se reconstituição do fato a mais perfeita possível.

Há, pois, de ter lugar a prisão processual quando a permanência do acusado em liberdade esteja a ameaçar a preservação dos elementos investigados pela atividade de instrução, exemplificando-se com situação em que esteja o acusado a buscar coerção a testemunhas, de modo que não se torne apta a inquirição das mesmas a revelar o conhecimento de que disponham elas acerca do fato criminoso.

(27) Odone Sanguiné lembra que a vedação da imposição de pena sem processo é idéia universal indicada entre nós pela expressão *"nulla poena sine judicio"* e no direito anglo-americano pela proibição de edição de *"bill of attainder"* que é o ato legislativo que considera alguém culpado mesmo sem processo e julgamento. (SANGUINÉ. Odone. "Devido processo legal e constituição". *Fascículos de Ciências Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1989, ano 2, vol. 2, n. 9, p. 131-140 {136}.)

É claro, assim, o característico de cautelaridade dessa modalidade de prisão preventiva, que tem por fim não mais do que garantir o regular desenvolvimento do processo.

Não há tutela de interesse da parte, mas, sim, tutela do interesse na eficiência do processo. Não se opera alteração do estado de coisas de lide, mas, inversamente, assegura-se-o, a fim de que sobre ele incida a atividade de conhecimento. Não se antecipa efeito da condenação almejada pela acusação, mas sim possibilita-se sirva o processo ao advento do provimento definitivo, que há de surgir, quer com a condenação, quer com a absolvição, após e por meio da reconstituição do fato pretérito dito criminoso.

Na segunda hipótese, em que se busca seja assegurada a aplicação da lei penal, procura-se garantia da eficácia do provimento definitivo, custodiando-se provisoriamente o acusado a fim de que permaneça disponível para que, advindo o provimento final condenatório, possa ele ser executado. Garante-se, assim, a efetividade do provimento principal, suprimindo-se o risco de impedimento de sua oportuna operacionalização, servindo a prisão preventiva à garantia da eletividade da tutela principal, possibilitando-se opere no momento oportuno a tutela de execução.

Pela primeira modalidade de prisão preventiva objetiva-se garantir sirva o processo à consecução de sua finalidade – o advento do provimento buscado. Serve a custódia, nitidamente cautelar, a preservar a utilidade do processo, a fim de que seja ele eficiente como instrumento para o alcance da solução da lide. Pela segunda busca-se garantir que, tendo servido o processo ao advento do provimento objetivado, conhecida e verificada a hipótese acusatória e aferida a confluência de fatores determinantes da imposição da sanção, seja tal provimento operante, possibilitando-se a execução da sanção imposta.

Serve a prisão preventiva, assim, com tais finalidades, à supressão ou, ao menos, minimização, de risco à utilidade do processo e à efetividade do provimento final, evidenciada natureza cautelar e conforme aos ditames constitucionais atinentes à espécie, convindo recordar que a apreciação quanto à presença ou não de hipótese autorizadora da decretação da prisão processual há de advir da solução da equação posta entre o direito de liberdade e o interesse punitivo, que define o nível de risco tolerável e de comprometimento admissível de um e de outro.

2.3.2 Prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica

Conceito significa a representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais (Aurélio, Verbete: conceito). Daí todo conceito deve ter limites, na medida em que conceituar significar discriminar o objeto conceituado.[28]

(28) Bandeira de Mello ensina que: "Desde logo, ressalta à evidência que todo conceito, por ser conceito, tem limites, como salientou Queiró, chamando à colação Walter Jellinek.

Mas em vão doutrina e jurisprudência vêm tentando encontrar o significado dos conceitos de ordem pública[29] e ordem econômica.[30]

Fauzi Hassan Choukr,[31] analisando julgados de nossos Tribunais, encontrou os seguintes significados aproximados:

a) Ordem pública e confiabilidade na justiça. A idéia é utilizada para se contrapor à crença generalizada de que a justiça somente é capaz de determinar a punição daqueles que são econômica e socialmente frágeis. Mas a vontade de se contrapor a essa sensação de impunidade termina por se revelar sem concreção, já que em toda a sua atuação a justiça deve se demonstrar confiável. Por semelhante abordagem, qualquer acusação poderia dar ensejo à prisão cautelar, e, doutro lado, o encarceramento do acusado pode justamente significar o oposto: que a justiça não se revelou imparcial, confiável. Daí os conceitos não se identificam.

b) Ordem pública e perigosidade. Aqui a gravidade do crime, que seria entendida como manifestação da periculosidade de seu autor, consentiria na decretação da custódia cautelar. A associação, entretanto, revela a evidente violação ao princípio da presunção de inocência. O acusado seria perigoso *justamente porque se presume ter ele praticado o crime grave de que é acusado.* Isso significa afirmar que nos crimes graves a responsabilidade é presumida, e não o inverso. Na verdade, a questão vem mal colocada. Gravidade é conceito de pouca concreção, já que variável. O critério deve ser o da possibilidade da perda da liberdade em decorrência da sentença condenatória. A prisão preventiva somente pode ser decretada se através

Se não tivesse, *ipso facto*, não seria um conceito. Por definição, um conceito é noção *finita*, exatamente por corresponder a uma operação mental que *isola* um objeto de pensamento. E, na medida em que o faz, estabelece discriminações. A lei, ao se valer de conceitos, sejam eles quais forem, para disciplinar certas situações, não se propõe a outra coisa senão a dividir, discriminar, catalogar, classificar, enfim, estabelecer referências. Em suma: separa e isola objetos de pensamento para firmar correlações. Segue-se que identifica fatos indicativos como pressupostos e valores que aponta como finalidades". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 597.).

(29) Lembra Vergottini que: "Fala-se de Ordem Pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos". (VERGOTTINI, Giuseppe. Verbete: "Ordem Pública". In Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política.* Trad. Luiz Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Editora da UnB, p. 851-852 {851}.).

(30) Eros Roberto Grau reconhece o quão árduo é delimitar o significado do conceito de ordem econômica, afirmando: "a ambigüidade de todas essas expressões é de tal ordem – e uso aqui, propositadamente, o vocábulo 'ordem' – que a operacionalização dos conceitos que designam é sempre tormentosa". (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 41.)

(31) CHOUKR, Fauzi Hassan. "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 1993, n. 4, p. 89-93.

de um juízo prévio se chegar a conclusão de que, condenado, pode o suspeito, ou réu, vir a perder sua liberdade. Mas isso, por si só, não basta (do contrário não haveria cautelaridade, mas antecipação da pena – vedada pelo princípio da presunção de inocência). São ainda necessários os pressupostos da prisão da cautelar. Diante disso, o que se tem com a gravidade do delito é a simples constatação de que sendo grave o delito, pelo princípio da proporcionalidade, deve implicar uma pena que poderá gerar a perda da liberdade de seu autor. Isso não implica que o suspeito seja o autor. Logo, a gravidade aproxima a possibilidade de decretação da prisão preventiva, mas não a determina (devem estar presentes os demais pressupostos, como a necessidade da medida, prova da materialidade e indícios da autoria).

c) Ordem pública e clamor popular. A concepção gravitaria no sentido de que o clamor popular, pleiteando punição, deveria gerar a decretação da medida constritiva da liberdade. Evidente a violação do princípio da inocência, do devido processo e do juiz natural. O clamor popular seria indicador da responsabilidade do imputado (que então não se presumiria inocente), sem que fosse necessário o processo para a determinação dos fatos (logo, o devido processo seria despiciendo) e, doutro lado, por tal linha de pensamento o juiz do caso passaria a ser a mídia ou o povo em geral (portanto o juiz com atribuição legal para o feito seria desnecessário), com todo o risco que isso acarreta. Trata-se de negação de todos os princípios de garantia.

d) Ordem pública e segurança do acusado. Aqui o fundamento para a decretação da prisão preventiva seria garantir a segurança do próprio suspeito ou acusado. Uma vez mais há violação do princípio da inocência, já que se presume que o imputado é o autor do crime e, por outro ângulo, viola-se a liberdade do acusado por ato que não lhe é atribuído, o que não é aceitável por violar o devido processo.

Por fim, para alguns autores[32] a aproximação é realizada entre:

e) Ordem pública e reiteração de atos análogos. Aqui a idéia é de que a finalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na ordem pública serviria a evitar que o acusado, ou suspeito, viesse, se solto estivesse, a praticar outros atos da mesma natureza daquele que deu ensejo ao processo criminal no qual a medida foi decretada. Esse é exatamente o mesmo fundamento que autoriza, em nosso sistema, a determinar que o acusado com maus antecedentes ou reincidente não possa apelar em liberdade.[33]

(32) Por todos veja-se: José Frederico Marques (Cfr. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997. vol. IV, n. 935, p. 63) e João Gualberto Garcez Ramos (Cfr. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 143).

(33) Em palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público, o professor Vicente Greco Filho bem revelou essa espécie de pensamento. Trata-se de um preconceito disfarçado de regra de inferência: "Existe esse preconceito que é político, religioso, racial, de origem, intelectual, mas existe também outro tipo de preconceito, que é mais perigoso, que é o preconceito decorrente de uma aparência de verdade na formulação da regra, como essa dos antecedentes. É aquilo: 'Quem já cometeu antes tem grande probabilidade de cometer depois'. Ele vem pincelado de umas pitadinhas de verdade, esse

Por essa espécie de justificativa, a prisão preventiva seria não uma medida cautelar – pois a prisão não assegura nenhuma finalidade processual – mas uma medida de segurança.

Contra tal raciocínio podem ser elencadas as seguintes objeções:[34]

i) Por ela se presume que o réu é o autor do fato de que é suspeito ou imputado;

ii) A prisão preventiva não pode cumprir a função de prevenção especial, função essa típica da prisão em decorrência de sentença condenatória;

iii) Faz-se uma profecia, predição, perigosa para se dizer o mínimo, acerca de conduta futura do acusado;

iv) Julga-se conduta não praticada, nem ao menos iniciada. Julga-se, portanto, o homem e não o fato (trata-se de verdadeiro direito processual penal do autor e não do fato[35]);

é o preconceito perigoso". (GRECO FILHO, Vicente. "Regras de inferência". Palestra transcrita no *Boletim Informativo do CEAF/Escola Superior do Ministério Público*, ano 4, n. 18, abr. 1999, p. 9-14 {13}.).

(34) Sobre o tema veja-se CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal. Madrid: Colex, 1990, p. 261-263.

(35) O "direito penal do autor" é criação da escola Kiel. Seus principais representantes são Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. Para o direito penal do autor a teoria do tipo é substituída pela concepção de dever e de delito como traição, o que, segundo Ramírez, "llevaria a pensar que el legislador, al concebir el tipo, há tenido en consideración una imagen del autor que se corresponde com la representación que de este se há formado el pueblo. Se trata, pues, de la imagen, de la idea existente entre el pueblo acerca de lo que es ser ladrón, asesino, violador, no de un concepto criminológico o sociológico, sino de un concepto que surge de una visión de la esencia de las cosas, que coincide con la que tiene el pueblo, que es el afectado por la traición del autor. De este modo se eliminaban todas las garantías que había implicado el desarrollo de la teoria del tipo, en cuanto a establecer un marco determinado de la actividad punible; este nuevo concepto era indeterminable, pues había que estarse a lo que en concreto y en cada caso habría que estimar como la imagen que del autor há concebido la representacion popular". (RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1994. p. 156.)

Sobre o tema vale, ainda, a lição de Roxin: "Por *Derecho penal del hecho* se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o la sumo a varias acciones de esse tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor *o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo*. Frente a esto, se tratará de un *Derecho penal de autor* cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la mismo lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es que haya cometido un hecho, sino que sólo el que autor se 'tal' se convierte en objeto de la censura legal"; "allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal".

v) Há que se distinguir entre as atividades de polícia e as medidas cautelares. Tomar uma por outra é cometer desvio de finalidade. Os institutos são a sua finalidade. Havendo divergência de finalidades, é necessário instrumental jurídico divergente;

vi) O processo em que a medida cautelar, com essa finalidade, é decretada, não se destina ao julgamento dos possíveis atos futuros do acusado, mas sim ao julgamento de um ato determinado que lhe é anterior. Daí há violação do devido processo legal.

O quanto se disse acerca da prisão preventiva para garantir a ordem pública é cabível para prisão preventiva para garantir a ordem econômica.

De todo o exposto o que é perceptível é que as finalidades de garantir a ordem pública e ordem econômica (em verdade a primeira expressão engloba também a segunda) não são cautelares. Não guardam nenhuma vinculação com o processo (instrumentalidade), não tutelam a pretensão satisfativa (referibilidade) e não indicam urgência.

Doutro lado, em ambas há evidente violação ao princípio da presunção de inocência (já que pressupõem a culpa do suspeito ou acusado) e do devido processo (já que a prisão tem escopo distinto da acusação submetida a juízo). Logo, tais finalidades não foram recepcionadas pela Constituição de 1988.

3. Prisão decorrente de sentença condenatória e de decisão de pronúncia

Os arts. 408[36] e 594[37] do CPP prevêem casos de prisão obrigatória em decorrência, o primeiro, da decisão de pronúncia, e o segundo, da sentença condenató-

Está claro que el princípio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permantente" en la persona del autor o "al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar" y que midan por ese baremo la clase y la cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho". (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, § 6, p. 176-177.)

(36) "Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1.º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. (Redação determinada ao § 1.º pela Lei 9.033, de 02.05.1995.)

§ 2.º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

ria recorrível. As características gerais daquelas espécies de prisão são as mesmas, o que permite o trato do tema em conjunto.

São as seguintes as regras que defluem das mencionadas disposições:

a) Sendo o réu primário e de bons antecedentes, ou tendo sido condenado por crime em que se livre solto, poderá apresentar recurso em liberdade;

b) Sendo o crime afiançável, deverá o réu prestar fiança para recorrer em liberdade, mesmo se reincidente ou portador de maus antecedentes;

c) Sendo o crime inafiançável e ostentando o acusado maus antecedentes ou reincidência, não poderá recorrer em liberdade.

A questão a nos interessar é aquela do subitem *c*. Por outra dita: após a Constituição de 1988, são ainda admissíveis as prisões obrigatórias de indivíduos com maus antecedentes ou reincidentes em virtude da sentença condenatória sem força definitiva ou da decisão de pronúncia?

Sobre o tema três posições se colocaram:

a) Aquelas modalidades de prisão não foram recepcionadas pela nova Carta da República. Logo, aqueles dispositivos não mais integrariam o ordenamento jurídico.[38]

b) São cautelares aquelas modalidades de prisão, pois que visam somente assegurar o resultado do processo, evitando a fuga do acusado em face da decisão que lhe é desfavorável. Daí, ainda nesses casos, para a decretação da prisão é necessário verificar se estão presentes as finalidades cautelares.[39]

§ 3.° Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§ 4.° O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

§ 5.° Se dos autos constarem elementos de culpabilidade de outros indivíduos não compreendidos na queixa ou na denúncia, o juiz, ao proferir a decisão de pronúncia ou impronúncia, ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para aditamento da peça inicial do processo e demais diligências do sumário."

(37) "Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto."

(38) Nesse sentido se posicionam Paulo Cláudio e João Batista Tovo (Cfr. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 24).

(39) É a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (cfr. *As nulidades no processo penal*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 240-242). Igual é a preleção de Luiz Manoel Gomes Júnior (cfr. "O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso – art. 594 do CPP – e sua alegada inconstitucionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1993, n. 4, p. 161-166 {165}) e de Maurício da Rocha Ribeiro (cfr. "Da possibilidade do condenado por tráfico ilícito de entorpecentes apelar em liberdade". *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1993, vol. 6, n. 3, p. 40-49 {48-49}).

c) A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível é execução provisória.[40]

Para aclarar o tema, vale entender o quanto ocorrido com a inscrição expressa do princípio da presunção de inocência em nossa Constituição.

Antes da Constituição de 1988, o princípio da inocência, ainda que fosse uma regra implícita, não impressionava muito, de sorte que o tema não era tão intensamente debatido como é hoje.[41] Após 1988, em um primeiro momento, alguns operadores do sistema jurídico chegaram a afirmar que qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seria ilegítima em face da Constituição. Entenderam que a presunção de inocência teria tal amplitude que a prisão cautelar seria com ela incompatível.

A jurisprudência respondeu de imediato, advindo uma plêiade de decisões – a esmagadora maioria delas assentando que todas as formas de prisão provisória (prisão preventiva, em virtude de sentença condenatória recorrível e de decisão de pronúncia, manutenção da prisão em flagrante pela prática de crime hediondo etc.) se conformavam à nova ordem constitucional.

Em suma, como de ordinário acontece em situações de alteração e reorganização da ordem posta, pensamento novo introduz-se pelo extremo, clamando reação que leva a extremo oposto. Negou-se qualquer efeito à presunção de inocência no sistema de tratamento da prisão provisória. Deu-se efetividade ao princípio da presunção de inocência somente no que atinava à análise da prova, debilitando-o a ponto de torná-lo um equivalente constitucional do *in dubio pro reu*.

O efeito da reação ecoou na doutrina, que se viu constrangida a se ajustar às decisões judiciais.[42] O procedimento dos estudiosos foi, então, admitir que todos os artigos que tratavam de espécies de prisão provisória permaneciam em vigor, passando-se a interpretá-los de forma que se conformassem à idéia da cautelaridade. Toleraram, assim, que os arts. 594 e 408, § 2.°, ambos do CPP, persistiam vigendo, mas deram-lhes interpretação no sentido de que a prisão seria descabida caso não presente a necessidade cautelar.[43]

(40) Em texto escrito em 1987, portanto antes da Constituição de 1988, assim se posicionava Afrânio Silva Jardim (cfr. "A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível". *Direito processual penal. Estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 233-250 {250}).

(41) É certo que Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marques de Moraes Pitombo dele já tratavam em 1985 (cfr. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 70).

(42) Isso se sente com clareza no artigo de Luiz Manoel Gomes Júnior (cfr. "O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso – art. 594 do CPP – e sua alegada inconstitucionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, 1993, n. 4, p. 161-166 {165}).

(43) Evidenciadora disso é a lição de GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO: "O rigor do sistema do Código foi, todavia, sensivelmente atenuado com a introdução,

O problema reside na circunstância de que há limites para a interpretação da lei. Há balizas para a tradução da letra da lei e a linguagem normativa encontra fronteiras além das quais não há mais interpretação possível. O intérprete, para que realize seu escopo, deve permanecer dentro desses limites.[44]

É bem certo que a intenção dos doutrinadores que assim procederam foi uma só: evitar o encarceramento desnecessário de pessoas, sem motivo outro que não o apego à letra de lei que se revelou insensata (e de fato não é razoável a lei que determina a prisão sem atentar para a situação fática, sem analisar a real necessidade da medida detentiva).

Mas como bem ensina Carrió,[45] há abissal diferença entre justificação e desculpa, pretexto. Assim, produz-se ausência de sentido quando se pretende transpor os limites da linguagem normativa, confundindo-se franquia, autorização, com transgressão.

Pois bem. Pela leitura das mencionadas disposições (arts. 594 e 408, § 2.°, do CPP) resta claro que nelas nada há de alusão à necessidade cautelar da prisão. Os textos são peremptórios: exarada a decisão de pronúncia, a prisão deve ser decretada se o pronunciado for reincidente ou ostentar maus antecedentes; proferida a condenação, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, se for reincidente ou tiver maus antecedentes.

pela Lei 5.941, de 23 de novembro de 1973, de dispositivo segundo o qual, 'se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso' (art. 408, § 2.°); dessa forma, a adoção automática da medida restritiva de liberdade só terá lugar em se tratando de réu reincidente ou com maus antecedentes" (p. 239).

Mas continuam os autores para afirmar que:

"De qualquer modo, pensamos que a prisão nessa hipótese não dispensa a verificação concreta do *periculum libertatis*, sem o que não estará justificada a cautela, segundo o contexto das garantias constitucionais." (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* 3. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 239-240.).

(44) Mesmo dentro do sistema da "common law" é negado ao intérprete ultrapassar as margens fixadas pela lei. Límpida é a lição de Cardoso, ao tratar das relações entre o Juiz e o Legislador, na qual afirma que o Juiz legisla somente dentro dos limites da Lei, termos esses mais estreitos do que aqueles do Legislador: "Each indeed is legislating within the limits of his competence. No doubt the limits for judge are narrower. He legislates only between gaps. He fills the open space in the law. How far he may go without travelling beyond the walls of the interstices cannot be staked out for him upon a chart. He must learn it for himself as he gains the sense of firness and proportion that comes with years of habitude in the practice of an art. Even whithin the gaps, restrictions not easy to define, but felt, however impalpable they may be, every judge and lawyer, hedge and circumscribe his action". (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, Yale University Press, sd, p. 113-114.)

(45) CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 238.

Pode-se pelejar para encontrar a definição mais liberal possível acerca do que significam bons e maus antecedentes. Mas quanto à reincidência, remédio outro não há senão buscar sua definição no artigo 63 do Código Penal. Ou seja, não se pode negar que as prisões decorrentes da aplicação dos artigos mencionados nada têm de cautelares. Isso porque os maus antecedentes ou a reincidência não servem como critério determinador da existência, ou não, da necessidade cautelar.

Seguindo ainda a idéia de Carrió, está-se a pretender a utilização de uma ferramenta visando fins diversos daqueles para os quais ela foi desenhada e para o que não é idônea.[46]

Reconhecido que os artigos em discussão não têm finalidade cautelar, e ambos geram prisão antes da sentença firme, de duas uma: ou se interpreta o princípio da presunção de inocência com uma mera regra de distribuição dos ônus e avaliação da prova (*in dubio pro reu*);[47] ou se admite que ele deve servir de norte para toda a interpretação e configuração do sistema processual e penal, sendo, destarte,

(46) O ensinamento de Carrió, por seu humor e capacidade de expressar a idéia debatida, vale ser transcrito: "Es bien conocida la distinción entre justificación y excusa; entre el acto de justificar un comportamiento y el acto de excusarlo. La confusión entre la función que uno y outro cumplen – por ejemplo, quere justificarse invocando algo que sólo da para una excusa – produce por lo común formas particulares de sinsentido. Recuerdo una vieja película francesa de la decada del 30 que había un extraordinario personaje que incurría reiteradamente en dicha confusión y el resultado tenía gran eficacia cómica. Este hombre era un noble venido a menos que robaba cosas en los comercios. Era, como se suele decir, un mechero. Cuando lo pescaban *in fraganti* y querían impedirle que siguiera alzándose con lo ajeno, el duque o conde en cuestión adoptaba un aire de duque o conde ofendido, y sacando un papel arrugado del bolsillo se lo refregava a su interlocutor por las narices, al tiempo que le decía: 'No me incomode, señor. Sepa Ud. que soy cleptómano declarado tal por la Faculdad de Medicina de París'.

Lo cómico de la situación deriva, claro está, de que nuestro personaje trata de justificarse usando una excusa. Como si en lugar de servir, en el mejor de los casos, para excusarlo, el certificado de cleptómano fuese algo así como un diploma o una patente que le da derecho a robar.

Otras veces esta forma de sinsentido, que se produce – como dije – cuando queremos trasponer ilegítimamente ciertos límites internos del lenguaje normativo, consiste en confundir exención y transgresón. Tal es patentemente el caso de la señora que, en algún cuento de Chamico, explica com satisfacción que su hijo se salvó del servicio militar por desertor. Una pirueta semejante, aunque no del todo igual, es la que, a sabiendas del efecto que produce, hace el prologuista de una dición de *The Anatomy of Melancholy*, de Burton, cuando recuerda el caso del párroco inglés entrado en años que "había conseguido aliviar el peso de sus deberes mediante la delegación y la negligencia" (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 238-239).

(47) Assim fez João Gualberto Garcez Ramos (cfr. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 126).

um dos fios condutores que permitem a harmonia da estrutura,[48] e nesse último caso aquelas disposições são inapelavelmente inconstitucionais.

A própria estrutura da frase permite antever a opção pela última proposição.

Em decorrência disso temos, igualmente, que aquelas modalidades de prisão jamais podem ser tidas como execução provisória da sentença. Como se executar a sentença se a presunção de inocência, até o trânsito em julgado, perdura? Inviável. Isso, no entanto, não quer significar que reste inviabilizada a concessão de direitos iguais aos dos sentenciados aos presos provisórios. Ao contrário, a idéia de progressão de regimes ao preso provisório é também decorrência da cautelaridade da medida. De fato, se a medida cautelar visa tutelar a pretensão satisfativa e essa, uma vez concretizada, implica na concessão de direitos (*v.g.* na progressão de regimes) também àqueles presos provisoriamente esses devem ser estendidos. Do contrário estaríamos tratando pior aqueles que se presumem inocentes em relação àqueles que foram reconhecidos como culpados.

Tem-se, assim, que a presunção de inocência, princípio basilar do sistema, veda toda espécie de tratamento sancionatório aplicado antes da sentença condenatória. Esse é o limite imposto pela Constituição. Daí somente as prisões cuja finalidade seja cautelar é que podem ser determinadas anteriormente ao reconhecimento da culpa.[49]

4. Conclusões

Da análise realizada extraem-se as seguintes conclusões:

i) Ordem pública e ordem econômica são expressões vazias de significado, não passíveis de conceituação. O certo, no entanto, é que as prisões preventivas decretadas com tais finalidades ou vêm animadas por escopo de ordem externa à lide posta em debate no processo ou envolvem incabível antecipação do

(48) Vale, uma vez mais, o ensinamento de Bandeira de Mello: "Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 583-584).

(49) Illuminati aponta que já em 1970 a Corte Constitucional Italiana reconheceu que a presunção de não culpabilidade é o parâmetro de legitimidade da custódia cautelar. Por outra dita, como nenhum tratamento sancionatório pode ser aplicado antes da sentença condenatória irrecorrível, somente a prisão que tenha a finalidade cautelar é admissível antes desse evento. (ILLUMINATI, Giulio. "Tutela della libertà personale ed esigenze processuali". *Constituzione, Diritto e Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 109-129 {113} – refere-se à sentença de 64 de 1970).

provimento de tutela direta do interesse da parte. Logo, não tratam de escopos cautelares.

ii) As prisões preventivas determinadas para garantir a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal visam preservar a eficiência do processo como meio de advento da tutela satisfativa e sua própria efetividade, tendo, pois, natureza cautelar.

iii) A prisão que seja decretada no momento da prolação de sentença condenatória ou na ocasião em que proferida decisão de pronúncia pode ou não ter finalidade e natureza cautelares. Mas o certo é que a determinação de prisão nesses momentos processuais não há de ser decorrência pura e simples da edição de tais atos decisórios, mas sim tutela prestada à efetividade do processo à vista de necessidade cautelar, para cuja determinação não basta, como critério, a simples presença de maus antecedentes ou reincidência, pois que essas circunstâncias não são isoladamente elementos hábeis a tanto.

iv) A presunção de inocência é princípio constitucional. Sendo princípio, deve determinar toda a produção legislativa e atuação do operador do sistema penal. Daí não é admissível, por se tratar de reducionismo incompatível com a idéia de princípio, ser ele tido como mera regra de distribuição dos ônus e da análise da prova.

v) Tendo a Constituição Federal declarado a presunção de inocência, não pode a legislação infraconstitucional estabelecer presunções de culpa. Em decorrência disso, não são legítimas em relação à Constituição as hipóteses de prisão obrigatória (quer sua decretação, quer sua manutenção) anteriores ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

vi) Para que haja prisão provisória que se harmonize com a primazia da Constituição é necessário revista-se ela de natureza cautelar. Esse é o limite determinado pelo princípio da inocência.

Bibliografia

AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and criminal procedure – First Principles*. New Haven and London: Yale University Press, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, Yale University Press, sd.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile – Parte Generale – Il concetto giuridico della prova*. Roma, Athenaeum, 1915.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial". *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 4, São Paulo, RT, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice.* Torino: Giappichelli, 1996.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal.* Madrid: Colex, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione.* 3. ed. Bari: Laterza, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

———. "Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência". *Fascículos de Ciências Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 1, vol. 5.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. "O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso – art. 594 do CPP – e sua alegada inconstitucionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 1993, n. 4.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. "Regras de inferência". Palestra transcrita no *Boletim Informativo do CEAF/Escola Superior do Ministério Público,* ano 4, n. 18, abr. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* 3. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione.* Milano: Giuffrè, 1997.

ILLUMINATI, Giulio. "Tutela della libertà personale ed esigenze processuali." *Constituzione, Diritto e Processo Penale.* Milano: Giuffrè, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. "A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível". *Direito processual penal. Estudos e pareceres.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela.* 4. edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. *Tutela cautelar e tutela antecipatória.* São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997. vol. IV.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. In: José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo, RT, 1999.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho Penal.* 2. ed. Bogotá: Temis, 1994.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes e PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RIBEIRO, Maurício da Rocha. "Da possibilidade do condenado por tráfico ilícito de entorpecentes apelar em liberdade". *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Fabris, 1993, vol. 6, n. 3.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal.* 3. ed. atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: RT, 1982.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANGUINÉ. Odone. "Devido processo legal e Constituição". *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1989, ano 2, vol.2, n. 9.

———. "Prisão provisória e princípios constitucionais". *Fascículos de Ciências Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 2, vol. 5.

SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

TONINI, Paolo. *La prova penale.* 2. ed.. Padova: Cedam, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 3.

TOVO, Paulo Cláudio e João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição.* Porto Alegre: Fabris, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. "'Presunção de inocência' e prisão provisória". *Fascículos de Ciências Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1992, n. 2, vol. 5.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale.* Torino, UTET, 1995.

VERGOTTINI, Giuseppe. Verbete: "Ordem Pública". In Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política.* Trad. Luiz Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Editora da UnB.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – Breve estudo crítico

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica – Evolução histórica – 3. Breve panorama internacional: 3.1 Alguns países que adotam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; 3.2 Alguns países que não adotam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas – 4. Argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas e as respostas justificantes – 5. A proposta de uma "terceira via" como solução – 6. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Pretende-se analisar a questão polêmica da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, constatando-se a atual conformação do tema na direito alienígena, em sua evolução histórica e ante as discussões doutrinárias acerca do assunto com os argumentos pró e contra.

Palavras-chave: Responsabilidade penal – Pessoas jurídicas – Evolução histórica – Direito comparado – Direito penal – Direito ambiental – Processo penal – Criminalidade moderna – Direito de intervenção.

"(...) é deste modo que o destino costuma comportar-se conosco, já está mesmo atrás de nós, já estendeu a mão para tocar-nos o ombro, e nós vamos a murmurar, Acabou-se, não há mais que ver, é tudo igual."
– José Saramago, *O Conto da Ilha Desconhecida.*

1. Introdução

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em nosso ordenamento, constitui-se em novidade e excepcionalidade prevista tão somente, até agora, pela Lei 9.605/98 (art. 3.º) nos casos de infrações penais ambientais.

Não é de admirar que sua introdução, ainda que tímida, ocasione uma certa polêmica, trazendo à baila toda uma tradição caracterizada por um Direito Penal estritamente pessoal.

Procurar-se-á neste breve estudo analisar as críticas existentes quanto à extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, constatando assim seus prós e

contras. Serão abordados inicialmente alguns dados históricos e da legislação internacional a respeito do assunto, partindo-se a seguir para um estudo dos argumentos dos defensores e dos antagonistas da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica – evolução histórica

Quanto à evolução histórica do tema o aspecto mais destacável é a existência de duas tendências para a responsabilização, predominando em épocas diversas. A responsabilização se alterna entre uma tendência coletiva e outra individual ou individualista.

A evolução histórica indica um caminho que parte de uma acentuada tendência coletiva para o individualismo, explicando assim a predominância atual de uma idéia de responsabilidade penal individual estrita.

Esta maior proximidade temporal com as idéias individualistas no campo penal leva a um hermetismo em relação à responsabilidade penal dos entes coletivos, emprestando-lhe, à primeira vista, uma característica de retrocesso ou de incompatibilidade teórica com o atual estágio de desenvolvimento da ciência penal.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira,[1] sobre o tema podem ser observadas duas fases, uma anterior e outra posterior ao século XVIII. "Da Idade Antiga à Idade Média predominavam as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias etc. Após a Revolução Francesa, com o advento do liberalismo, surgido com o pensamento iluminista, a nova ideologia veio a extinguir as sanções às corporações e todas as referências associadas às punições coletivas que pudessem pôr em risco as liberdades individuais."

Entretanto, a exclusão da responsabilidade coletiva não teria um significado de "progresso" histórico, conceito este, aliás, amplamente discutível. Seu sentido seria muito mais pragmático, revelando que os novos contextos sociais não apresentavam mais a necessidade de contenção de entes coletivos que poderiam ameaçar a soberania do Estado como na época absolutista.[2]

Essa noção de uma melhor adequabilidade da responsabilidade individual à sociedade conforme se passa a configurar a partir do século XVIII torna-se bastante nítida ao traçar-se uma comparação um pouco mais regressiva, chegando-se às concepções primitivas da pena. Além de um caráter nitidamente vingativo, a pena nos povos primitivos não visava a uma pessoa determinada, mas recaía invariavelmente sobre o grupo social ao qual pertencia o infrator. Isso se devia ao fato de que não havia uma concepção individualista do ser – humano. O indivíduo nas sociedades primitivas se diluía no grupo.[3] Desse modo a responsabilidade coletiva era o único caminho adequado naquele contexto, enquanto que na nova configuração social sua adoção apresenta-se supérflua e inade-

(1) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 23.

(2) Ibidem, p. 24.

(3) Oswaldo Henrique Duek MARQUES. *Fundamentos da pena*, p. 1-10.

quada em face ao enfraquecimento das coletividades e do correlato destaque ao individualismo.

A mudança de enfoque não se trata, portanto, de um progresso em sentido positivo, mas de uma adequação que pode alterar-se de acordo com as mudanças operadas na configuração social.

Assim sendo, em face da crescente importância e operatividade dos entes coletivos na sociedade atual, tem-se retomado a discussão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com a sua adoção em diversas legislações, especialmente nos campos econômico e ambiental.

3. Breve panorama internacional

A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica tem integrado as discussões internacionais, especialmente em se tratando de infrações que envolvem direitos difusos ou coletivos (criminalidade econômica, ambiental, do consumidor etc.). Esses temas realmente exigem um novo modelo de responsabilidade que supere a tradicional individual, pois se pretende trazer ao campo penal problemas até algum tempo pouco debatidos e que, agora, em face de uma nova realidade, tornam-se pautas indispensáveis. Acontece que as características intrínsecas desses novos problemas os tornam quase totalmente imunes ao modelo de responsabilidade individual tradicionalmente adotado no campo penal, impondo-se radical mudança se há alguma pretensão de uma atuação preventiva e repressiva algo eficaz.

Em diversos congressos internacionais a conclusão dos debates tem sido em sentido positivo no que tange à adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.[4]

Como reflexo desse contexto, verifica-se uma predominância legislativa no sentido do reconhecimento da responsabilidade criminal das pessoas morais. Isso poderá ser demonstrado, arrolando-se as situações legislativas de alguns países na atualidade, conforme se faz a seguir.

3.1 Alguns países que adotam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

a) Inglaterra

(4) Sérgio Salomão SHECAIRA. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 43-47. (*v.g.* Primeiro Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Bruxelas em 1926; Segundo Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Bucareste em 1929; VI Congresso Internacional de Direito Penal de Roma de 1953; VII Congresso de Atenas em 1957; Recomendações do Conselho da Europa de 1977, 1981 e 1982; XII Congresso Internacional de Hamburgo; Congresso sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário de Messina em 1979; VI Congresso da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente de Nova York em 1979; XV Congresso Internacional de Direito Penal do Rio de Janeiro em 1994).

Atualmente a Inglaterra admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, seja por infrações mais leves (*misdemeanours*), seja por infrações mais graves (*felonies*).[5]

b) Estados Unidos

Em regra há a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Porém, existem exceções de Estados, devido ao regime federativo, que não adotam esse sistema (*v. g.* Estado de Indiana).[6]

c) Holanda

Prevê a responsabilidade das pessoas morais por delitos econômicos desde 1950. Em 1976 foi ainda mais estendida a possibilidade de responsabilização penal por outros crimes em reforma do Código Penal.[7]

d) Dinamarca

O Código Penal não prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas leis extravagantes o fazem de maneira bastante ampla.[8]

Também em outros países escandinavos, como Noruega e Islândia a situação é semelhante.[9]

e) Finlândia

Depois de reformas da legislação penal, adaptando-se à nova realidade econômica do país que se alterou de características eminentemente agrícolas para a industrialização, já se prevê a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, especificamente para os crimes contra o meio ambiente.[10]

f) Portugal

Embora haja forte resistência doutrinária e o novo Código Penal não mencione a responsabilidade penal coletiva, há diplomas legais prevendo a atribuição de responsabilidade penas às empresas.[11]

g) França

A doutrina francesa mais recente já vinha se mostrando receptiva à responsabilidade penal das pessoas morais. Com a atual reforma do Código Penal (Parte

(5) Ibidem, p. 49.

(6) Ibidem, p. 49. O autor ainda faz menção a outros países de *common law*, como por exemplo, Canadá, Austrália e Escócia.

(7) Ibidem, p. 51.

(8) Ibidem, p. 52.

(9) João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR, "*Societas delinquere potest.* Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina". In: Luiz Flávio GOMES (Coord.), *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em direito penal*, p. 77.

(10) Ibidem, p. 78.

(11) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 53-56.

Geral) ela foi expressamente adotada, gerando inclusive conseqüências no plano procedimental, com a edição da chamada Lei de Adaptação, de 15.12.1992.[12]

h) Áustria

Prevê a responsabilidade penal das empresas em infrações econômicas, sendo destacável a Lei Federal de Cartéis, de 22.11.1972.[13]

i) Japão

O Japão, inicialmente influenciado pelo tradicionalismo do direito europeu, não reconheceu a responsabilidade das pessoas morais, apenas prevendo a responsabilização dos diretores, representantes e gerentes.

Somente a partir de 1932 foi introduzido um novo sistema, punindo-se criminalmente tanto as pessoas naturais como as próprias empresas (*Act Preventing Escape of Capital to Foreign Countries* ou *Ryobatsu – Kitei*).[14]

Verifica-se claramente neste caso a influência norte-americana nos hábitos japoneses.[15]

j) China

Também admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes econômicos, conforme regulamentações aprovadas em janeiro de 1988.[16]

k) América Latina

Na América Latina a responsabilidade penal das empresas é ainda incipiente no plano legislativo. Apenas a adotam a Venezuela,[17] o México, Cuba e agora o Brasil, no que se refere aos crimes ambientais por força da Lei 9.605/98.[18]

3.2 Alguns países que não adotam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

a) Alemanha

Na Alemanha as pessoas jurídicas não podem ser objeto de sanções penais. Suas eventuais infrações são punidas somente no campo administrativo, com destaque às multas.[19]

(12) Ibidem, p. 56-57.

(13) Ibidem, p. 57-58.

(14) João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 85.

(15) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica,* p. 58.

(16) Ibidem, p. 59.

(17) Guilherme José Purvin de FIGUEIREDO, Solange Teles da SILVA, "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de Direito Público na Lei 9.605/98", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 25/125.

(18) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 59-60.

(19) Ibidem, p. 61.

b) Suíça

Embora sejam previstas punições bastante gravosas às empresas, estas têm caráter puramente administrativo.[20]

c) Itália

Na Itália a responsabilidade penal das pessoas jurídicas encontra vedação expressa por norma constitucional (art. 27, I).[21]

O Projeto Preliminar de Reforma do Código Penal Italiano – Parte Geral, não adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica.[22]

d) Bélgica

Somente prevê a responsabilidade penal das pessoas físicas. A única relação das pessoas jurídicas com as sanções penais se refere à responsabilidade civil solidária para o pagamento de eventual pena de multa imposta a um seu diretor ou representante.[23]

e) Espanha

Também não admite a responsabilidade criminal das empresas, sendo este posicionamento bastante firmado, seja na doutrina, seja na jurisprudência. A legislação acompanha tal entendimento, restringindo a responsabilidade penal às pessoas naturais.[24]

f) Suécia

Não admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Porém, adota uma "responsabilidade quase penal" em virtude da qual é aplicada a pena pecuniária denominada *foretagsbot*. Há projeto de reforma do Código Penal, sugerindo uma chamada "pena de empresa", ou seja, uma multa específica para pessoas jurídicas especialmente voltada para os delitos econômicos.[25]

4. Argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas e as respostas justificantes

Tratando-se de tema eminentemente polêmico, são encontráveis argumentações doutrinárias a favor e contra a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A seguir passar-se-á a expor as principais linhas argumentativas em ambos sentidos.

(20) Ibidem, p. 62-63.

(21) Ibidem, p. 63-64.

(22) <http:www.giustizia.it/ministro/com-stampa/cs2000/cx150900a.htm>, acesso em 15.01.2001.

(23) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64.

(24) Ibidem, p. 64-65.

(25) João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 78.

a) Responsabilidade sem culpa

As pessoas jurídicas, por não possuírem inteligência e vontade, seriam incapazes de cometer crimes. Somente cometeriam crimes as pessoas físicas integrantes de seus quadros ou órgãos dirigentes.

Para Luiz Regis Prado, a quebra do axioma *societas delinquere non potest*, significa um exemplo claro de responsabilidade objetiva.[26]

Zaffaroni e Pierangeli vislumbram no tema enfocado uma infração ao Princípio do *nullum crimen sine conduta*. Afirmam textualmente que "em nossos dias, as penas impostas às coisas e aos animais têm um puro valor histórico, mas um dos caminhos pelos quais atualmente se nega ou pretende-se negar o princípio de que não há delito sem conduta é a pretensão de punir as pessoas jurídicas, particularmente as sociedades mercantis, sob o argumento político-criminal do auge da delinqüência econômica".[27]

Destacam que existem relevantes diferenças estruturais entre uma sociedade comercial e um homem e que "a conduta humana não tem seu equivalente no ato jurídico da pessoa jurídica". Além disso, as disposições do Código Penal diriam respeito somente a condutas humanas.[28]

A diferença mais relevante para estes autores seria a ausência de vontade na pessoa jurídica: "Não se pode falar de uma vontade em sentido psicológico no ato da pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico".[29]

De outra banda, já na Escola Positiva, sustentava Enrico Ferri ser um fato "que há pessoa jurídicas que ou se constituem ficticiamente ou no decurso da sua vida acabam por cometer crimes (bancarrota, fraude, apropriação indébita, falsificação, crimes políticos, difamação etc.) e que, em tais crimes, pode existir uma criminosa vontade coletiva e comum, além das intenções e ações particulares deste ou daquele sócio".[30]

É válido salientar que na continuidade Ferri acaba optando pela solução da responsabilidade administrativa para as empresas. Entretanto, tal decisão não se faz devido ao reconhecimento de uma impossibilidade teórica ou prática de responsabilidade criminal da pessoa jurídica,[31] mas sim devido a uma crença de que

(26) *Crimes contra o meio ambiente*, p. 20.

(27) Eugenio Raúl ZAFFARONI, José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, p. 409.

(28) Ibidem, p. 409.

(29) Ibidem, p. 410.

(30) *Princípios de direito criminal*, p. 209.

(31) O autor afirma essa possibilidade, dizendo que o único problema real seria a adequação das modalidades das penas aplicáveis: "Somente, ainda e sempre, o problema será de adaptação da sanção (legal e judiciária) à pessoa jurídica, que se tinha constituído propriamente para cometer crimes ou efetivamente os pratica – o mais das vezes de índole contravencional – crimes ou delitos que estão nas suas possibilidades. Portanto,

as empresas somente praticariam crimes de menor significância ou contravenções, bastando-lhes assim o tratamento administrativo.[32] Certamente, o próprio autor em nosso atual contexto social não seria adepto dessa mesma crença.

E já que tratamos do entendimento de um representante do positivismo jurídico sobre o tema, nunca é demais lembrar que a base da culpabilidade em que se assenta o direito penal não é isenta de críticas. O chamado "livre arbítrio" que justificaria a responsabilidade penal individual não é algo empiricamente constatável. Na verdade "o comportamento criminoso, enquanto violador de regras sociais de conduta, é uma ameaça para a convivência social e, por isso, deve enfrentar reações de defesa (através das penas). O mesmo pode ser feito com as pessoas jurídicas".[33]

Para além disso, segundo Shecaira, restaria prejudicada a "própria essência da reprovação" com efeitos em todos os campos, ao se vedar responsabilidade às empresas pela ausência de uma vontade. Ora, se não há vontade reprovável, como pretender qualquer espécie de punição, mesmo administrativa ou civil?[34]

A empresa seria capaz de uma vontade coletiva, nascida do conjunto das vontades individuais de cada um de seus componentes. Inclusive essa vontade coletiva pode diferir totalmente da vontade de um ou alguns de seus membros individualmente, demonstrando a real existência de tomadas de decisões coletivas independentes e até opostas às convicções individuais.[35]

Desse modo ficaria também afastada a afirmação de que no caso se estaria adotando uma responsabilidade penal objetiva. Segundo Rothemburg, "a censura da pessoa jurídica não se confunde com a reprovação individual essencial, assim como o patrimônio da pessoa jurídica e toda sua atividade estão de alguma forma ligados aos indivíduos que a integram".[36] Não se deve esperar da pessoa jurídica a consciência da ilicitude, mas se pode chegar "a um juízo de reprovação social e criminal".[37] Não há falar-se em responsabilidade objetiva, pois a prova do fato e da autoria, por si sós, não levam à apenação, havendo sempre a necessidade de perquirição de uma reprovabilidade da conduta, da vontade coletiva dirigida a um fim anti-social.[38]

João Marcello de Araújo Júnior traz à baila o conceito de "política de empresa" para concluir que as pessoas jurídicas "têm capacidade de vontade e de ação". Apresenta ainda o posicionamento da doutrina francesa, assim exposto:

não se mandará para a cadeia uma 'sociedade comercial' sujeito ativo de crime; mas poder-se-á atingi-la com a pena pecuniária, a suspensão, a dissolução". Ibidem, p. 369.

(32) Ibidem, p. 209.

(33) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 94.

(34) Ibidem, p. 94.

(35) Ibidem, p. 95-96.

(36) Walter Claudius ROTHEMBURG, apud Vladimir Passos de FREITAS; Gilberto Passos de FREITAS, *Crimes contra a natureza*, p. 64.

(37) Eládio LECEY, op. cit., p. 64.

(38) Ibidem, p. 64.

"A pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade; ela postula mesmo a vontade, porquanto nasce e vive do encontro de vontades individuais dos seus membros. A vontade coletiva que a anima não é um mito, caracteriza-se em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembléia geral dos seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto quanto a vontade individual."[39]

Havendo esse reconhecimento da capacidade de ação e vontade, conseqüentemente emerge uma capacidade de culpa. Esta capacidade de culpa tem sido fundamentada na "teoria do risco da empresa", também chamada na Comunidade Européia de "responsabilidade própria da empresa".[40] Basicamente reconhece-se que a vantagem econômica auferida pela atividade industrial ou comercial agrega-se a uma responsabilidade ética perante a sociedade. "Trata-se de uma responsabilidade originária da empresa, de fundamento social, pois a empresa, do ponto de vista ético ou moral, possui uma responsabilidade por atuar dentro da sociedade da qual extrai o seu ganho e a sua existência."[41]

Esse "risco da empresa" pode ser perfeitamente adequado à "Teoria da Imputação Objetiva", sob o aspecto do chamado "risco permitido". A adequação social da atividade empresarial ou comercial pode também ser posta em cheque pelo Direito Penal sempre que extrapole os limites do "risco permitido" interessante à coexistência social.[42]

Naquilo que respeita à regulamentação legal pátria, verifica-se que a pessoa jurídica somente será responsabilizada "nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".[43] Assim, exige-se uma manifestação de vontade própria das pessoas morais, a qual pode ensejar um juízo de reprovabilidade que supera a mera ligação causal entre fato e autoria, de modo a afastar qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva.

Finalmente, com referência à possibilidade de consideração no campo filosófico da existência de uma vontade das pessoas morais, pode-se lembrar do embasamento teórico daqueles defensores do chamado "Estado Mínimo". Assevera-se que com a formação de uma associação ou Estado, passa-se a uma série de conseqüências não desejadas diretamente por seus componentes, mas derivadas de uma vida própria dessas associações que fogem ao controle das vontades dos indivíduos que as compõem. A alusão a uma vontade específica das pessoas morais apartada dos indivíduos é bastante nítida, chegando-se a afirmar até mesmo uma certa relação injusta de opressão do ente coletivo.[44]

(39) Ibidem, p. 91.
(40) Ibidem, p. 91-92.
(41) Ibidem, p. 92.
(42) Günter JAKOBS, *A imputação objetiva no direito penal*, p. 24-25.
(43) Art. 3.º da Lei 9.605/98.
(44) Robert NOZICK, *Anarquia, Estado e utopia*, passim.

Parece que também Einstein já constatou essa força volitiva dos entes coletivos, sobrepujando muitas vezes as convicções individuais, ao afirmar que "os progressos técnicos fornecem os meios de aniquilar a vida humana e tudo o que foi duramente criado pelo homem (...). Não é pavoroso ser constrangido pela comunidade a realizar atos que cada um, diante de sua consciência, considera criminosos?"[45]

A atuação dos entes coletivos surge não como mera ficção, mas nos dias atuais especialmente, como uma avassaladora realidade, principalmente nos campos da atividade econômica e das questões ambientais.

b) Princípio da personalidade das penas

O Princípio da Personalidade das Penas é abrigado pelo Direito Penal Democrático. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLV, assim dispõe:

"Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido."

Argumenta-se que a eventual condenação de uma pessoa jurídica poderia atingir inocentes, tais como sócios minoritários que não atuaram na tomada de decisão ou foram vencidos por maioria, empregados ou outras pessoas físicas atingidas direta ou indiretamente com a apenação da empresa.[46]

Certamente, esse atingimento de terceiros é inevitável na responsabilização penal das pessoas jurídicas. Entretanto, conforme adverte Shecaira,[47] do mesmo modo é inerente a qualquer espécie de pena, ainda que aplicada com base na responsabilidade individual. Uma pena privativa de liberdade aplicada a um pai de família atinge também sua esposa e prole, seja material, seja moralmente. O mesmo pode -se dizer de outras modalidades de penas aplicáveis às pessoas naturais (multas, interdições de direitos etc.); sempre haverão atingidos inocentes de uma forma ou de outra.

O motorista profissional que tem sua Carteira de Habilitação cassada pode perder o emprego e prejudicar a subsistência de sua família, bem como frustrar os planos comerciais de seu empregador que contava com a sua mão de obra. A pena de multa pode atingir o patrimônio comum de um casal, sendo que apenas um deles foi o responsabilizado pela atividade criminosa.[48]

Aliás, esse prejuízo a terceiros é tão inseparável de qualquer punição que o mesmo problema persistiria se a responsabilidade das pessoas jurídicas se mantivesse somente nas esferas civil e administrativa.

(45) Albert EINSTEIN, apud Irineu MONTEIRO, *Einstein – Reflexões filosóficas*, p. 100.

(46) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 88.

(47) Ibidem, p. 89.

(48) Ibidem, p. 89-90.

Nas palavras de Shecaira:

"Ora, os principais opositores da responsabilidade penal coletiva afirmam que esta deve ter natureza civil ou administrativa. Esses mesmos autores também afirmam que as penas às empresas ferem o Princípio da Personalidade. No entanto, dependendo da multa civil ou administrativa, no plano puramente do valor pecuniário, ela atingiria os sócios minoritários ou mesmo aqueles que não participaram da decisão, tanto quanto a pena resultante de processo criminal aplicada à empresa. Assim, em suposta defesa de sócios inocentes – ao proporem respostas não penais – esses autores ignoram que, da mesma forma, atingir-se-á o patrimônio daquele que não contribuiu para a tomada da decisão ilícita."[49]

Na verdade esse tipo de efeito reflexo das sanções é irremediável. O que contraria o Princípio da Personalidade das Penas, gerando inconstitucionalidade (art. 5.°, XLV, CF) é uma imputação penal direta a terceiros por fato de outrem e não os reflexos inerentes às sanções em geral, que constituem um mal necessário ou inevitável.

c) Inaplicabilidade das penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas

Tendo em vista que a partir do século XVIII a pena de prisão tem se constituído na principal medida institucional aplicada em face das condutas criminosas, tem-se defendido a tese de que o Direito Penal não seria adequado às pessoas jurídicas, considerando a impossibilidade de encarceramento destas.

Resulta bastante claro que esse tipo de argumentação somente pode ser concebido como um flagrante equívoco ou um deliberado sofisma no sentido mais negativo da expressão.

As penas privativas de liberdade não são as únicas existentes no âmbito penal e, principalmente, em face do atual estágio das políticas criminais e da criminologia, não são as medidas mais desejáveis. A pena de prisão surge no cenário atual como medida extrema de *ultima ratio* a ser utilizada somente naqueles casos em que não restem alternativas menos gravosas para a solução dos problemas.

Essa tem sido a orientação em nossa legislação mais recente, sendo exemplos claros a Lei 9.099/95 com seus modelo consensual de solução de conflitos e, mais recentemente, a Lei 9.714/98, com a ampliação das modalidades e aplicações das penas alternativas ou substitutivas. Vislumbra-se uma preponderância para a aplicação das penas pecuniárias e restritivas de direitos, em detrimento das tão decantadas penas privativas de liberdade, agora reservadas apenas aos casos de maior gravidade ou reprovabilidade.

Cezar Roberto Bittencourt é incisivo nesse tema:[50]

"Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos

(49) Ibidem, p. 90.

(50) *Novas penas alternativas – Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*, p. 3.

dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado.[51] Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena privativa de liberdade."

A pena de prisão não é a primeira e muito menos a única alternativa punitiva mesmo para as pessoas físicas. Quanto às pessoas morais existem sanções penais adequadas que podem perfeitamente ser utilizadas. Aliás, este é o caminho trilhado pela Lei 9605/98 ao estabelecer em seus arts. 21 a 24 as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, indo desde a sanção pecuniária (multa); às restritivas de direito (suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e proibição de contratar ou obter subsídios, subvenções ou doações do Poder Público); a prestação de serviços à comunidade (custeio de programas e projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas); até a liquidação forçada e perdimento do patrimônio em prol do Fundo Penitenciário Nacional, nos termos do art. 24 da Lei Ambiental Brasileira.

Põe em relevo Shecaira que inclusive "no plano do direito econômico ou mesmo do direito ecológico, onde normalmente vem se implementando a responsabilidade coletiva, a pena privativa de liberdade é, na maioria das vezes, desnecessária e até descabida. O tipo particular de agente que comete crimes econômicos, que a criminologia moderna, a partir de Sutherland, batizou de 'crimes do colarinho branco', não precisa de qualquer 'ressocialização', por se tratar de pessoa altamente socializada, integrada ao corpo social e de boas qualificações profissionais".[52]

d) Impossibilidade de arrependimento, intimidação e reeducação das pessoas jurídicas

Outro óbice que se coloca à responsabilidade penal das pessoas jurídicas é a sua incapacidade de arrependimento ou emenda no sentido moral. Essa capacidade de reeducação seria um atributo exclusivo das pessoas físicas, do ser humano, jamais podendo ser transplantada às pessoas jurídicas.

Entretanto, tal argumentação soa um tanto quanto conflitante com a moderna concepção das finalidades da pena. A emenda do criminoso e sua reinserção social através da reprimenda têm sido cada vez mais afastadas como objetivos, porque pela própria natureza da sanção tais desideratos tornar-se-iam impossíveis. As

(51) Ver ainda sobre o tema: Idem, *Falência da pena de prisão*, passim.

(52) Sérgio Salomão SHECAIRA. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 91.

convivências carcerária e livre são conceitos antinômicos. "Ajustar alguém a controles institucionais fornece mínima segurança de que tal ajustamento permanecerá existindo depois que os controles forem removidos",[53] mesmo porque o mundo da prisão é completamente diverso e até em certos pontos antagônico, daquele existente extra-muros. A ressocialização pela segregação comparar-se-ia à situação de "se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas".[54]

Portanto, a reeducação pela pena vai sendo cada vez mais reconhecida como impraticável, não por simples questões de falta de investimentos ou interesse político, mas realmente por uma gritante incompatibilidade entre meios e fins.

Não só a reeducação como também a intimidação pela pena vem sendo combatida. A capacidade de uma previsão legal de pena intimidar o criminoso é altamente questionada, pois o ato criminoso não deriva de um cálculo matemático prévio do delinqüente entre custos e benefícios ocasionados por sua conduta. Alerta Ferri que a psicologia criminal "ensina positivamente que o delinqüente ou é arrastado por ímpeto passional e então não pensa nem na pena, nem nas outras conseqüências do seu ato – ou delibera a 'sangue frio' – e então o pensamento também das conseqüências penais se mostrará à sua mente (...) – mas ele esperará ficar impune, ou porque não se descubra o crime ou porque ele não seja descoberto como seu autor, ou ainda, se descoberto, por algum subterfúgio de não 'imputabilidade', e , na pior das hipóteses, por qualquer anistia ou perdão".[55]

Para Francisco de Assis Toledo a intimidação da sanção penal somente existe quando o Estado – Polícia se faz presente ostensivamente, em ação preventiva direta, tornando imediata a possível reação contra um ato criminoso. Este seria o grau máximo possível de intimidação do Sistema Penal, sendo quase desprezível uma eventual dissuasão mediata. Vale transcrever seu texto:

"É possível que a grande maioria dos criminosos potenciais não deixe de levar a cabo os seus intentos ilícitos ou de dar vazão a seus impulsos, diante da simples previsão legal da pena. Não menos provável, porém, é que bom número deles deixe de concretizar o projeto criminoso, ou se iniba, diante de um guarda ou do policiamento ostensivo em local próximo daquele em que seria cometido o crime, o que, segundo assinalamos, não deixa de ser conseqüência da previsão legal da pena."[56]

Este tipo de intimidação, não pela simples previsão legal de pena, mas pela possibilidade e capacidade de fiscalização e repressão das condutas anti-sociais, é prático tanto em relação às pessoas físicas quanto em relação às pessoas jurídicas.

Assim sendo, sob essa ótica, a responsabilidade penal das pessoas morais seria um instrumento de maior capacitação ao Estado para coibir ou intimidar condutas indesejáveis porventura praticadas por empresas.

(53) Augusto THOMPSON. *A questão penitenciária*, p. 12.

(54) Ibidem, p. 12-13.

(55) Enrico FERRI. *Princípios de direito criminal*, p. 156-157.

(56) *Princípios básicos de direito penal*, p. 4.

Ainda sobre o tema da prevenção geral, afirma o mesmo autor:

"É, com efeito, uma autorização para agir, passada em favor dos órgãos estatais; é, em suma, ameaça bem real que se exterioriza e se prolonga, no meio social e comunitário, pela presença física e atuante dos vários organismos empenhados na *persecutio criminis*."[57]

Portanto, a questão de prevenção geral ou especial eficaz das normas penais em si apresenta-se praticamente superada. A real intimidação possível se dá conforme a capacidade fiscalizadora do Estado, e a ressocialização revela-se incompatível com o modelo punitivo.

Em voga está atualmente a chamada "Teoria da Prevenção Geral Positiva", a qual pretende "reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais".[58]

A missão da pena seria reforçar a vigência da norma e demonstrar a inaceitabilidade da conduta praticada contra as suas diretrizes. Desse modo, mesmo quando a norma é infringida ocorre, na verdade, um reforço de sua validade.

Isso demonstra que mesmo para as pessoas físicas a intimidação e a reeducação pela pena são afastadas pelas mais modernas orientações teóricas do Direito Penal.

Especificamente sobre o tema assim manifesta-se Sérgio Salomão Shecaira:

"Já se verificou que um dos principais objetivos atribuídos modernamente à pena é exatamente o de reprovar a conduta em conflito, a fim de validar o conceito de bem jurídico para a maioria do grupo social. Disso decorre que a imposição de pena deve ter como objetivo precípuo sua relevância pública e não objetivos morais. Dessa forma, pensar em impor objetivos morais a uma empresa, mais do que um contra-senso, é tentar reavivar algo que mesmo relativamente às pessoas físicas já não deve ser aplicado."[59]

Enfim, a crítica à responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo argumento da impossibilidade de intimidação ou reeducação não deve prosperar, pois nesse caso, as mesmas objeções podem ser feitas à responsabilidade penal das pessoas naturais.

e) A responsabilidade penal da pessoa jurídica como geradora de impunidade de autores (pessoas físicas) de crimes

Ao tratar do tema da criminalidade organizada e da lavagem de dinheiro, Raúl Cervini tece duras críticas à instituição da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.[60]

(57) Ibidem, p. 5.

(58) Oswaldo Henrique Duek MARQUES. *Fundamentos da pena*, p. 188.

(59) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 92.

(60) Raúl CERVINI. Criminalidad Organizada y Lavado de Dinero. In: José Enrique PIERANGELI (Coord.), *Directo criminal*, p. 80-81.

Segundo o autor, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica não passaria de uma solução simbólica para trazer uma aparência de punição, levando calma a certos setores. Na realidade, ela somente seria uma inútil afronta ao princípio da responsabilidade pessoal em um retrocesso dogmático,[61] gerando na verdade a impunidade das pessoas físicas controladoras da atividade da empresa.

Vaticina que, seja por razões burocráticas ou por meras dificuldades probatórias, o Sistema Penal iria satisfazer-se com a penalização formal da pessoa jurídica, deixando a descoberto a responsabilidade das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos.

Entende que até mesmo a mídia iria induzir a opinião pública a satisfazer seus desejos de justiça com a simples punição aos entes coletivos, tendendo a relegar ao esquecimento os reais responsáveis pelas ações criminosas (pessoas naturais).

Dessa maneira o Direito Penal daria prova cabal de sua inoperância e ineficácia, pois que se mostraria claramente incapaz de chegar à identificação completa do fato, de seu autor e das motivações deste.

Para Cervini, portanto, a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica pode levar precisamente à exclusiva e anti-natural penalização da cobertura formal de atuação de uma pessoa física.

Haveria uma tendência à limitação da repressão penal nas pessoas jurídicas, seja por dificuldades probatórias (*v.g.*, às vezes é difícil individualizar as condutas de cada autor para responsabilizá-los, o que seria facilitado na pessoa jurídica por uma viável descrição genérica); seja pela criação de mais uma válvula para a corrupção, ensejando um mecanismo protetor de criminosos (pessoas físicas), com a vantagem da apresentação de uma punição em satisfação à sociedade.

Em muitos casos poderia acontecer que a mera fachada de negócios escusos fosse penalizada enquanto ente coletivo, ao passo que os indivíduos responsáveis realmente pelas condutas criminosas estariam livres para prosseguirem em suas sendas e até constituírem novas coberturas para suas atividades ilegais.

Apresenta ângulo totalmente oposto na análise dessa questão, Sérgio Salomão Shecaira.[62] Para ele o funcionário que pratica ilícitos no exercício de suas funções numa empresa, age, no mínimo, com o consentimento tácito dos outros sócios ou a mando de dirigentes. Portanto, atua no interesse exclusivo da empresa, não obtendo vantagens diretas. Somente aufere vantagens indiretas como, por exemplo, uma promoção.

Responsabilizar um preposto ou representante seria amplamente ineficaz porque eventual pena privativa de liberdade a ele aplicada não teria força de dissuasão em relação à empresa. Possível pena pecuniária também não teria eficácia fosse

(61) Ver também nesse sentido: José Carlos de Oliveira ROBALDO. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história". In: Luiz Flávio GOMES (Coord.), *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, p. 95-103.

(62) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 92-93.

ela elevada ou não. Acaso fosse aplicada uma pena de multa elevada, esbarraria freqüentemente na insolvência do preposto, deixando o patrimônio da pessoa jurídica, verdadeira garantia de boa execução da pena, totalmente incólume. Se, por outra hipótese, fosse aplicada uma multa adequada ao alcance financeiro do preposto, certamente seria bastante baixa, tendo por referência o poderio da pessoa jurídica que facilmente teria a capacidade de quitá-la, oferecendo segurança aos seus representantes para que atuem despreocupados com eventuais sanções pecuniárias.

É interessante a assertiva seguinte de Shecaira:

"Por outro lado, quando um crime é cometido de forma a beneficiar uma empresa, é normal que a própria empresa decida pagar o montante da pena pecuniária sofrida pelo seu representante, arcar com as despesas do advogado, compensar a eventual pena privativa de liberdade ou a perda da condição de réu primário com vantagens pecuniárias. Como prêmio poderá o agente pessoal ter uma promoção, férias suplementares, um 14.° salário ou qualquer outra vantagem análoga. Disso deriva que nem o representante da pessoa coletiva, nem esta mesma vêm a sentir os efeitos da pena que se venha a aplicar ao primeiro."[63]

Simplificando, equivale a concluir que a pessoa jurídica deixada de fora do campo penal, teria condições de sobra para fazer com que o crime literalmente "valesse a pena" para ela e para as pessoas físicas envolvidas.

O ponto de vista de Shecaira antagoniza francamente com aquele defendido por Cervini. Para este as pessoas físicas agiriam usando como cobertura para sua impunidade as pessoas morais. Para aquele aconteceria justamente o contrário: as pessoas jurídicas aufeririam vantagens, colocando as pessoas físicas na linha de frente para serem penalmente responsabilizadas acaso descobertas suas atividades ilícitas. Com a punição das pessoas físicas as empresas não sofreriam praticamente nenhuma lesão, podendo, por seu turno, propiciar condições atrativas à assunção do risco pelas pessoas naturais (funcionários, prepostos, sócios etc.). Isto parece crescer em verdade com a atual situação de desemprego e alta competitividade no mercado de trabalho.

Segundo Shecaira, a conclusão conseqüente é que "a prevenção geral é maior quando a empresa é punida, em face da divulgação que a notícia do crime pode ter na própria mídia; a prevenção especial (no que concerne ao autor individual) é praticamente inexistente, posto que o agente não só não sofre a reprovação, que é ínsita à pena, mas ainda é recompensado pelas vantagens que obtém. Já a empresa, com penas efetivas contra ela, pode deixar de obter o lucro que visava com o cometimento do crime e ainda sofrer algum prejuízo".[64]

No plano da legislação onde se prevê no Brasil a responsabilização penal da pessoa jurídica, não há margem para a preocupação de que venham a ficar impunes pessoas físicas envolvidas.

(63) Ibidem, p. 93.

(64) Ibidem, p. 93.

O art. 3.°, par. ún., da Lei 9.605/98, prevê que "a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato". E o art. 4.° do mesmo diploma ainda permite a "desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Como se vê, na estrutura legal brasileira, eventual desprezo das persecuções de responsabilidades de pessoas físicas somente poderá acontecer *contra legem*, sendo, assim, absolutamente inadmissível no plano teórico. Se nesse plano se pretende apresentar tal argumento para elidir a responsabilidade penal das empresas enquanto opção viável e necessária, clara se apresenta a inviabilidade dessa linha de raciocínio.

Se no plano prático pretende-se demonstrar o despreparo ou falta de estrutura dos órgãos persecutórios para lidarem eficazmente com problemas relativos a uma criminalidade mais refinada e de maior porte (macrocriminalidade em geral), o problema não é tanto de opção legislativa ou teórica, mas sim de reconhecimento da premente necessidade de especialização e fornecimento de meios materiais e pessoais para que se tenham órgãos repressores de alta qualidade (Polícia Judiciária, Ministério Público, Justiça etc.), capazes de dar vazão às novas exigências inafastáveis para o combate a uma criminalidade moderna e poderosa.

Aliás, nesse plano prático e material verifica-se uma absoluta falta de vontade política e investimentos a prejudicar não só a capacitação dos órgãos repressores no combate a uma criminalidade mais sofisticada, mas até mesmo à criminalidade das pessoas físicas. No campo ambiental, por exemplo, nossos Institutos de Criminalística, até hoje não tem conseguido dar cumprimento ao disposto no art. 19 da Lei 9.605/98 quanto à constatação do montante dos prejuízos causados pelo dano ambiental por falta de peritos especializados. Também outros exames mais sofisticados e importantes para elucidação de infrações penais comuns, muitas vezes não são disponíveis nos Institutos de Criminalística e nos IML, revelando uma vergonhosa falta de investimentos nessa área tão importante. Será que essa inércia estatal, causadora do sucateamento técnico e falta de pessoal, justificaria a extinção do Direito Penal?

Em resumo, não se pode confundir dificuldades materiais e de pessoal para implementação de novos institutos com a validade teórica desses mesmos institutos, bem como com a sua conveniência. As falhas estruturais do Sistema Penal requerem investimentos para seu saneamento e não a paralisação desse sistema perante problemas atuais exigentes de respostas.

f) A questão da constitucionalidade

Outro ponto controverso diz respeito à previsão constitucional da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes econômicos e ambientais, por força dos arts. 173, § 5.°, e 225, § 3.°, CF.

Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, chamando a atenção para o caráter subsidiário do Direito Penal, considera inadmissível o reconhecimento da responsabili-

dade das pessoas jurídicas no campo penal, o que violaria avanços históricos respeitantes aos Direitos e Garantias.[65]

Entende o autor que a Constituição Federal, em seu art. 225, § 3.°, não albergou a possibilidade de responsabilização criminal das empresas. Nesse sentido assim se manifesta:

"Eu entendo que não é esta a melhor interpretação. O legislador fala, em primeiro lugar, 'as condutas e atividades'; quisesse ele afirmar que a pessoa jurídica pode cometer crimes, diria: 'os crimes', mas fala em 'condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores'. A infração tem caráter penal, tem caráter civil, tem caráter administrativo. O menor por exemplo não comete crime, ele comete uma infração. (...). A mim parece que a melhor interpretação é a seguinte: toda pessoa física e toda pessoa jurídica que cometer atos lesivos ao meio ambiente estará sujeita a sanções penais e sanções administrativas. Só que, as sanções penais e administrativas compatíveis com a natureza de cada uma delas.

É claro que a pessoa física receberá sanções penais, eventualmente também as sanções administrativas, e a pessoa jurídica, ao contrário, apenas as sanções de caráter administrativo."[66]

Cezar Roberto Bittencourt considera obscura a previsão do art. 225, § 3.°, da CF, razão pela qual alguns juristas teriam se equivocado ao alegar a existência de autorização constitucional para a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Para ele "a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual".[67]

Traz à colação ainda o art. 173, § 5.°, CF, argumentando que ao falar-se em responsabilidade dos dirigentes e da pessoa jurídica, sujeitando-os "às punições compatíveis com a sua natureza", estar-se-ia claramente reafirmando o postulado que limita a responsabilidade penal às pessoas físicas.

Chega assim, a duas conclusões:

"1.ª) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica;

2.ª) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza."[68]

Em flanco oposto apresenta-se o constitucionalista José Afonso da Silva, defendendo a previsão constitucional de responsabilizações penais e administrativas das pessoas jurídicas para os atos lesivos ao meio ambiente. Quanto ao disposto no

(65) "Direito penal e meio ambiente", *Revista do Advogado* 37/20.

(66) Ibidem, p. 21.

(67) "Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal", *Boletim IBCCrim* 65/7.

(68) Ibidem, p. 7.

art. 173, § 5.°, CF, entende que "prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independente da responsabilidade de seus dirigentes, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, *que tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente*" (grifo nosso).[69]

Desse modo, ao contrário de inviabilizar a responsabilidade penas das pessoas jurídicas no campo ambiental, o art. 173, § 5.°, CF, entraria em harmonia com o art. 225, § 3.°, CF, reforçando a conclusão quanto à responsabilidade das pessoas morais no âmbito penal.

A questão de atribuição de sanções "compatíveis com a sua natureza" não infirma a possibilidade de responsabilidade penal. Apenas demonstra a coerência do legislador em evitar incompatibilidades como por exemplo a atribuição de penas privativas de liberdade a uma empresa. Entretanto, outras sanções penais, tais como as previstas nos arts. 21 a 24 da Lei 9.605/98, podem perfeitamente ser adequadas às pessoas jurídicas.

Na verdade, a Constituição Federal brasileira abre caminho para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos arts. 225, § 3.°, e 173, § 5.°, não havendo disposição expressa em seu texto vedando essa responsabilidade, como por exemplo ocorre com a Carta Magna italiana (art. 27, I).[70]

Este é o entendimento de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas ao comentarem a previsão da Lei 9.605/98:

"Se a própria Constituição admite expressamente a sanção penal à pessoa jurídica, é inviável interpretar a lei como inconstitucional, porque ofenderia outra norma que não é específica sobre o assunto. Tal tipo de interpretação, em verdade, significaria estar o judiciário a rebelar-se contra o que o Legislativo deliberou, cumprindo a Constituição Federal."[71]

Os autores concluem que "a verdade é que a Carta Magna foi clara e, ao usar a preposição 'e' entre as palavras penais e administrativas, desejou penalizar as pessoas jurídicas das duas formas cumulativamente".[72]

Não há como afastar a conclusão de que a regra no nosso ordenamento é a da responsabilidade subjetiva. Não obstante, existem exceções à regra que podem ser estabelecidas, ocorrendo exatamente isso com os arts. 173, § 5.°, e 225, § 3.°, CF, quanto às lesões ao meio ambiente e aos crimes contra o sistema financeiro nacional.[73]

Tratando do tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no âmbito dos crimes ambientais, também são pela admissão expressa dessa possibilidade

(69) *Curso de direito constitucional positivo*, p. 821.

(70) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64.

(71) *Crimes contra a natureza*, p. 63.

(72) Ibidem, p. 63.

(73) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 126 e 149.

nos dispositivos constitucionais sob comento, Luís Paulo Sirvinskas,[74] Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva.[75]

Também assim se posiciona João Marcello de Araújo Júnior, ressaltando a oportunidade da opção legislativa pátria, em consonância com a moderna dogmática e o atual estágio das investigações criminológicas e de política criminal numa perspectiva mundial.[76]

Finalmente, considerando ainda a questão atinente à constitucionalidade das normas que estabelecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro, resta analisar as penalidades de liquidação forçada e perda do patrimônio, instituídas no art. 24 da Lei 9.605/98.

Shecaira considera essa espécie de reprimenda "inadequada para a repressão de qualquer tipo de criminalidade", apontando, outrossim, para a polêmica sobre sua constitucionalidade, que poderia ser questionada "em raciocínio analógico", tendo em vista o disposto no art. 5.º, XLVII, *a* e *b*, da CF.[77]

Para o autor, a liquidação forçada e a perda do patrimônio da pessoa jurídica poderiam ser comparadas analogamente a uma pena de morte ou ao menos de caráter perpétuo, gerando assim o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Parece-nos, porém, que existe uma diferença determinante entre a pena de morte ou de caráter perpétuo aplicadas a uma pessoa física e aquelas penas reservadas às pessoas jurídicas. As penas sobreditas aplicadas às pessoas físicas, dirigem-se diretamente a elas, destruindo-as ou neutralizando-as definitivamente. O art. 24 da Lei 9.605/98 parece muito mais voltado à repressão da "atividade" ou das "finalidades" da pessoa jurídica, do que a ela mesma. Isso porque o que determina a admissibilidade de uma associação sob o prisma constitucional, não é outra coisa senão os seus fins lícitos.

Uma pessoa física, boa ou má, criminosa ou honesta, moral ou imoral, tem o direito a existir e à sua personalidade. Já a pessoa jurídica somente pose constituir-se para os fins admitidos legalmente, preponderando então para sua aceitação, não o seu direito intrínseco de existência, mas sim a sua finalidade lícita. Assim dispõe o art. 5.º, XVII, da CF.[78]

Por força do art. 5.º, XIX, CF, as associações poderão ser dissolvidas por decisão judicial transitada em julgado.[79] Essa dissolução será possível sempre que

(74) *Tutela penal do meio ambiente*, p. 21-22.

(75) "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9605/98", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 25/126.

(76) Ibidem, p. 87.

(77) Sérgio Salomão SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 112.

(78) Eis o texto: "É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

(79) Eis o texto: "As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado".

a associação incidir numa das restrições constitucionalmente previstas para a liberdade de associar-se: fins ilícitos e caráter paramilar.[80]

Ora, se a pessoa jurídica consiste em uma espécie de associação no sentido de "coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante" (com ou sem intuito de lucro),[81] conseqüentemente poderá ser liquidada por força de normas constitucionais expressas (art. 5.º, XVII e XIX, CF), sem colidir com a vedação das penas de morte ou de caráter perpétuo, que só dizem respeito às pessoas físicas. O "raciocínio analógico", no caso presente, não teria cabimento porque não há lacuna legal a ser preenchida, havendo normas específicas aplicáveis às pessoas jurídicas no próprio texto constitucional.

Além disso, o art. 24 da Lei 9.605/98 somente prevê a liquidação e perda do patrimônio das pessoas jurídicas constituídas ou utilizadas, "preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar" a prática de crimes ambientais. Essas penas somente poderão decorrer de sentença transitada em julgado do juízo criminal, tendo em vista as garantias previstas no art. 5.º, XIX, LIII, LIV, LV e LVII, CF.

g) O problema do vácuo legal no âmbito processual penal

Certamente uma crítica procedente quanto à instituição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil pela Lei 9.605/98, é a falta da criação de normas processuais específicas para o trato dos casos envolvendo as entidades coletivas. A falta de uma regulamentação processual especial com observância das peculiaridades inerentes às pessoas jurídicas, poderá ensejar não só a perplexidade dos operadores do direito, como também e principalmente, a estagnação do Direito Substantivo pela ausência de normas que lhe emprestem aplicabilidade prática. Afinal, o Direito Penal somente pode ser aplicado por meio das normas processuais que, em consonância com a Constituição Federal, representam o devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF).

Na França "a adoção da responsabilidade das pessoas morais não provocou modificações, apenas, no Direito Penal material, pois foram necessárias reformas, também, no âmbito processual, como se vê da chamada Lei de Adaptação de 15.12.1992, Lei 92-1336/92".[82]

Luiz Regis Prado destaca o cuidado do legislador francês em "adaptar-se de modo expresso essa espécie de responsabilidade ao âmbito do sistema tradicional". A chamada "Lei de Adaptação" alterou vários textos legais para harmonizá-los com o novo Código Penal, trazendo em seu bojo novas disposições especiais de processo penal. Menciona ainda, naquele país, o Decreto 93-726/1993, com regras referentes à execução penal das reprimendas aplicáveis aos entes coletivos.[83]

(80) José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 271.

(81) Pontes de Miranda, op. cit., p. 269.

(82) João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 82.

(83) *Crimes contra o ambiente*, p. 21.

Em relação ao Brasil, esclarece o autor citado que aconteceu "exatamente o oposto", ou seja, "o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que 'enunciar' a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, 'institui-la' completamente". Para ele essa responsabilidade não seria "passível de aplicação concreta e imediata, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato". Não seria possível quebrar o tradicional sistema de responsabilidade subjetiva sem "elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias".[84]

Por outro lado vale mencionar o entendimento de Sirvinskas, o qual reconhece a lacuna legal no âmbito processual quanto à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Entretanto, encontra uma solução para o silêncio do legislador, com a adoção do rito processual "mais amplo, ou seja, o ordinário".[85]

Também se poderia trazer à baila a possibilidade de utilização de subsídios do Código de Processo Civil, considerando o permissivo do art. 3.º do CPP.[86] Tal proceder encontra abrigo na doutrina que afirma que "as regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal. No art. 1.º do CPP português, o princípio vem exposto com a declaração de que, nos casos omissos, quando as disposições do Código não possam aplicar-se por analogia, observar-se-ão as regras do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicar-se-ão os princípios gerais do Processo Penal. No projeto Vicente Ráo, preceito análogo existia. *In verbis*: 'Artigo 10. Nos casos omissos, não sendo possível a aplicação por analogia das próprias regras do processo penal, observar-se-ão as regras do processo civil adaptáveis, e , na falta destas, os princípios gerais sobre a matéria'. Essa orientação sobre interpretação encontra acolhida na lei processual vigente em face do que dispõe o art. 3.º, quando admite os suplementos dos princípios gerais do direito. Claro que, dentre esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário, está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos; e como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, dele é que são extraídos, em sua maioria, esses princípios gerais".[87]

Efetivamente a falta de regulamentação expressa conduz a uma insegurança jurídica indesejável, a qual somente pode ser suprimida pelo reconhecimento de uma unidade processual, lançando-se mão das regras legais já existentes, inclusive no campo do Direito Privado.[88]

(84) Ibidem, p. 21-22.

(85) Luis Paulo SIRVINSKAS, *Tutela penal do meio ambiente*, p. 25.

(86) Eis o texto: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito".

(87) José Frederico MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. I, p. 52-53.

(88) Ver também a respeito do tema da unidade do processo: Antonio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, passim.

Sem prejuízo desse tipo de solução emergencial, é bastante desejável uma atuação concreta e rápida do legislador para o estudo da situação e a realização de uma adaptação legal expressa para essa nova forma excepcional de responsabilidade penal, inserindo em nosso ordenamento regras processuais especiais imprescindíveis à consecução de uma verdadeira segurança jurídica.

5. A proposta de uma "terceira via" como solução

Partindo da constatação de que "o direito penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade", Hassemer propõe a reflexão a respeito de algo mais eficaz. Denomina então esse novo campo do Direito de "Direito de Intervenção".[89]

Esse "Direito de Intervenção" "seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional".[90]

Hassemer constata que especialmente para esses tipos de criminalidades o Direito Penal exerce uma função meramente simbólica, sendo seus instrumentos absolutamente ineptos ante à realidade criminal.[91]

O autor sobredito diagnostica que certos princípios do Direito Penal são inafastáveis. Porém, outros estariam "atravessados" na modernidade, devendo ser rejeitados, sob pena de, em caso contrário, perenizarem a ineficiência da repressão em certos campos.[92]

Aponta os "déficits de execução" como fator de abrandamento das respostas punitivas àqueles que, ocasionalmente, são apanhados nas malhas da Justiça, à margem da enorme "cifra negra" existente graças à ineficiência do sistema. No tráfico de drogas, nos crimes ambientais, nos delitos econômicos normalmente só são identificados agentes de menor importância, permanecendo os principais responsáveis imunes ao Direito Penal e até gerando nos julgadores uma certa comiseração para com os punidos.[93]

A individualização das penas e das condutas nos casos da criminalidade moderna destacada pelo autor, não funcionaria a contento. "Na criminalidade moderna eles não agem individualmente, mas sempre em grupo – a divisão de trabalho". Normalmente a decisão criminosa não é de uma pessoa, mas de um grupo, de uma

(89) Wilfried HASSEMER. "Perspectivas de uma moderna política criminal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/41.

(90) Cezar Roberto BITTENCOURT. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal", *Boletim IBCCrim* 65/7.

(91) Wilfried HASSEMER. "Perspectivas de uma moderna política criminal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/42.

(92) Ibidem, p. 43.

(93) Ibidem, p. 48.

diretoria etc., sendo a individualização um objetivo impraticável que paralisa o Direito Penal.[94]

Os princípios do *in dubio pro reo* e do "Juízo de Certeza" também seriam obstáculos reais geradores de ampla impunidade nesses campos da macrocriminalidade moderna, gerando lentidão e falta de flexibilidade nas respostas às infrações.[95]

O "Direito de Intervenção" preconizado por Hassemer, ainda dependendo de um maior desenvolvimento teórico e prático, "estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente", chamando a atenção para a necessidade de "instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do Direito Penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física".[96]

Até mesmo o momento de intervenção repressiva nesse novo modelo proposto por Hassemer seria diferenciado. O objetivo principal seria a prevenção, ensejando uma antecipação da tutela dos bens jurídicos em face do mero perigo ou risco de dano.[97]

Efetivamente as constatações de Hassemer merecem atenção e reflexão em face da realidade. O modelo por ora apresentado em linhas gerais certamente depende de uma maior elaboração, mas o estudo de regras especiais para o enfrentamento da grande criminalidade parece ser imperioso atualmente, sob pena da mais absoluta falência do Direito Penal nesse campo.

O reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica é um passo inicial na modernização do nosso Direito Penal e as assertivas de Hassemer tornam ainda mais nítida a imprescindibilidade de uma regulamentação especial do tema, com regras processuais, de execução e até materiais mais apropriadas.

A alteração do foco do Direito Penal para uma espécie de híbrido com o Direito Administrativo não nos parece, porém, a melhor solução.

Em primeiro lugar, no ordenamento jurídico brasileiro, em face de normas constitucionais, tal mudança não geraria grandes diferenças, pois que no processo administrativo também existem as mesmas garantias (art. 5.º, LV, CF).

O tratamento poderia permanecer no âmbito do Direito Penal, considerando especialmente a relevância dos bens jurídicos em jogo. Isso não impediria a regulamentação especial com referência a certos casos (crime organizado, crimes ambientais de grande porte, criminalidade econômica, crimes praticados por pessoas jurídicas, lavagem de dinheiro etc.), com base no chamado "Princípio da Proporcionalidade". Nesse diapasão pode-se mencionar o entendimento de Silva Sánchez[98]

(94) Ibidem, p. 48.

(95) Ibidem, p. 48.

(96) Ibidem, p. 49.

(97) Ibidem, p. 49-51.

(98) Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades pos-industriales*, p. 117.

quanto à possibilidade da existência de um modelo com menores garantias, mas dentro do Sistema Penal. Esse modelo poderia conviver com o Direito Penal nuclear que gira em torno do chamado "núcleo duro do Direito Penal" e que "repele em princípio, qualquer intento de flexibilizar regras de imputação ou princípios de garantia". Diferentemente de Hassemer, Silva Sánchez prefere não deslocar o problema para as proximidades de um Direito Administrativo Punitivo, mas mantê-lo dentro do âmbito do Direito Penal, dando destaque à "dimensão simbólico - comunicativa do julgamento penal".[99]

No que tange especialmente às empresas, muito bem acentua Shecaira a preferência da punição criminal em relação a outras (civil, administrativa), devido à sua carga estigmatizante e mais gravosa sob o aspecto ético.

Vale transcrever as observações do jurista:

"Um outro aspecto a se abordar é aquele que diz respeito à necessidade de uma pena de cunho processual criminal e não de uma medida semelhante no plano administrativo ou civil (através de multas). Isto a nosso ver se justifica pelo aspecto mais aflitivo da sanção penal, em cujo centro está uma reprovação ética mais efetiva do comportamento sancionado, que se reflete na própria imagem da pessoa jurídica. É essa a profunda diferença entre a multa penal e aquela de caráter administrativo. Não é por outra razão que os países que têm uma forte vocação pragmática, como os de *common law*, recorrem às sanções penais contra a pessoa jurídica. Se trilham esse caminho é porque fazem uma distinção entre a maior eficácia prática deste tipo de sanção, que imprime à pessoa jurídica uma marca indelével, e a que teriam as sanções de outra natureza."[100]

Acrescente-se ainda que o Direito Penal tam o condão de "sacralizar" a punição das condutas, imprimindo-lhes maior repulsa social e evitando a banalização de sua autoria, como poderia ocorrer com outros modelos de solução de conflitos.[101]

6. Conclusão

Após uma breve constatação do cenário mundial com uma forte tendência à adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente nos âmbitos ambiental e econômico, em face da moderna macrocriminalidade, pôde-se abordar as diversas críticas a essa modalidade de responsabilidade penal, bem como as respectivas respostas justificantes.

Verificou-se a real necessidade de uma revisão do modelo de repressão penal, que se torna obsoleto frente à criminalidade moderna, de maneira que a

(99) Alberto Silva FRANCO. "Globalização e criminalidade dos poderosos", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 31/132.

(100) Sérgio Salomão SHECAIRA. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 101.

(101) Eduardo Luiz Santos CABETTE. "A desmistificação do caráter da pena: a ineficácia do Direito Penal como fatos de contenção da criminalidade", *Revista Direito e Paz* 1/21.

responsabilidade penal da pessoa jurídica seria um dos passos imprescindíveis nessa atualização.

A resistência ao novo paradigma parece bastante natural, especialmente quando se insiste em ignorar o atual contexto criminal e procura-se dar respostas a situações até pouco tempo inusitadas, com antigas orientações de uma dogmática adaptada à repressão do crime num mundo em que a atuação das empresas não era tão relevante e destacada.

A discussão do tema, porém, é sempre profícua, levando a uma conscientização sobre a necessidade de modernização do Direito Penal e da adaptação das regras materiais e formais às alterações sociais, mantendo por meio de uma atuação dinâmica, sua constante atualização em busca de coerência com o contexto em que se aplica e, conseqüentemente, de uma maior eficácia.

Bibliografia

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.

———. *Novas penas alternativas – Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal". *Boletim IBCCrim* 65/7, Edição Especial, São Paulo, abr. 1998.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. "A desmistificação do caráter da pena: a ineficácia do Direito Penal como fator de contenção da criminalidade". *Revista Direito e Paz* 1/7-23, ano I, Lorena, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 1991.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de Direito Público na Lei 9.605/98". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 25/124-141, São Paulo, jan.-mar., 1999.

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 31/102-136, São Paulo, jul.-set., 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

HASSEMER, Wilfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal". Trad. Cezar Roberto Bittencourt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/41-51, São Paulo, out.-dez. 1994.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. I.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MONTEIRO, Irineu. *Einstein – Reflexões filosóficas*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. "Direito penal e meio ambiente". *Revista do Advogado* 37/19-26, São Paulo, set. 1992.

PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. São Paulo: RT, 1998.

PROJETO PRELIMINAR – Reforma do Código Penal italiano – Parte Geral <http:www.giustizia.it/ministro/com-stampa/cs2000/cx150900a.htm>. Acesso em 15.01.2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Maria. *La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades pos-industriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

A ANTROPOLOGIA CRIMINAL NO BRASIL NAS OBRAS DE CANDIDO NOGUEIRA DA MOTTA E RAIMUNDO NINA RODRIGUES

CELSO EDUARDO FARIA CORACINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contexto histórico sob o qual se conforma o substrato social da escola positiva – 3. Reação ao pensamento da escola clássica – 4. O livre arbítrio para a nova escola – 5. Igualdade formal perante desigualdade material. Influência do fator racial na criminalidade – 6. Defesa da eugenia. A solução no embranquecimento – 7. A responsabilidade do médico pelos destinos da nação. O crime como doença. A pena como remédio – 8. O mal a ser combatido é o delinqüente, em seus diferentes tipos – 9. À guisa de conclusão.

Resumo: Obras de Candido Motta e de Nina Rodrigues são analisadas, considerado o pano de fundo histórico que as circundou, sob o pretexto de apresentar-se a transição metodológica e material que desembocou na Escola Positiva Naturalista do Direito Penal no Brasil.

Palavras-chave: Antropologia criminal – Escola positiva naturalista do direito penal – História do direito penal brasileiro – Questão racial – Livre arbítrio.

1. Introdução

Não se pretende discorrer sobre a influência da escola italiana ou alemã da antropologia criminal, ou do juspositivismo naturalista, no Brasil. Trata-se de trazer à discussão, da forma como aqui se manifestaram, essas que foram a seu tempo "idéias novas", em especial nas obras de Raimundo Nina Rodrigues e de Candido Nogueira da Motta.[1] Releva a compreensão do momento histórico-so-

(1) O presente estudo se baseia, principalmente, na leitura das seguintes obras: MOTTA, Candido Nogueira da. *Classificação dos criminosos. Introducção ao estudo do direito penal*. São Paulo: J. Rossetti, 1925; e NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. (1894) Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, s/d. Trata-se de monografia apresentada como conclusão da disciplina "História do Direito Penal Brasileiro", dirigida pelo Prof. Miguel Reale Jr., no primeiro semestre de

cial de crise, ou de ruptura histórica, que se atravessava, paralelamente à produção intelectual de cerca de um século atrás, a fim de que se estabeleça uma ponte com o momento atual de crise que atravessa o direito penal, e a própria ciência do direito penal.

Silva Sánchez vislumbra uma crise de legitimação baseada no questionamento do recurso ao poderoso arsenal penal (e de sua utilidade social) pelo Estado, ao lado de uma crise da própria ciência do direito penal, a pôr em dúvida o modelo clássico de ciência dedutivo-axiomática, alheia à realidade social do delito. Finalmente, enxerga ele a crise dos processos criminalizadores, em vista de uma legislação criminal francamente expansiva.[2]

Ora, os paradoxos a que conduz uma detida dissecação do direito penal dos últimos tempos, a debater-se entre os ventos da mínima intervenção e os tempestuosos reclamos sociais por segurança, dão vazão a uma única certeza: a do esgotamento de um modelo de direito penal disfuncional e próprio de sociedades muito menos complexas que as sociedades pós-industriais contemporâneas.

O estudo dos textos que mencionaremos deixa uma impressão, sobre o presente, senão idêntica, ao menos análoga, com relação àqueles tempos em que se esvaíam maneiras arraigadas de enfocar o fenômeno criminal, mesmo porque, em paralelo, era um modelo de sociedade que soçobrava, ou se transformava, e não se sabia exatamente a que direção aqueles novos ventos levariam. Buscava-se, é certo, uma maior aproximação do direito penal com a realidade, incorrendo-se em novas e diversas abstrações, sendo certo que essa busca segue a mesma nos dias atuais.

2. Contexto histórico sob o qual se conforma o substrato social da escola positiva

Inicialmente, é mister compreender a sociedade das três últimas décadas do século XIX, e dos primeiros decênios do século XX, que lentamente adentrava os trilhos da urbanização, trazendo a consolidação de centros universitários preocupados em criar o saber da época, ou, quiçá, ao menos copiar o que a Europa fazia em matéria científica, sem deixar de ser uma sociedade predominantemente agrária e conservadora, em todos os aspectos.

Recorde-se que a República foi conseqüência de circunstâncias que pouco alteraram a estrutura socio-política já existente. O fim do Império resultou das contradições a ele imanentes, que se acentuaram após o fim da Guerra do Paraguai (1870). O mesmo se afirme da abolição da escravatura, de que se pode admitir o valor psicológico, histórico, moral, mas que antes decorria das pressões políticas e econômicas externas, principalmente por parte da Inglaterra e da emergência de

2001, na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nas citações, será mantida a grafia original.

(2) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13-17.

uma aristocracia rural no Oeste da província de São Paulo, que desbancava o modo de produção dos agricultores do Vale do Paraíba, politicamente mais próximos do imperador, em uma alteração do eixo econômico e político da nação, com as conseqüências que isso importava no que se refere às peculiaridades da mão de obra.

Relevante, neste momento, é retroceder na História e aplicar esforço para compreender a maneira como se anunciavam as relações raciais no Brasil, em sua crueza, tão exploradas na antropologia criminal da época para explicar a criminalidade, devendo esse esforço remontar ao período da colonização.

Se, de um lado, a metrópole fez, gradualmente, conhecimento do índio, a chegada dos negros ao país foi mais recente (de fins do século XVII), e esteve vinculada ao trabalho escravo.[3] Pode-se, contudo, afirmar que o Brasil foi, desde cedo, uma nação com a marca da mestiçagem, da miscigenação dos diferentes tipos raciais.

Pode-se, inclusive, cuidar de uma mestiçagem às avessas quando se estuda a maneira como o homem branco se adaptou às condições do meio "selvagem", por ocasião de seu conhecimento da terra, através da prática dos cruzamentos, chamada por Darcy Ribeiro de "cunhadismo":

"A instituição social que permitiu a formação do povo brasileiro foi o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consiste em lhe dar uma moça indígena como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. (...) A importância era enorme e decorria de que aquele adventício passava a contar com uma multidão de parentes que podia pôr a seu serviço, seja para conforto pessoal seja para a produção de mercadorias. (...) Sem a prática do cunhadismo, era impraticável a criação do Brasil. Os povoadores europeus que aqui vieram eram uns náufragos e degredados, deixados pelas naus das descobertas, os marinheiros fugidos para aventurar vida nova entre os índios. Por si sós, teriam sido uma erupção passageira na costa atlântica, toda povoada por grupos indígenas."[4]

A partir de 1680, todos os índios que convivem com os colonizadores nos aldeamentos, passam a ser objeto de tutela (seja por parte de religiosos, seja do poder público, ou mesmo de particulares), sendo utilizados como mão-de-obra servil, embora com uma débil aparência de liberdade). Somente após um longo "processo adaptativo", em que se define o papel do indígena "civilizado" na sociedade colonial, separando-o dos "selvagens", define-se um tratamento legal diferenciado, que, em tudo os coloca ao lado dos negros trazidos do continente africa-

(3) Em uma época, como mostra José Reinaldo de Lima LOPES, em que a servidão desaparecia na Europa Ocidental, para dar lugar ao que se denominaria a exploração da mão-de-obra proletária (*O Direito na História. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 344-347).

(4) RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 81-83, apud CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 32

no. Deixavam de ser "bárbaros que não têm número" para se tornarem "parte das relações".[5]

Do mesmo modo sofre o negro africano um "processo civilizatório" no novo ambiente, que significa a ruptura com seus laços sociais anteriores, em uma "dessocialização que implica fatalmente em despersonalização", que faz do escravo coisa, mercadoria, de valor exclusivamente econômico.[6]

Caldeira mostra que o "índio bom", considerado civilizado, assemelhava-se em tudo ao escravo negro, necessitando, como aquele, de uma "operação social" que o diferenciasse da matéria bruta, sua passagem ao estado de mercadoria, para que pudesse assumir alguma utilidade a seu senhor, na sociedade colonial.[7]

Pode-se, pois, dizer que esses seres – desprezíveis e dignos de um tratamento cruel[8] –, com a abolição da escravatura, instituição sobre a qual, de alguma forma, repousava o Império no Brasil, e com o advento da República, encontraram-se defronte a uma sociedade que declarava a igualdade de todos os homens, mas apenas perante a lei, pouco tendo feito para inserir socialmente aquele contingente de antigos escravos (note-se que, no Brasil, os índios muito pouco se misturaram com o restante da população). Seguiram eles a compor os estratos sociais inferiores e a ocupar as vagas de trabalho mais manuais e mecânicas.

Desde esse tempo não se escondeu o desejo de que todos poderiam conviver bem (o que mais modernamente deu origem ao mito da democracia racial[9]), desde que cada qual em seu *locus* apropriado. Assim é que surgiram teorias raciais a preconizar a superioridade da raça branca, que deveria conduzir os destinos da sociedade. Assim é que a preferência, a partir da queda do Império, foi pela mão-de-obra imigrante européia, sem deixar de lado a mão-de-obra negra. Constatar-se-ia, contudo, no século XX, com a industrialização das décadas de 20 e 30, qual mão-de-obra se qualificaria em primeiro lugar.

Importa, nessa direção, relacionar o fim da escravidão com o período de desenvolvimento das idéias cientificistas-deterministas, pois "antes do clímax da

(5) CALDEIRA, J. Op. cit., p. 37.

(6) MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 101, apud CALDEIRA, J. Op. cit., p. 38.

(7) "Todos os índios e negros que não atingiram esse ponto de passagem (ou que voltaram para antes dele fugindo ou escapando para os quilombos) são os selvagens, aqueles que nem sequer merecem ser considerados bestas ou dignos de registros burocráticos. Inocentes ou pagãos, para muitos pouco importava: eram desprezíveis por estarem fora e merecedores de todo tipo de tratamento cruel" (Op. cit., p. 38).

(8) Ressalte-se que o índio jamais gozou do estatuto jurídico de escravo, embora assim fosse tratado, especialmente no início da colonização, e que foi a mão-de-obra escrava negra que sustentou a riqueza e opulência do Império e da Colônia, em sua última fase.

(9) Leia-se, nesse sentido, os apontamentos de Sérgio Salomão SHECAIRA ("Racismo", em *Revista de Direitos Difusos: Direitos dos Grupos Vulneráveis*, São Paulo, ano 2, n. 9, out. 2001, p. 1.173-1.188), e Tulio KAHN ("Ensaios sobre racismo: manifestações modernas do preconceito na sociedade brasileira", em *Conjuntura*, São Paulo, 1999, p. 8).

abolição da escravidão no Brasil, a maior parte da elite pouca atenção dava ao problema da raça em si".[10] Nesse sentido, perquire SCHWARCZ:

"A questão estava lançada: por um lado, a República surgia, realçando os valores 'liberais' da época, fincada em uma 'imagem civilizatória'; e, ao mesmo tempo, com o final da escravidão era jogada no mercado uma grande massa que agora tinha direito à cidadania (já que, segundo a Constituição de 1824, índios e escravos não eram considerados cidadãos). Como então pensar na formação dessa 'nação' brasileira, já que nesse momento os conceitos de raça e nação pareciam profundamente associados? Como entender a questão da igualdade, da cidadania e da 'civilização' perante essa massa de ex-escravos? As teorias e representações parecem florescer: ao lado da explicação religiosa (antes totalmente absoluta), o discurso científico procurará dar conta também da condição negra, já que a partir desse momento esse elemento será, na visão da época, antes de tudo 'um objeto de ciência'."[11]

Ora, se a lógica econômica de uma sociedade escravagista impunha a valorização dos escravos – que não passavam, como já se mencionou, de mercadorias, devendo servir a seus proprietários –, vencida a abolição da escravatura[12] perdem os escravos o caráter de "propriedade", e, paradoxalmente, posto de parte o ideal de igualdade que poderia ter sombreado a campanha abolicionista, passa o foco da "etnia", que informa qualquer conceito sociológico de racismo, a ser objeto de manifestações de intolerância. Como afirma Brandão, "enquanto era escravo, o estigma dessa identidade radical encobria a da 'cor da pele', que por sua vez surge como atributo e atualização de diferenças quando a liberdade desfaz a primeira".[13]

3. Reação ao pensamento da escola clássica

Ao mesmo tempo, do ponto de vista da ciência jurídica, e, por que não dizer, da medicina, novas idéias eram lançadas, em desafio ao pensamento clássico vigente, com seus pressupostos racionalistas.[14]

(10) SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Retrato em branco e negro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 39, citando Thomas SKIDMORE (*Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 12, 63).

(11) SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 38-39.

(12) Aliás, os mais fortes argumentos em defesa da abolição da escravidão eram eminentemente econômicos, como mostra José Reinaldo de Lima LOPES (Op. cit., p. 347-352).

(13) BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Peões, pretos e congos: trabalho e identidade étnica em Goiás*. Brasília: Ed. UnB, 1977, p. 67, apud SCHWARCZ, L. M. Op. cit, p. 39. Ainda, para aprofundar a relação entre o escravo e a lei penal, leia-se WEHLING, Arno. "O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)", em *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Org. WOLKMER, Antonio Carlos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 373-395.

(14) É importante mencionar que foram os positivistas que denominaram clássico o pensamento da escola anterior, em alusão considerada, à época, pejorativa (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 77).

A antropologia criminal, bem como a escola positiva do direito penal, é de se considerar inaugurada com a realização do 1.º Congresso de Antropologia Criminal, sediado em Roma, em 1855. A obra que representa o marco dessa escola é *L'uomo delinquente* (Roma, 1876), do psiquiatra Cesare Lombroso, que causou alvoroço no meio científico e não foi, de pronto, bem acolhida.

A escola positiva do direito penal vem a reboque da antropologia criminal e das correntes filosóficas do positivismo e do evolucionismo biológico. No Brasil, essas correntes de pensamento, que possuem caracteres e contextos específicos, foram misturadas, criando nuances que, em muitos pontos, escapavam de suas matrizes de pensamento. Ainda, nos diferentes centros de estudo universitário no Brasil, foram assumidas, com distintos vieses, por pesquisadores ousados, já que o que imperava era o conservadorismo.

Sobre a época, assim se manifesta Sylvio Romero:

"O decênio que vai de 1868 a 1878 é o mais notável de quantos no século XIX constituíram nossa vida espiritual (...) De repente a imutabilidade das coisas se mostrou (...) Um bando de idéias novas esvoaçou sobre nós de todos os pontos do horizonte (...). Positivismo, evolucionismo, darwinismo, crítica religiosa, naturalismo, cientificismo na poesia e no romance, novos processos de crítica e história literária, transformação da instrucção do Direito e da política, tudo então se agitou e o brado de alarma partiu da Escola de Recife."[15]

Assim, merecem evidência os matizes existentes entre a "escola de Recife", e a "escola de São Paulo" do ponto de vista jurídico-penal, bem como, do ponto de vista médico-legal, entre as escolas de Medicina da Bahia (também batizada escola "Nina Rodrigues") e a escola do Rio de Janeiro.

Se a "escola de Recife", de Tobias Barreto e Sylvio Romero, muito mais talentosa em seus pendores técnico-científicos, bebia de fontes de pensamento da Alemanha e França, a "escola de São Paulo" mostrava preferência pelos autores italianos, sendo que muito mais devoção guardava à atividade política e aos calorosos textos políticos (que apareciam na imprensa local), do que ao aprofundamento de questões teórico-científicas.

Quanto à escola de Medicina da Bahia, percebia-se, de igual modo, fortemente, a influência alemã e francesa, bem como a dedicação às questões raciais, além de ter sido, com relevo para a pessoa de Raimundo Nina Rodrigues, a grande responsável pela evolução do estudo da Medicina Legal no Brasil, ao passo que no Rio de Janeiro os adeptos da antropologia criminal dedicavam-se, de forma mais criteriosa, aos estudos de higiene e saúde públicas.

De se ressaltar que ambos os enfoques são parte de um projeto mais amplo, relacionado à escola positiva. A relação da higiene e saúde ao bom desenvolvimento físico e à pureza racial são evidentes. Contudo, conquanto haja sido tal concorrência entre as perspectivas das duas escolas médico-legais anotada por

(15) Apud SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930.* São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 148.

Schwarcz, em especial a partir da coleta de matérias nos periódicos especializados das Faculdades da Bahia e do Rio de Janeiro, foi a perspectiva racial mais acentuada nas últimas décadas do século XIX, cedendo passo à perspectiva higienista no início do século XX, o que se depreende dos seguintes dizeres do médico Arthur Ramos, discípulo de Nina Rodrigues, mas pertencente à "escola do Rio de Janeiro", ao prefaciar a reedição da obra *As collectividades anormaes* de seu professor:

"Uma única ressalva podemos fazer aqui, ao trabalho do mestre bahiano. É quando faz intervir o slogan da época: *a degenerescencia* da mestiçagem como causa precipua dos desajustamentos sociaes. (...) Essas idéas são inacceitáveis para os nossos dias. O pretenso mal da mestiçagem é um mal de condições hygienicas deficitarias em geral. Mais social do que organico. Se, nos trabalhos de Nina Rodrigues, substituirmos os termos *raça* por *cultura*, e *mestiçamento* por *acculturação*, por exemplo, as suas concepções adquirem completa e perfeita actualidade."[16]

Aliás, vem a propósito o cotejo entre escolas de direito e escolas de medicina. Schwarcz expõe com clareza a disputa, na época, entre essas duas áreas do saber, pela produção científica e política. Não é sem razão. A antropologia criminal buscou trazer a contribuição da análise médica dos fatores biológico-somáticos, morfológicos, e mais tarde mesológicos, para o estudo do crime. Busca-se pôr de parte as abstrações teóricas sem apoio na observação. Reage-se contra o formalismo exacerbado de determinadas práticas.

Situação caricatural dessa reação ao abstracionismo destemperado encontra-se bem desenhada no episódio envolvendo a defesa de tese de doutoramento de Sylvio Romero perante a Faculdade de Direito do Recife, em que este declara: "A metafísica está morta!", e abandona a defesa, após calorosa discussão com um membro da banca.[17] Francisco José Viveiros de Castro coloca a questão em termos análogos, ao criticar o formalismo exacerbado da velha escola.[18]

(16) In NINA RODRIGUES, Raimundo. *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939, p. 12-13.

(17) SCHWARCZ, L. M. *O espetáculo das raças*, p. 148.

(18) "Os juristas, a grande classe superficial e pedantesca, rhetorica e frivola, dos bachareis em direito, receiam que a nova escola penal acabe com o direito criminal, reduzindo-o a um dominio da medicina, a um ramo das sciencias naturaes. É rebaixar a sciencia, gritam elles, que foi a honra de Beccaria e é hoje a gloria de Carrara. Mas o que é hoje o direito criminal, como o ensinam os professores nas nossas academias e o applicam os magistrados nos nossos tribunaes, senão uma sciencia parva e ridicula, que deve ser varrida da intelligencia como um lixo imprestavel? Com effeito, o direito criminal se reduz a chicanas e rabulices, a discussões bysantinas, palavrosas e estereis. O formalismo processual absorveu o magistrado, sugando-lhe a intelligencia em seus tentaculos de polvo. Velhos desembargadores, de patriarchaes barbas brancas e bojudo ventre, discutem, graves e serios, se deve ser annulado um julgamento no jury, decidindo finalmente pela affirmativa, porque não consta dos autos ter o official de justiça tocado o badalo ao abrir da sessão" (*A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Moderna, 1894, p. 20-21).

Em breves palavras acerca da diferenciação entre a escola clássica e a então nova escola positivista naturalista, tem-se, de um lado, a conceituação de livre arbítrio, como manifestação das individualidades, em perspectiva antropocêntrica e racional, historicamente perceptível como reação a um determinismo não cientificamente formulado, mas socialmente verificado no Antigo Regime, bem como no período da Idade Média, em que o poder político sofreu forte influência clerical. Isso em período anterior ao das formulações "humanizantes" e liberais da escola clássica. Nesses tempos, a vida dos indivíduos filosoficamente dependia, quase por completo, dos desígnios divinos, quando não de uma autoridade política central, mas jamais da livre vontade e determinação individual.

Por outro lado, o determinismo cientificista que marca o substrato filosófico do positivismo naturalista, fortemente embasado nas doutrinas evolucionistas de Darwin e Spencer e na filosofia positivista de Comte, veio em reação ao pensamento que vigeu na Europa até meados do século XVIII e no Brasil até o terceiro quartel do século XIX, que enxergava no individualismo e na crença no livre arbítrio as bases da sociedade. Passou-se, pois, a um pensamento que visava a integrar a sociedade, ainda que se reconhecesse a variedade étnica de que esta se compunha, buscando no estudo dos caracteres bio-tipológicos, mas também hereditários e, mais tarde, sociais, a explicação para as condutas dos diferentes tipos humanos. O livre arbítrio deixava de ser o móvel único da ação humana. Outros fatores entravam em cena.

É ainda mister pôr-se ênfase sobre o método desta nova escola, inicialmente muito criticado. Lembra Candido Nogueira da MOTTA que "o methodo da escola positiva é o experimental e que em sciencias positivas só há um principio absoluto: é que *nada ha de absoluto*".[19] Ora, isso é próprio da utilização do método indutivo, pelo qual não se exige que as proposições científicas possuam caráter universal.[20]

(19) MOTTA, C. N. *Classificação dos criminosos: introducção ao estudo do Direito Penal.* São Paulo: J. Rossetti, 1925, p. 74. E prossegue: "Ninguem affirma *a priori* que A ou B sejam criminosos por terem taes ou quaes estigmas; o que se diz é que nos criminosos-natos predominam taes signaes, e que um individuo com esses signaes tem o typo dos criminosos. [Como afirmou LOMBROSO,] 'Mas, quando nos *criminosos* temos a reunião de muitas anomalias, sobretudo atavicas (ás vezes são pathologicas; asymetricas, hernias) dizemos que elles têm o tipo do criminoso-nato'. (...) Além disso não é verdade que o typo falhe no maior numero de vezes; e as excepções confirmam a regra. FERRI em 711 soldados encontrou o typo em 2 ou 3 %; a passo que nos criminosos foi de 23 a 27%. (...) O typo de criminoso-nato é encontrado na proporção de 40% nas prisões, o que é sufficiente para demonstrar o exaggero dos que affirmam que elle falha muitas vezes" (Op. cit., p. 74-76)

(20) MOTTA traz a própria advertência de LOMBROSO: "Topinard nega-me o direito de affirmar (...) a existencia de um typo criminoso, porque eu mesmo convenho em que este typo falha completamente algumas vezes; não há duvida que, si a acepção da idéa de um typo está ligada à sua completa universalidade, não se pode acceita-la. Mas eu já escrevi em minhas primeiras obras que é preciso acolher esta idéa com a mesma reserva

Aliás, até como reação às duras críticas que sofreu, a escola positiva alterou seus posicionamentos, que no início eram demasiado radicais, no sentido de não serem apenas os fatores biológicos a determinar os tipos criminosos. Lembra Motta a ressalva de Ferri, segundo quem "a escola italiana jamais pretendeu que o typo criminoso fosse exclusivamente determinado pelos dados anatomicos; elle é constituido por elementos muito mais complexos, ao mesmo tempo anatomicos, psychologicos e sociaes".[21]

Nisso, percebe-se a impossibilidade de se distinguirem linhas estanques de pensamento, entre os vários autores dos períodos analisados, na identificação de "escolas", mas, sim, tendências e núcleos comuns de idéias. Para além disso, percebe-se que, na história da ciência penal, a busca de uma adequada abordagem do problema que é o fenômeno criminal jamais passa ao largo da paradoxal dicotomia entre segurança social (ainda que ao custo de restrições à liberdade individual) e segurança jurídica (a partir da aceitação de que a segurança coletiva depende, em grau considerável, do respeito pelo Estado de um determinado leque de direitos individuais).

Subjacente ao conceito de crime, como ficção (ente juridicamente criado) ou como realidade pré-existente (direito natural), encontra-se a pessoa, que polariza em sua órbita jurídica direitos e deveres e que age. Por seu turno, é o foco sobre a ação individual variável, ora repousando sobre o resultado considerado danoso – e penalmente relevante –, ora voltando-se para a pessoa que age, para suas motivações, seu discernimento; ora centrando-se na retribuição de comportamentos indesejáveis, ora preferindo-se buscar medidas para preveni-los.[22]

A discussão, das mais contemporâneas, sobre a capacidade de imputação foi novidade introduzida pela antropologia criminal, que procurava classificar os indivíduos, distinguindo tendências para determinados comportamentos, o que decerto mitigaria a crença na liberdade de autodeterminação, trazendo conseqüências para o plano da aplicação da lei penal.

4. O livre arbítrio para a nova escola

Não seria exagero afirmar que a maior contribuição aportada pela escola de pensamento positiva ao direito penal foi, senão o sucesso das concepções deterministas radicais, ao menos uma relativização filosófica do conceito de livre arbítrio.

com que se procede em relação às medidas estatisticas. Quando se diz que a vida media é de trinta e dois annos, e que o mez mais fatal à vida é o de dezembro, ninguem d'ahi conclue que todos os homens devem morrer aos 32 annos e no mez de dezembro" (Op. cit., p. 76-77).

(21) Op. cit., p. 78.

(22) A necessária variação da ênfase axiológica sobre o que se pretende componha o caráter de uma pessoa e a manifestação exterior do sujeito, encontra-se bem explorada em PERELMAN, Chaïm. "Ato e pessoa na argumentação", em *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 219-248.

Nesse ponto, deve-se mencionar a posição de Tobias Barreto, que se diferenciou dos 'clássicos' e dos positivistas, na defesa da noção de livre arbítrio relativo, inspirada na legislação penal alemã. Nina Rodrigues rejeitava radicalmente qualquer aproveitamento do conceito de livre arbítrio e deixou clara essa discórdia no segundo capítulo de sua obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, intitulado "O livre arbítrio relativo nos criminalistas brazileiros".

Nesse capítulo, NINA RODRIGUES constata que os códigos penais brasileiros, tanto o Republicano quanto o Código Criminal do Império, tomaram "por base o pressupposto espiritualista do livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisto não [fizeram] mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados à européa, reproduzida (...) no tão debatido codigo penal italiano"[23] da época, o que é facilmente explicável em razão das doutrinas então vigentes.

Contudo, sua crítica mais contundente se dirige à defesa, assumida por Tobias BARRETO,[24] da concepção de um livre arbítrio "relativo", em sua obra *Menores e Loucos*, que seria, para NINA RODRIGUES, contraditório com o ideal cientificista da época, que acreditava no determinismo, a partir do conhecimento de características humanas determinantes do agir individual.[25]

Condenando-se o livre arbítrio, temeria Tobias BARRETO a imputabilidade geral, motivo pelo qual criticava os "patólogos do crime", adotando um livre arbítrio parcial, o que, no entender de Nina Rodrigues seria uma contradição, na medida em que sempre haveria o momento da liberdade de ser condição para a imputação.[26] Ora, Nina Rodrigues não compreendia, a partir de suas reflexões médicas, como a vontade seria livre, mas identifica o problema com precisão (na raiz do próprio questionamento sobre a utilidade do direito penal), quando relaciona a aceitação do livre arbítrio e a responsabilidade penal:

"O exame da responsabilidade das raças brazileiras nos nossos codigos penaes vae ministrar um novo exemplo desse dilemma em que se debatem os criminalistas classicos: ou punir sacrificando o principio do livre arbitrio, ou respeitar esse principio, detrimentando a segurança social."[27]

(23) NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, s/d, p. 54.

(24) Há uma controvérsia cronológica quanto a ter sido Tobias BARRETO, ou seu colega de Recife João Vieira de ARAÚJO, o primeiro a trazer para estas plagas as idéias de Lombroso, conforme reporta Teodolindo CASTIGLIONE (*Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 269-270).

(25) A importância do determinismo para a então nova escola penal é perceptível na afirmação de VIVEIROS DE CASTRO: "Mesmo nos homens normaes, nenhum acto é consequencia de um livre arbítro. O nosso motivo é determinado sempre pelo motivo mais forte, que mais energicamente actuou sobre nosso sentimento, mais impulsivamente vibrou sobre os nossos nervos" (Op. cit., p. 40).

(26) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 56-66.

(27) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 73.

Não se tratava, evidentemente, de ponto pacífico. Candido Motta, diferentemente de Nina Rodrigues, segundo quem nenhum homem possui livre arbítrio, não nega a possibilidade de escolha das ações. Mas, ao contrário, acredita que o arbítrio existe apenas no "homem normal", apresentando-se o criminoso como um anormal.[28]

Ora, do mesmo modo que a doutrina penal moderna reconhece causas de diminuição ou de exclusão de imputabilidade, os positivistas naturalistas buscavam a determinação de tipos criminosos a partir de traços bio-morfológicos, utilizando-se da noção de periculosidade (graduável), de modo a considerar mais reprováveis condutas praticadas por indivíduos com 'características' determinadas por estudos pretensamente científicos.

Antecipavam-se, assim, as bases para a determinação da imputação penal baseada na capacidade de compreensão do caráter ilícito das condutas incriminadas, e de autodeterminação de acordo com esse entendimento. Pregava-se, com isso, uma política pretendidamente pietista, que fazia do criminoso um deficiente, um "anormal", digno de "tratamento". Principiava-se, também, o conhecido debate acerca da utilização da medida de segurança como substituta da pena criminal e como regime diferenciado de intervenção estatal na liberdade individual.

5. Igualdade formal perante desigualdade material. Influência do fator racial na criminalidade

A constatação de uma desigualdade material a partir da diversidade racial dos tipos humanos é questão das mais caras à antropologia criminal, marcadamente na obra de Nina Rodrigues. Após discutir, e afirmar-se radicalmente contrário ao livre arbítrio, o professor baiano embrenha-se na apreciação das conseqüências – ou seriam motivações? – do abandono do livre arbítrio como fundamento da responsabilidade penal.[29]

Aponta Nina Rodrigues a contradição dos códigos que acolhem a crença no livre arbítrio, sem, contudo, contemplar as supostas diferenças materiais – raciais

(28) "O homem normal não é criminoso nem santo; mas assim como há homens que são irresistivelmente arrastados para o crime, outros existem que cousa alguma, influencia alguma, as maiores e mais provocantes tentações são impotentes para o desviar do caminho do bem e da virtude. Que foram os Sto. Antonio de Padua e os S. Francisco de Assis senão santos-natos? O santo é o super-bom e a super-bondade não é qualidade commum a todos os homens. O criminoso é o super-máo, e a super-maldade não é egualmente um defeito de todos os homens. Não se pode dizer que a super-bondade seja um exagero, mas não é o apanagio dos homens em geral; é, ao contrario, uma excepção. Assim tambem a super-maldade é uma dolorosa excepção que destoa do commum. São, por conseguinte entes excepcionaes, e portanto anormaes, e que não escaparam à penetração do nosso inolvidável Bilac quando dizia: 'Mas há monstros no bem, como no crime'" (Op. cit., p. 60-61).

(29) V. capítulo III de *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, denominado "As raças humanas nos Códigos Penaes Brazileiros".

– entre os homens.[30] Considera inaceitável que o Código Criminal do Império não reconhecesse a influência do fator racial na responsabilidade penal.[31]

Perceba-se que, antes da Lei Áurea, não fazia sentido perquirir sobre a responsabilidade penal dos negros, visto que eram, em sua maior parte, escravos, considerados desprovidos de livre arbítrio. É certo que eram os escravos, antes da abolição, punidos com rigor por atos delituosos, havendo mesmo a previsão de pena capital para o assassinato e as ofensas físicas graves cometidas contra os senhores (art. 1.° da Lei de 10.06.1835), mas como integrantes de uma categoria diferenciada. Com o fim da escravidão é que vicejam as especulações sobre as "diferenças raciais".[32]

Sob outro enfoque, a partir do conceito de direito como um produto da cultura dos povos, Nina Rodrigues infere que cada povo, que possui uma consciência distinta do que seja o certo e o errado, ao conviver em uma mesma civilização, necessita de reprovação em distintos graus, devendo-lhe assistir uma ordem jurídica própria, em seu grau de civilização peculiar, cabendo à "raça superior",[33] a européia, branca, definir esses graus,[34] variando-se, portanto, em termos modernos, os graus de culpabilidade.

Ora, a título de recordação, a idéia de igualdade, à qual tanta devoção reservavam os adeptos da escola clássica, encontra-se em suas próprias origens iluministas. Cuida-se de uma igualdade formal que presume seu império sobre uma sociedade homogênea, merecedora, pois, de tratamento equivalente. A sociedade brasileira, que, durante tanto tempo, repousara sobre as forças do trabalho escravo dos negros e mesmo servil dos índios, se, de um lado, não se escandalizava em virtude da recém outorgada emancipação (a qual, como já manifestado, foi simples resultado de um processo esperado), de outro, encontrava-se perante o "constrangimento" de ter de lidar com aquela horda de seres que a lei agora classificava como pessoas, mas que não eram socialmente tratadas como iguais e sim como pertencentes

(30) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p.76.

(31) "Mas, nem como causa dirimente, nem como causa attenuante da responsabilidade penal, figura nelles o momento da consideração de raça. Tal intenção e alcance não se podem attribuir ao § 1.° do art. 42, pois que, para aceitar esta doutrina, era mister que houvesse no codigo alguma disposição correspondente aos casos extremos em que, por consideração, ou momento anthropologico, desapparece de todo a responsabilidade penal. O art. 4.° do codigo vigente dispõe expressamente: 'A lei penal é applicável a todos os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brazileiro, praticarem factos criminosos e puniveis'" (NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 76-77).

(32) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 77.

(33) Veja-se item VI, sobre a defesa da eugenia.

(34) "As condições existenciaes das sociedades, em que vivem as raças inferiores, impõem-lhes tambem uma consciencia do direito e do dever, especial, muito diversa e ás vezes mesmo antagonica daquella que possuem os povos cultos" (NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 84. Veja-se também p. 86-88).

a raças inferiores. O já mencionado mito da democracia racial moldou-se tempos depois, no final da primeira metade do século XX.

Sobre a igualdade, lia-se, em artigo publicado em 21.12.1920 no *Correio Paulistano*, que "os homens não nascem iguaes absolutamente, suppõe-se uma igualdade presumida pela lei sem o que não haveria lei..." E prossegue SCHWARCZ: "Transformada em utopia pelos cientistas nacionais, a igualdade conseguida mediante as conquistas políticas era negada em nome da natureza".[35]

Tal intuição constitui traço dos adeptos da escola positivista naturalista, também ao classificar os criminosos, pois assim estar-se-ia buscando tratar desigualmente os materialmente desiguais, a partir daquela constatação da "diversidade inicial dos espíritos".[36]

A consciência do caráter multi-racial do Brasil, a impingir-lhe uma identidade, ocorre justamente nesse período. Nas palavras de Sylvio Romero, "formamos um paiz mestiço (...) somos mestiços se não no sangue ao menos na alma", ao comentar a "composicção etnica e antropologicamente singular"[37] do povo brasileiro. É justamente em função das circunstâncias históricas já mencionadas e do

(35) SCHWARCZ, L. M. *O espetáculo das raças*, p. 241.

(36) MOTTA, C. Op. cit., p. 44. Muito interessante a observação de MOTTA, ao distinguir os crimes da sociedade de então entre crimes cometidos por atavismo e crimes cometidos por evolução, mostrando que eles resultam de estágios desiguais de evolução (lembrando algumas distinções modernas entre a criminalidade clássica e a criminalidade moderna, como, por exemplo, a criminalidade econômica). Afirma, assim, uma desigualdade material inicial, o que mantém latentes, sem dúvida, tanto sinais de racismo, como de pouco desejável conformismo social: "Os primeiros se manifestam nas sociedades pouco esclarecidas e nas classes pobres, rudes, privadas de cultura e das luzes da sciencia; os segundos se commettem nas sociedades civilisadas e *comme il faut*. No primeiro caso, observamos na divisão dos ataques contra pessoas: a martyrisação, o tratamento deshumano, brutal, as pancadas, as mutilações, os homicidios voluntarios, realisados por meio de machado, do cacete, etc.; no segundo caso, temos os envenenamentos lentos e systematicos pela administração progressiva de um veneno, as suggestões hypnoticas com o fim de incitar o individuo ao crime, as vinganças sociaes refinadas, a *chantage*, as *commerages* mentirosas e outros vicios de tortura. Em relação aos ataques contra a propriedade, observamos nas sociedades e classes do primeiro grupo: o roubo, a pilhagem, o furto de objectos de algibeira, etc.; nas sociedades e classes que entram na segunda categoria, encontramos as concussões, universalmente espalhadas por via do jogo de cartas, dos amantes, das transacções da honra nas eleições; observamos tambem as especulações bancarias fraudulentas, o desvio de dinheiros publicos, a venda de empregos, etc. (...) Quanto ao primeiro typo da criminalidade, há poucos individuos fatalmente predispostos ao crime para nelle figurar; no segundo podem-se encontrar muitos: todos quantos não possuem um caracter adamantino, capaz de resistir ás influencias malsãs do meio exterior. A primeira é um relevo hereditario das épocas que precederem a nossa; a segunda é um producto da civilisação. E em nossa época ellas co-existem: a criminalidade do passado e a do futuro" (op. cit., p. 14-15).

(37) Apud SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 11

fim da situação jurídica de escravidão, que passam, esses mestiços, a ser objeto de estudo.[38]

Em estudo intitulado "Os mestiços brasileiros", publicado na obra *As collectividades anormaes*,[39] Nina Rodrigues constata a dificuldade de uma análise criteriosa das anomalias verificadas em cada raça, devido ao grande número de variações decorrentes dos cruzamentos.[40]

Candido Motta, por sua vez, retrata essa variedade através das distinções fisiológicas e psíquicas que haveria entre as diferentes raças, pecando, como se poderia supor, em razão da mentalidade da época, pelo pensamento indutivo e as generalizações. Revelando o preconceito subjacente às formulações pretensamente científicas de então, afirma Motta, sobre o aspecto comportamental do homem negro:

"Segundo Speke, Baker e outros, os traços dominantes do caracter do negro são a sensualidade, a tendencia á imitação servil, a falta de iniciativa, o horror da solidão, a mobilidade, o amor desordenado do canto e da dansa, o gosto invencivel dos ornamentos e enfeites.

"É indiscreto, imprevidente e preguiçoso. Em compensação, tem qualidades apreciaveis: é sensível aos bons tratos, susceptivel de uma grande dedicação, sem prejuizo da capacidade para o odio e para as vinganças crueis. Enfim, tem as qualidades e defeitos do homem primitivo, mais ou menos alterados pelo meio, circumstancias, tradições e costumes.

"CORRE diz: o negro não é de máo caracter, mas somente de caracter instavel como a criança; mas com esta differença que esse tem já a madureza de seu desenvolvimento physiologico, e por isso a sua instabilidade é a consequencia de uma cerebração incompleta. Em um ambiente de avançada civilisação, onde possua inteira liberdade, não se adapta, como nos paizes da Europa, aquelas naturezas retardatarias, que dão maior contingencia á criminalidade."[41]

A velada intenção de "depuramento" racial[42] pretende-se explicada cientifi-

(38) Nesse sentido, verificando que o problema das raças passou, então, a ser compreendido como uma questão científica, SCHWARCZ cita o mesmo ROMERO, jurista da Escola de Recife: "(...) Quando vemos hommens como Bleek refugiarem-se dezenas e dezenas de anos nos centros da África somente para estudar uma lingua e colligir uns *mitos*, nós temos o material em casa, que temos a África em nossas *cozinhas*, a América em nossas *selvas* e a Europa em nossos *salões*, nada havemos produzido nesse sentido! É uma desgraça... O negro não é só uma máquina econômica; ele é antes de tudo, e malgrado a sua ignorância, um objeto de sciencia" (SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 208).

(39) NINA RODRIGUES, Raimundo. *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.

(40) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 196.

(41) MOTTA, C. Op. cit., p. 33.

(42) Veja-se item 6.

(43) Candido MOTTA enxerga mesmo 'preconceito' em ditado árabe: "DARWIN já demonstrou que nos cruzamentos mui pronunciados é a lei de regressão que predomina,

camente.[43] Desde o primeiro capítulo de sua obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (intitulado "Criminalidade e a imputabilidade à luz da evolução social e mental"), Nina Rodrigues deixa patente seu intuito: "o estudo das modificações que as condições de raça imprimem à responsabilidade penal",[44] a partir de pressupostos ligados às teorias evolucionistas e da seleção social.[45]

A partir de algumas digressões sobre o caráter relativo do fenômeno do crime, e das condições necessárias para a sua uniformidade em um povo ou raça, resulta, no entender de Nina Rodrigues, "que a cada phase da evolução social de um povo, e ainda melhor, a cada phase da evolução da humanidade, se se comparam raças anthropologicamente distinctas, corresponde uma criminalidade propria, em harmonia e de accordo com o gráo do seu desenvolvimento intellectual e moral",[46] e que, portanto, "o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando fôr applicavel a uma agremiação social muito homogenea, chegada a um mesmo gráo de cultura mental média".[47]

Daí resulta claro que a reação ao pensamento da escola clássica decorre, ainda que de forma não deliberada, da constatação da diversidade. Ora, os efeitos dessa constatação apenas se catalisam em função das circunstâncias históricas, e em especial com a Revolução Industrial na Europa e o incremento da urbanização no Brasil, aliadas à abolição da escravatura.

A partir da identificação de tipos raciais puros, e tipos raciais cruzados, coloca Nina Rodrigues, enfim, a questão crucial que lhe ocupa a mente, sobre as nuances de responsabilidade penal, conforme a raça do indivíduo: "Pode-se exigir que todas estas raças distinctas respondam por seus actos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal?"[48] Responde negativamente, no sentido de que, sendo a responsabilidade penal baseada na liberdade do querer, deve ela ser dife-

de modo a fazer surgir á tona os traços inferiores desapparecidos de remotas gerações. Os arabes dizem: Deus creou o branco, Deus creou o negro, o diabo creou o mestiço. Pondo de parte o que há de exaggerado nesse conceito ou preconceito arabe, é força reconhecer que há nelle um certo fundo de verdade. Os crimes contra a pessoa, commetidos pelos mestiços, são quasi sempre revestidos das mais atrozes circumstancias e da mais requintada crueldade" (MOTTA, C. Op. cit., p. 39-40).

(44) NINA RODRIGUES, R. *As raças humanas...*, p. 29.

(45) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 30-35.

(46) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 50.

(47) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 50-51.

(48) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 111.

(49) "A presumpção lógica, por conseguinte, é que a responsabilidade penal, fundada na liberdade do querer, das raças inferiores, não pode ser equiparada a das raças brancas civilisadas. (...) Ora, se admittem todos que essas raças não estão aptas ainda para um alto gráo de civilisação, todavia ninguem desconhece que há negros e pode haver indios que valham mais do que brancos. Para estes negros e indios pelo menos, que serão a excepção, embora uma excepção pouco numerosa, a responsabilidade penal deveria ser completa. (...) No emtanto, o exame que tenho feito me autorisa plenamente, pare-

renciada, de acordo com a evolução das raças no processo civilizatório.[49]

Desse modo, faz Nina Rodrigues variar o grau de responsabilidade penal de acordo com a pureza da raça, compreendendo que os mestiços seriam, em sua maior parte, degenerados e, por isso, teriam sua responsabilidade atenuada.[50]

Partindo dessas constatações, defende Nina Rodrigues a necessidade de se elaborarem diferentes códigos penais no Brasil, considerando as diferenças regionais, étnicas, culturais, raciais, a exemplo da confederação norte-americana, cuja forma federativa de república havia sido copiada:

"Posso illudir-me, mas estou profundamente convencido de que a adoção de um codigo único para toda a republica foi um erro grave que attentou grandemente contra os principio mais elementares da physiologia humana.

"Pela accentuada differença da sua climatologia, pela conformação e aspecto physico do paiz, pela diversidade ethnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça accentuar-se ainda, o Brazil deve ser dividido, para os effeitos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionaes, que, como demonstrei no capitulo quarto, são tão natural e profundamente distinctas."[51]

Evidentemente, a idéia aí defendida é absolutamente contrária aos postulados do direito penal moderno em um Estado Democrático de Direito, em que se prega, a par do respeito à isonomia, uma intervenção estatal jurídico-penal mínima (subsidiária, necessária, útil), buscando-se a consolidação de um núcleo essencial de valores a serem protegidos, mesmo no plano internacional, com um Código Penal único para o maior número possível de povos. A utilidade dessa concepção estaria

ce, a concluir que os negros e indios, de todo irresponsaveis em estado selvagem, teem direitos incontestaveis a uma responsabilidade attenuada" (NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 124-125; 130). Por outra parte, quando se refere à responsabilidade penal dos mestiços, a análise é diversa: "(...) os factos demonstram que se ainda não está provada a hybridez physica, certos cruzamentos dão origem em todo caso a productos moraes e sociaes evidentemente inviaveis e certamente hybridos" (Op. cit., p. 132-133). Aponta, ainda, NINA RODRIGUES, dando exemplos do norte do país, a degradação cultural a que a miscigenação haveria conduzido, a partir do caráter pouco propenso ao trabalho dos mestiços (Op. cit., p. 138-142;146-1480.

(50) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 161-168.

(51) NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 175. Consciente de que pregava algo já contrário à tendência da época, atribui isso à hegemonia dos clássicos: "Eu sei bem que a tendencia moderna é a unificar os codigos, que a Italia já o fez, que a Suissa já está em via de fazel-o, e que mesmo na America do Norte essa idéa tem partidarios. Mas tudo isso prova apenas um facto que ninguem contesta, o dominio, a influencia directora da escola classica" (op. cit., p. 207). De outra parte, curiosamente, NINA RODRIGUES explica a razão por que considera "os crimes das raças inferiores, do numero dos crimes culposos ou involuntarios". É por negar aos representantes dessas raças a possibilidade de um agir guiado pelo livre arbítrio. Para sua opinião sobre a eficácia da teoria do livre arbítrio, veja-se NINA RODRIGUES, R. Op. cit., p. 171-172.

na redução da esfera de punição, paralelamente a um incremento da segurança nas expectativas sociais, provavelmente associada a uma maior acuidade da consciência da ilicitude, pelos indivíduos a quem a lei penal se dirige, e a uma possível intensificação e maior eficácia do controle punitivo das condutas que seguissem incriminadas. Até o presente momento, contudo, essa parece uma realidade muito distante, justamente por conta da diversidade cultural, de certo modo algo presente nas formulações de Nina Rodrigues.

6. Defesa da eugenia. A solução no embranquecimento

Com todos os defeitos e problemas que se propalava sobre os cruzamentos raciais, a busca de uma pureza racial acompanharia o imaginário da população e, é claro, dos pesquisadores científicos. A eugenia, o estudo das "condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana",[52] passa, então, a ser defendida.

De um lado, a busca do desenvolvimento físico e racial ganha um aliado: o culto ao corpo. Marina Maluf e Maria Lúcia Mott relatam que "em 1918, homens e mulheres viveriam uma revolução nos costumes: a ginástica. Luís Edmundo Costa lembra que os brasileiros que viram nascer a República eram "uma geração de fracos e enfezados, de lânguidos e raquíticos, sempre enrolada em grossos *cache-nez* de lã, a galocha no pé, um guarda-chuva de cabo de volta debaixo do braço (...) Condenava-se sumariamente a ginástica. Considerava-se perigoso o *sport,* por mais brando que fosse". Foram necessárias menos de três décadas para que a Revista Feminina alardeasse as mudanças: "Nosso fim é a beleza. E a beleza só pode coexistir com a saúde, com a robustez e com a força" (*A Belleza Feminina e a Cultura Physica*, 1918).[53]

Mas isso não bastaria para um progresso qualitativo da população:

"Em quase todos os números da *Revista Feminina* podia-se ler o eterno refrão: toda mulher deve ser mãe. Havia quem, entretanto, remasse contra essa maré: em 1893, o médico Abel Parente enfrentaria a forte oposição por ter desenvolvido um método destinado a esterilizar mulheres. Argumentava-se que o Brasil era um país novo e despovoado e que seu desenvolvimento dependia do aumento populacional. Eugenistas, no entanto, saíram em defesa do médico, mas preconizando um processo seletivo de esterilização, que ficaria restrita aos casais pobres, às mulheres que corressem risco de vida em decorrência da gravidez e aos casais com doenças

(52) FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 852.

(53) Em *História da Vida Privada no Brasil*, vol. 3, p. 371.

(54) MALUF, Marina e MOTT, Maria Lúcia. "Recônditos do mundo feminino", em *História da Vida Privada no Brasil,* vol. 3, p. 388. Nesse sentido, colaciona SCHWARCZ texto do dr. Renato Kehl, para quem "não existiria outra saída para o país senão aquela que previsse medidas radicais de controle da população: "Si fosse possivel dar um

que, acreditava-se, provocavam a degenerescência da raça, como a tuberculose e a sífilis."[54]

Ilustrando esse modo de enxergar a depuração das raças, Candido Motta traz à baila a teoria da selecção natural do filósofo alemão Haeckel, que serviria inclusive para justificar a pena de morte, argumentos que não se deve ter por inéditos, estando mesmo na base de determinados discursos sobre segurança pública, nos dias modernos:

"Levando a theoria da selecção ás suas ultimas conseqüências, Haeckel (*Historia da creação natural*, p. 127) (...) sustenta que a pena de morte, quando se trata de um criminoso, de um scelerado incorrigivel, é, não sómente um direito, como um beneficio á parte sã da sociedade, e para esta uma vantagem semelhante á destruição das hervas damninhas em um jardim bem tratado."[55]

balanço entre a nossa população, entre os que produzem, que impulsionam a grande roda do progresso de um lado e do bem estar e de outro lado os parasitas, os indigentes, criminosos e doentes que nada fazem, que estão nas prisões, nos hospitais e nos asylos; os mendigos que perambulam pelas ruas... os amoraes, os loucos; a prole de gente inutil que vive do jogo, do vicio, da libertinagem, da trapaça (...) A porcentagem desses ultimos é verdadeiramente apavorante... Os medicos e eugenistas convencidos desta triste realidade procuram uma solução para esse problema e de como evitar esse processo de degeneração... é preciso evitar a proliferação desses doentes, incapazes e loucos... Após a guerra às epidemias as reformas medico-sociais e eugenicas entram em efervescência... Com esses exemplos chego a seguinte a conclusão eugenica: a esterilização fará desaparecer os elementos cacoplatos da especie humana, ou melhor a sua proporção será reduzida, mas não se garante a perfeição, só conseguida com um processo eugenico" (op. cit., p. 233-234).

(55) MOTTA, C. Op. cit., p. 22-23. Todavia, MOTTA considera exagerada essa solução, eis que: "Parece, porem, que o mal pode ser conjurado, sem esse recurso extremo que repugna á consciencia media da civilisação moderna, talvez mesmo pela grave consideração da fallibilidade humana, sinão pelo instincto de sympathia que se nota até entre os animaes de classes inferiores, em virtude do qual a morte só é dada a individuos de outra especie ou familia. Lobo não come lobo. A sociedade pode livrar-se dos scelerados incorrigiveis com a segregação perpetua; e, quanto ao perigo da reproducção e transmissão hereditaria das más tendencias, a sciencia já descobriu um meio de conjural-o, de modo a não inutilisar no homem as energias do sexo e comprometter a saúde – a esterilização" (op. cit., p. 24).

(56) Essa manifestação do desejo de embranquecimento traz a reminiscência da obra literária escrita por Mário de Andrade em 1928, que representou, antes de tudo, um retrato dos tipos antropológicos brasileiros, a denotar a busca incontida da cultura nacional, por uma identidade própria. Segundo o crítico Cavalcanti PROENÇA, Mário de Andrade se serviu de um material que "é de origem européia, ameríndia e negra, pois que Macunaíma, que nasce índio-negro, fica depois de olhos azuis quando chega ao planalto, enquanto os irmãos do mesmo sangue, um fica índio e outro negro. E continuam irmãos. Macunaíma entretanto não adquire alma européia. É branco só na pele e nos hábitos. A alma é uma mistura de tudo" (*Roteiro de Macunaíma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 27). Esse anti-herói – Macunaíma – surge

O "embranquecimento" da população é, pois, discutido como sendo uma saída para o desenvolvimento do país.[56] Em 1868, a imagem que levava do Brasil o pesquisador visitante suíço Louis Agassiz era de uma população mestiça, com características de 'raça inferior', deixando ele o seguinte alerta:

"(...) que qualquer um que duvide dos males da mistura de raças, e inclua por mal-entendida filantropia, a botar abaixo todas as barreiras que as separam, venha ao Brasil. Não se poderá negar a deterioração decorrente da amálgama das raças mais geral aqui do que em qualquer outro país do mundo, e que vai apagando rapidamente as melhores qualidades do branco, do negro e do índio deixando um tipo indefinido, híbrido, deficiente em energia física e mental."[57]

Tais crenças encontram motivação, por evidente, nos postulados racistas já referidos, aos quais os estudiosos, notadamente do ramo médico, buscavam atribuir contornos científicos, de algum modo em razão de circunstâncias históricas, mas que se reproduzem ainda hoje, em reiteradas manifestações de intolerância.

7. A responsabilidade do médico pelos destinos da nação. O crime como doença. A pena como remédio

Entende o médico Nina Rodrigues que deve ser chamada a atuar, em todos os casos, para manifestar-se acerca da responsabilidade penal, a "psychiatria moderna".[58] Tobias Barreto, tampouco deixa, neste ponto, de ser categórico:

"A minha opinião está assentada: – aos médicos, e *só aos médicos*, é que compete *apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psicofísica dos criminosos*. Êles não devem limitar-se a *atestar* êsse estado, mas antes devem *julgá-lo* magistrática e autoritáriamente, Isto, porém, não quer dizer que eu subscreva, como razoáveis, *tôdas* as suas doutrinas em matéria de psicolo-

como sendo o retrato do Brasil, em razão da mistura de culturas que o compõe. Sua frase preferida – "Ai, que preguiça" – parece significativa e coincidente com o retrato que os defensores da antropologia criminal faziam do negro (veja-se MOTTA, C. Op. cit., p. 33).

(57) SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 13. A legenda que acompanhava o quadro de M. BROCCOS, quando compôs a abertura do ensaio denominado "*Sur les métis au Brésil*", de João Batista Lacerda, então diretor do Museu Nacional do Rio de Janeiro, no I Congresso Internacional das Raças, realizado em julho de 1911 era significativa: "*Le nègre passant au blanc, à la troisième génération, par l'effet du croisement des races*". A tese de Lacerda nesse Congresso foi: "o Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução" (cf. SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 12).

(58) Principalmente nos capítulos V e VI de sua obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*.

(59) *Menores e loucos*, Obras completas, 1926, p. 67, apud CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 272-273.

gia criminal. Nelas existe uma grande parte de exageração, que é preciso combater e arredar." [59]

SCHWARCZ resume a disputa entre os homens do direito e os da medicina da época, nos seguintes termos:

"Aos médicos, dizia um artigo da *Gazeta Medica*, caberia 'a orientação scientifica, que assegura a execucção das boas leis e dá estabilidade e firmeza aos melhores planos de progresso e engrandescimento do paiz'."[60]

A disputa camuflada, ou por vezes nem tanto, entre os homens da lei e os médicos, é explicitada neste trecho do discurso de paraninfo do prof. Cypriano Freitas, publicado no jornal *Brazil Medico* em 1912:

"Em um paiz como o nosso, que necessita de imigração, devemos curar, como na Africa do Sul (...) não é com leis que se corrigirá o povo (...) Só o médico pelo conhecimento que tem do homem, pode influenciar na decisão (...)."[61]

Motta trata sobre o conceito da pena de maneira a não deixar dúvidas de que seu pensamento é o espelho do pensamento da escola positiva italiana:

"É uma simples questão de palavras. A pena primitivamente queria dizer compensação; para a escola classica quer dizer – castigo; para a escola positiva – defesa preventiva ou repressiva.

"A pena é, como dizia Carrara, um mal physico que a sociedade causa ao delinquente. Para a escola positiva, tanto é pena o manicomio, como a colonia correcional, como a prisão cellular. Será crivel que todos aquelles a que se refere Proal deixem de praticar crimes, porque o constrangimento que lhes é imposto se chama *pena* e não *tratamento*?"[62]

Ora, depreende-se de críticas elaboradas em periódicos médicos a visão que tinha a classe médica da lei penal:

"O código penal está errado, vê crime e não o criminoso. De ordem secundária é por sem dúvida a natureza do delicto. Antes de tudo a identificação mental

(60) SCHWARCZ, L. M. op. cit., p. 202.

(61) SCHWARCZ, L. M., Op. cit., p. 232. Em Sylvio ROMERO, temos idéia, bastante floreada, disso: "Não há, parece-nos, ações más, mas apenas ações patológicas, verdadeiramente. Um delito é o efeito dum pensamento incompleto ou vicioso, que é por sua vez o parto dum cérebro viciado. O mal filosófico é apenas uma enfermidade. A moral, e com ela o direito, devem ceder alguma coisa à patologia. Ao que a sociedade chama de um perverso, ao que os Códigos chamam um criminoso, a ciência chamará um dia apenas – o doente. No que o catolicismo vê muita vez uma influência de inspirações infernais, a influência do diabo, no que o espiritualismo vê sempre a impossibilidade de manifestação do eu, a ciência verificará um dia que não há mais do que um desarranjo anatômico, ou um desvio da ação fisiológica. Os exorcismos, as penitenciárias, os patíbulos cederão lugar à mão sábia do médico e à droga farmacêutica" (ROMERO, Sylvio. *A obra de Sylvio Romero em criminologia e direito criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1951, p. 72).

(62) MOTTA, C. Op. cit., p. 70-71.

dos criminosos, pela inspecção medica-physica e physica e sua qualificação à especie que pertence é que interessa. A sciencia fechara os carceres abrindo a correção physiologica sob a tutela de medicos que cuidarão da cura physica e mental dos transviados da sociedade."[63]

E ainda:

"Não nos cançaremos de martelar relativamente à deficiencia e anachronismo do Codigo Penal quanto aos artigos que se referem aos alienados delinquentes. Note-se bem não se fala de "loucos" mas sim de "alienados" (...) O Codigo Penal é atrazado, não acompanhando a evolução do Direito Criminal (...) No fundo da questão, a causa unica do mal, o nucleo perturbador é a doutrina que orientou o codigo – o livre arbitrio – essa velharia já aniquilada pela sciencia. Enquanto esse mitho não for de todo varrido do Codigo, a balburdia coontinuará como até hoje responsabilidade (...)."[64]

Buscava-se tratar o crime como anormalidade, como loucura ou doença, o que representava desde logo, sob enfoque teórico, uma inversão na maneira de lidar com a pena criminal, a antecipar, de algum modo, o correcionalismo, ou mesmo a ideologia do tratamento ressocializador, do século XX.

Cabe, ainda, consideração sobre os reflexos do discurso teórico no campo prático. Alterar denominações é a maneira mais usual para disfarçar o antigo sob a aparência de novas conquistas. Até os dias de hoje, há quem não confira conteúdo sancionatório à medida de segurança. E, no campo do direito da "Infância e Juventude", a normativa brasileira consagrou o emprego de termos como "ato infracional", no lugar de "crime", e "medida sócio-educativa", ao invés de "pena", havendo quem pretenda, malgrado todas as semelhanças práticas e a carga de sofrimento que, em todos os casos, se impinge, identificar nessa terminologia diferenças qualitativas. Ainda que reconheça a legislação às crianças e adolescentes a condição particular de pessoas com a personalidade em desenvolvimento, a burla de rótulos justifica-se apenas politicamente, pois as punições são muitas vezes mais severas do que as penas criminais ordinárias.

8. O mal a ser combatido é o delinqüente, em seus diferentes tipos

Ora, demonstra Motta que o foco de preocupação no combate do crime, que é considerado o grande mal social, não é o próprio crime e sim o delinqüente, o que, por um lado, pode ser compreendido como sendo um esforço de aproximação do direito penal à realidade, com a virtude de evitar a alienação, mas por outro induz à crença na atuação proativa do direito penal, como formulador de políticas públicas e transforma os seres humanos que são apanhados pelas malhas do sistema jurídico-criminal em bodes expiatórios ou em exemplos:

(63) SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 212.
(64) SCHWARCZ, L. M. Op. cit., p. 213.

"E, de facto, quer se considere o crime como uma mera perturbação da ordem juridica, pela violação d'aquillo que a lei convencional e escripta prohibe de o fazer; quer como um phenomeno natural e necessario, pela violação dos sentimentos fundamentaes de piedade e probidade, cujo conjuncto forma o senso moral, vemos com a observação e experiencia de todos os dias que não é o crime que devemos combater, porque, porque a despeito de todo esforço possivel e imaginavel elle subsistirá com esse caracter de fatalidade que caracterisa principalmente o mundo physico.

"O crime é uma entidade abstracta; para o seu agente, o homem que o pratica, é que devem convergir as vistas da sociedade collocada em attitude de legitima defeza."[65]

Motta enumera várias classificações de criminosos, dentre as quais a de Enrico Ferri, a qual adota, por entendê-la a mais completa, inclusive complementar à de Lombroso, tendo sido consagrada pelo *Primeiro Congresso de Antropologia Criminal* reunido em Roma,[66] sendo curiosa sua observação:

"É esta classificação que adoptamos por que é a que melhor condiz com as nossas observações, a despeito das difficuldades determinadas pela diversidade ethnica, pela ausencia quasi absoluta de dados estatisticos e pela insufficiencia dos instrumentos de verificação somatica."[67]

Em suma, a fragilidade de sua classificação é denunciada antes mesmo de ser ela ventilada. Baseia-se ela em nada – ou seria assim tão pouco? – além de observação e algumas doses de imaginação.

A primeira classe exposta por Motta é a dos criminosos natos, ou instintivos, cuja figura "suppõe naturalmente a do individuo incorrigivel, que escapa a qualquer acção moralisadora, que é refractario a toda a especie de castigo":[68]

Essa estirpe humana seria a negação absoluta do livre-arbítrio. Lembrando alguns discursos que se passam por atuais, refuta ele que possa haver dignidade humana para tais criminosos, compara-os a deficientes físicos e ainda propugna a defesa da sociedade contra os crimes *hediondos*!:

"Acreditamos que tal dignidade humana ainda tenha menos valor como argumento scientifico, e não passe de sonora e retumbante figura de rhetorica.

"Será egualmente offensa á dignidade humana dizer-se que um individuo é cego, ou mudo de nascença? A natureza que recusou a uns seus dons physiologicos

(65) MOTTA, C. Op. cit., p. 25;28-29.

(66) MOTTA, C. Op. cit., p. 47-53.

(67) MOTTA, C. Op. cit., p. 53.

(68) MOTTA, C. Op. cit., p. 67. Segundo MOTTA, "o criminoso-nato ou instintivo, apresenta dois caracteres psychicos fundamentaes: a ausencia hereditaria do senso moral, de que resultam a insensibilidade physica e moral, a falta de repugnancia ao acto delictuoso, a ausencia de remorso, a imprevidencia das consequencias, mesmo as mais proximas, das suas acções" (op. cit., p. 103).

não poderia recusar a outros os dons psychologicos? Tanto o cégo e o mudo, como o criminoso-nato, não são uma aberração do homem normal?

"Não será maior ultraje á dignidade humana affirmar-se que uma grande parte da sociedade commette os mais hediondos, vis e repugnantes crimes, única e exclusivamente porque assim o quer; que entre o caminho do bem e da virtude e o do mal e do vicio, escolhe propositalmente o ultimo?"[69]

Motta estabelece a diferença entre as espécies de criminosos natos assassinos, e a espécie dos ladrões, não havendo um tipo comum, embora pudesse haver pontos de analogia.[70] Além dos aspectos físicos, nota ele traços psicológicos diversos, entre assassinos e ladrões, contrapondo a frieza do assassino, e sua "indifferença pela propria morte" à "repugnancia pelo sangue" e à "covardia" dos ladrões, que possuiriam uma tendência irrefreável pela mentira.[71]

A segunda classe de criminosos identificada por Candido Motta é a dos criminosos de ímpeto, os quais "apresentam, relativamente ao senso moral, um quadro psychologicamente oposto ao do criminoso-nato. Revela também imprevidencia; esta, porem, não nasce de uma falta hereditária do senso moral, mas da momentanea anesthesia deste sentimento".[72] O criminoso de ímpeto seria aquele "honesto si bem que o transporte da paixão que o domina o faça parecer, em muitos casos, differente do que realmente é".[73]

No que toca à terceira classe de criminosos, os "criminosos de occasião ou de

(69) MOTTA, C. Op. cit., p. 53-55.

(70) MOTTA, C. Op. cit., p. 79. MOTTA ainda compara os crânios de assassinos e ladrões, anotando as diferenças (p. 89-92).

(71) MOTTA, C. Op. cit., p. 103-117. Sobre a capacidade para mentir, relata MOTTA, denotando todo o preconceito racial que subjaz às formulações da nova escola, caso de um cigano ainda criança, que teria furtado uma caixa contendo jóias de valor, o qual negou tudo "com um comico cynismo": "É esse um facto que se verifica entre os *bohemios* ou nossos *ciganos*. Expertos, labiosos, velhacos, e ladrões, jamais confessam os crimes, mesmo apanhados, como se diz vulgarmente, com a *bocca na botija*, e isso parece o resultado de uma cuidadosa *educação* (...)" (p. 108-109).

(72) MOTTA, C. Op. cit., p. 112.

(73) MOTTA, C. Op. cit., p. 118. O criminoso de ímpeto se regeneraria, em praticamente 100% dos casos.

(74) MOTTA, C. Op. cit., p. 119-120. Ainda especifica: "O criminoso de occasião tem quasi sempre uma vida anterior honesta e caracteriza-se pela fraqueza, pela falta de resistencia ás más incitações que a occasião lhes proporciona. Uma vez commetido o crime confessa-o completamente, mostrando todavia arrependimento. (...) É isto justamente o que assignala a distincção entre o homem normal e o criminoso de occasião. O primeiro tem tão robusta a sua integridade moral, que prefere morrer de fome a lançar mão do que não lhe pertence: o segundo, devido a debilidade do senso moral, si não procura uma occasião para apossar-se do alheio, não tem comtudo a força inhibitoria necessaria para resistir á tentação toda a vez que a occasião se lhe deparar casualmente" (MOTTA, C. Op. cit., p. 121-122; 126).

accidente", "são os que, sem ter uma tendencia innata ou activa para o crime, nelle cahem levados pelas condições pessoaes e influencia do meio physico e social".[74]

Já os criminosos habituais Motta descreve como sendo "aquelles que, não tendo tão accentuados os caracteres anthropologicos do criminoso-nato, commettem o seu primeiro delicto mais frequentemente na mocidade e mesmo na infancia, quasi sempre contra a propriedade, e muito mais por fraqueza moral com a impulsão das circumstancias e do meio mephitico do que por tendencias innatas e enérgicas".[75] Especificamente sobre essa classe de criminosos, tece Motta críticas ao sistema carcerário, que os corrompe, física e moralmente, tornando-os propensos a adquirir o "hábito crônico" da prática de crimes.[76]

Completam a classificação de Motta os criminosos alienados, que seriam, "anthropologicamente, identicos aos delinquentes-natos, nos casos de loucura ou imbecilidade moral e epilepsia; e noutros casos differem, não só pela desordem intellectual, como por muitos symptomas psychologicos".[77]

9. À guisa de conclusão

O objetivo do presente texto foi exatamente expor, muito mais do que discutir, o que significou a escola da antropologia criminal no Brasil. Para tanto, as obras mais significativas de dois pesquisadores da época foram examinadas e é certo que elas, embora com nuances significativas, coincidem em muitos pontos, preocupados que estavam ambos em adaptar os postulados da antropologia criminal e as teorias da escola positiva do direito penal à realidade brasileira de então. Anunciaram com isso uma série de autores, notadamente no campo das ciências sociais, que viriam trazer contornos a uma identidade nacional.

Não restam dúvidas de que contribuíram também para a propagação de teorias de cunho racial, as quais no entanto não lograram alcançar a mesma popularização no Brasil que na Europa, que seria de Hitler, Franco, Mussolini... Isso apenas mostra que a intolerância e a rejeição da "diferença" são dados culturais que fortalecem suas raízes em circunstâncias histórico-sociais precisas. Talvez o maior problema com o qual lida a criminologia seja o estigma que acompanha o condenado, mesmo após o cumprimento de pena, e que reforça o sentimento

(75) MOTTA, C. Op. cit., p. 126-127.

(76) MOTTA, C. Op. cit., p. 127. A crítica ao modelo prisional ainda segue às páginas 128-129. Para MOTTA, adotando posição em que avultam as marcas da antropologia criminal, as casas correcionais são vistas como um remédio: "Não será necessario consultar as cartomantes para saber o futuro deste menino. Colloquem-n'o entretanto num bom estabelecimento correccional e veremos salvar-se ainda essa alma do inferno do crime" (MOTTA, C. Op. cit., p. 129).

(77) MOTTA, C. Op. cit., p. 132. Diferencia MOTTA ainda os criminosos alienados (que sofreriam "de imbecillidade moral") dos verdadeiros criminosos loucos (estes, "atacados de uma forma commum e clinica de alienação mental).

social de rejeição a seu respeito. As classificações de criminosos eram uma maneira de evidenciar, rotular, marcar aqueles que possuíam tendências ao crime. Curiosamente, as descrições biotípicas dos delinqüentes coincidiam com os caracteres das classes socialmente marginais. Pouco, percebe-se, foi feito para modificar esse estado de coisas.

Sob o prisma do Direito Penal, extirpadas as camadas de retórica que cobriam as digressões dos autores dessa época e mesmo todo o conteúdo político e ideológico que acompanhava os estudos da antropologia criminal, algo foi aproveitado pelos autores do Código Penal de 1940, que é considerado eclético, acolhendo e procurando conciliar as idéias dos neoclássicos com o positivismo, o que é salientado em sua própria "Exposição de Motivos". Daí, lembra Pierangelli, "afirmarem que o legislador acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri",[78] tão embora não se possa deixar de observar que as escolas que influenciaram a legislação penal brasileira já eram objeto de questionamentos na Europa, em seus fundamentos, sem que a doutrina brasileira de então tomasse conhecimento disso.

Porém, a contribuição da escola positiva para nosso direito é inegável. Alguns campos em que essa influência se torna manifesta encontram-se no tratamento tutelar do menor, no regime que se atribuiu à periculosidade, com suas conseqüências na definição da medida de segurança, e, ainda, no que toca à necessidade de individualização da pena. Foram imprescindíveis suas idéias, ainda que não devam, nem possam, ser aceitas passivamente.

Todavia, tudo indica que o grande mérito da antropologia criminal, na superação do anterior paradigma, puramente racionalista, esteja na ênfase sobre o indivíduo como objeto de conhecimento, pois, segundo Lombroso, para fazer Justiça "é preciso conhecer o criminoso".

Com o desenvolvimento do positivismo normativista que ainda domina a doutrina nacional, a partir de inquestionáveis avanços no sentido de considerar-se o direito penal não apenas como instrumento de defesa social, mas sempre ainda como garantidor e definidor dos espectros de segurança individual e de certeza jurídica, a norma e a estrutura do crime passaram a ser o foco dos estudos jurídico-penais, notando-se, mais recentemente, preocupação com a aplicação da norma (sanção criminal). Justamente esse "fetiche" pela norma ocupa parte do conteúdo da crise atual pela qual atravessa o direito penal.

A realidade, outrora estável, sofria modificações graduais, quase imperceptíveis para o mais atento observador, até o século XIX. Hoje, a tensão nessa realidade – onde as trocas sociais se estabelecem – é constante, baseada nos avanços do paradigma tecnológico, na velocidade da informação e no recrudescimento do tráfico econômico, em escala mundial. Seria natural uma relativização dos valores que se deseja proteger jurídico-penalmente, em razão da heterogeneidade social e mesmo da liberdade individual, em um Estado Democrático de Direito. Nota-se uma crescente desvinculação entre as leis e tribunais, de um lado, e a realidade,

(78) *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

cambiante, de outro. O sentimento de insegurança coletiva aumenta na medida em que as instituições se revelam insuficientes.

É também, natural que, neste momento, "novas" teorias ganhem forma. Muitas perplexidades dos aplicadores do direito talvez encontrassem, assim, resposta. Contudo, pode o momento ser propício a um inteiro remodelamento do sistema punitivo estatal, coibindo-se poderes paralelos, com foco no respeito às pessoas (não tachadas previamente como criminosas), aos diferentes modos de vida e às específicas condições para o exercício digno das atividades privadas. O desafio moderno talvez, mais que tudo, resida na aceitação da "diferença" e no relativismo axiológico que ela engendra, com as conseguintes reverberações no plano da constituição do bem jurídico-penal.

Bibliografia

ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org.). *História da vida privada no Brasil; 2: Império.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte Geral.* 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

CALDEIRA. Jorge. *A nação mercantilista: ensaio sobre o Brasil.* São Paulo: Ed. 34, 1999.

CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea.* São Paulo: Saraiva, 1962.

FREYRE, Gilberto. *Perfil de Euclides e outros perfis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1987.

KAHN, Tulio. "Ensaios sobre racismo: manifestações modernas do preconceito na sociedade brasileira", *Conjuntura.* São Paulo, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na História. Lições introdutórias.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

MOTTA, Candido Nogueira da. *Classificação dos criminosos. Introducção ao estudo do direito penal.* São Paulo: J. Rossetti, 1925.

NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.* (1894) Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, s/d.

———. *As collectividades anormaes.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.

PERELMAN, Chaïm. "Ato e pessoa na argumentação", *Retóricas.* Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica.* Bauru: Jalovi, 1980.

PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil.* 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1970.

ROMERO, Sylvio. *A obra de Sylvio Romero em criminologia e direito criminal.* Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1951.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Racismo", *Revista de Direitos Difusos: Direitos dos Grupos Vulneráveis* 9/1.173-1.188, ano 2, São Paulo, out. 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX.* São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo de raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930.* São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SEVCENKO, Nicolau (Org.). *História da vida privada no Brasil; 3: República.* São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SODRÉ, Nelson Werneck. *A ideologia do colonialismo: seus reflexos no pensamento brasileiro.* Petrópolis: Vozes, 1984.

SOUZA, Laura de Mello e (Org.). *História da vida privada no Brasil; 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro.* São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1982.

VIVEIROS de CASTRO, Francisco José. *A nova escola penal.* Rio de Janeiro: Moderna, 1894.

WEHLING, Arno. "O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)", in WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

4.2

LA POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DROGAS EN ESPAÑA, TRAS EL NUEVO CÓDIGO PENAL

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

SUMARIO: 1. Introducción – 2. De la reforma de 1988 al nuevo Código Penal de 1995. 3. Tráfico de drogas: puro y simple continuismo: 3.1 Ausencia de un concepto penal de droga, definido por el Código Penal; 3.2 Distinción entre las sustancias que causan grave daño a la salud y los demás casos; 3.3 Dos bloques de conductas punibles; 3.4 Múltiples supuestos agravatorios; 3.5 Penas – 4. Nuevas figuras delictivas – 5. El caso de la posesión y consumo – 6. Aspectos facilitadores de la persecución penal – 7. Tratatamiento jurídico y atención a los toxicómanos: 7.1 Drogas y responsabilidad penal; 7.2 Medidas de seguridad; 7.3 Suspensión condicional de la pena; 7.4 Tratamiento penitenciario del drogodependiente – 8. Conclusiones. Propuestas alternativas.

Resumen: En 1995 fue aprobado en España un nuevo Código Penal. Aun cuando son muchos los aspectos en los que el nuevo Código ha introducido una nueva regulación, no es éste el caso de las drogas, materia en la que el nuevo Código Penal se coloca en un puro y simple continuismo respecto de la última reforma de 1988. Son, en efecto, características de la regulación del Código Penal en materia de drogas: 1) la ausencia de un concepto penal de droga, definido por el Código Penal; 2)la distinción entre las sustancias que causan grave daño a la salud y los demás casos; 3) el establecimiento de múltiples supuestos agravatorios en la línea de la Convención de Viena; 4) la fuerte escalada en cuanto a las penas; y 5) la introducción de nuevas figuras delictivas en materia de blanqueo y de precursores. Completan la caracterización de la política criminal española en materia de drogas el tratamiento de la posesión y consumo como infracciones administrativas contra la Seguridad Ciudadana y la intensificación de las vías facilitadoras de la persecución penal, así como las posibilidades abiertas para el tratamiento de los drogodependientes delincuentes.

Palabras-clave: Droga – Toxicómano – Blanqueo – Tráfico – Consumo.

1. Introducción

La aprobación del nuevo Código Penal de 1995 representa en España el punto culminante de una importante renovación legislativa operada en la década de los noventa que ha afectado a todo el marco penal, y en la que también se encuentran la nueva Ley de Contrabando (1995) y el nuevo Reglamento Penitenciario (1996).

Con el nuevo Código Penal la Política Criminal ha tomado un nuevo rumbo. En no pocos aspectos, y a pesar de que las soluciones técnicas puedan en ocasiones merecer críticas, las reformas han caminado en la línea de lo exigido desde una perspectiva racional y progresista: introducción de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección, eliminación de otros, restricción de la intervención penal (respecto de los actos preparatorios, en la imprudencia...), profunda reordenación del sistema de penas y de medidas...

En materia de drogas, la dirección no ha sido precisamente ésta. En una línea plenamente continuista con la regulación anterior y con las reformas operadas en 1988,[1] el nuevo Código Penal presenta escasas novedades en este punto.

2. De la reforma de 1988 al nuevo Código Penal de 1995

La reforma de 1983 supuso en España una reformulación muy aplaudida de los delitos de tráfico de drogas. Respetuosa de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, definió de manera precisa los comportamientos punibles, distinguió el tratamiento penal de las drogas duras y blandas y redujo el excesivo arbitrio judicial anterior. La reforma de 1983 consolidó igualmente en la letra de la ley lo que era ya una doctrina jurisprudencial sin fisuras: la atipicidad penal de la posesión para el propio consumo. Esto, unido a la entidad de las penas previstas, fundamentalmente para el tráfico de drogas blandas, suscitó fuertes críticas en el plano internacional.

La presión de las instancias internacionales acabó produciendo sus efectos en 1988.[2] Objeto de la "contrarreforma"[3] fue responder a las censuras internacionales, asumiendo acríticamente sus modelos, incluso antes de aprobarse.[4] Se trató así de reducir las diferencias en el tratamiento penal de las drogas duras y blandas. Se amplió la definición de las conductas punibles para dar cabida a todo tipo de contacto con las sustancias ilícitas, introduciendo además nuevas figuras, como la receptación, y circunstancias agravantes. Se elevaron las penas y se facilitó el comiso. También se incluyó una normativa específica (absolutamente insuficiente) de la suspensión condicional de la pena para drogodependientes.

Desde el prisma procesal, la reforma de 1988 se completó con la creación de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

(1) J.L.DE LA CUESTA, "The Present Spanish Drug Criminal Policy", in H.J.ALBRECHT, A.VAN KALMTHOUT (eds.), *Drug Policies in Western Europe*, Freiburg i.Br., 1989, p. 300 et seq.

(2) G.QUINTERO OLIVARES, "Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública", en Consejo General Del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1993, p. 71.

(3) J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "¿Qué resuelve la reciente reforma del Código penal en materia de drogas?", *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 232.

(4) Como sucedió con determinados contenidos de la Convención de Viena.

Esta pronto destacó las insuficiencias de la regulación española respecto de la Convención de Viena, aprobada el mismo año, y demandó una nueva reforma del Código Penal y de la legislación procesal, fundamentalmente con objeto de incriminar el blanqueo y el tráfico de precursores.

La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre (BOE núm.308, 14 diciembre 1992),[5] vino a dar cumplimiento a esta demanda y, junto a la regulación de las "entregas vigiladas", sirvió igualmente para trasponer al Derecho español determinados aspectos de la Directiva 91/308 CEE en lo relativo al blanqueo de capitales y beneficios económicos derivados del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos. Es más, preocupada, nuevamente, por el perfecto seguimiento de lo internacionalmente convenido, la reforma de 1992 renunció a la elaboración propia por el derecho español de las nuevas figuras delictivas, limitándose a copiar de manera mecánica (y no sin errores) el contenido de los textos internacionales, en un proceso de "colonización jurídica" muy criticado por la doctrina.[6]

Los artículos 368 a 378 del nuevo Código Penal, de 23 de noviembre de 1995 recogen de manera casi literal la regulación en vigor tras la reforma de 1992. En realidad, sólo supone una completa novedad la disposición relativa al arrepentimiento y colaboración (art. 376). En cuanto al blanqueo, aparece entre los delitos contra el orden socioeconómico, en los artículos 301 a 304.

La regulación en vigor constituye, por tanto, el resultado de la evolución de los últimos diez años, muy preocupada, como se ha visto, por el cumplimiento de lo exigido en el ámbito internacional. Rasgo de la normativa es, junto al seguidismo explicado, su carácter continuista en cuanto al tráfico de drogas, que se combina con una ampliación de la línea represiva tanto mediante nuevas figuras delictivas, como en el plano de la posesión y consumo, objeto de intervención sancionadora por vía administrativa a partir de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992. También en lo procesal se introducen instrumentos dirigidos a asegurar la mayor eficacia en la persecución. Todo ello se combina, finalmente, con una mayor atención a las necesidades de los drogodependientes delincuentes, única área en la que se ha tenido de algún modo en cuenta el contenido de las Propuestas alternativas de política criminal presentadas a comienzos de la década de los noventa.

3. Tráfico de drogas: puro y simple continuismo

Las claves del tratamiento penal del tráfico de drogas en el nuevo Código Penal siguen siendo las fijadas en su día por la reforma de 1988: ausencia de toda definición de "droga" por parte del Código; distinción, a efectos de pena, entre el tráfico de drogas "duras" y "blandas"; amplio concepto de tráfico, con inclusión

(5) C.VIDALES RODRIGUEZ, "La última reforma del Código Penal en materia de drogas", *Revista General de Derecho* 583, 1993, p. 2.725 et seq..

(6) Por todos, J.L.DIEZ RIPOLLES, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *Actualidad Penal* 32, 1994, p. 602.

de la posesión con el fin de traficar; muchas circunstancias agravantes, que permiten un increíble aumento de la penas, las cuales son ya importantes para el tipo básico de tráfico, en particular, de drogas duras.

3.1 Ausencia de un concepto penal de droga, definido por el Código Penal

El nuevo Código Penal, como el anterior, no define las "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Esto suscita un gran debate en torno al concepto penal de droga. Dos son las direcciones principales:

- el concepto ha de integrarse con los textos e instrumentos internacionales, los cuales suministran al efecto unas listas de sustancias, periódicamente completadas internacionalmente o por la vía de la legislación interna;
- se trata de un concepto autónomo, que debe ser integrado por los jueces y tribunales en cada caso, atendiendo al concepto médico propuesto por la Organización Mundial de la Salud y tomando en cuenta, pero sin vinculación total, el contenido de las listas y convenciones internacionales.

La primera es la dirección seguida por la jurisprudencia y por una relevante línea doctrinal y se presenta como la solución más atractiva desde el prisma de la seguridad jurídica, que se satisface mejor mediante la existencia de listas o catálogos públicos y actualizados.[7] Por su parte, la segunda constituye una posición doctrinal que rechaza la sujeción automática a los textos internacionales, cuyas listas incluyen sustancias que no cubren suficientemente el concepto médico de droga. Además, permite una mejor tutela del bien jurídico principalmente protegido (la salud pública), al facilitar la aplicación de las disposiciones penales a las nuevas sustancias peligrosas, perfectamente conceptuables como drogas desde un prisma médico o farmacológico y cuya inclusión en las listas internacionales, consumada ya a la hora del enjuiciamiento de los hechos, tal vez no se había producido en el momento de realización del comportamiento prohibido.

Ciertamente, la opción no es sencilla. Considero, sin embargo, que a la luz de las expresiones empleadas por el legislador desde 1983 y por razones de seguridad jurídica, resulta preferible la primera de las direcciones, si bien con una matización: salvo que, por sus propias características, las sustancias se aparten del concepto médico o farmacológico de droga.[8] Todo ello sin perjuicio de entender también al margen del tipo los supuestos en que quede excluida la afectación del bien jurídico por la "insignificante" cantidad o incluso debido a las transformaciones degenerativas de las sustancias mismas.[9]

(7) Por todos, L.ARROYO ZAPATERO. "Aspectos penales del tráfico de drogas", *Poder Judicial* 11, 1984, p. 22 et seq.

(8) Como propuso hace tiempo LUZON PEÑA, "Tráfico y consumo de drogas", en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, p. 65.

(9) C.CONDE-PUMPIDO TOURON, en C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3.409.

3.2 Distinción entre las sustancias que causan grave daño a la salud y los demás casos

Introducida en 1983, la distinción entre las diversas sustancias, atendiendo a su diferente nocividad a la salud, fue considerada por la doctrina como uno de sus "mayores aciertos"[10] y se mantuvo con la reforma de 1988. Ni el Código Penal ni ninguna otra regulación establecen cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud[11] y cuáles deben ser incluidas en los "demás casos", con arreglo al art. 368. Esta ha sido, por tanto, una tarea de la jurisprudencia.

Por lo general, la inclusión de una sustancia entre las que causan grave daño a la salud o no depende del análisis de sus características, pureza y concentración. En la práctica se consideran drogas duras el opio y sus derivados, la morfina, la heroína, la metadona, la codeína, la coca, la cocaína, el éxtasis,[12] "droga del amor", Speed, centramina. Se incluyen, por su parte, en los "demás casos" la *cannabis* y sus derivados. En cuanto a las anfetaminas, barbitúricos y LSD se suscita una mayor controversia, si bien normalmente se clasifican como drogas duras.[13] Dada su importancia desde el prisma de las penas, sería en cualquier caso deseable por razones de seguridad jurídica que se fijaran de modo explícito, si no la estricta clasificación de las sustancias, al menos los criterios de distinción.[14]

3.3 Dos bloques de conductas punibles

Dos son los bloques de conductas punibles en cuanto al tráfico de drogas (art. 368):

- el tráfico en sentido amplio: cualquier modo de promoción, favorecimiento, facilitación del consumo ilegal; y
- la posesión con aquellos fines.

La extraordinaria extensión de la incriminación penal, fuertemente criticada por la generalidad de la doctrina y que tiende a abarcar todo contacto con las

(10) J.I.PRIETO RODRIGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 2. ed. Pamplona, 1993, p. 174.

(11) J.M.PALMA HERRERA, "El concepto de 'grave daño a la salud' en el artículo 344 del Código Penal. Especial consideración del éxtasis", *Cuadernos de Política Criminal* 58, 1996, p. 177 et seq.

(12) Recuerdan, con todo, CARMONA SALGADO (en M.COBO DEL ROSAL, (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, II, Madrid, 1997, p. 157), MENDOZA BUERGO (en M.BAJO FERNANDEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 665) y PALMA HERRERA "El concepto...", cit., p. 178) cómo la Audiencia Nacional (S.12 enero 1994) la incluyó entre los "demás casos" del art. 344.

(13) Al igual que el Bustaid, Buprex, Prefin, Rophinol...

(14) Con todo, J.M.PALMA HERRERA, "El concepto...", cit., p. 195 et seq.

drogas ilícitas, ha sido objeto de aplicación restrictiva por ciertas líneas jurisprudenciales.[15] Estas, que en algunos puntos no pueden considerarse ya minoritarias, declaran ajenos al concepto de tráfico penalmente ilícito[16] –por su incapacidad para la puesta en peligro del bien jurídico protegido por este delito de peligro–[17] determinados comportamientos de entrega gratuita de drogas, dejando mayoritariamente fuera de lo típico las entregas de droga no retribuidas (o hasta la adquisición y tenencia de drogas en nombre de un grupo) para el consumo compartido inmediato en un domicilio o recinto cerrado, cuando no existe peligro de difusión entre no drogodependientes, o la donación de pequeñas cantidades entre consumidores habituales, amigos, para eludir la crisis de abstinencia o para asegurarse un trato recíproco en el futuro.[18]

En cuanto a la posesión, a pesar de la ampliación operada en 1988, la Jurisprudencia ha mantenido la línea anterior, uniforme desde 1973 (STS 21 noviembre 1973), de excluir la tipicidad penal de la posesión para el propio consumo (esto es, "entre tres y cinco días").[19] La posesión para el tráfico se admite incluso sin tenencia material, cuando se adquiere la droga para traficar.[20] Esto debe ser criticado:[21] si bien la posesión no requiere siempre el contacto físico, ha de precisar de una mínima disponibilidad efectiva o real, en ausencia de la cual no puede entenderse traspasado el umbral de la consumación. Ahora bien, sólo "excepcionalmente"[22] se aceptan en estos delitos por el Tribunal Supremo las for-

(15) M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas", *La Ley* 4624, 09.09.1998, p 1 et seq.

(16) Que abarca la compraventa, donación, almacenamiento, depósito, transporte, tránsito, intermediación o devolución...

(17) N.GARCIA RIVAS, "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", *Revista Penal* 2, 1998, p. 27 et seq.

(18) L.F.REY HUIDOBRO, "El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad", *Actualidad Penal* 34, 1994, p. 633 et seq.

(19) Con base en la STS de 28.09.1990, J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.651.

(20) L.F.REY HUIDOBRO, *El delito¼*, cit., p. 38 et seq.; F.SOTO NIETO, "Estudio básico del artículo 344 del Código Penal", en CGPJ, *Cuadernos...*, cit., p. 93 et seq. En cuanto a la conducta de quien se limite a custodiar o guardar la droga teniéndola a disposición de otro es normalmente calificada por la jurisprudencia como cooperación necesaria, al igual que los supuestos del mediador, perfectamente típicos de manera directa a través de la fórmula final del art. 368. F.SOTO NIETO, ibidem, p. 113 et seq. Una reciente jurisprudencia otorga un trato más favorable al "servidor de la posesión", que adquiere y posee la droga, en beneficio de un pequeño grupo para su consumo compartido. M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 3.

(21) Por todos, D.M.LUZON PEÑA, "Tentativa y posesión en el tráfico de drogas. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 15 de marzo de 1989", *La Ley* 2, 1989, p. 746.

(22) M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 4.

mas imperfectas de ejecución[23] (y hasta modalidades de participación),[24] plenamente admisibles para la doctrina.[25]

Con objeto de determinar cuándo hay posesión para el propio consumo o posesión para el tráfico, y a falta de todo criterio desde el Código Penal, la jurisprudencia atiende a determinados elementos: condición de consumidor habitual o no;[26] lugar y modo en que la droga se encuentra dispuesta; el hecho de su ocultación; medios económicos del sujeto (en particular, dinero en metálico ocupado); el hallazgo o no de instrumental o de elementos destinados a distribuir la droga; manipulaciones realizadas con la misma; y, también, cantidad de droga poseída.[27] Límites jurisprudencialmente extendidos al respecto son los 40-100 gr en el caso de hachís, griffa entre15 y 20gr; en heroína entre 1,5 a 3 gr; cocaína 5 gr; LSD 30-50 dosis.[28]

3.4 Múltiples supuestos agravatorios

El número de las circunstancias cualificativas se ha visto progresivamente incrementado, atendiendo principalmente a las exigencias de la Convención de Viena y se dividen en dos grupos: las circunstancias "de primer grado" (art. 369) y las "de segundo grado", que pueden añadirse a las anteriores produciendo un doble efecto agravatorio.[29]

(23) J.I.PRIETO RODRIGUEZ, *El delito¼*, cit., p. 243 et seq.

(24) J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en *Comentarios¼*, cit., p. 1.655 et seq. Para un repaso jurisprudencial, C.GANZENMÜLLER, J.FRIGOLA VALLINA, J.F.ESCUDERO MORATALLA, "Formas de participación en el delito de tráfico de drogas", *Cuadernos de Política Criminal*, 64, 1998, p. 59 et seq.

(25) F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11. ed. Valencia, 1996, p. 572 et seq.

(26) Que ha llevado muchas veces a la inversión de la carga de la prueba, cuando el sujeto no alegaba ser consumidor habitual, algo "difícilmente compatible con la presunción de inocencia" constitucionalmente consagrada. B.MENDOZA BUERGO, en *Compendio¼*, cit., p. 670. Ver también, J.GARCIA GARCIA, "Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-traficante", *Cuadernos de Política criminal* 58, 1996, p.15 et seq.; J.L.SEOANE SPIEGELBERG, "Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas", *Actualidad Penal* 20, 1996, p. 357 et seq.

(27) J.RAFOLS LLACH, "Tráfico de drogas y prueba indiciaria", en CGPJ, *Cuadernos¼*, cit., p. 319 et seq. Críticamente, J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en *Comentarios¼*, cit., p. 1.651 et seq.

(28) J.A.ZARZALEJOS ALTARES, "Estudio de los subtipos agravados del art. 344 bis a) del Código penal. Especial referencia a la notoria importancia en función de las distintas clases de droga. El grado de pureza. La organización. La extrema gravedad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estos temas", en CGPJ, *Cuadernos¼*, cit., p. 197 et seq.

(29) Sobre las líneas jurisprudenciales restrictivas del marco de aplicación de los tipos cualificados, M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 5-6.

Entre las agravaciones de primer grado se encuentran circunstancias personales del autor, sujetos o espacios especialmente protegidos y circunstancias relacionadas con las propias sustancias:

+ circunstancias personales del autor:

• el hecho de ser responsable o empleado del establecimiento abierto al público en el que se realizan los hechos;

• calidad de autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente, educador, con abuso de su profesión, oficio o cargo;

• pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio (pero con cierta estabilidad temporal) dirigida a difundir las sustancias o productos aun de modo ocasional;

• participación en otras actividades delictivas organizadas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.[30]

+ sujetos (o espacios) especialmente protegidos:

• menores de 18 años o jóvenes disminuidos físicos, personas sometidas a tratamiento de deshabituación o de rehabilitación;

• centros docentes, centros, establecimientos y unidades militares, establecimientos penitenciarios, centros asistenciales;

• utilización de menores de 16 años para cometer el delito.

+ circunstancias relativas a las sustancias:

• aumento del posible daño a la salud por adulteración, manipulación o mezcla;

• cantidades de notoria importancia.[31]

Las agravaciones "de segundo grado", son las siguientes (art. 370):

+"extrema gravedad";

+ jefes, administradores o encargados de organizaciones o asociaciones dedicadas, aun ocasionalmente, a la difusión de drogas ilícitas.

(30) También se prevé una disposición específica sobre la reincidencia internacional en estos delitos (art. 375).

(31) Criterios jurisprudenciales: en cannabis y derivados 1.000 grs., aceite 120-200 grs. y en la griffa y marihuana 5 kg.; en heroína (y opiáceos) 60-80 grs., atendiendo a la riqueza o pureza; cocaína a partir de 120 grs.; la hoja de coca 400 grs.; L.S.D., éxtasis, anfetaminas, a partir de 200 dosis. C.CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal,* cit., p. 3.483 et seq.; J.A.ZARZALEJOS ALTARES, "Estudio¼", cit., p.167 y 178 et seq. Ver asimismo cuadros en p. 197 et seq. V.MAGRO SERVET, "El concepto de notoria importancia como subtipo agravado del delito de tráfico de drogas", *Poder Judicial* 34, 1994, p. 155 et seq. Críticamente, por la difícil compatibilidad con el principio de legalidad y por la inseguridad jurídica de los "criterios tan oscilantes" de la Jurisprudencia, por todos, J.BOIX REIG, en T.S.VIVES ANTON (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial,* 2. ed. Valencia, 1996, p. 634; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal,* cit., p. 576.

3.5 Penas

Las penas imponibles en los supuestos básicos son prisión de tres a nueve años y multa[32] de tanto al triplo del valor de la droga, si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud (drogas duras); prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos (drogas blandas).

Estas penas se elevan para las cualificaciones de primer grado: además de multa del tanto al cuádruplo, prisión de 9 a 13 años y medio, si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud (drogas duras); prisión de tres a cuatro años y medio en los demás casos (drogas blandas).

En cuanto a las "hiperagravaciones" (agravaciones de segundo grado): además de la multa del tanto al séxtuplo, prisión de 13 años y medio a 20 años y 3 meses (drogas duras); prisión de 4 años y seis meses a seis años y nueve meses, en los demás casos. Igualmente, posibilidad de adopción de las siguientes medidas (en casos de organizaciones o de realización de los hechos en establecimientos abiertos al público):

• disolución de la organización o asociación o clausura de los establecimientos o sus locales;

• suspensión de las actividades o clausura temporal de los establecimientos hasta por cinco años;

• prohibición de realización de aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, hasta por cinco años.

Al lado de las anteriores, se contemplan las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio (tres a diez años) para los empresarios, intermediarios en el sector financiero, facultativos, funcionarios públicos, trabajadores sociales, docentes o educadores que realicen los hechos en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. La inhabilitación pasa a ser absoluta y se extiende de diez a veinte años cuanto los hechos son realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de sus cargos.

(32) Conforme al art. 377 –criticable por su amplitud y por la "incoherencia sistemática" con el comiso (J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en *Comentarios¼*, cit., p. 1.684)–, para la determinación de la cuantía de las multas, el valor de las drogas o de los géneros o efectos intervenidos, se considera el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida o que se hubiera podido obtener. No obstante, conviene recordar que la responsabilidad subsidiaria por impago no es exigible cuando la pena de prisión excede de cuatro años (art. 53,3) (J.J.QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, 3. ed. Barcelona, 1996, p. 789, para quien *"en estos delitos la multa debería ser suprimida"*, p. 790). Considera que ha mejorado "el sistema" de la multa, C.CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal, cit.*, p. 3.418. Critica que la multa funcione "como una confiscación", F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal,* cit., p. 578.

Los delitos de tráfico de drogas se castigan, por último, en sus modalidades preparatorias de conspiración, proposición o provocación, con la pena inferior en uno o dos grados (art. 373).

TABLA COMPARATIVA DE LAS PENAS DE PRISION POR TRAFICO DE DROGAS

	Viejo CP*	CP 1995
Trafico drogas duras	2 años (y 4m) - 8 a	3 - 9 años
Cualificado	8 años - 14 a (y 8m)	9 años - 13 a (y 6 m)
Cualif. 2° grado	14 a (y 8 m) - 23 a (y 4 m)	13 a (y 6 m.) - 20 a (y 3m)
Tráfico drogas blandas	4m - 4 años (y 2 m)	1 - 3 años
Cualificado	4 años (y 2 m) - 8 años	3 - 4 años (y 6 m)
Cualif. 2° grado	8 años - 14 a (y 8 m)	4 años (y 6 m) - 6 años (y 9 m)
Equipos y precursores	6 m. - 6 años	3 - 6 años
Cualificado	4 años (2 m) - 6 años	4 años (6 m) - 6 años
Cualif. 2° grado	6 - 12 años	6 - 9 años
Penas de inhabilitación:		
Absoluta	6 -12 años	10 - 20 años
Especial	6 -12 años	3 - 10 años

(*) Efecto casi automático de la redención de penas por el trabajo: reducción de la pena en 1/3 de su duración.

Si en 1988 las penas podían ser ya consideradas excesivas,[33] lo mismo cabe decir respecto del nuevo Código Penal, en el cual se mantiene y refuerza la denunciada escalada represiva ciega. Con la desaparición de la redención de penas por el trabajo, las nuevas penas, cuantitativamente no siempre superiores a las del anterior Código, pasarán a alcanzar un cumplimiento más largo que aquéllas (que, de manera casi automática, veían reducida en un tercio su dimensión), llevando en las agravaciones de segundo grado relativas a las drogas duras a superar la máxima duración –en general- de la pena de prisión (20 años). De otra parte, la comparación con otros hechos delictivos pone también de manifiesto la dureza en este punto del nuevo Código: éste castiga el homicidio con la pena de 10 a 15 años (art. 138); el asesinato recibe una pena de prisión de quince a veinte años (salvo en los casos de concurrencia de varias circunstancias cualificativas, en que la prisión se extiende de 20 a 25 años) (arts.139 y 140); y las agresiones sexuales violentas consistentes en acceso carnal se penan con prisión de 6 a 12 años (art. 179), que se eleva en los supuestos más graves a prisión de 12 a 15 años (art. 180).

(33) Por todos, J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Características de la actual política criminal española en materia de drogas ilícitas", en J.L.DIEZ RIPOLLES, P.LAURENZO COPELLO (Coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, 1993, p. 67 et seq.

4. Nuevas figuras delictivas

Los delitos de tráfico de drogas no agotan el tratamiento penal de las drogas ilícitas en el Derecho español.

Fuera del Código, la nueva Ley de *Contrabando* (L.O.12/1995, de 12 de diciembre; BOE núm.297, 13 diciembre 1995), califica de delictiva la importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 2,1 d), mencionándose expresamente entre esos géneros a las "drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores...".[34] Aun cuando ni el Código Penal ni la Ley de Contrabando resuelvan expresamente el conflicto que se plantea entre sus respectivas regulaciones, progresivamente la Jurisprudencia –que suele aplicar el concurso ideal de delitos imponiendo la pena más grave en su mitad superior– tiende a asumir la posición doctrinalmente más propugnada:[35] otorgar la preferencia (concurso de leyes) al Código Penal.[36]

En el seno del propio Código Penal, dos son los nuevos conjuntos delictivos surgidos durante los últimos años: los delitos relativos a los precursores y el blanqueo de capitales.

La reforma de 1992 introdujo en el Código Penal los delitos relativos a equipos, materiales y sustancias (*precursores*) "susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas".[37] Se entiende por precursores los recogidos "en el cuadro I y II de la Convención", pero el legislador español admite

(34) *Penas*: prisión "menor" en sus grados medio o máximo, esto es –conforme al nuevo Código Penal–, de 1 año y 4 meses a tres años y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos; en su grado máximo (2 años, 6 meses a tres años), cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo (art. 3). Además, comiso de las mercancías, materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros, de los medios de transporte (salvo que pertenezcan a un tercero que no haya participado en el delito, o que el comiso se considere desproporcionado), de las ganancias, cualesquiera sean las transformaciones experimentadas, de cuantos bienes y efectos hayan servido de instrumento para la comisión. No hay comiso si los bienes, efectos e instrumentos son de lícito comercio y han sido adquiridos por un tercero de buena fe (art. 4). Cabe también comiso provisional y autorización para su utilización por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando.

(35) Por todos, J.M.SILVA SANCHEZ, "Tráfico de drogas y contrabando. Una nota sobre la necesaria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo", *La Ley* 4415, 12.11.1997, p.1 et seq.

(36) Así, la importante STS 1 diciembre 1997. R.CAMPOS CRISTOBAL, "Comentario de la sentencia 1-12-97 (T.S.Sala Segunda). Tráfico de drogas y contrabando. Ref.: 323/32. Ponente: Enrique Bacigalupo", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n. 1, 1998, p. 221-224.

(37) Art. 1, 10 de la L.O.12/1995 de represión del contrabando.

sorprendentemente[38] otros precursores que puedan ser adicionados posteriormente o incluidos en futuros Convenios.[39]

En materia de precursores, el art. 371 del nuevo Código Penal castiga su dolosa fabricación, transporte, distribución, comercio o tenencia, "a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para esos fines".[40] Su previsión constituye un nuevo avance de las "barreras punitivas",[41] de por sí muy adelantadas en los delitos relativos a las drogas. Estamos ante comportamientos, a lo sumo preparatorios,[42] que tienen que ver con objetos en principio "inocuos"[43] para la salud pública. Lo anterior no es un obstáculo para el legislador español, el cual hasta prevé la sanción de sus formas preparatorias (¿preparación de la preparación?),[44] lo que permite nuevamente calificar la intervención penal de absolutamente desproporcionada.[45]

(38) Desde el prisma del principio de legalidad, B.MENDOZA BUERGO, en *Compendio¼*, cit., p. 688.

(39) Ver, también, la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas como susceptibles de desvío para la fabricación de drogas (BOE núm.11, 12 enero 1997), que viene a trasponer al Derecho español la Directiva 92/109 de 14 de diciembre de 1992, modificada por Directiva 93/46, de 22 de junio de 1993, así como el contenido de Reglamentos Comunitarios: el Reglamento CEE 3677/90, de 13 de diciembre, por el que se establecen medidas con el fin de impedir el desvío de sustancias para la fabricación ilícita de drogas fuera del territorio aduanero de la Unión y Reglamentos de desarrollo (900/92, de 31 de marzo, 3769/92, de 21 de diciembre y 2959/93, de 27 de octubre). En particular, para el régimen sancionador, de carácter administrativo, arts. 13 y ss. Ver también, R.D.865/1997, de 6 de junio (BOE núm.138, 10 junio 1996), por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo, y la Orden de 15 de noviembre de 1994 por la que se regula el control de sustancias catalogadas susceptibles de desviación (BOE núm.280, 23 noviembre 1994)..

(40) *Penas*: prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos. *Tipos cualificados* (art. 371,2): Las penas privativas de libertad se imponen en su mitad superior (4 años y medio a seis años) en caso de la pertenencia a una organización dedicada a los fines previstos. Si se trata de los jefes, administradores o encargados, la pena es la superior en grado (prisión de seis a nueve años). Se aplica asimismo inhabilitación especial para profesión o industria de tres a seis años y las medidas previstas por el art. 370.

(41) C.CONDE-PUMPIDO TOURON, *Código Penal*, cit., p. 3.522.

(42) A juicio de SERRANO GOMEZ, podrían constituir "tentativa" de los delitos de los arts. 368 y ss. C.P. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2. ed. Madrid, 1997, p. 623.

(43) J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en *Comentarios¼*, cit., p. 1.667.

(44) U.JOSHI JUBERT, "Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo.Sr.Bacigalupo)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 658.

(45) L.F.REY HUIDOBRO, "La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas", *La Ley*, D-77, p. 1.328. SERRANO GOMEZ las califica, además, de "injustas", por no distinguir entre las sustancias, como hace el art. 368. *Derecho Penal*, cit., p. 622.

Por lo que respecta al *blanqueo de capitales* procedentes de la droga, inicialmente (reforma de 1992) se colocaron entre los delitos relativos a las drogas las disposiciones del art. 3 de la Convención de Viena, copiadas de manera casi literal. Esto fue objeto de censura doctrinal no sólo por la renuncia a la construcción de unos tipos delictivos acordes con nuestra tradición jurídica,[46] sino también por la confusión y falta de delimitación de las diversas figuras.[47]

El nuevo Código Penal rompe con la tendencia anterior y saca al blanqueo del marco de los delitos relativos a las drogas, configurándolo como un blanqueo general, entre los delitos de receptación y otras conductas afines (Capt. XIV, Título XIII –Libro II–, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socieconómico),[48] con una previsión agravatoria específica para el "narcolavado".[49] El tipo básico (art. 301), susceptible de comisión imprudente,[50] consiste en adquirir, convertir o transmitir esos bienes o productos de origen delictivo (delito grave), así como en la realización de cualesquiera otros actos para ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a quienes hayan participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos.[51] Las penas se imponen en su mitad superior cuando los bienes tienen su origen en el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.[52]

(46) J.L.DIEZ RIPOLLES, "El blanqueo...", cit., p. 601.

(47) C.BLANCO LOZANO, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español", en M.COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios¼*, cit., t. XVII, *Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Madrid, 1996, p. 86 et seq.; T.S.VIVES ANTON-J.L.GONZALEZ CUSSAC, en T.S.VIVES ANTON (Coord.), *Derecho Penal*, cit., p. 515.

(48) En el sentido propuesto por J.L.DIEZ RIPOLLES, "El blanqueo¼", cit., p. 609.

(49) A.MORENO CANOVES, F.RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, p. 394.

(50) Algo no exigido por los textos internacionales (ni la Convención Viena ni la Directiva CEE) y sólo abierto como posibilidad facultativa para los firmantes por la Convención de 1990 del Consejo de Europa (BOE, n. 252, 21 octubre 1998).

(51) *Penas*: prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En caso de imprudencia grave, prisión de seis meses a dos años (hasta el nuevo Código Penal era de arresto mayor en su grado máximo) y multa del tanto al triplo. A estas penas se añade –como en el art. 372– la inhabilitación especial (de 3 a 10 años), si los hechos se realizan por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de sus cargos; cuando se trata de autoridad o agente de la misma, la inhabilitación es absoluta (de 10 a 20 años). Los delitos de blanqueo se castigan, por último, en sus modalidades preparatorias de conspiración, proposición y provocación (art. 304), con la pena inferior en uno o dos grados.

(52) También es un tipo cualificado la pertenencia a una organización dedicada a blanquear (la pena privativa de libertad se impone entonces en su mitad superior) y el hecho de que el culpable sea jefe, administrador o encargado de las organizaciones (pena superior en grado) (art. 302). En estos supuestos, se establece igualmente la imposición de

La previsión explícita del blanqueo procedente del tráfico de drogas fue considerada innecesaria en 1992, atendida la amplitud incriminatoria del tráfico de drogas. El nuevo art. 301 exige que el origen de los bienes sea un "delito grave",[53] esto es, castigado con prisión de más de tres años. Llama la atención, en cualquier caso, que, de entre los múltiples tráficos susceptibles de producir bienes aptos para el blanqueo, sólo los derivados de la droga sean objeto específico de agravación, algo que viene confirmar "la tendencia hiper-represiva en esta materia",[54] que se manifiesta igualmente en las penas imponibles en la actualidad por estos delitos.[55]

TABLA COMPARATIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN MATERIA DE BLANQUEO DE PRODUCTOS DERIVADOS DE LA DROGA EN EL VIEJO Y NUEVO CODIGO PENAL

	Viejo Código Penal*	Código Penal 1995
Blanqueo	6m. - 6 años	3 años (y 3m) - 6 años
Cualificado	4 a (y 2 m.) - 6 a.	4 a. (y 7m ½) - 6 años
Jefes, administradores...	6 a. - 12 años	6 a. - 9 años
Imprudencia	4m. - 6m.	6m a 2 años

(*) Efecto casi automático de la redención de penas por el trabajo: reducción de la pena en 1/3 de su duración.

5. El caso de la posesión y consumo

La ausencia de punición penal de la posesión para el consumo de drogas constituye una característica de la política criminal española en materia de drogas desde hace más de veinte años.

la pena de inhabilitación especial para profesión o industria (de tres a seis años) y se autoriza a los jueces y tribunales a la imposición de una serie de medidas (como en el art. 370 para el tráfico de drogas): disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos; suspensión o clausura temporal hasta por cinco años; interdicción de realización de las actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, hasta por cinco años.

(53) Sin embargo, a juicio de MORENO CANOVES y RUIZ MARCO, la "agravación" amplía la naturaleza del delito antecedente, que se extiende "a delitos no estrictamente graves". *Delitos socioeconómicos,* cit., 394.

(54) C.VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 142.

(55) No las considera "desproporcionada(s)", a la vista de las penas de los arts. 368 y ss., J.ZARAGOZA AGUADO, "Receptación y blanqueo de capitales", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (III)*, 4, Madrid, 1996, p. 471.

La Ley de estupefacientes de 1967 (Ley 17/1967, de 8 de abril; BOE núm.86, 11 abril 1967), todavía vigente, declaró en su día ilícito todo consumo no terapéutico,[56] pero (tal vez por considerar que la tenencia sería objeto de punición a través del Código Penal o a través de la legislación de contrabando)[57] esta declaración careció de consecuencias sancionadoras. En 1971 fue incluida la "tenencia" entre los comportamientos punibles del art. 344 del Código Penal, pero pronto el Tribunal Supremo entendió que se trataba de la tenencia para el tráfico (STS 21 noviembre 1973),[58] inaugurando una línea jurisprudencial mantenida desde entonces sin fisuras, incluso tras la reformulación del art. 344 por la "contrarreforma de 1988".

La Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero de 1992 (BOE núm.46, 22 febrero 1992), ha puesto fin a la ausencia de toda previsión sancionadora de la tenencia y/o el consumo de drogas, al considerar "infracciones graves" contra la seguridad ciudadana, entre otras,

- el "consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos" (art. 25,1);
- "la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos" (art. 23, h);
- "la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" (art. 25,1), y
- el abandono en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos de útiles o instrumentos utilizados para su consumo (art. 25,1).

Estas infracciones graves son susceptibles de las siguientes sanciones:[59]

- multa de 50.001 a 5.000.000 pta.,
- incautación de los instrumentos y efectos, o de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas,
- suspensión del permiso de conducción de vehículos de motor hasta por tres meses, y
- retirada del permiso o licencia de armas.

Asimismo, en caso de infracción, debe procederse a la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 28, 1 y 2). Las sanciones pueden suspenderse "si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación

(56) Con todo, J.I.PRIETO RODRIGUEZ, *El delito¼*, cit., p. 298.

(57) El art. 30,1 declaró a las "sustancias estupefacientes" "artículos estancos" y la posesión de estos artículos es sancionada por la legislación de contrabando.

(58) A.VERCHER NOGUERA, "Calificación jurídica de la tenencia o posesión de drogas o estupefacientes", *Cuadernos de Política Criminal* 21, 1983, p. 763.

(59) "Verdaderas penas", desproporcionadas, para PRIETO RODRIGUEZ, *El delito¼*, cit., p.113 y 313.

en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine" (art. 25,2).[60]

Las disposiciones de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana han suscitado múltiples críticas,[61] por su falta de respeto del principio de tipicidad, derivada de la amplitud de las incriminaciones, por su incidencia represiva en aspectos todavía al margen de la intervención sancionadora y por el hecho de que a través de ella puedan de algún modo renacer "los estados peligrosos" de la vieja Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, "formalmente derogada".[62]

Particularmente rechazables son las previsiones sobre la sanción indiscriminada de todo consumo en público, o del mero abandono de útiles e instrumentos, las cuales podrían tener sentido si se delimitaran las situaciones en las que el consumo de ciertas sustancias se produce (p.e. ante menores) o por razón de la peligrosidad de los útiles e instrumentos; bien es cierto que, en este punto, existe ya el art. 630 del Código Penal (faltas contra los intereses generales), el cual castiga (con arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses) el abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos de modo o en circunstancias que pudieran causar daños a las personas o contagiar enfermedades o en lugares frecuentados por menores. En cuanto a la tenencia, sólo a través de una interpretación "sistemática y teleológica"[63] cabe evitar la sanción (como infracción contra la seguridad ciudadana) de cualquier tenencia administrativamente no autorizada, comportamiento que encuentra cabida en el tenor literal del art. 25,1, a pesar del Dictamen que en su día emitiera el Consejo General del Poder Judicial.[64] En cualquier caso, no parece que la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana sea el lugar más apropiado para este tipo de previsiones, si el objetivo no es el puramente represivo. Más adecuado sería su tratamiento en una legislación específica centrada en "la dependencia y no la droga"[65] y destinada

(60) Ver Real Decreto 1079/1993, de 2 de julio, sobre remisión de sanciones administrativas y seguimiento de los tratamientos de deshabituación (BOE n. 72, 20 julio 1993).

(61) Por todos I.MUÑAGORRI LAGUIA (ed.), *La protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñati, 1995.

(62) M.J.CARRERA, "Reflexión sobre la penalización del tráfico de drogas, 'la penalización administrativa' y el recorte de los derechos cívicos", en X.ARANA, I.MARKEZ (Coords.), *Los agentes sociales ante las drogas*, Madrid, 1997, p. 270.

(63) F.J.TOMILLO CID, "Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídicos del consumo de drogas ilegales", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5, 1995, p. 991.

(64) Con todo, la Instrucción n. 012, 1994 de la Viceconsejería de Seguridad del Gobierno Vasco, relativa al procedimiento sancionador en materia de drogas, apdo. 1.2.4, considera sólo sancionable administrativamente con base en la Ley de Seguridad Ciudadana la tenencia en público.

(65) O.MARTI, "Pensar la dependencia y no la droga. Reflexiones a caballo de los mitos de Sísifo y el del niño que quería vaciar el mar con una concha", en X.ARANA, R.del OLMO (Comps.), *Normas y culturas en la construcción de la "Cuestión Droga"*, Barcelona, 1996, p. 15 et seq.

a intervenir en la prevención y tratamiento del fenómeno de las drogodependencias en su conjunto.[66]

Un ámbito tradicional de intervención penal contra el consumo de alcohol y drogas es el de los delitos contra la seguridad del tráfico. Dispone en esta línea el nuevo Código Penal la imposición de las penas de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, para cuantos conduzcan vehículos de motor o ciclomotores bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379).

También aquí ha encontrado aplicación jurisprudencial la exigencia doctrinal de interpretación restrictiva de los tipos de mera desobediencia. Esto se ha plasmado en torno al término "influencia", que no concurre ya por la simple constatación de la impregnación alcohólica o intoxicación, sino que requiere su traducción en una alteración externa constatable de las facultades del conductor,[67] susceptible de causar el riesgo para la circulación inherente a todo delito contra la seguridad del tráfico. Graves críticas ha suscitado, con todo, el contenido del art. 380.[68] Este somete a las penas del delito de grave desobediencia (prisión de seis meses a un año) -superiores a las previstas para la conducción bajo la influencia del alcohol y drogas- los supuestos de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Por STC 161/1997 de 2 de octubre, el Tribunal Constitucional ha rechazado la inconstitucionalidad del citado artículo.[69]

(66) J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Entre la ley de seguridad ciudadana y la ley sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias del País Vasco", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 6, 1992, p.94. En cuanto al consumo en el plano deportivo, el Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero (BOE n. 58, de 7 marzo 1996), se ocupa de establecer el régimen de infracciones y sanciones para la represión del dopaje, como infracción muy grave a la disciplina deportiva.

(67) J.M.TAMARIT SUMALLA, en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios¼*, cit., p. 1.690. A partir de 1,5 gr. por 1.000 cc. de sangre, la jurisprudencia no duda sobre la procedencia de aplicar el art. 379. C.CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal*, cit., p. 3.540. También, al respecto, F.MOLINA FERNANDEZ, en M.BAJO FERNANDEZ, *Compendio¼*, cit., p.716 et seq.

(68) Por todos, C. CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal*, cit., p.3.543 et seq.; J.A.LASCURAIN SANCHEZ, en G.RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997 p. 1.046; F.MOLINA FERNANDEZ, en *Compendio¼*, cit., p. 725 et seq.

(69) Ver los comentarios críticos de C.CARMONA SALGADO, "De nuevo sobre la 'inconstitucionalidad' del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la sentencia del Tribunal constitucional 161/1997, de 2 de octubre", *La Ley* 4591, 24 julio 1998, p. 1 et seq.; P.GOMEZ PAVON, "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal* 64, 1998, p. 97 et seq.

6. Aspectos facilitadores de la persecución penal

Las reformas penales en materia de drogas se han visto acompañadas por otras de carácter procesal o tendentes a mejorar la eficacia de la persecución penal en este ámbito.

Así, por L.O. 5/1988, de 24 de marzo (BOE núm.76, 29 marzo 1988), se creó la *Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas,* competente para coordinar la investigación de los delitos de tráfico de drogas[70] y el seguimiento del tratamiento de drogodependientes en remisión condicional. Compete también a esta Fiscalía especial promover y facilitar el auxilio judicial internacional, incluidos los trámites de extradición y la llamada "persecución en caliente" (arts. 40 y 41 Schengen).

Al lado de lo anterior, y dejando al margen la apertura sin autorización judicial de los envíos postales con "etiqueta verde" (Convenio de Paquetes Postales de Washington, de 14 de diciembre de 1989), la jurisprudencia admite la práctica de determinadas pruebas, como las viodeográficas, tomadas en lugares públicos, sin autorización judicial, aunque sea "de manera velada y subrepticia".[71] En cuanto al *cacheo*, se distingue según cuál sea la parte del cuerpo sobre el que se realiza, exigiéndose auto motivado para la inspección corporal de partes íntimas o delicadas, que sólo puede autorizarse (STC 37/89 de 15 de febrero):[72] 1) respecto de personas relacionadas con el hecho investigado, 2) con respeto siempre del principio de proporcionalidad –lo que exigirá acudir primero a los medios técnicos disponibles que eviten la exploración manual– y 3) sin afectar ni poner en peligro su salud. No cabe utilizar la fuerza física para someter a un sujeto a una inspección corporal, si bien la negativa será sancionable como delito de desobediencia.[73]

(70) Sometidos en cuanto a su persecución al principio de jurisdicción universal o justicia mundial: la jurisdicción española es, por tanto, competente para juzgar de los delitos de tráfico de drogas cometidos por extranjeros en el extranjero (art. 23, 4 f, LOPJ). L.J.DEL RIO FERNANDEZ, "Tráfico de drogas: delito internacional", *Revista General de Derecho*, 1993, p. 8.097. Sobre "la extensión de la jurisdicción nacional en la persecución de estos ilícitos", J.L.SEOANE SPIEGELBERG, "Aspectos procesales¼", cit., p. 358 et seq.

(71) Ver también, L.O. 4/1997 de 4 de agosto, sobre utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (BOE n. 186, 5 agosto 1997). Para las tomas en lugares privados o domicilios se precisa previa autorización judicial con base en indicios racionales de criminalidad e inexistencia de otra vía de averiguación de los hechos.

(72) El Tribunal Supremo ha rechazado, además, la práctica hasta cierto punto extendida de obligar al detenido a desnudarse y hacer flexiones para comprobar que no llevan droga en el recto (así, STS 11 mayo 1996, que consideró un trato vejatorio obligar a hacerlo en un portal).

(73) Al respecto, críticamente, con estudio de la jurisprudencia constitucional, M.GARCIA ARAN, R.REBOLLO VARGAS, "La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992 quiso reformular el concepto de *flagrancia* con objeto de ampliar las posibilidades de entrada en domicilios por parte de la policía para la persecución de delitos en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos. La jurisprudencia constitucional consideró, sin embargo, que no bastaba el "conocimiento fundado" que "lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de" estos delitos, "siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito"; por consiguiente, anuló por inconstitucional el art. 21,2 de la Ley (STC 341/1993, de 18 de noviembre).[74]

Particular regulación legal ha recibido la *circulación o entrega vigilada* de drogas, operada por L.O. 8/1992 de 23 de diciembre (BOE núm.308, 14 diciembre 1992), en aplicación del Convenio de Schengen (art. 73) y de la Convención de Viena (arts. 3.1°y 11).[75] El nuevo art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, objeto de crítica por parte de la doctrina,[76] permite hacer uso de este procedimiento, caso por caso, con autorización judicial o policial (dando cuenta inmediata a la Fiscalía especial y al juez de instrucción) y siempre que concurran razones de necesidad cara al descubrimiento o identificación de los involucrados en hechos delictivos relativos a las drogas, o con objeto de auxiliar a tal fin a autoridades extranjeras.[77]

Próxima a la entrega o circulación vigilada se encuentra la problemática del *agente provocador.* A pesar de que un sector de la doctrina critica al art. 263 bis por amparar en España la provocación policial del tráfico de drogas,[78] esta interpretación no parece correcta.[79] En realidad, la figura del agente provocador

de colaborar y la sanción de su infracción", en *La Ley de Seguridad Ciudadana. Departament de Ciència Política i de Dret Públic, Anuari*, 1992, p. 89 et seq.

(74) M.BONET ESTEVA, "Consideraciones sobre la S.T.C. de 18 de noviembre de 1993 (L.O. 1/1992 sobre seguridad ciudadana) en materia de inviolabilidad de domicilio", *ibídem*, p. 153 et seq.; J.C.CARBONELL MATEU y A.LLABRES FUSTER, "La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana", en I.MUÑAGORRI LAGUIA, *La Protección...*, cit., p. 135 et seq.

(75) E.A.FABIAN CAPARROS, "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 598, n.27; D.J.GOMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, 1996, p. 25.

(76) F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal,* cit., p. 582.

(77) G.GUINARTE CABADA, "La circulación o entrega vigilada de drogas", *Cuadernos de Política Criminal* 55, 1995, p. 5 et seq.

(78) Por todos, F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal,* cit., p. 507 et seq.

(79) Ni tampoco permite amparar la práctica del "pago con droga a confidentes", constitutiva de delito de tráfico de drogas. G.GUINARTE CABADA, "La circulación¼", cit., p. 29 et seq. y 32.

continúa carente de regulación específica y su tratamiento sigue en manos de la jurisprudencia. Esta distingue entre el delito provocado y la provocación policial. Mientras que el delito provocado es ilícito y puede dar lugar a la responsabilidad penal del agente provocador, la provocación policial se considera lícita (STC 11/1983, de 21 de febrero).[80] Existe provocación policial cuando la actividad se dirige no a lograr la realización de nuevos hechos punibles susceptibles de persecución, sino a desvelar, a poner de manifiesto, a probar, delitos ya realizados y que no encuentran su origen en la actividad policial.

Nueva es, asimismo, la regulación de los *testigos protegidos* (L.O. 19/1994, de 23 de diciembre; BOE núm.307, 24 diciembre 1994). Con base en ella, cabe eliminar de los autos datos del testigo o perito amenazados, permitiéndole comparecer como "testigo oculto", de modo que no pueda ser identificado, una práctica admitida por el Tribunal Constitucional.[81] La Ley otorga igualmente protección policial y facilita que el testigo o perito cambien de identidad y de residencia o trabajo, estableciendo ciertas cautelas para garantizar los derechos de la defensa y la contradicción procesal (STS.64/1994, de 28 de febrero).

Al margen de las leyes procesales, también el nuevo Código Penal recoge algunas disposiciones tendentes a favorecer la eficacia en la persecución policial de estos delitos. Tal es el caso de las normas en materia de comiso y sobre desistimiento y colaboración.

El art.374 regula de manera especial el *comiso* en materia de drogas, que se separa de lo previsto por el art. 127. Habiendo perdido el comiso, en general, el carácter de pena, el objetivo es facilitar el decomiso –de un modo "omnicomprensivo"[82] de las drogas,[83] equipos, materiales, vehículos, buques,

(80) C.GARCIA VALDES, "Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo del dinero procedente del delito", en CGPJ, *Cuadernos¼*, cit., p. 238 et seq.; J.MUÑOZ SANCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Valencia, 1995, p. 111 et seq.; L.F.RUIZ ANTON, "La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas", en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, p. 317 et seq.; J.L.SEOANE SPIEGELBERG, "Aspectos procesales¼", cit., p.346 et seq. También, C.GANZENMÜLLER, J.FRIGOLA VALLINA, J.F.ESCUDERO MORATALLA, "Formas ...", cit., p. 86 et seq.

(81) M.LEZERTUA, "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", *Harlax*, 16-17, 1996, p. 353.

(82) D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 167.

(83) La Ley 21/1994, de 6 de julio (BOE n. 161, 7 julio 1994) modificó art. 338 LECrim. sobre destrucción de la droga decomisada, la cual, salvo que motivadamente se considere que ha de conservarse en su totalidad, debe ser ordenada por el juez instructor previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, conservando muestras suficientes (que quedarán bajo la custodia del órgano judicial competente). Ver, además, sobre

aeronaves y demás productos, bienes, efectos e instrumentos del delito, así como las ganancias derivadas del mismo, sean cuales sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Salvo que los bienes pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, se admite el comiso desde las primeras diligencias y se autoriza a la policía judicial a la utilización provisional de los bienes decomisados para la mejor persecución de los hechos delictivos.[84]

Por su parte, el art. 376 se ocupa del *desistimiento y colaboración,* hasta el nuevo Código Penal sólo conocido en España en materia de terrorismo y que ahora se ha extendido a los delitos relativos a las drogas, aunque de manera más limitada: no se admite la remisión condicional y se requiere la presencia conjunta de las condiciones establecidas.[85] Se permite ahí la imposición, motivadamente, de la pena inferior en uno o dos grados, en los casos en que:

- abandonando voluntariamente las actividades delictivas, y
- presentándose ante las autoridades confesando los hechos,

el sujeto colabora, además, activamente con las autoridades en orden a:

- evitar la producción del delito,[86]
- obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o

destrucción de la droga, conservación de muestras, posibilidad de prueba anticipada y coordinación entre los juzgados y el servicio de restricción de estupefacientes, FGE, "Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes"; J.GIMENEZ GARCIA, "La ocupación de la droga. Destrucción. Valor de los informes oficiales de droga como prueba. Su ratificación. Doctrina jurisprudencial. Referencia a la Instrucción 9/91 de 26 de diciembre de la Fiscalía General del Estado", en CGPJ, *Cuadernos ¼,* cit., p. 261 et seq.

(84) Además, por Ley 36/1995, de 11 de diciembre (BOE n. 296, 12 diciembre 1995), modificada en 1997 (Ley 61/1997, de 19 de diciembre, BOE n. 304, 20 diciembre 1997), se ha creado un fondo relativo a los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados con las mismas; un fondo de titularidad estatal que debe servir para atender a determinados fines: 1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia, inserción social y laboral de drogodependientes; 2. Intensificación y mejora de las tareas de prevención, investigación, persecución y represión, incluyendo: gastos de pruebas, de adquisición de medios materiales y el reembolso de gastos lícitos realizados; 3.- Cooperación internacional. Ver también Real Decreto 864/1997, de 6 de junio (BOE n. 138, 10 junio 1997), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 36/1995.

(85) C.CARMONA SALGADO, en M.COBO DEL ROSAL (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial,* II, Madrid, 1997, p. 169; J.DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido", *La Ley,* D-293, 1996, p. 1.464.

(86) Esto es, tráfico de drogas o de precursores, no blanqueo. J.M.VALLE MUÑIZ, O.MORALES GARCIA, en *Comentarios¼,* cit., p. 1.680 y 1.682.

• impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya podido pertenecer o con las que haya colaborado.

Múltiples son las críticas que suscita este instrumento, para algunos innecesario,[87] desde el prisma de los principios del derecho penal. De un lado, por otorgar un tratamiento penal privilegiado a unas declaraciones cuyo valor puede ser muy discutible,[88] lo que puede propiciar múltiples acusaciones falsas con objeto de lograr el beneficio prometido. De otra parte, centrar la concesión de premios simplemente en el nivel de colaboración[89] puede ser muy útil desde el prisma persecutorio, pero muy injusto desde el prisma penal: son los sujetos de mayor responsabilidad en la organización, los que mayores sanciones merecen, quienes mejor información pueden suministrar. Dejando al margen los supuestos de impedimento de la realización del hecho delictivo (que se integran claramente en el desistimiento) o los efectos del abandono respecto del delito de asociación ilícita, sería por ello preferible, a mi juicio,[90] evitar la interferencia de criterios extraños en la tarea del juez penal. Todo ello sin perjuicio de que, una vez determinada la culpabilidad y la respuesta penal que corresponda a los hechos cometidos de manera culpable, se remitan los casos que proceda a la vía del indulto en el marco del ejercicio derecho de gracia por el Estado.

7. Tratatamiento jurídico y atención a los toxicómanos:

Como ya sucediera con la "contrarreforma" de 1988, también en el nuevo Código Penal la acentuación represiva, manifestada en la ampliación de las figuras punibles y en las penas previstas, se ha visto acompañada de una mayor atención a la problemática penal de los drogodependientes, tanto en lo relativo a su responsabilidad penal, como en cuanto a las sanciones previstas y su combinación con el seguimiento de un tratamiento.

(87) CONDE-PUMPIDO indica que en realidad a través de la circunstancia del art. 21,4 (apreciada como muy cualificada) se podría conseguir el mismo resultado. *Código Penal,* cit., p. 3.534.

(88) Que requerirá, como ha destacado la Jurisprudencia, atender a la personalidad del sujeto, sus relaciones precedentes, indagación de los posibles "móviles turbios e inconfesables" o "autoexculpatorios». J.DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "Algunos aspectos¼", cit., p. 1.465 et seq.; J.L.SEOANE SPIELBEG, "Aspectos procesales¼", cit., p. 350 et seq.

(89) B.FEIJOO SANCHEZ, en G.RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios¼,* cit., p. 1.035 et seq.

(90) A favor de la vía del indulto y en contra de este tipo de disposiciones, J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", *Cuadernos de Política Criminal* 30, 1986, p. 578 et seq.; M.MENA ALVAREZ, "Tratamiento penal del partícipe 'arrepentido'", en CGPJ, *Cuadernos¼,* cit., p. 293 et seq. También M.L.CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995.

7.1 Drogas y responsabilidad penal

El nuevo Código Penal, haciendo suya la doctrina jurisprudencial consolidada,[91] ha procedido a otorgar un tratamiento unitario a las intoxicaciones, independientemente de la sustancia de la que procedan, y declara en su art.20,2ª "exento(s) de responsabilidad criminal",[92] a quien "al tiempo de cometer la infracción penal" se encuentre:

• "en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión" o

• "bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias".

En ambos casos la intoxicación o el síndrome de abstinencia deben impedir que el sujeto comprenda la ilicitud del hecho o actúe conforme a esa comprensión.[93] Dos son, por tanto, los requisitos para la exención de responsabilidad: la concurrencia de la intoxicación o del síndrome de abstinencia y el efecto "psicológico" sobre el intelecto o la voluntad, característico de la inimputabilidad.

Las intoxicaciones retenidas son las intoxicaciones plenas,[94] de aquí que no se cierre de plano la eficacia de los casos de intoxicación imprudente o incluso voluntaria[95] no excluidos a través de la *actio libera in causa*: esto es, si no se ha buscado la intoxicación para cometer la "concreta"[96] infracción o se hubiera previsto o debido prever su comisión.

(91) M.COBO DEL ROSAL, T.S.VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, 4. ed. Valencia, 1996 (adecuada al Código Penal de 1995 por M.I.Valdecabres Ortiz), p.538; M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 6. Acerca del tratamiento de la imputabilidad penal del drogodependiente en el Código Penal anterior y su aplicación jurisprudencial, por todos, N.CASTELLO NICAS, *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997, p. 105 et seq. Ver también, sobre los efectos de las drogas en la imputabilidad, J.HOMS SANZ DE LA GARZA, *Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad*, Barcelona, 1996.

(92) No así de la civil (art. 118,1 2.ª).

(93) Sobre los aspectos médico-legales del art. 20-2.ª, M.GARCIA BLAZQUEZ, *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (Un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*, Granada, 1997, p. 165 et seq.

(94) Destaca CASTELLO NICAS lo difícil de que realmente se cometa un hecho delictivo en estado de intoxicación plena. "Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código Penal de 1995. Problemas prácticos derivados de la nueva regulación", *Cuadernos de Política Criminal*, 60, 1996, p. 581.

(95) J.CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, 1997, p. 50.

(96) Por todos, G.RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios¼*, cit., p. 90.

También se admite generosamente[97] la exención de responsabilidad por síndrome de abstinencia, sin que sea entonces aplicable la *actio libera in causa.*[98]

Tanto la intoxicación como el síndrome de abstinencia pueden producir la exención total de responsabilidad si sus efectos son plenos e intensos, operando en otro caso como eximentes incompletas (art. 21,1)[99] o como atenuantes por la vía analógica del art. 21, 6.[100]

Dentro de las circunstancias atenuantes,[101] el art. 21,2 del nuevo Código Penal se fija en los casos de actuación debido a la "grave adicción" a estas sustancias. Teme un sector de la doctrina que su previsión explícita lleve a incardinar como pura atenuante supuestos de exención incompleta de responsabilidad por semiimputabilidad,[102] particularmente en los síndromes de abstinencia de suave intensidad. Cabe apreciar, sin embargo, un marco propio[103] para la atenuante: cuando sólo conste la grave adicción y pueda considerarse que operó como causa o motor de los hechos delictivos.[104] Nada dice el nuevo Código Penal de la intoxicación no habitual no buscada para delinquir.[105]

7.2 Medidas de seguridad

La inimputabilidad del drogodependiente no determina necesariamente la ausencia de respuesta penal. El art. 102 prevé la imposición, "si fuere necesaria",

(97) Con todo, I.BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 212, descartan la posibilidad de exención total por síndrome de abstinencia, intuyendo que su efectividad quedará limitada a la "mera eximente incompleta".

(98) F.MORALES PRATS, en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios¼*, cit., p. 141 y 145 et seq.; G.RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios¼*, cit., p. 94; F.J.TOMILLO CID, "Aspectos sociológicos...", cit., p. 970. Sin embargo, D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal¼*, cit., p. 52. Muy críticamente, J.CEREZO MIR, *Derecho Penal*, cit., p. 51.

(99) Art. 68: posibilidad de imposición de pena inferior en uno o dos grados.

(100) Por todos, S.MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4. ed. Barcelona, 1996, p. 598 et seq.

(101) De un modo "un tanto incomprensible", dada la amplitud del régimen general: exención completa, incompleta y atenuación analógica. G.QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 555.

(102) I.BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Lecciones¼*, cit., p. 212.

(103) G.RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios¼*, cit., p. 112.

(104) G.RODRIGUEZ MOURULLO, ibidem, p. 112; también favorables a la doble vía (art. 21 2.ª y art. 21, 6.ª), I.BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Lecciones¼*, cit., p. 213; M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 6. A favor de la incompatibilidad de la atenuante en los supuestos de *actio libera in causa* dolosa o imprudente, F.MORALES PRATS, en *Comentarios¼*, cit., p. 144.

(105) Críticamente, N.CASTELLO NICAS, "Estudio crítico...", cit., p. 584.

de la medida de internamiento en centro de deshabituación hasta por el "tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiere sido declarado responsable" –límite que debe fijarse en la sentencia (art. 102,1 último inciso)–[106] o, alternativamente, una medida no privativa de libertad.[107]

Tras la negativa experiencia de la antigua Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, la aplicación de las medidas de seguridad (cuyo listado recuerda en gran parte a aquélla)[108] se someten por el Código Penal a una intensa batería de principios que van desde el principio de legalidad e irretroactividad a una cierta proporcionalidad (como límite)[109] con la pena correspondiente al hecho realizado y la peligrosidad del imputable o semiimputable, que debe ser criminal y postdelictual. En ningún caso cabe imponer una medida privativa de libertad si el hecho cometido no fuera a ser castigado con una pena de este carácter (art. 95,2).

En los semiimputables, la imposición de las medidas puede concurrir con la pena, debiendo entonces aplicarse aquélla con preferencia a ésta (si fuera privativa de libertad) con el límite máximo de la duración de la "prevista por el Código para el delito" (art. 104).[110] Nada se prevé, con todo, para los supuestos de atenuación de responsabilidad por grave adicción del art. 21,2.[111] Cumplida la medida se abo-

(106) El sometido a la medida no puede abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal (art. 102,2).

(107) Prohibición u obligación de estancia y de residencia; privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, licencia o permiso de armas (hasta por dos años); inhabilitación profesional; expulsión del territorio nacional (para extranjeros no residentes); sumisión a tratamiento externo; prohibición de acudir a determinados lugares; custodia familiar; sometimiento a programas formativos, culturales, educativos, profesional, y similares; inhabilitación de derechos o profesional de uno a cinco años

(108) N.CASTELLO NICAS, "Estudio crítico...", cit., p. 594 et seq.

(109) D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal¼*, cit., p. 75. Críticamente, porque "implica una grave confusión", J.CEREZO MIR, *Derecho Penal*, cit., p. 62. Considera que "la formulación¼ incurre en una grave contradicción interna", L.GRACIA MARTIN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996, p. 387 et seq.

(110) En contra de la mayoría de la doctrina, mantiene GARCIA ALBERO que habrá de ser la pena prevista "para el delito concreta e históricamente realizado", con apreciación incluso de las eventuales circunstancias modificativas concurrentes; en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios¼*, cit., p.537. Reconoce GRACIA MARTIN que "literalmente" la expresión del Código "puede entenderse también como la pena concreta", pero opina con la mayoría de la doctrina que con base en los principios generales debe mantenerse que se trata de la pena abstracta; *Las consecuencias jurídicas¼*, cit., p.391. También M.GARCIA ARAN, en MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 2. ed. Valencia, 1996, p. 612; J.JIMENEZ VILLAREJO, en C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal*, cit., p. 1.346.

(111) Una "imperdonable ausencia". N.CASTELLO NICAS, "Estudio crítico...", cit., p. 593.

na su tiempo para el cumplimiento de la pena, autorizándose al juez a suspender la ejecución del resto de la misma (o sustituirla por una medida no privativa de libertad)[112] si con ella peligraran los efectos logrados.[113]

Por último, a lo largo de la ejecución de la medida queda siempre abierta la posibilidad de ordenar (art. 97 *in fine*)[114] su cese, sustitución o suspensión, a la vista de la evolución del sujeto y de su peligrosidad.

7.3 Suspensión condicional de la pena

Pocas veces la drogadicción provoca la irresponsabilidad penal del sujeto. Por el contrario, más frecuente es la apreciación de una responsabilidad disminuida o la imposición de una pena atenuada. También en este ámbito el nuevo Código Penal ha avanzado en una línea abierta de manera muy imperfecta en 1988 y que curiosamente alcanzó muy escasa relevancia: la suspensión condicional específica de la pena para drogodependientes que cometan los hechos delictivos a causa de su dependencia (también del alcohol).

Varias son las novedades que ensanchan el ámbito de aplicación de esta importante alternativa (discrecional) de la pena privativa de libertad:[115] su aplicación a penas de hasta tres años de prisión (y es preciso recordar las posibilidades existentes en cuanto a exención incompleta y, sobre todo, la atenuación del art. 21,2);[116] la no exigencia de primariedad delictiva, que se sustituye por la no habitualidad;[117] y el hecho de haberse satisfecho las responsabilidades civiles, salvo que se declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

La suspensión condicional específica se prevé para los drogodependientes que, habiendo cometido el hecho por razón de su dependencia, estén siguiendo

(112) Critica esta previsión por "perturbadora", R.GARCIA ALBERO, en *Comentarios¼*, cit., p. 539.

(113) Críticamente, A.JORGE BARREIRO, en G.RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios¼*, cit., p. 312 et seq.; J.TERRADILLOS BASOCO, en B.MAPELLI CAFFARENA, J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3. ed. Madrid, 1996, p. 210.

(114) L.GRACIA MARTIN, *Las consecuencias jurídicas¼*, cit., p. 408 et seq.

(115) Críticamente, con todo, por los "márgenes excesivamente prudenciales y limitadores", R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 897; F.J.TOMILLO CID, "Aspectos sociológicos...", cit., p. 977 et seq. Ver también sobre las previsibles dificultades de aplicación, B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas¼*, cit., p. 101.

(116) M.L.MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal...", cit., p. 6.

(117) Esto es, que haya "cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años", habiendo sido condenado por ello (art. 94).

tratamiento o acepten someterse al mismo. Son condiciones para su concesión, además del requisito general de haber satisfecho las responsabilidades civiles (salvo imposibilidad):[118]

- la certificación de la deshabituación o de la sumisión a tratamiento,
- el no abandono (definitivo)[119] del mismo hasta su finalización, y
- la no delincuencia[120] en el período de suspensión (de tres a cinco años).[121]

La revocación sólo puede derivar del incumplimiento de las condiciones anteriores. El plazo de prueba se supera satisfactoriamente si, a su término, se acredita la deshabituación o la continuidad en el tratamiento,[122] procediendo entonces la remisión de la pena y la anulación de la inscripción provisional en el registro. En otro caso, se ordena el cumplimiento de la pena, salvo si conviene proceder a la prórroga (hasta por dos años más) para continuar con el tratamiento.[123]

Estamos, pues, ante una formulación más amplia y generosa[124] que el antiguo artículo 93 bis,[125] aunque inscrita en la difícil línea que trata de conciliar ese "imposible binomio 'más represión-más prevención especial".[126] Ciertamente, su tenor literal flexibiliza y corrige los más graves defectos de aquél,[127] si bien continúa presentando demasiada prudencia y limitaciones,[128] que pueden acabar restringiendo sus potencialidades.

(118) Condición exigida con carácter general por el art. 81,3. Por todos, R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión¼", cit., p. 891.

(119) R.ALCACER GUIRAO, ibidem, p. 905; M.GARCIA ARAN, *Derecho Penal,* cit., p. 598, D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal¼,* cit., p. 73.

(120) No comprensivo de la comisión de faltas y que exige sentencia firme, R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión¼", cit., p. 903; J.A.LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios¼,* cit., p. 282 et seq.

(121) Critica MANZANARES SAMANIEGO que no se aluda a la posible "imposición de reglas de conducta", aunque las considera "igualmente aplicables"; en C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal,* cit., p. 1.278.

(122) Críticamente, por la exigencia adicional J.M.PRATS CANUT, en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios¼,* cit., p. 479. También B.MENDOZA BUERGO, en *Compendio¼,* cit., p. 703.

(123) En sentido crítico, J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios¼,* cit., p. 479 et seq. También, B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas¼,* cit., p. 102. Considera, a su vez, que la posibilidad de prórroga no resuelve el problema que suscita el abandono, R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión¼", cit., p. 905.

(124) J.A.LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios...,* cit., p. 286.

(125) J.L.DE LA CUESTA, "The Present Spanish Drug Criminal Policy", cit., p. 307 et seq.

(126) R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión...", cit., p. 890.

(127) I.SANCHEZ YLLERA, en T.S.VIVES ANTON (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 491.

(128) R.ALCACER GUIRAO, "La suspensión...", cit., p. 897; N.CASTELLO NICAS, "Estudio crítico...", cit., p. 599 et seq.

7.4 Tratamiento penitenciario del drogodependiente

A pesar de las previsiones acerca de la inimputabilidad de los drogodependientes, a pesar de las medidas para semiimputables y de la suspensión condicional de la pena, siguen siendo muchos los drogodependientes que acaban en prisión. Frente a los optimistas datos oficiales, la percepción generalizada es que, "en la actualidad, una gran parte de la población penitenciaria tiene problemas de drogodependencia", algo por otra parte "extrapolable a otros países europeos".[129]

Drogas intervenidas en Centros Penitenciarios*

Año	Heroína (gr)	Cocaína (gr)	Cannabis (gr)	Opiáceos (gr)	Antefaminas Benzodiacepinas (pastillas)
1991	5.057	2-639	20.413	777	6.953
1992	5.851	2.950	17.168	1.519	6.666
1993	3.524	1.501	15.024	1.032	5.564
1994	3.684	617	23.334	4.419	5.359

(*) *Memoria de actividad 1994*, Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia e Interior, p. 91. No se comprenden los Establecimientos competencia de la Comunidad Autónoma de Catalunya.

Pocas son, sin embargo, las referencias de la L.O. General Penitenciaria (1979) a esta problemática. Unicamente ordena en su art. 37 que todos los establecimientos dispongan "de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos". Por su parte, el art. 66 se refiere a los programas de tratamiento basados en los principios de la comunidad terapéutica.

En 1996 ha entrado en vigor un nuevo Reglamento Penitenciario cuyo art. 116 se ocupa del tratamiento de los internos con dependencia de sustancias psicoactivas. A éstos la Administración Penitenciaria ha de facilitarles –directamente o a través de otras entidades– el seguimiento de programas de tratamiento y deshabituación en prisión, al margen de su particular situación penitenciaria. También prevé el Reglamento en este mismo artículo la existencia de "departamentos específicos" para el seguimiento de programas permanentes relativos a drogodependencias. Todo ello, con independencia de las posibilidades que se enmarcan en los Centros de Inserción Social (art. 163 y ss.) o las Unidades Dependientes (art. 164 y ss.) para la ordenación de modos de internamiento apropiados para los que sigan determinados tratamientos, y de la

(129) A.TELLEZ AGUILERA, "El toxicómano y su rehabilitación en prisión: un estudio de Derecho Comparado", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nueva época, n. 246, 1995, p. 10.

previsión específica (art. 182) de la asistencia por parte de penados clasificados en tercer grado a instituciones extrapenitenciarias (públicas o privadas) adecuadas con el fin de beneficiarse del tratamiento específico que precisen para su deshabituación.[130]

ACTUACIONES SOBRE LA DEMANDA EN EL MARCO PENITENCIARIO*

Programas	1993	1994
Informativos	13.000	15.000
Historias toxicofílicas	5.201	7.299
Act. específicas de información y motivación	4.791	8.548
Asistencia		
Desintoxicación	3.236	5.389
Deshabituación		
En prisión	1.255	2.759
Con las CC.AA.	320	593
Mantenimiento con Metadona		696
Incorp. Social		
(Ambulatorios y CIS)	630	1.212

(*) Fuente: SECRETARIA DE ESTADO DE ASUNTOS PENITENCIARIOS, MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR, *Memoria de actividad 1994*, Madrid, s/f, pp.92 y ss. No se contemplan las actuaciones en Establecimientos de la Comunidad Autónoma de Catalunya.

En 1994 se aprobó una "Política global de actuación"[131] sobre drogodependencias en prisión. No obstante, la situación de las prisiones sigue siendo muy deficiente en este campo. Si atendemos al *Informe sobre las prisiones* elaborado por el "*Ararteko*" (Defensor del Pueblo vasco) en 1995,[132] son múltiples las dificultades a las que se enfrentan los internos tanto para el seguimiento de programas como para continuar en prisión con los tratamientos iniciados fuera de ella.[133] Simultáneamente, se echan en falta programas de intercambio de

(130) Además, el art. 182,3 prevé la conclusión -por parte de la Administración penitenciaria- de convenios con entidades públicas o privadas para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad.

(131) Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia e Interior, *Memoria de actividad 1994*, Madrid, s/f, p. 92 et seq. Ver también, Circular 5/1995, de 15 de febrero, en *Circulares¼*, cit., p. 34 et seq.

(132) X.MARKIEGI y OTROS, *Situación de las cárceles en el País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 1996.

(133) X.MARKIEGI y OTROS, ibidem, p. 53, 59. En cualquier caso, a partir del Informe se puso en marcha un programa experimental en uno de los Centros de la Comunidad Autónoma. (p. 200).

jeringuillas[134] y de tratamiento con metadona,[135] cuya regulación se ha visto ampliada por la última reforma del Real Decreto 75/1990, operada por Real Decreto 5/1996, de 15 de enero (BOE núm. 44, 20 febrero 1996). Este prescinde de la necesidad de haber realizado previamente otro tratamiento, incluye nuevas sustancias y somete su administración, previo "diagnóstico confirmado de dependencia a opiáceos", al control de un mayor espectro de profesionales sanitarios.

8. Conclusiones. Propuestas alternativas

Desde una perspectiva global, y dejando al margen aspectos o deficiencias puntuales, difícilmente puede recibir una valoración positiva la actual política criminal en materia de drogas en España.

EVOLUCION DEL TRAFICO DE DROGAS EN ESPAÑA

(Fuente: Memorias FGE, Madrid 1988 -1997)

	1988	**1989**	**1990**	**1991**	**1992**	**1993**	**1994**	**1995**	**1996**
Detenidos	27.911	27.407	24.812	28.581	27.713	30.161	31.703	44.316	65.706
- Españoles	23.853	23.855	21.562	24.859	24.470	26.793	27.343	40.000	60.624
- Extranjeros	4.058	3.552	3.160	3.722	3.243	3.368	4.360	4.316	5.082
- Hombres	23.903	23.712	21.535	25.284	25.134	27.556	28.530	40.822	61.775
- Mujeres	4.008	3.695	3.277	3.297	2.579	2-605	3.173	3.494	3.931
Decomisos	23.768	23.554	20.926	23.848	23.938	26.479	28.170	42.216	64.767
Heroína (Kg)	479	712	886	741	672	602	1.653	546	537
Cocaína (Kg)	3.461	1.852	5.382	7.573	3.354	5.343	3.858	6.897	13.743
Hachís (Kg)	90.940	64.246	70.075	104.750	118.739	160.013	218.774	197.024	247.745
LSD (dosis)		11.082	6.564	8.707	9.662	7.060	7.213	15.437	13.373
Psicotróp.		92.227	61.390	88.556	69.910	373.707	421.665	901.677	457.396
Muertes	271	597	690	817	816	647	579	573	504
- Sobredosis	250	579	667	813	809	642	565	565	491
Robos Farm		236	166	118	79	122	193	161	124
Atracos Far		80	115	79	54	64	26	29	16
Pr.Judiciales	29.337	30.706	42.272	53.585	45.842	45.440	52.426	40.730	35.562

Anualmente se nos ilustra acerca del aumento permanente de detenidos, incautaciones..., pero todos sabemos que el índice de éxito de la acción policial

(134) Objeto, desde finales de 1995, de múltiples Convenios de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, en el marco de las actividades dirigidas a la prevención del SIDA en usuarios de drogas por vía parenteral. M.SEGADOR, "Los programas de intercambio de jeringuillas, una respuesta imprescindible, pero insuficiente ante el consumo intravenoso de drogas ilegales", en X.ARANA, I.MARKEZ (Coords.), *Los agentes sociales¼*, cit., p. 229 et seq.

(135) X.MARKIEGI y OTROS, *Situación...*, cit., p. 52, 59, 79 et seq., 113, 124.

continúa siendo bajísimo y no alcanza precisamente a ese gran tráfico internacional que nos amenaza, sino al pequeño y mediano traficante que, más que intervención penal, requiere de una adecuada política social, más abierta y solidaria con el marginado, el inmigrante...

Frente a ello, para aumentar la eficacia de la legislación penal, para alcanzar ese gran tráfico internacional, periódicamente se presentan al hilo de los movimientos de las instituciones internacionales reformas legislativas en los planos penal y procesal, donde se combina la agudización represiva con la ampliación (en el papel) de los sistemas de atención a los drogodependientes delincuentes, y se promete una mayor incidencia en prisión de los programas de deshabituación y tratamiento.

El verdadero resultado de estas reformas es, con todo, el progresivo socavamiento de los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, que ve cómo se incriminan comportamientos que poco o nada tienen que ver con el bien jurídico que se dice proteger, se procura someter a idéntico tratamiento niveles de intervención (preparación, tentativa, consumación) que nunca se deberían asimilar, se copian textos internacionales inaceptables desde el prisma de la tipicidad penal y absolutamente extraños a nuestra tradición jurídica, se aumentan, en fin, las penas de manera impredecible llegando a los niveles más altos de la escala punitiva para unos delitos que se configuran como tipos de peligro abstracto de un bien jurídico colectivo: la salud pública. Todo ello, al tiempo que se relajan los límites procesales, admitiendo intervenciones muy peligrosas para los derechos fundamentales, y se fomentan mecanismos como el arrepentimiento y la delación, altamente distorsionadores de las reglas generales de la intervención penal y de la determinación de la pena.

Ciertamente, lo anterior no puede considerarse un balance positivo, ni para el sistema penal ni para la efectiva prevención de la drogodependencia, fenómeno que responde a su propia dinámica y requiere para su apropiado abordaje y tratamiento un enfoque global, más en la línea de las leyes que siguiendo el ejemplo catalán[136] y vasco,[137] van aprobando las Comunidades Autónomas.[138] Tampoco

(136) Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia (modificada por Ley 10/1991, de 10 de mayo (DOGC 22 mayo 1991).

(137) Ley 15/1988, de 11 de noviembre sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias (BOPV n. 232, 12 diciembre 1988). J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Política legislativa en materia de drogas de las Comunidades Autónomas en España: especial referencia a la Ley vasca sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias", *Presupuestos para la reforma penal*, La Laguna, 1992, p. 51 et seq. La Ley de 1988 ha sido sustituida por la nueva Ley 18/1998, de 25 de junio sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias (BOPV, n. 131, 14 julio 1998).

(138) Así, Ley 3/1994, de 29 de marzo (Castilla y León; BOE 16 abril 1994); Ley 2/1996, de 8 de mayo (Galicia; BOE 25 junio 1996); Ley 3/1997, de 16 de junio (Valencia, BOE

conviene ocultar los avances del nuevo Código Penal y el Reglamento Penitenciario de 1996 en cuanto a la suspensión condicional de la pena y las nuevas posibilidades de tratamiento y asistencia en prisión.[139] Estos avances se presentan, con todo, en el plano político-criminal como meros complementos o apéndices de una política obsesionada por la represión y el prohibicionismo ciego.

La insatisfacción que produce el examen de la situación anterior hace tiempo que ha llevado en España a sectores importantes a reclamar un cambio radical en la política criminal en materia de drogas, rompiendo con el seguidismo acrítico de las directrices internacionales.

Prescindiendo de otras opciones menos elaboradas o individuales, tres propuestas alternativas merecen una especial atención:

- la propuesta de los autores del libro *Repensar las drogas,*[140] publicado en 1989,
- la de la Comisión Droga-Delincuencia del Colegio de Abogados de Barcelona (1991) y,
- la más elaborada, la del Grupo de Estudio de Política Criminal (Málaga, 1991).

Las tres buscan romper con la demonización de las sustancias y racionalizar, normalizar, el trato con las drogas, en particular, desde el prisma legal.

A juicio de los autores del libro *Repensar las drogas*, esto ha de hacerse reconociendo que las drogas son sustancias generadoras de riesgos para la salud, por lo que precisan de una regulación estatal. Esta debe distinguir entre las drogas blandas (cannabis y derivados) y drogas duras (opiáceos), descriminalizando y legalizando (bajo control administrativo, como el tabaco o el alcohol) progresivamente las primeras, y sometiendo a las drogas duras a un sistema controlado de suministro a los drogodependientes. Por su parte, el Derecho penal sólo debería intervenir –como respecto del resto de sustancias generadoras de riesgos: medicamentos...– en caso de suministro ilegal afectante gravemente a la salud pública o a otros bienes jurídicos relevantes.

La "*Propuesta despenalizadora*" elaborada por la Comisión Droga-Delincuencia del Colegio de Abogados de Barcelona fue presentada en las IV Jornadas Droga-Delinqüencia (1991) y avanza más en las reformas a realizar en la legislación penal. Partidaria de la liberalización con comercio controlado, la

18 julio 1997); Ley 5/1997, de 6 de octubre (Cantabria; BOE 26 noviembre 1997); Ley 4/1997, de 9 de julio (Andalucía; BOE 6 septiembre 1997); Ley 6/1997, de 22 de octubre (Murcia; BOE 12 febrero 1998).

(139) Las disposiciones respectivas del Reglamento de 1981 (reformado en 1984) encontraron una mínima aplicación en la práctica fundamentalmente por falta de dotaciones y medios.

(140) C.GONZALEZ, J.FUNES, S.GONZALEZ, I.MAYOL, O.ROMANI, *Repensar las drogas. Hipótesis de la influencia de una política liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación*, Barcelona, 1989.

Propuesta entiende que el Derecho penal, además de contemplar la incidencia del consumo de drogas en cuanto a la responsabilidad penal (y a la suspensión condicional), debe concentrarse en la elaboración no autorizada de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas generadoras de dependencia, castigando igualmente su suministro a menores de edad.[141] Junto a lo anterior, la Propuesta considera necesaria la reforma de la Ley de Contrabando, así como la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del derecho de todo detenido drogodependiente a ser reconocido por un equipo multidisciplinar de profesionales de la salud en turno de oficio, la dotación a los juzgados de guardia de medios para analizar la droga intervenida, y la apertura de posibilidades reales de tratamiento en el marco de la prisión provisional.

En cualquier caso, la más elaborada desde el prisma jurídico es la "*Propuesta alternativa*" del Grupo de Estudios de Política Criminal,[142] suscrita por más de cien catedráticos, profesores titulares y jueces y magistrados. Habiendo recogido inicialmente los puntos de partida en el documento titulado "*Manifiesto por una nueva política sobre drogas*"[143] (Málaga, 1989), la *Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas* (1991)[144] persigue como objetivo la liberalización del tráfico de todas las drogas entre adultos, perfectamente compatible con la intervención administrativa.

La *Propuesta alternativa* se centra en las reformas legislativas que serían precisas para alcanzar esa meta y para lograr la normalización en el tratamiento jurídico de las drogas. Por "normalización" se entiende el sometimiento de estas sustancias psicoactivas a los mismos controles y restricciones (comerciales, de publicidad etc.) que el resto de los medicamentos similares, pero sin impedir su uso "responsable" por parte de los adultos que lo deseen. Simultáneamente, garantizar el acceso a las mismas (o a sus sustitutivos) por parte de los drogodependientes, bajo control médico, fomentando la deshabituación voluntaria y progresiva.[145]

Las reformas legislativas propuestas son amplias y abarcan al Derecho administrativo, legislación de contrabando y hasta a los textos internacionales que se precisaría denunciar. En cuanto al Derecho Penal, la *Propuesta alternativa* comparte la necesidad de incriminar la receptación y el blanqueo de drogas, como delitos socioeconómicos, propugnando en lo demás la simplificación de la actual regulación, acercando el tratamiento penal de las drogas al de las demás sustancias

(141) *Penas*: prisión de seis meses a un año (uno a dos años en supuestos cualificados) o, alternativamente, multa, e inhabilitación específica para el comercio relativo a drogas.

(142) Grupo de Estudios de Politica Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1992.

(143) Grupo de Estudios de Politica Criminal, ibidem, p. 9 et seq..

(144) Grupo de Estudios de Politica Criminal, ibidem, p. 21 et seq.

(145) J.L.DIEZ RIPOLLES, "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", *Cuadernos de Política Criminal* 46, 1992, p. 103 et seq.

peligrosas para la salud pública. Puntos relevantes de la *Propuesta* son la reducción de las conductas punibles al tráfico no autorizado de drogas duras y la promoción de su consumo con fines mercantiles. Estas deberían ser sancionadas más gravemente que respecto del resto de medicamentos, pero con penas más suaves que en la actualidad y contemplando como tipo privilegiado la realización de los hechos por drogodependientes para asegurar su consumo. Por su parte, los tipos cualificados habrían de fijarse en el hecho de la facilitación de estupefacientes o psicotrópicos a menores de 18 años o discapacitados psíquicos..., abusando de su situación de inferioridad, en la pertenencia a organizaciones de traficantes y en el incremento del riesgo para la salud. El juez tendría a su disposición un elenco de consecuencias accesorias para aplicar a los establecimientos u organizaciones.

Respecto de la responsabilidad penal de los drogodependientes, la *Propuesta alternativa* propugna la inclusión en el Código de una eximente específica para los estados carenciales profundos, la posibilidad de sustitutivos de la prisión preventiva por la vía del seguimiento de programas de tratamiento en centros extrapenitenciarios y la ampliación de la suspensión condicional de la pena (en penas de hasta cinco años), incorporando los supuestos de dependencia alcohólica o análogas y suavizando los requisitos exigidos.

Tras casi quince años de debate social y legislativo en torno al nuevo Código Penal, hay que reconocer que la influencia de las Propuestas anteriores en cuanto a la política criminal plasmada en el Código Penal ha sido mínima o muy reducida. Sólo en lo relativo a la responsabilidad del drogodependiente o la suspensión condicional de la pena cabe hallar algún reflejo de lo propugnado desde estas posiciones, las cuales, por otra parte, coincidían en estos aspectos con amplios sectores doctrinales.

Por el contrario, en lo que concierne a los delitos de tráfico de drogas y similares, la incidencia es lamentablemente nula. Frente al Proyecto de 1992 sólo una enmienda a la totalidad,[146] centrada más bien en las disposiciones relativas al cumplimiento íntegro de las penas, se apoyó entre otras razones en la infracción de "los principios de legalidad, de igualdad y el de reinserción social como fin de la pena" que se observaba en "la penalización de los delitos de terrorismo y de tráfico de drogas". En 1994 ningún Grupo se atrevió a rechazar la política oficial plasmada en el Proyecto que luego se convertiría en el nuevo Código Penal de 1995, limitándose a lo sumo a solicitar alguna rebaja puntual de las penas.[147]

(146) La núm.1 (Grupo Mixto-EA), *BOCG. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A. Proyectos de Ley, núm.102-7*, 11 febrero 1993, p.127), retirada (11 diciembre 1992), antes de ser estudiada por la ponencia (p. 128)

(147) Así, enmienda núm.194 de Pilar Rahola, G.Mixto ERC (*BOCG. Congreso de los diputados, V Legislatura, Serie A Proyectos de Ley*, n. 77-7, 5 abril 1995, p. 155) y enmiendas n.789 y ss. del Grupo Federal IU-IC (ibidem, p. 303 et seq.), justificada sobre la base de que en los delitos relativos a las drogas contemplados por el Código Penal se trata del comportamiento del pequeño traficante, al que debe ser accesible la suspensión condicional de la pena.

De hecho el debate político-criminal tuvo lugar al margen de las enmiendas. Ante la propuesta de IU-IC de ir avanzando en la despenalización, comenzando por discriminar más el tratamiento punitivo de las conductas por su gravedad, los grupos parlamentarios –en línea con los resultados de las encuestas de opinión–[148] se manifestaron en sentido contrario, considerando indiscutible "la necesidad de la represión", sin perjuicio de profundizar en las políticas de prevención.[149]

(148) Según el Observatorio Nacional sobre Drogas, más del 70% de los ciudadanos están en contra de la legalización, apoya las campañas de sensibilización un 80,6% y el 83,3% el control policial. *El Diario Vasco*, martes, 21 julio 1998, p. 25.

(149) D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal¼*, cit., p. 167.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

DIREITOS CIVIS, ESTADO DE DIREITO E "CULTURA POLICIAL": a formação policial em questão*

ROBERTO KANT DE LIMA

Resumo: A partir da análise comparada de sistemas contemporâneos de controle social, em vigência nas sociedades ocidentais, o artigo critica o modelo de formação policial brasileiro, atrelado a princípios judiciários excludentes e punitivos e/ou a ethos militares, ambos não apropriados à negociação da ordem no espaço e na esfera públicas e incompatíveis com os requisitos exigidos pelo Estado de direito e pela prática dos direitos civis nas sociedades contemporâneas. Finaliza propondo um modelo alternativo de formação policial, já em vigência nos cursos que a Universidade Federal Fluminense ministra nessa área, com apoio da Fundação Ford, para a Polícia Militar do Rio de Janeiro e, mais recentemente, também para a Guarda Municipal de Niterói.

Palavras-chave: Formação policial – Método comparativo, direitos civis e segurança pública – Modelos de controle social e polícia – Sistema Judicial Criminal, direitos civis e polícia no Brasil – Polícia, Estado de direito e direitos civis no Brasil.

É comum, quando se questiona o desempenho dos policiais, relacionar o mau desempenho com despreparo, e atribuir o despreparo à má formação. Embora em muitos casos a relação seja procedente, como nos casos de mau uso da arma de fogo, é preciso indagar se realmente o mau desempenho em geral é resultado de despreparo ou se não decorre de fatores de outra ordem.

Exemplo recente foi o registro em vídeo e a ampla divulgação pela mídia da abordagem que um policial militar fez de dois suspeitos de assaltarem um banco e que culminou na morte dos dois suspeitos, eliminados à queima-roupa pelo policial.

O que ocorreu foi que, ao assaltarem um banco na Praça Nossa Senhora da Paz, Ipanema, bairro da zona sul da cidade do Rio de Janeiro, em companhia de outros dois homens, uma dupla de assaltantes embarcou em uma motocicleta que se encontrava próxima a um policial militar, junto à praça, na calçada oposta ao

(*) Versão preliminar deste texto foi redigida em colaboração com Jorge da Silva como parte de relatório temático sobre Formação do Policial, para o Grupo de Trabalho Para Avaliar a Segurança Pública no Brasil, da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, em julho/97; outros excertos foram extraídos de apresentações patrocinadas pela FLACSO/Brasil, pela FESP/RJ e no seminário sobre segurança social e formação policial na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

banco. Alertado da recente ocorrência, o policial saca a arma e dirige-se aos dois, aproximando-se para revistá-los. Ao perceber uma arma nas costas daquele que dirigia a moto e motivado por um movimento súbito da pessoa que estava revistando, atira em ambos os suspeitos, matando-os.

Poucos foram aqueles que criticaram publicamente a atitude do PM, por ter efetuado uma abordagem inteiramente fora das regras de segurança que seriam mínimas garantias de *sua própria* incolumidade física. O próprio comandante do batalhão – e a população entrevistada em geral – elogiaram a "coragem" do PM e justificaram sua ação como sendo característica reação em legítima defesa, recomendando-se sua promoção. Também se elogiou sua *heróica* disposição para enfrentar os bandidos, ânimo necessário para a verdadeira guerra que se realiza contra o crime no Rio de Janeiro.

Em entrevista em rádio nacional, lamentei que o policial tivesse arriscado a vida daquela maneira, sujeitando-se a ser ferido ou morto por eventuais cúmplices dos assaltantes – que efetivamente foram vistos se retirando do local – ou, mesmo por um deles, pois ficou muito próximo dos suspeitos que queria revistar. Também lamentei que o policial não houvesse solicitado cobertura para enfrentar o que parecia ser uma situação em que estava em desvantagem numérica.

Em módulo de curso de aperfeiçoamento que ministrei logo a seguir para capitães da Polícia Militar em Vitória, no Espírito Santo, os alunos, que haviam gravado as cenas, pediram para começar o curso discutindo o caso. Durante a discussão, posições opostas se confrontaram, contra e a favor da atitude do policial. Entretanto, quando manifestei minha opinião, dizendo que em nenhum lugar onde a polícia fosse devidamente treinada seria justificável uma aproximação como aquela, em que a polícia perde sua posição de superioridade e coloca-se no nível daqueles que quer revistar, unanimemente a turma manifestou-se dizendo que todos aprendiam as formas corretas de praticar essas abordagens na academia, mas essas e outras técnicas eram logo esquecidas "quando se vai para a rua". Ali, disseram, "no calor dos acontecimentos", as reações são outras. Instados a descrever suas reações, entretanto, descreveram-nas em sua esmagadora maioria como dirigidas por um padrão: o confronto com o criminoso.

Quando observei que o treinamento serve exatamente para controlar reações espontâneas no profissional e que a diferença entre os transgressores e os policiais não devia ser o seu poder de fogo, mas o treinamento profissional destes, efetuado pelo Estado, observaram que este tipo de treinamento, para ser eficazmente internalizado, deveria ser permanente, o que não ocorre. Quanto ao pedido de reforço, todos concordaram, mas disseram, também, que não se dispunha de equipamento para uso imediato – rádio – e que, muitas vezes, as coisas aconteciam rapidamente e não havia tempo para proceder como mandam os manuais.

A maior queixa de falta de treinamento e equipamento ocorria, no entanto, a respeito ao uso de arma de fogo, que não era realizado com a necessária freqüência, nem financiado adequadamente pela corporação, pois se dava apenas durante os cursos realizados por oficiais e praças. Surgiu, em seguida, a discussão sobre os vários papéis da polícia e a necessidade de formar grupos de especialistas, tanto

para o atendimento quotidiano ao público, como para atuação em situações de emergência, como aquela mostrada no vídeo.

Argumentei, então, que as pesquisas mostram que o maior número de atendimentos da Polícia Militar não é para atuar em combates diretos a transgressores, mas se refere a várias outras atividades, usualmente consideradas de menor importância e classificadas de assistenciais, e que também exigiriam complexa e diversificada política de treinamento de seu contingente. Além do mais, o treinamento de toda a tropa para o confronto armado sugeriria que, para tranqüilizar finalmente a cidade, seria necessário eliminar todos os transgressores, algo como "para acabar com o crime é necessário acabar com os criminosos", um raciocínio sociologicamente absurdo, como até mesmo um sociólogo conservador como Dürkheim já havia demonstrado desde o século XIX.

Por outro lado, essa idéia de que a polícia deve ser heróica e que o confronto mano a mano é que é o modelo ideal do trabalho policial deixa de levar em consideração exatamente aquilo que é a superioridade do Estado: a sua política de proteção à população de maneira geral, o que inclui, certamente, policiais e transgressores, mas também transeuntes, inclusive crianças e seus acompanhantes. Se esta política fosse claramente definida, impediria qualquer tiroteio, não só em praça pública da zona sul do Rio de janeiro, como em qualquer outro espaço da cidade, eleita como o espaço público por definição, que cabe à polícia administrar em ordem. A discussão se encerrou por aí, tendo eu usado esse caso como exemplo durante as demais unidades do curso. Não tenho a pretensão de ter convencido ninguém, mas certamente não ouvi mais argumentos que pudessem justificar a postura do policial "herói".

Dada esta discussão preliminar, a primeira pergunta a fazer é a seguinte: o que estamos chamando de mau desempenho é realmente mau desempenho ou é desempenho segundo um modelo que, na raiz, legitima as ações que estamos questionando? Depois, é preciso saber se os policiais fazem aquilo que consideramos errado porque não sabem o que é correto ou se, sabendo-o, simplesmente deliberam fazer o contrário. Eventualmente, poderemos concluir que o que estamos considerando despreparo é, na verdade, um preparo informado por valores e ideologia diferentes daqueles que informam explicitamente o nosso julgamento.

Se a polícia é empregada como instrumento da política de segurança do Estado, por exemplo, e a nossa concepção é de que a polícia deva ser empregada como parte da política geral de direitos dos cidadãos, é óbvio que os parâmetros de nossa avaliação serão divergentes em relação aos parâmetros dos que, mesmo não o explicitando, defendem o primeiro modelo. Quando se questiona especificamente a truculência policial, é também comum que se imagine que o problema, estando na formação, teria a ver com os currículos. E aí a solução parece fácil: basta incluir temas como direitos humanos, cidadania, direito das "minorias" etc., como se essa medida tivesse, por si só, o efeito de modificar valores culturais fortemente arraigados dentro das instituições policiais.

Se está em pauta a corrupção policial, conclui-se que se trata da má seleção e dos baixos salários, novamente abstraindo-se fatores outros que podem ter muito

maior peso no problema, como a tolerância com a violência policial, já que, no mundo inteiro, violência policial e corrupção policial têm sido irmãs siamesas. Imaginar que é possível tolerar a violência policial e ser rigoroso com a corrupção é, na melhor das hipóteses, pura ingenuidade.

Assim, antes que se proponham currículos e metodologias, cumpre levar em conta que a formação policial no Brasil ainda é marcada por uma concepção autoritária do emprego da polícia, e que os próprios policiais não estão infensos a valores culturais de uma sociedade fortemente preconceituosa e hierarquizada (DaMatta, 1979).

A discussão e as propostas que se seguem, portanto, consideram que não se trata de formar apenas os policiais que entrarão na polícia doravante, mesmo porque estes poucos que entrariam (em relação à totalidade de policiais em atuação no Brasil hoje), não fariam muita diferença nem mesmo a médio prazo. Mais que tudo, trata-se de formar policiais já "formados" anteriormente, ou seja, de desconstruir paradigmas de pensamento e ação, dentro de uma nova concepção, em que todos os cidadãos, inclusive os policiais, independentemente de sua condição social, sejam vistos como sujeitos de direitos e destinatários da *proteção* da polícia.

A formação do policial, por conseguinte, é aqui vista de uma perspectiva democrática, fundamentando-se nas seguintes premissas: a política de emprego da polícia numa sociedade democrática é parte da política geral de expressão da cidadania e da universalização dos direitos; a polícia é um serviço público para a proteção e defesa da cidadania; o fundamento da autoridade policial é a sua capacidade de administrar conflitos.

Ora, para compreender a presente reflexão, faz-se necessário um esclarecimento sobre meu entendimento da política de segurança pública praticada em nossa sociedade. Inicialmente, é necessário relacioná-la a alguns aspectos de nossas tradições culturais e judiciárias que, embora costumem ficar implícitos em nosso discurso quotidiano, são fundamentais tanto para compreender a expectativa que temos quanto às condições de nossa segurança em público, quanto ao papel a ser desempenhado pelas instituições – especialmente do Estado – para fornecê-la.

Assim, a primeira questão, do ponto de vista sociológico, refere-se à discussão do que entendemos por segurança pública e quais os pressupostos que julgamos necessários para sua reprodução e manutenção. Metodologicamente, facilita a compreensão a comparação e contraste da concepção de como deve ser o espaço público em diferentes modelos de controle social.[1]

(1) Desde logo é preciso esclarecer que se emprega aqui o método comparativo na perspectiva antropológica, isto é, não para reduzir as diferenças em relação a uma única referência, mas para explicitá-las e promover sua compreensão de uma perspectiva mais ampla. Desta forma, o texto utiliza-se tanto de dados obtidos através minhas experiências de campo no Brasil e nos EUA, quanto de resultados de pesquisas efetuados por mim e por meus colegas (Kant de Lima, 1995, 1997, 1997a, 1999, 2000).

Ora, em um desses modelos, enfatizado pela tradição anglo-americana, por exemplo, o espaço público é um espaço ordenado, onde todos têm que se submeter igualmente às mesmas regras explícitas, que devem ser literalmente obedecidas. Este espaço, assim, apresenta-se como um espaço construído a partir de um contrato coletivo que nasce da interação dos interesses divergentes presentes em um determinado tempo e lugar. O pressuposto é que todos os elementos constitutivos deste espaço se opõem, mas têm igual voz e voto na elaboração das regras para sua utilização.

A conseqüência é que se esta ordem revelar-se de difícil ou impossível manutenção, terá sempre que ser renegociada, para incluir os dissidentes e captar-lhes a adesão, sem a qual todos estarão prejudicados pela impossibilidade do convívio social. O coletivo, assim, é definido como a coleção dos seus elementos, podendo sempre variar quando agrega ou perde alguns deles.

Num espaço coletivo deste gênero, a necessidade da legitimidade da ordem a ser imposta coletivamente não está em jogo: se estiver, há que criar uma nova ordem, que seja a mais aproximada possível daquela ideal, em que todos estarão cedendo um pouco para auferir os benefícios do convívio comum. Assim, tanto a obediência à lei quanto as ações empreendidas para mantê-la, venham elas dos simples cidadãos, venham de autoridades vinculadas a instituições formais, constituem-se em tarefa de benefícios inequivocamente coletivos. A lei – que no idioma inglês (*law*) se confunde com o direito – e os organismos encarregados de administrá-la, representam o cidadão em sua expectativa de obter suas liberdades em público. Isto, evidentemente, inclui a possibilidade de reivindicá-las em igualdades de condições com seus concidadãos, diante dos tribunais. (Marshall, 1967). A liberdade, assim, define-se pelos seus limites possíveis entre iguais, em cada um dos dados espaços públicos e está profundamente vinculada à idéia de previsibilidade: regras explícitas e literais, comportamentos previsíveis para todos, eis o segredo da vida em público, seja no trânsito, na praça ou na sala de aula.

Espaços, aliás, por isso mesmo, cheios de restrições e contenções no que diz respeito ao comportamento dos que o freqüentam: fala-se baixo, não se deve olhar nos olhos de quem não se conhece, não se pode mentir em público, etc. A igual obediência de todos a estas regras, constitui-se em razão *sine qua non* para a existência do espaço público e as regras que o limitam são a garantia dos cidadãos que o freqüentam contra o abuso do poder, seja dos outros cidadãos individualmente, seja da coletividade institucionalizada que os represente em cada caso (Kant de Lima, 1997).

Os conflitos surgidos a partir das disputas pela utilização deste espaço devem ser administrados, inicialmente, pelas técnicas de sua prevenção: avisando-se a todos das regras que presidem sua utilização, advertindo-se os incautos ou distraídos de sua existência e, eventualmente, reprimindo comportamentos que contrariem ou violem tais regras. As regras, assim, não só tem um caráter explícito, mas literal. Quando a explicitação dos conflitos se torna inevitável, sua manifestação deve ser institucionalizada para que, oficialmente explicitados, sejam razoavelmente compostos, através de negociações e barganhas, em que todos perdem um

pouco para que uma nova ordem consensual, dotada de maior abrangência, torne possível o convívio social. Quando não é possível barganhar a ordem, aos cidadãos que se sentem injustamente acusados é devido o direito, se o desejarem, de serem julgados por seus concidadãos, árbitros que negociam sua decisão em uma sala secreta: é o *due process of law* (Corwin, 1986).

A sociedade, neste modelo, poderia ser imaginada como um grande paralelepípedo, em que a base corresponde ao topo. Quer dizer, todos os seus elementos estão, inicialmente, dispostos na base e, de acordo com suas condições pessoais e sociais, aliadas a seus méritos próprios, ocuparão, sucessivamente, posições na escala social, em cujo ápice estará sempre garantido, pelo menos teoricamente, o seu lugar. Todos são iguais, mas diferentes, desde o início, e sua trajetória particular não implica impedimento para a realização das metas alheias, que se dá em linhas de ascensão paralelas e não convergentes. Haverá escassez de recursos, pois o topo do paralelepípedo está reservado àqueles que fizeram as escolhas mais adequadas. Mas os recursos não serão raros, pois haverá recursos igualmente disponíveis a todos.

Neste sistema, o Estado – ou o governo, como se chamam as atuações de instituições políticas mais centralizadas – apresenta-se como o executante desta complexa negociação. Suas políticas, portanto, têm sempre o intuito de promover aquela ordem teoricamente construída de forma consensual entre as partes legítimas, para garantir espaço a todos. As resistências inevitáveis encontradas para sua implementação vêm daqueles que a ela não se submetem, ou porque não querem, ou porque ainda não conquistaram seu direito de participação como sujeitos no processo de sua elaboração.

O sistema de justiça criminal, assim, funciona com o sentido de *controlar* os comportamentos desviantes empregando, para isso, vários níveis e formas de premiação e punição. No processo de construção da verdade que porá termo ao conflito, exercita-se a barganha com os acusados para que se declarem culpados de infrações que não cometeram, mas que implicam atenuar as punições a que estariam sujeitos se insistissem em se declarar não culpados. Aliás, os que assim se declaram, e apenas eles, são submetidos a um sistema de arbitragem por juizes leigos escolhidos aleatoriamente na comunidade. A legitimidade para administrar os conflitos advém da maior ou menor razoabilidade com que forem tratados. O saber especializado na administração de conflitos – tanto o jurídico quanto o policial – justifica sua eficácia pela sua capacidade de exprimir os valores cotidianos, universalmente acessíveis e compreensíveis: esse saber, nesse sentido, quanto mais "popular", mais legítimo se apresenta.

Ora, para contrastar-se a esse modelo, podemos construir um outro que se caracterizaria por encerrar bem diversa concepção do que seja o espaço público. Por exemplo, a consideração da própria categoria *público*, em português, por oposição a *public*, em inglês, remete a significações bem distintas. Em português, público é uma categoria que remete, fundamentalmente, ao espaço apropriado particularizadamente pelo Estado. Algo que, portanto, não é passível de apropriação coletiva. Como conseqüência desta apropriação particularizada, decorre que

as regras de utilização que regem o espaço público não são universais, mas gerais: quer dizer, embora sejam as mesmas para todos, não se aplicam a todos da mesma maneira, mas de maneira particular a cada um. A tarefa de aplicação das regras, portanto, é eminentemente interpretativa, utilizando como referência a posição específica de cada elemento – indivíduo ou grupo a quem a regra deve ser aplicada – na sociedade como um todo e, em especial, em relação a uma dada estrutura burocrático-formal, concebida como separada da sociedade, encarregada de aplicar a regra: o Estado.

Mesmo porque, como o espaço é de apropriação particularizada do Estado, é este que é responsável, em princípio, pela definição das regras para sua utilização e pelo zelo para que se cumpram. Dessa forma, não se representa como mero administrador de espaços coletivamente apropriados mas como feitor zeloso de sua utilização. Também decorre daí que o espaço público não se define como resultante de um contrato negociado entre iguais, mas de um acordo em que as partes não só são diferentes, como no primeiro caso, mas desiguais, pois possuem peso diferenciado. Assim, o balanceamento e a compensação de tais desigualdades, visando a manutenção e reprodução da ordem, constituem-se nas justificativas da intervenção estatal, através de suas instituições e órgãos incumbidos de manter a ordem e administrar os conflitos na sociedade. As partes, sendo desiguais, não devem se *opor* – como é o caso das partes iguais que se opõe para construir o paralelepípedo do *public space* – mas devem se *complementar* harmonicamente, prevalecendo sempre o interesse do *todo* – que não é, necessariamente, o *de todos,* pois difere daquele advindo da *soma* dos interesses das partes – sobre o conjunto dos interesses das partes.

Esse modelo representa a sociedade não como um paralelepípedo, mas como uma pirâmide. Assim, o topo é, por definição, menor do que a base. A conseqüência óbvia desse fato é a de que a competição entre os elementos da sociedade se fará por recursos raros, isto é, que não estarão disponíveis a todos. Além do mais, o fato de que a sociedade é segmentada, dividida em partes desiguais e complementares, implica que tais partes ocupam, desde logo, um lugar definido nesta ordem social, que mantém a pirâmide em seu lugar, impedindo que ela tombe ou inverta sua posição .

Ë lógico que interesses tão superiores, vindos do topo, nem sempre são óbvios e precisarão, conseqüentemente, de intérpretes que o explicitem. Tais intérpretes serão tanto mais autorizados quanto mais próximos do pólo originador dessas regras e definições, sinal certo de que compartilham com o *todo* sua privilegiada visão do conjunto. O comportamento em público, portanto, se faz marcado pela imprevisibilidade: nunca sei como será a interpretação correta das regras que irão ser aplicadas para determinar o acerto ou erro dos meus atos públicos.

Ora, a polícia é, em princípio, a instituição designada, tanto em um modelo quanto em outro, para fazer cumprir, em última instância, empiricamente, as regras de utilização dos espaços públicos. No modelo do paralelepípedo ela se constituirá na força legítima para *to enforce the law,* isto é, para forçar o cumprimento da lei. Saliente-se, no entanto, mais uma vez, que a regra que se está fazendo

cumprir está amparada na concepção de que foi consensual e legitimamente elaborada para preservar a utilização, por uma determinada coletividade, de um certo espaço público.

Assim, a legitimidade da ação policial não repousa no Estado, mas no governo da coletividade. Coletividade esta que não é a coletividade em geral, mas uma determinada coleção de indivíduos, localizados em um certo tempo e em um certo espaço. Por isso a lei nunca é geral, mas sempre tem sua vigência e aplicabilidade localmente definidas.[2]

A polícia tem autonomia – e a respectiva responsabilidade – para negociar a utilização dos espaços, até certo ponto: se o espaço público é um espaço negociado coletivamente, cabe a ela reproduzir, em sua administração, os processos de negociação de interesses divergentes. No seu limite, é a instituição mais apta a identificar focos potenciais de conflito, sugerindo, eventualmente, além das estratégias de repressão mais adequadas à manutenção da ordem, formas de expansão de direitos e de legitimação de cidadania para grupos emergentes que insistem em causar rupturas na ordem a ser mantida até serem seus interesses por ela incorporados.

A polícia, portanto, não é neutra nem imparcial, por definição: é a favor da lei e da ordem e contra aqueles que a querem infringir ou perturbar. A tarefa de *law enforcement,* que vai fundar essa função institucional, refere-se sempre à imposição universal – igualmente a todos – de uma determinada regra de conteúdo perfeitamente identificável por todos e de expressão literal, acertada como de vigência consensual em um determinado local (Arensberg, 1989). A realização dos princípios de justiça que mandam tratar desigualmente aos desiguais se exprime, claramente, em tratar desigualmente aqueles que obedecem às regras e aqueles que não as obedecem. A desigualdade não é estrutural, mas resultado de trajetórias individuais específicas, concebidas como fruto das escolhas de cada um, do exercício de sua liberdade.

Ora, no modelo da pirâmide as funções da polícia são bem diversas. Se o espaço público é um espaço de apropriação particularizada do Estado, a sua apropriação se faz, por definição, de forma excludente e competitiva: quer dizer, quando me aproprio de tal espaço não estou junto com meus concidadãos, mas separadamente, disputando um espaço próprio em um espaço comum que não garante lugar para todos. Assim, o espaço público, ao invés de ser o espaço da ordem includente, onde a administração bem sucedida de conflitos garante a todos o seu espaço, é o espaço da superposição desordenada de interesses competitivos e excludentes.

Entretanto, este estado potencial de desordem característico do espaço público se contrapõe à idéia de uma sociedade harmônica, em que a explicitação do conflito e a oposição de interesses fere, em princípio, o princípio da convivência complementar das desigualdades. A explicitação de conflitos sendo indesejável,

(2) Como dizem em suas abordagens os policiais dos EUA: *there is a law here...*

porque se constitui em indicador de desarmonia e ruptura da ordem, requer tratamento diferente daquele de administração pela negociação. Aqui, os conflitos simplesmente não devem existir porque cada um deve permanecer no seu lugar.

Esta concepção é própria de sociedades em que a estrutura social é explicitamente desigual, quer dizer, a disputa não se concretiza no espaço público porque as regras de precedência que o definem previamente regulam, de fora, a convivência entre os desiguais. Conflitos, portanto, devem ser minimizados ou, quando sua conciliação for impossível, fortemente reprimidos e extintos, por se constituírem em ameaça potencial a todo o ordenamento social.

À polícia, portanto, não incumbe o explícito *enforcement of the law*. Ao contrário, está a seu cargo a tarefa de identificar conflitos visando não sua prevenção e resolução, mas sua supressão: inicialmente, forçando sua conciliação e, posteriormente, suprimindo-os. Sua legitimidade estará associada a sua *interpretação* do que deseja o Estado para a sociedade, não ao que a sociedade deseja para si mesma. A sociedade nem mesmo pode formular esta concepção, porque, segmentada em partes desiguais, não tem como fornecer senão visões parciais e particularizadas de si mesma.

A função da polícia se caracteriza, assim, por ser eminentemente interpretativa partindo não só dos fatos mas, principalmente, da decifração do lugar de cada uma das partes em conflito na estrutura social para proceder à correta aplicação das regras de tratamento desigual aos estruturalmente desiguais. Não se trata, portanto, de universal e indiscriminadamente *to enforce the law,* mas de verificar, caso a caso, como a regra geral se particulariza em sua aplicação no caso específico.

O Estado – e a polícia – definem-se, assim, como instituições não só separadas, mas externas ao conjunto de cidadãos que precisam não apenas controlar, mas, fundamentalmente, manter em seu devido lugar, reprimir. A suspeição sobre as intenções de descumprir regras nunca inteiramente explícitas – nem mesmo para ela – é que caracterizaria a ação da polícia. Essa suspeição sistemática e institucional deve ser mantida sobre aspectos característicos da vida cotidiana – como são a explicitação dos conflitos de interesse entre os cidadãos – e caracterizará o papel preventivo da polícia. Esta atuará não como mediadora da administração de conflitos, mas como autoridade intermediária em sua interpretação, para promover sua extinção e punição, não sua *resolução*: ou se aceita a sua conciliação forçada ou se enfrenta as possibilidades de punição mais rigorosa pelas autoridades "superiores".

Ora, se este papel é compreensível em uma sociedade em que a desigualdade dos súditos é explícita, em uma República que se define como composta de cidadãos formalmente com os mesmos direitos, a posição de uma instituição encarregada desta tarefa de negociação da ordem, a um tempo indispensável e subalterna, não poderia ser senão implícita. Seu papel de primeira conciliadora dos conflitos – seu *poder de polícia* – é colocado, ele mesmo, sob suspeição permanente. Como mera executora da política de supressão de conflitos visando a reprodução e manutenção da ordem pública desigual em uma sociedade de iguais, em que

privilégios legais de status como a *prisão especial* se contrapõe a direitos e garantias constitucionais universais, tem seu *arbítrio* – como se chama o uso legítimo de sua *discricionariedade* – em nada assemelhado à *discretion* da polícia dos EUA.

Na verdade, sua capacidade de mediação e conciliação é minimizada em função de sua capacidade repressiva, pois seu poder de negociação não é legitimado pelas demais instâncias das instituições de controle social. A ênfase interpretativa do sistema, que sobrepõe a pirâmide implícita no *ethos* judiciário ao paralelepípedo constitucional, é institucionalmente reforçada, com a valorização da imparcialidade associada à distância dos fatos, para melhor escolher qual princípio se aplica a qual caso. A proximidade da polícia à arena do conflito, exposta aos fatos e interesses em jogo, sem falar das contradições legais, característica de sua prática e fundamental para o exercício de seu poder de policia – e de negociação – são postos sob suspeita institucional. A polícia, assim contaminada, fica em desvantagem perante os outros órgãos de aplicação da lei, notadamente o Ministério Publico e o Judiciário. Não se pode esquecer que nossa tradição judiciária privilegia os *juizes de fora* e não os árbitros de dentro – os jurados – como no sistema anglo-americano (Mendes de Almeida Júnior, 1920; Schwartz, 1979).

Além disso, em um sistema que suspeita de toda explicitação de conflitos, sempre associada à disruptura de uma ordem inegociável que deve, em princípio, ser punida, os negociadores – e a polícia – estão sempre sob suspeita de estar negociando o que não devem. Justifica-se, desta maneira, sua posição em um patamar inferior do processo de elaboração, formulação e decisão das políticas de segurança pública, controladas da perspectiva do *topo* da pirâmide por aqueles que se encarregam de definir qual seja a ordem social desejável e possível em um determinado momento da sociedade.

Não são poucas nem ligeiras as conseqüências de tal papel destinado institucionalmente à polícia. A primeira é que quando a polícia aceita sua identidade subalterna e suas práticas implícitas faz delas a marca de sua identidade. Passa a produzir-se e a reproduzir-se através de processos de socialização informal, que tem como conseqüência a manutenção de seu *ethos* ambíguo: os valores explícitos da sociedade democrática e igualitária vão-se constituir em discurso que contradiz as práticas rotineiras de manutenção da ordem repressiva em uma sociedade de desiguais. A polícia desempenha seu papel regida por mecanismos e princípios implícitos, e paga por isso o preço da semi-clandestinidade, servindo de bode expiatório dos conflitos não administrados satisfatoriamente.

Por outro lado, talvez por ser obrigada a manter a segregação em uma sociedade que a nega explicitamente, a polícia defende-se desta contaminação segmentando-se internamente em uma tentativa de atribuir aos outros as tarefas que lhe foram confiadas. Suas camadas superiores – oficiais da Polícia Militar, Delegados de Polícia, etc. – procuram fugir da contaminação institucional atribuindo às camadas inferiores da polícia as tarefas implícitas que lhe estão destinadas pelo sistema de segurança pública. Por isso a hierarquia – seja militar, seja civil – caracteriza-se por ser excludente, isto é, um segmento não pode converter-se no outro, há

entradas e finalizações próprias e diferenciadas para cada um deles: o seu modelo organizacional não é a hierarquia do paralelepípedo, mas a da pirâmide.

Ora, este *ethos* repressivo e esta organização em segmentos excludentes da polícia têm sido reforçados, no Brasil, seja pelos valores de nossa cultura judiciária, seja pelo *ethos* militar que tem definido a atuação das polícias militares, tradicionalmente organizadas como exércitos, tanto antes de 1964, quanto depois desta data.

Nossa cultura judiciária, como apontei, caracteriza-se pela valorização do saber esotérico, dogmático e situado em níveis superiores das camadas sociais. Não é por acaso que sobram as vagas para juizes, que permanecem vazias apesar da realização de sucessivos concursos públicos, cujo *ethos* excludente só faz reafirmar a valoração positiva dos saberes apropriados particularizadamente: aquilo que todos sabem de nada serve. Este *ethos* se opõe frontalmente à ética da universalidade de acesso à informação, onde só tem valor o conhecimento que está universalmente disponível, fundamento da legitimidade do saber jurídico e acadêmico na tradição dos EUA, por exemplo (Kant de Lima, 1997). A indigência das bibliotecas públicas e a pujança dos acervos bibliográficos privados, no Brasil, são as testemunhas mais candentes de que esta forma de reprodução do conhecimento não está confinada somente à reprodução do conhecimento jurídico, mas se atrela a um modelo de sociedade em que o acesso ao conhecimento não é apenas condição básica de acesso ao mercado de bens simbólicos, que deve estar disponível a todos, mas símbolo de status e distinção. Como no caso da interpretação particularizada de regras gerais, aqui a apropriação particularizada do saber é socialmente valorizada e reconhecida como forma legítima de acesso às posições sociais mais destacadas.

Além disso, nossa cultura judiciária está profundamente calcada em princípios inquisitoriais, próprios de sociedades compostas por segmentos desiguais e complementares (Kant de Lima, 1995, 1997a, 1999). Assim, relaciona-se de forma punitiva com a explicitação de conflitos, preferindo que sejam resolvidos pela confissão – que é uma "penitência" – e conciliação das partes, mas guardando punição certa para os que cometem graves delitos ou não se arrependem, penitenciando-se, da transgressão cometida. Uma vez constatada a transgressão, segue-se, obrigatoriamente, um julgamento, mesmo que o acusado tenha confessado. Não, há portanto, a rigor, um *due process of law* no direito processual e constitucional brasileiro, isto é, o direito de o cidadão ser julgado pelos seus pares apenas quando se sinta injustamente acusado, pois o processo não é direito disponível (Gonçalves Ferreira, 2002).

Quanto ao *ethos* militar, influencia negativamente a polícia em pelo menos dois aspectos. Primeiro, quanto a sua organização interna e quanto a suas relações externas com outras instituições da sociedade: sendo a Polícia Militar uma organização subordinada, seus oficiais são subalternos aos oficiais das Forças Armadas. Embora use denominações semelhantes às da carreira do Exército, a carreira dos oficiais das Polícias Militares vai até o posto de Coronel, nunca ao de General. Em segundo lugar, mantém da hierarquia militar a estrita obediência e a negação da

autonomia que, se pode ser indispensável às funções a serem executadas no cenário da guerra, revelam-se obstáculos importantes na atuação policial, tanto no que diz respeito a sua necessária autonomia de decisão na prática de suas funções profissionais, quanto no modo pelo qual se deve fazer a avaliação de sua conduta na eficácia obtida na mediação dos conflitos, medida não pelo grau de obediência a ordens superiores, mas pela sua criatividade na condução de negociações bem sucedidas.

Reforça também este item o fato de a tradição militar brasileira não ser a de entrada única na carreira, mas de entradas múltiplas, umas para o oficialato, outras para os oficiais subalternos; segmentação que, na prática, acaba por fracionar a corporação em grupos "inferiores" e "superiores". Tal forma de hierarquia, justificável talvez nas sociedades segmentadas e aristocráticas, encontra sua justificativa na República, com freqüência, na indigência cultural do "povo brasileiro", como se ela não se devesse à falta de acesso universal aos bens culturais, mas a uma vocação inelutável da população para a miséria e a barbárie.[3]

Finalmente, tanto o *ethos* militar como a cultura judiciária influenciam contraditoriamente o desempenho da atividade policial que se destina à administração dos conflitos na sociedade. Pois ambas tem como objetivo, respectivamente, o combate e o extermínio do inimigo ou a inexorável punição dos transgressores. Em ambos os casos, duas atitudes inadequadas para o *ethos* policial, que se deve ater à interminável e inevitável tarefa de administração dos conflitos que se explicitam na sociedade, sem emitir juízos de valor, a não ser aqueles necessários para ensejar a aplicação das regras em vigor.[4]

Os modelos de controle social, no Brasil, apresentam-se, assim, ambíguos, como se tivéssemos uma pirâmide encaixada em um paralelepípedo. Por isso mesmo, a formação dos policiais tem que incluir processos de socialização acadêmica e profissional que os atualizem em termos dos procedimentos vigentes de construção da verdade e de administração de conflitos. A metodologia – ou melhor, a dinâmica da formação escolarizada – é mais importante do que os currículos em si. A formação do policial entre nós tem sido tradicionalmente centrada na idéia de "treinamento", onde se busca a padronização de procedimentos, na base de repetições mecânicas, reproduzindo uma ideologia marcadamente repressiva e punitiva, retirando dos policiais a capacidade reflexiva diante de situações complexas, como as questões da infância e da adolescência, das drogas, da discriminação social, racial, de gênero, do idoso etc. Em suma, "condiciona-se" o policial para obedecer ordens irreflexivamente, seguindo comandos, para depois colocá-lo sozinho diante da realidade conflitiva das ruas, esperando que ele aja reflexivamente, e tome suas decisões com bom senso e equilíbrio. Tal paradoxo convida a uma distonia cognitiva que leva os policiais militares a rejeitar, informalmente, o

(3) Fato, aliás, que também justificou a rejeição das mudanças propostas para o processo criminal brasileiro no século passado (Flory, 1981).

(4) Para uma história da Polícia no Rio de Janeiro, ver Holloway (1993).

treinamento formal que recebem para poder sobreviver em seu dia a dia, como se viu da narrativa dos alunos de Vitória quando avaliaram a reação do colega do Rio de Janeiro no caso acima mencionado.

Paralelamente, a cultura jurídica brasileira tem fundado sua autoridade na chamada dogmática jurídica, que é transmitida através de procedimentos escolásticos, também encontráveis na prática judiciária cotidiana. Tais procedimentos não só não buscam posições comuns de consenso que estabeleçam os "fatos", mas utilizam a técnica da vitória de uma tese sobre a outra, que prevê sua incomunicabilidade, com a conseqüente impossibilidade de argumentação consensual. Dá-se, assim, precedência aos argumentos de autoridade sobre a autoridade dos argumentos, opondo-se frontalmente esta tecnologia de produção de verdades às formas de produção, legitimação e consagração da verdade vigentes na academia contemporânea, em especial no campo das ciências humanas e sociais, ao qual deveria estar subordinado o campo jurídico, se pretendesse a ele pertencer.

Se a primeira e mais substantiva função legítima da polícia constitui-se na administração de conflitos do cotidiano, é evidente que a esta função devem estar subordinadas as demais, por definição secundárias. Assim, tanto a reconstrução da verdade dos fatos pela investigação destinada a esclarecê-los e a punir eventuais transgressores da lei, quanto a repressão explícita necessária à contenção de comportamentos individuais ou coletivos que põem em risco a segurança de todos, devem se constituir em procedimentos previsíveis e conseqüentes, decorrentes de uma política de segurança pública baseada na inevitabilidade do conflito e na necessidade de sua administração, para o exercício pleno da cidadania na sociedade estruturada juridicamente em um Estado moderno, republicano e democrático.

Esta política de segurança pública deve fundamentar a autonomia da polícia na responsabilidade explícita que decorre de sua autorização para assumir a tarefa de administrar conflitos na sociedade. Formados para exercer esta função, devem os policiais, acima de tudo, estar seguros e cientes de que a teoria, na prática, não pode ser outra, mas que os princípios explícitos que informam a política de segurança pública a ser implementada por seus agentes, deve ser aplicada por todos a todos, de maneira universal, constituindo-se sua transgressão em ato ilegítimo que não pode ser caracterizado nem sustentado pelos valores que pretendem perenizar a desigualdade e a exclusão em nossa sociedade, em nome de uma concepção idealizada e anacrônica de um mundo sem conflitos.

Os conhecimentos específicos, por atividade, como investigação criminal e criminalística, para os policiais civis, ou técnicas de abordagem para os policiais militares, seriam enfatizados em cursos técnicos ou de especialização profissional. Tais cursos, no entanto, teriam que ser fundados, no caso da investigação, na transmissão e socialização dos alunos nos princípios de produção da verdade vigentes no campo das ciências contemporâneas, sejam elas exatas, da natureza ou humanas e sociais; no caso da abordagem e da intervenção, transmitirão e socializarão os alunos nas técnicas de negociação e neutralização específica dos conflitos e dos agentes neles envolvidos, evitando-se o uso indiscriminado de tecnolo-

gias de combate e destruição do "inimigo", próprias das atividades bélicas que são características e privilégio das forças armadas.

Esta socialização especializada, entretanto, certamente encontrará dificuldades adicionais, de vez que os policiais, tanto na Polícia Militar quanto na Polícia Civil, estão hierarquizados de forma excludente e elitizada, com delegados e oficiais no topo, e policiais civis e praças da PM na base, respectivamente. Para mudar isto, e universalizar a formação, por um lado, e especializá-la, por outro, os cursos devem ser oferecidos de acordo com critérios de mérito em relação às habilitações específicas dos candidatos às funções. Assim, a hierarquia e a disciplina da polícia estariam fundamentadas em valores democráticos, não se pressupondo que o comandante seja aquele que tudo sabe, mas aquele que melhor habilitação tem para administrar com eficiência e legitimidade a ação coletiva. Tal estrutura propiciaria aos seus componentes o exemplo necessário para que reproduzissem tais critérios no cumprimento de suas funções, em especial em suas relações diuturnas com os também diferentes e heterogêneos segmentos da sociedade.

Essa formação objetivaria capacitar os policiais para o desempenho de sua função em estrita observância dos cânones norteadores da função policial numa sociedade democrática, tendo os *direitos e deveres cívicos de todos*, inclusive os dos policiais e, particularmente, os dos setores discriminados da sociedade, como marco delimitador da ação. Além disso, visaria prepará-los para atuar com responsabilidade e bom senso, compreendendo a importância do seu papel social, onde se deve destacar sua habilidade em administrar conflitos através da utilização de técnicas discursivas, ou não, e de negociação pela persuasão e argumentação. Finalmente, transmitiria o aprendizado que caracteriza a produção de conhecimentos científicos – verdades e fatos – de acordo com os princípios correntes na validação da produção científica contemporânea.

Os cursos deveriam ter um núcleo básico de formação que não se estruturasse simplesmente em torno de disciplinas que repassassem conteúdos acabados. Haveria de ter, além das disciplinas, seminários e atividades práticas. O núcleo básico (disciplinas técnicas complementares e cursos para atividades especiais completariam a formação do policial) é estimado para ser ministrado em mais ou menos 360 horas, distribuídas num período mínimo de três meses, como um verdadeiro curso de extensão – para os não graduados – e de especialização – para os graduados.

Estariam previstos desdobramentos periódicos do curso, tanto no sentido horizontal – de reprodução de um mesmo curso para outros agentes – quanto vertical – de aprofundamentos temáticos para os que já houvessem passado pela formação mínima, introduzindo, de fato, um projeto de formação continuada que permita ao agente reciclar-se permanentemente.

Com gradativo, mas indiscutível sucesso, advindo de progressivo processo de aperfeiçoamento que contou com a colaboração de pesquisadores estrangeiros do Canadá, Argentina, Estados Unidos e França, financiados pela Fundação Ford, temos desenvolvido, nos últimos cinco anos, experiências no Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas da UFF que se consubstanciam, hoje, em cursos de exten-

são e de especialização que reúnem guardas municipais, policiais militares e interessados do público em geral. Iniciando-se por Seminários de dessensibilização e integração, têm continuidade discutindo temas como, entre outros: História e Democracia; Políticas Públicas; Decisões de Governo e Segurança Pública; Cultura, Comportamento Desviante e Trabalhadores Urbanos na Sociedade Brasileira; A Questão Social e a Segurança Pública; Violência e Sociedade; Metodologia da Pesquisa e Segurança Pública; Pensamento Social e Organização Urbana em uma Perspectiva Comparada; Teoria da Polícia; Gestão e Processos de Decisão; Organização e Cultura; Violência do Estado na Sociedade Brasileira; Controle Social e Criminalidade no Rio de Janeiro; Modelos de Justiça Criminal e Ordem Pública; Estado Contemporâneo e Instituição Policial; Ética, Mídia e Segurança Pública; Criminologia Aplicada à Segurança Pública. A estes temas poderiam acrescentar-se outros, e complementarem-se as aulas com visitas, filmes e vídeos que seriam exibidos e discutidos, propiciando-se também o aprendizado iniciático com técnicas de pesquisa.

Numa abordagem conhecida como prático-teórica, o processo de ensino e aprendizagem deve estar calcado na metodologia de trabalho de grupo, em que os conteúdos teóricos são transmitidos durante seminários de sala de aula e nas discussões dos grupos, funcionando o professor como orientador e estimulador das discussões. Tais discussões poderão ser precedidas da leitura de um texto curto, ou basear-se no estudo de "casos" e/ou em comentários de vídeos e filmes e incluiriam seções específicas sobre Procedimentos Policiais, Administração Policial e Direitos Humanos e Garantias Individuais, esta última incluindo pontos de vista tanto jurídico como sociológico.

Finalmente, seria extrema ingenuidade acreditar que os resultados dessa política de formação tivessem efeitos a curto e médio prazo. Mas a conscientização progressiva dos policiais de sua desvantajosa posição na formulação e execução da política de segurança pública poderá levar a uma adesão de alguns aos efeitos práticos produzidos pela difusão de conhecimentos e universalização da informação, associados a uma política de formação profissional. Minhas experiências didáticas recentes também têm mostrado que o constrangimento diante dos superiores, o medo da confissão da ignorância, a competição excludente, todas características da formação anterior, são exorcizados, em parte, pelo *ethos* incorporado na participação na vida acadêmica universitária. Assim, a universidade está diante de um outro desafio: o de contribuir para socializar em procedimentos democráticos aquelas forças que, tradicionalmente, a tem constrangido no passado.

Entretanto, de forma alguma deve ceder à tentação de meramente contribuir para "melhorar", operacionalizando e modernizando a instituição policial que temos em nosso país. A tarefa é apontar-lhe outros caminhos e dependerá de engenho e arte a consecução de objetivos comuns, que permitam um melhor desempenho de nossa polícia e uma negociação mais justa de nossa segurança pública. Para isso, não devemos abrir mão daquilo que sabemos, mas devemos procurar, como sempre, aprender e reproduzir nossa experiência como eternos alunos.

Bibliografia

CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual.* Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

DAMATTA, Roberto. "Você sabe com quem está falando?" *Carnavais, malandros e heróis.* Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FLORY, Thomas. *Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. Social Control and Political Stability in the New State.* Austin and London: University of Texas Press, 1981.

GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurelio. "O *due process of law* e o devido processo legal no direito processual penal brasileiro". Dissertação de mestrado em Direito na Universidade Gama Filho, 2002.

KANT DE LIMA, Roberto. *A antropologia da Academia: quando os índios somos nós.* 2. ed. Niterói: EDUFF, 1997.

———. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

———. "Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In Laura G. Gomes; Lívia Barbosa e José A. Drummond (Organizadores). *O Brasil não é para principiantes.* Rio de Janeiro: FGV, 2000. p. 105-124.

———. "Polícia e exclusão na cultura judiciária". *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP* 9/169-184, n. 1, 1997a.

———. "Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público". *Revista de Sociologia e Política* 13/23-38, nov. 1999.

HOLLOWAY, Thomas H. *Policing Rio de Janeiro. Repression and resistance in a 19th century city.* Stanford: Stanford University Press, 1993

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe e status.* Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENDES DE ALMEIDA JR., João. *O processo criminal brazileiro.* 3. ed. augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1920.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751.* São Paulo: Perspectiva, 1979.

STEINBERG, Allen. *The Transformation of Criminal Justice. Philadelphia, 1800-1880.* Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1989.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

CONCURSO FORMAL DE CRIME: UNIDADE DE AÇÃO E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Parecer: 2.1 Síntese da proposição acusatória: 2.1.1 Licitação efetuada e termos aditivos; 2.1.2 Especificação da acusação em relação a B; 2.2 Relevância da determinação jurídica dos fatos: 2.2.1 Correlação entre acusação e sentença no processo penal; 2.2.2 Parte Geral do Código Penal e tipicidade; 2.2.3 Exegese do art. 70 do CP; 2.3 Aplicação dessa orientação ao caso sob exame: 2.3.1 Manifesta unidade de desígnio – 3. Conclusão: 3.1 Resposta à consulta formulada.

1. Consulta

Honra-me o ilustre advogado A___ com esta *Consulta* acerca da possibilidade de a sentença penal *de meritis* qualificar juridicamente os fatos imputados ao seu cliente B___ de modo diverso do constante da proposição acusatória formulada nos autos do Processo 96.0017718-0 que, perante o Juízo de Direito da Décima Segunda (12.ª) Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e respectiva Secretaria, lhe move, e a outros, o Ministério Público Federal.

Explicitando a solicitação de *parecer*, a respeito do tema, e objetivando a questão substancial a ser examinada, minudencia que a denúncia imputa a C___, principal acusada (posto que a única funcionária pública envolvida na indicada *persecutio criminis*), ter desviado "dinheiro da LBA em favor dos empresários das indústrias de laticínios"; sendo que, "em contrapartida, os empresários depositaram altas quantias nas contas do PC, que repassava para a conta da ré C___". E teria esta, assim, recebido, "indiretamente, vantagem indevida em decorrência da prática de ato de ofício expressamente vedado por lei", cometendo os crimes prescritos nos arts. 312, c/c o art. 29 ("co-autoria em desvio de dinheiro da LBA em proveito alheio"), e 317, § 1.º ("recebimento de vantagem indevida e prática de ato de ofício contra disposição expressa da lei"), do Código Penal.

E, já agora, no tocante a B___, expressa a mesma peça vestibular da aludida ação penal que teria sido o "principal auxiliar de D___", recebendo valores dos empresários, expedindo "notas fiscais da empresa L___", participando da reunião na LBA, na qual decidida a "prorrogação dos contratos de fornecimento sem licitação"; e, destarte, estaria incurso nas penas dos arts. 312, c/c o art. 29 ("co-autoria em desvio de dinheiro da LBA em proveito alheio"), e 333, § 1.º, também c/c o art. 29 ("co-autoria em corrupção ativa"), todos, igualmente, do Código Penal.

Daí, a indagação fulcral, no sentido da inadmissibilidade da aplicação cumulativa das penas a tais infrações penais cominadas, ante a unidade de desígnio do agente, determinante da ocorrência de *concurso formal*, na forma preconizada no art. 70, primeira parte, também do Código Penal.

Assim posta, passo a analisá-la, como de mister detidamente, não sem antes esclarecer que a *Consulta*, em seus exatos termos, e obviamente, não se faz abrangente das questões fáticas referentes ao *meritum causae*, restrita que é ao tema jurídico proposto; reservando-se, o ilustrado Consulente, com afirmada exclusividade, ínsita à atuação defensiva no processo penal em curso, a demonstração da improcedência da acusação.

Por isso que, determinando, assim objetivamente, os seus respectivos lindes, dos quais extrapola toda a matéria fática integrante do conteúdo da peça vestibular acusatória, e conseqüente e inafastável perquirição da verdade material, ou atingível, passo a elaborar o seguinte:

2. Parecer

2.1 Síntese da proposição acusatória

2.1.1 Licitação efetuada e termos aditivos

2.1.1.1 Expressa, de logo, a denúncia de f. dos mencionados autos que, no mês de setembro de 1989, a Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, então sediada na cidade do Rio de Janeiro, realizou licitação, visando à aquisição de 4.878.000 (quatro milhões e oitocentos e setenta e oito mil) quilogramas de leite em pó desnatado, e da qual foram vencedoras as seguintes concorrentes: E___, F___ e G___.

2.1.1.2 O preço médio do quilograma do leite assim adquirido foi o de NCZ$ 23,50 (vinte e três cruzados novos e cinqüenta centavos), quantia que, atualizada à época do oferecimento da denúncia (29.08.1996, *ut* f.), equivaleria a, aproximadamente, R$ 11,50 (onze reais e cinqüenta centavos), e representaria uma "supervaloração do produto", posto não ser "difícil se encontrar produto similar no mercado nacional por 1/3 (um terço) daquele valor".

2.1.1.3 Acresceria, ainda, a esse fato, a ocorrência de diversas irregularidades no "transcorrer da execução do contrato", com significativo aumento dos "ônus ao erário daquela fundação pública", dentre as quais:

2.1.1.3.1 Estabeleceu-se nos contratos, assinados em 28.12.1989, que a correção monetária seria feita com a aplicação da variação do IPA – Índice de Preços por Atacado, rubrica Leite e Derivados, da Fundação Getúlio Vargas, certamente com observância do disposto no art. 51, § 2.°, do Dec.-lei 2.300, de 1986, proibitivo de efeitos retroativos em avenças que tais;

2.2.1.3.2 Todavia, desde as primeiras remessas, em janeiro de 1990, foi aplicado o apontado índice com retroação à data da realização da licitação, ocasionan-

do uma correção monetária de cento e oitenta e três por cento (183%), "que, a rigor, a LBA não estaria obrigada a pagar";

2.2.1.3.3 A dedução de hum por cento (1%) do valor de cada partida do produto, que deveria "ser aplicada pela LBA em despesas decorrentes da execução de serviços de capacitação das empresas, controle de qualidade e avaliação dos alimentos", nunca foi efetivada;

2.2.1.3.4 Do mesmo modo, a multa, fixada em meio por cento (0,50%) por dia de atraso na entrega do produto, mesmo tendo ocorrido mora, não foi cobrada; e,

2.2.1.3.5 A execução do programa que motivou a abertura da licitação "*seria da atribuição específica das superintendências regionais* e *não do órgão diretivo nacional*".

2.2.1.4 Embora o aludido Dec.-lei 2.300, de 1986, estabelecesse que, no caso de interesse público, "poderia haver um acréscimo ao objeto da licitação em 25% (vinte e cinco por cento) do seu total (art. 55 § 1.º)", em 12.03.1991, já na gestão da co-denunciada C___, e sob sua ordem, "os objetos dos contratos foram aditivados em mais de 41% (quarenta e um por cento), especificamente, no fornecimento de mais 1.626.000 kg de leite em pó".

2.2.1.5 Aliás, a "ilegalidade contida na prorrogação excessiva e desmotivada dos objetos dos contratos" teria sido perpetrada conscientemente, e não "por mero descuido ou ignorância da lei", ante o teor de relatório feito pela Procuradora H___, que, apesar de não o ter assinado, entregou-o ao Procurador-Geral da Fundação, I___, propiciando-lhe referendar as "flagrantes irregularidades" constatadas e, por via de conseqüência, aconselhar a Presidente C___ e "não realizar a celebração dos termos aditivos".

2.2.1.6 Daí, e complementando essa parte da acusação, a afirmação do enquadramento da então primeira dama do País no "Esquema PC Farias", *verbis*:

"O dolo de C___ em desviar o patrimônio público em proveito dos empresários das indústrias que venceram o certame licitatório ficou perfeitamente delineado quando, mesmo cientificada das irregularidades, prosseguiu com a negociata; entretanto sua intenção criminosa restou ainda mais evidenciada quando foram encontrados em sua conta-corrente altos valores depositados por pessoas ligadas ao notório esquema de corrupção do governo federal comandado por PC Farias, realizados por intermédio de transferências de saldo das contas-correntes dos 'fantasmas' J___ e K___, que, por sua vez, eram alimentados por D___ e seus assessores."

2.1.2 Especificação da acusação em relação a B

2.1.2.1 Quanto à imputação feita ao cliente do ilustre Consulente, restringiu-se a acusação à assertiva de que teria sido o "principal auxiliar de D___", e, mais, que "recebeu valores dos empresários, expediu notas fiscais da empresa L___ e participou da reunião na LBA em que se decidiu pela prorrogação dos contratos de fornecimento sem licitação".

2.1.2.2 A conduta de D___, por sua vez, consistiria em realizar "a intermediação entre os empresários da indústria de laticínios e os funcionários da Legião Brasileira de Assistência, encarregando-se também de repassar os valores recebidos dos empresários aos integrantes do esquema PC Farias e também a seus próprios acessores" (*sic*).

2.1.2.3 E as provas da co-participação de B___ nessa ação tida como delituosa consistiriam no laudo de exame grafotécnico comprobatório de ser "da sua autoria o preenchimento das notas fiscais daquela empresa" (L___) "de n. 101, 107, 116, 117 e 125 (f. e s./IP n. 1.328), que foram fornecidas às empresas de laticínios como decorrência dos serviços que D___ e equipe lhes prestaram" (*prova material*); e em depoimento prestado por M___, diretor da E___, no qual "confirmou que D___ e B___ prestaram serviços à empresa, porém, por solicitação destes, efetuou os pagamentos à empresa L___", e esclareceu, ainda, que, "quando os pagamentos eram efetuados por cheques 'ao portador,' B___ lhe telefonava autorizando o pagamento a outras pessoas, dentre elas, N___ (f. e s/IP n. 1.225/93)" (*prova testemunhal*).

2.1.2.4 De resto, esse depoimento teria o condão de contradizer "as afirmações de B___", de que não conhecia O___ (o qual, também, as teria infirmado à f. do "IP n. 1.225/93") e P___.

2.1.2.5 Acrescente-se que as referências a outras "Provas Testemunhais", no item 2.3.1.2 da denúncia, dizem respeito, explicitamente, a D___, e *não* ao acusado B___.

2.2 Relevância da determinação jurídica dos fatos

2.2.1 Correlação entre acusação e sentença no processo penal

2.2.1.1 Feito esse breve e necessário reporte à proposição acusatória, naquilo que efetivamente interessa à análise ora procedida, faz por merecer apreciação, em imediata seqüência, o importante tema alusivo à correlação entre a acusação e a sentença, no processo penal.

2.2.1.2 Trata-se, sem dúvida alguma, de importante regramento, inibitivo, em linha de princípio, da alteração do objeto do processo, durante toda a tramitação do procedimento, ou seja, desde o início da formação daquele até a sua extinção, com o proferimento de *sentença*, especialmente da *definitiva* (aquela que, na expressão de Enrico Tullio Liebman, *Corso di diritto processuale civile*, Milão, Giuffrè, 1952, p. 196, "define o juízo"; e, consoante adição minha, soluciona o relevante conflito de interesses públicos – punitivo e de liberdade – submetido à apreciação de órgão, monocrático ou coletivo, da Justiça Criminal):

"La sentenza può essere definitiva o non definitiva. La qualifica de 'definitiva' deve intendersi in senso etimologico e quindi è definitiva la sentenza che definisce il giudizio, cio è lo conclude, lo esaurisce, almeno in quella instanza. La sentenza definitiva è la sentenza finale del procedimento de primo grado (e, poi, di appello ecc.)."

2.2.1.3 Como tive oportunidade de expressar, a tal propósito, e referindo-me, então, particularizadamente, à "sentença condenatória", em *Sentença penal* – I, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, 1981, vol. 68, p. 123, "(...) a sentença condenatória deve guardar estrita correlação com a proposição acusatória, não podendo afastar-se dos termos desta, quer quanto aos fatos nela narrados, quer quanto às sanções pleiteadas – pena principal e acessória e medida de segurança: 'O objeto da acusação e o da sentença devem ser um e o mesmo, entre aquele e este deve verificar-se uma relação de identidade' (cf. Eduardo Henriques da Silva Correia, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra, 1948, p. 28, n. II, 13'). O mais que se permite ao julgador é dar ao fato definição jurídica diversa da constante da peça vestibular da ação penal, 'ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave'(cf. CPP, art. 383...)".

2.2.1.4 Fincado nos magistérios de Leonardo Prieto-Castro e outros (*Derecho procesal penal*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 125) e Jorge de Figueiredo Dias (*Direito processual penal*, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 145) – e após reafirmar que a "regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante da sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado durante todo o desenvolver do *iter* procedimental", – anota, com precisão, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, no item 4.1 da dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada Correlação entre acusação e sentença, e no prelo (RT), *verbis*:

"(...) O objeto do processo, veiculado já no momento inicial, com a acusação, deve estar presente de forma inalterada na sentença. Porém, se no curso do processo, a instrução revelar a existência de fatos diversos, que alterem o objeto do processo, para que tais fatos possam ser considerados pelo juiz, é necessário respeitar determinadas regras que visam a evitar surpresas para a defesa, assegurar o respeito ao princípio do contraditório, e até mesmo, evitar que o juiz venha a julgar quebrando o princípio da inércia da jurisdição.

Isto não quer dizer que todo o objeto do processo deve permanecer imutável. Identificado o objeto do processo como o objeto da imputação, não significa que todo o fato imputado deva permanecer inalterado, ou que o juiz não possa sentenciar, ainda que considerando algo diverso do que foi imputado. A questão é a de saber em que medida é possível alterar o objeto do processo, sem que tal medida viole o contraditório. É possível admitir mudanças no objeto do processo, sem que isto represente uma quebra da regra da correlação entre acusação e sentença, desde que a variação verifique-se em um aspecto não relevante do fato imputado. E, é o perímetro dentro do qual se desenvolveu o contraditório que determinará a relevância ou irrelevância de tal alteração (...)" (com destaques meus).

2.2.2 Parte Geral do Código Penal e tipicidade

2.2.2.1 Ressumbra do expendido a real importância da verificação do tipo insculpido na lei, da estrutura normativa, que, como preleciona Miguel Reale,

"ordena fatos valores uma qualificação tipológica de comportamentos futuros a que se ligam determinadas conseqüências".

2.2.2.2 É o que precisa, com esse destaque de texto paterno, Miguel Reale Júnior, *Teoria do delito*, São Paulo, RT, 1998, p. 36-38, adicionando ser o tipo penal "fruto de uma elaboração abstrato-prática, que apreende na experiência as condutas típicas possíveis e submete-as, segundo as condições materiais, morais e culturais necessárias à vida e próprias daquele momento, a um ajuizamento valorativo, do que decorre a imposição de uma solução, de um comando permissivo ou proibitivo". E complementa, *verbis*:

"(...) o tipo penal assume a estrutura da ação e se instaura ele próprio como uma estrutura, que se caracteriza pelo seu conteúdo axiológico, ponto de convergência de todas as partes que o integram.

O tipo revela uma ação paradigmática objetivada e portanto praticamente possível, cujas partes se integram e apenas ganham significado no todo.

Cumpre concluir, portanto, ser o tipo análogo à realidade, uniformizando e harmonizando, pelos seus caracteres essenciais, o que surge de modo heterogêneo na realidade (...)."

2.2.2.3 Aduza-se que essa formulação ganha conotação mais, e especificamente, expressiva, quando se tenha presente a ensinança do mesmo e eminente Mestre das Arcadas, ao asserir, às p. 169-170, no sentido de que a "construção de uma estrutura típica, e a correspondente necessidade de congruência da realidade a esse modelo, aplicam-se também aos institutos da Parte Geral" do Código Penal; a saber: "(...). Elaborem-se estruturas, normativas, com a definição de traços fundamentais que se reúnem como parte de um todo em torno de um valor, também, nos institutos da Parte Geral. Se a Parte Geral decorre do princípio da legalidade, fixando diretrizes comuns de eficácia das normas incriminadoras, é evidente que, também as estruturas normativas que a compõem devem estar revestidas de caráter típico, sendo em enunciado de dados elementares, cuja presença é de se verificar na realidade, constatando-se a congruência do abstrato e do concreto (...)".

2.2.2.4 E mais, ainda, quando se tenha presente, já agora com Cesare Goretti, *La normatività giuridica*, Pádua, Cedam, 1950, p. 86, que, em rigor técnico, todos os institutos jurídicos resultam de um processo de tipificação, mediante o qual se efetiva a unificação de seus diversificados elementos constitutivos.

2.2.3 Exegese do art. 70 do CP

2.2.3.1 Nessa perfeita linha orientativa, não se pode fugir a que, estabelecido, destarte, *in genere*, o caráter típico das normas componentes da Parte Geral do Código Penal, por certo que cada uma delas, particularmente considerada, apresenta-se com seus elementos constitutivos devidamente delineados (e cuja perquirição há de ser procedida da mesma maneira como efetivada a relativa às infrações penais definidas na Parte Especial, e em leis outras, da mesma natureza).

2.2.3.2 Assim, obviamente, no tocante ao art. 70, com redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984 (determinante da *reforma da Parte Geral*), a saber: "*Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis, ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.* As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou a omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código" (com destaques, novamente, meus).

2.2.3.3 Fixam-se nele, como também facilmente perceptível, os elementos do denominado *crime formal* (ou *ideal*), correspondendo a primeira parte do *caput*, propositadamente destacada, ao tido como *próprio*, e a segunda ao denominado *impróprio*.

2.2.3.4 E tem-se, assim, à evidência, que, na esteira de tradicionalizado entendimento doutrinário (v., *e.g.*, Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal – Introducción y parte general*, 2. ed., Buenos Aires, Arayú, 1953, p. 376 et seq.; Eduardo Cavaleiro de Ferreira, *Direito penal português – Parte geral*, Lisboa, Verbo, 1982, vol. II, p. 196 et seq.; Francesco Carnelutti, *Lecciones de derecho penal – El delito*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1952, p. 241 et seq.; Franz Von Liszt. *Tratado de derecho penal*, trad. da 20. ed. alemã por Luiz Jimenes de Asua, 3. ed., Madrid, Reus, t. 3, p. 353-354; Giuseppe Maggiore, *Derecho penal*, trad. cast. da 5. ed. italiana por José J. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1954, vol. II, p. 157 et seq.; Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal – Parte general*, trad. cast. da 3. ed. alemã de S Mir Puig e F. Munõz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. 2, p. 1.010 et seq.; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 4. ed., Paris, L. Larose & Forcel eds., 1892, p. 368 et seq.; Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho penal*, trad. cast. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1949, vol. III, p. 387 et seq.; Anibal Bruno, *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, vol. I, t. II, p. 292-293; Ariovaldo Alves de Figueiredo, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, vol. 1, p. 88-189; Bento de Faria, *Código Penal brasileiro* (*comentado*), 2. ed., Rio de Janeiro, Record, 1959, vol. III (parte segunda), p. 70 et seq.; Celso Delmanto e outros, *Código Penal comentado*, 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 131-133; Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal – Parte geral*, 4. ed., São Paulo, RT, 1997, p. 541; Damásio E. de Jesus, *Código Penal anotado*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 176-178; *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, vol. 2, p. 673 et seq.; e *Direito penal*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 1, p. 557 et seq.; E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1963, vol. 1, p. 335 et seq.; Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*, Parte geral, São Paulo, RT, 1997, p. 729-731; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1965, vol. II, p. 347 et seq.; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. 1, p. 360 et seq.; e *Direito penal objetivo – Breves comentários ao Código*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 132-133; Vicente Sabino Júnior, *Princí-*

pios de direito penal, São Paulo, RT, 1965, vol. I, p. 347 et seq.), nosso *ius positum* expressa verificar-se o *concurso formal*, ou *ideal*, quando o agente, numa só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, quer sejam idênticos, quer não.

Explicita-o, clarificadamente, e por todos, Paulo José da Costa Júnior, nos citados *Comentários*, p. 360, asserindo, *verbis*:

"Verifica-se o concurso formal (ideal) quando o agente, numa só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, que poderão ser idênticos ou não. Em outras palavras: 'Sendo uma única ação do agente, embora violando dois bens jurídicos diferentes, tem-se como configurado um concurso formal de infrações' (*RT* 427/408 e 489/354).

O fato de a ação ser única não impede que haja uma pluralidade de atos, que são os segmentos em que se divide a conduta, cada um composto por um movimento corpóreo independente (...).

(...) O que caracteriza o crime formal e que justifica o tratamento penal mais brando (cúmulo jurídico) não é a unidade de conduta, mas a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação (...)."

2.2.3.5 E, no tocante ao *próprio* (também denominado *perfeito*), vem a pelo o percuciente estudo de Damásio E. de Jesus, também nos seus citados *Comentários*, às p. 676-677, direcionado ao estabelecimento da distinção entre "unidade de desígnio" e "autonomia de desígnios", e que torna despicienda qualquer adição, a saber:

"(...) Há unidade de desígnio, ensina Remo Pannain, quando 'resulta de um complexo de linhas representativas das várias infrações, que se harmonizam na identidade do fim', de modo que 'cada uma perde a sua autonomia para parecer um fragmento do todo', como se cada crime constituísse fase de execução de um só comportamento delituoso. Como diz Domenico Pisapia, as várias violações apresentam-se como unidade na consciência do agente na fase ideal ou intelectiva, que precede à volitiva, abraçando as diversas condutas numa substancial unidade psicológica e jurídica. Assim, as diversas ações ou omissões apresentam-se à consciência do sujeito como um fato único, mesmo se fracionando na execução. Desígnio, observava Manzini, 'é um programa ou plano de ações ou de omissões, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da coordenação de uma série de idéias substanciais, mas que pressupõe ainda a escolha de meios para conseguir um determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas nas quais deverá desenvolver-se a atividade delituosa'. Para Bettiol, é decisivo o elemento intelectivo no conceito de desígnio criminoso, 'devendo ele ser entendido como um plano, um programa que o agente ideou e que pretende realizar sucessivamente em tempos e em lugares diversos, ainda que em prejuízo de diversas pessoas'.

No concurso formal perfeito (CP, art. 70, *caput*, 1.ª parte), dizia Anibal Bruno, 'à unidade de comportamento externo deve corresponder a unidade interna da vontade. O agente deve ter em vista um só fim. Para usar a expressão do Código, não deve haver para os vários crimes desígnios autônomos. O que resulta decisivo é realmente o elemento psíquico, o ato de vontade do agente. Se este impulso

volitivo é um só, podem ser muitos os seus efeitos antijurídicos, a ação é única, porque só o resultado relacionado com o querer criminoso vem integrar a sua estrutura (...)."

2.2.3.6 Acrescenta-se que outro não é o entendimento pretoriano, inclusive de nossos Tribunais Superiores, como se tem, também *e.g.*, da *Rev. Trim. de Jurispr.* 125/671, 120/198, 118/124, 110/859, 105/417 e 781, 104/1.247, 103/283 e 1.276, 102/345, 101/1.340, 99/1.388, 1.394 e 1.399, 97/1.345, 96/1.403, 95/937; *Jurispr. do STJ e TRFs* 94/366, 82/359; *RT* 766/591, 761/636, 755/613, 750/606, 696/378, 676/315, 668/295 –, reiterada no penúltimo dos indicados acórdãos, à p. 391, a distinção entre *ação* e *ato*, formulada por Basileu Garcia (cit. *Instituições de direito penal*, 2. ed. São Paulo, vol. I, t. II, p. 504), e da qual destacáveis dois tópicos, a saber:

"(...) Quando se fala, porém, em uma só ação, não se quer dizer que ocorra obrigatoriamente um só ato. Uma ação pode compor-se de diversos atos (...).

(...) Sem dúvida, a unidade de resolução é elemento preponderante, ao analisar-se a unidade da ação (...)."

2.3 Aplicação dessa orientação ao caso sob exame

2.3.1 Manifesta unidade de desígnio

2.3.1.1 Estabelecidos esses contornos, bem é de ver que uma das situações em que o julgador penal pode considerar, ao sentenciar, "algo diverso do que foi imputado", sem quebra do contraditório, nem surpresa ou perplexidade das partes, é a retratada nos autos analisados, em que a qualificação jurídica dos fatos, constante da proposição acusatória, não se mostra adequada ao seu enquadramento no *ius positum*.

2.3.1.2 Com efeito, percebe-se de logo, até mesmo *primo ictu oculi*, que o objeto da acusação diz com asseridas irregularidades em certame licitatório realizado pela Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, visando à aquisição de certa quantidade de quilogramas de leite em pó desnatado, e nos termos aditivos –, estes celebrados à época em que era sua presidente a co-acusada C___, e tidos como eivados de "ilegalidade contida na prorrogação excessiva e desmotivada dos contratos", cometida, não "por mero descuido ou ignorância da lei", mas conscientemente, isto é, dolosamente.

E que, com isso, teria ela desviado dinheiro da Fundação, em favor dos empresários das indústrias de laticínios, os quais, em contrapartida, teriam depositado elevadas quantias nas contas integrantes do "esquema PC Farias", quantias essas que seriam repassadas para outra, de sua titularidade, de sorte a conferir-lhe indevida vantagem, em decorrência da prática de ato de ofício expressamente vedado por lei.

2.3.1.3 Em suma – e abstração feita da improcedência da acusação (tema, como assinalado no preâmbulo *supra*, estranho ao abjetivado na *Consulta*) –, a denúncia ora analisada, com meridiana clareza, inequivocamente, imputa-lhe o

cometimento, *mediante uma só ação, unificada pelo desígnio dela determinante* (elemento subjetivo), dos crimes tipificados nos art. 312, c/c o art. 29, e 317, § 1.°, do CP: a acusada C___, praticando ato de ofício vedado por lei, teria desviado dinheiro da Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, em favor dos aludidos empresários, com a intenção de receber, em contrapartida, e ainda que indiretamente, vantagem indevida, consistente no recebimento de significativas quantias, em sua conta-corrente bancária.

2.3.1.4 Do mesmo modo, e consoante, ainda, os termos da proposição acusatória, o co-acusado B___ teria participado da ação em referência, praticando vários atos pertinentes à sua concretização, assim delineados pelo seu ilustre subscritor:

2.3.1.4.1 "Principal auxiliar" de D___ (que seria o intermediário "entre os empresários da indústria de laticínios e os funcionários da *Legião Brasileira de Assistência*, encarregando-se também de repassar os valores recebidos dos empresários aos integrantes do esquema *PC Farias* e também a seus próprios assessores"), teria preenchido notas da empresa L___, "fornecidas às empresas de laticínios como decorrência dos serviços que D___ e equipe lhes prestaram"; e,

2.3.1.4.2 Seria membro integrante dessa equipe, prestando tais serviços a E___, e solicitando a efetuação de pagamentos à empresa L___ e outras pessoas (dentre elas, N___, O___ e P___ –, na forma esclarecida em depoimento prestado pelo diretor desta, M___).

2.3.1.4.3 Tratar-se-ia, à evidência, também nesse complexo de atos, de *uma só ação* (certamente integrada na tida como principal), ou de *ação única*, na expressão de E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., vol. 1, p. 338, trazendo à colação o magistério de Aldo Moro, *verbis*:

"(...) O concurso formal tem sua característica na *ação única*. Como escreve Aldo Moro: Entre o concurso ideal e o real existe de comum a pluralidade de eventos juridicamente relevantes, mas a diferença reside nisto: no concurso real concorrem vários delitos; no ideal só relações de um idêntico agir delituoso, com diversos *eventos*" (v., nesse mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal – Parte geral*, cit., p. 541).

2.3.1.4.4 Em epítome, e qualquer o ângulo de visualização, configurada a efetivação de *única ação, compreensiva de vários atos*, somente se poderia cogitar de *concurso formal*.

3. Conclusão

3.1 Resposta à consulta formulada

3.1.1 Ex positis, respondo à *Consulta* formulada, afirmando minha convicção acerca da (*venia maxima concessa*) erronia contida na denúncia analisada, ao considerar como material um concurso que somente poderia ser *formal*, nos termos da própria imputação feita ao acusado B___.

3.1.2 Assim também que essa grave falha de percepção poderia, como de fato pode (e deve!), ser reparada pelo MM. juiz dirigente do processo, ao proferir nova sentença, em substituição à declarada nula pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

3.1.3 Valho-me, para lastrear a asserção do número 7.1do magistério de Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal – Parte general*, cit., vol. 2, p. 1.011, no sentido da concorrência, *in casu*, dos dois requisitos do *concurso formal*, ou *ideal*, quais sejam a *unidade de ação* e, mediante ela, a *pluralidade de infrações*, a saber:

"(...) Dos son, pues, los requisitos del concurso ideal: por una parte, debe concurrir *unidad de acción* (cfr. *supra*, § 66 II–V) y, por otra parte, mediante única acción debe tener lugar una pluralidad de infracciones de la Ley. Cabe, para ello, tanto la aplicabilidad de distintas leyes penales como también la possibilidad de que la misma ley resulte varias veces aplicable. El primer caso se denomina concurso ideal heterogénio y el segundo concurso ideal homogéneo. La figura del concurso ideal proporciona, así, la possibilidad, indispensable en Derecho Penal, de que una acción sea aprehendida exhaustivamente, bien bajo el prisma de distintos tipos penales, bien bajo la perspectiva de la lesión de distintos objetos de la acción de carácter homogéneo (*función de esclarecimiento del concurso ideal*) (...)."

3.1.4 E permito-me, outrossim, trazer à locação, como autêntica bússola de orientação judicante, o ponderoso e excelente pronunciamento do eminente Min. Marco Aurélio, quando do julgamento, em 30.06.1992, pela 2.ª Turma STF, do HC 69.421-SP, e de cuja ementa destacáveis os seguintes tópicos:

"(...) *O Direito é ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Os Órgãos investidos do ofício judicante devem atuar como verdadeiros artífices, ou seja, com esmero na aplicação da lei.* A unicidade de comportamento e a duplicidade de vítimas conduzem ao concurso formal e não ao crime continuado (...).

(...) Prevendo o Código Penal, na redação primitiva – art. 51, §§ 1.º e 2.º – e na atual – arts. 70 e 71 – percentuais diversos para as hipóteses, com supremacia da relevada pelo crime continuado, configura ato de constrangimento concluir pela continuidade delitiva. Impetrado *habeas corpus* em que a matéria fique elucidada, *a concessão da ordem é medida de direito, para que a decisão seja proferida nos moldes estritamente legais.* O silêncio do Impetrante a respeito não obstaculiza a declaração de nulidade do julgado." (v. *Rev. Trim. de Jurispr.* 143/212; com destaques, uma vez mais, meus.)

Esse o meu parecer, s.m.j.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

ASPECTOS BIOÉTICOS, MÉDICOS E JURÍDICOS DO ABORTAMENTO POR ANOMALIA FETAL GRAVE NO BRASIL

MARCOS VALENTIN FRIGÉRIO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Objetivos – 3. Metodologia – 4. Resultados: 4.1 Resultados dos atendimentos aos casais/gestantes: 4.1.1 Estado civil; 4.1.2 Tempo de união; 4.1.3 Idade dos pacientes; 4.1.4 Escolaridade; 4.1.5 Tipo de assistência recebida antes do encaminhamento; 4.1.6 Renda familiar; 4.1.7 Exames realizados; 4.1.8 Idade gestacional das mulheres à época da assistência; 4.1.9 Patologias fetais; 4.1.10 Decisão do casal antes e depois do diagnóstico definitivo; 4.1.11 Duração do processo referente às requisições de alvará; 4.1.12 Requisição de alvarás; 4.1.13 Parecer do Ministério Público; 4.1.14 Decisão do Juiz; 4.1.15 Tempo decorrido entre a primeira consulta e a decisão proferida; 4.1.16 Demora na internação; 4.1.17 Justificativa do obstetra para não assumir a interrupção gestacional; 4.1.18 Quantidade de consultas com a psicóloga; 4.1.19 Influência do grau de instrução na decisão de abortar; 4.1.20 Influência do nível sócio-econômico (faixa de renda familiar) na decisão do casal; 4.2 Resultado do levantamento dos projetos de lei na temática do aborto que estão tramitando no Congresso Nacional; 4.3 Resultados da pesquisa com os obstetras: 4.3.1 Questionários enviados e respostas obtidas; 4.3.2 Tempo de atuação profissional da amostra de estudo; 4.3.3 Distribuição do sexo da amostra; 4.3.4 Especialização médica; 4.3.5 Tipo de atendimento de pacientes; 4.3.6 A população de gestantes nas instituições de trabalho; 4.3.7 O diagnóstico de anomalias congênitas incompatíveis com a vida extra-uterina; 4.3.8 Avaliação da importância do obstetra no atendimento de mulheres grávidas cujo feto esteja inviabilizado; 4.3.9 Encaminhamento de casos anomalia fetal para centros de referência; 4.3.10 A importância da assessoria psicológica ao casal cujo feto encontra-se malformado e sem perspectivas de vida extra-uterina; 4.3.11 Dificuldades no encaminhamento para a assistência psicológica; 4.3.12 Conduta dos obstetras perante o desejo dos casais em abortar um feto com anomalias congênitas incompatíveis com a vida; 4.3.13 A possibilidade de obtenção de um alvará; 4.3.14 Realização do procedimento abortivo; 4.3.15 Encaminhamento para a realização do procedimento abortivo; 4.3.16 Idade da amostra; 4.3.17 Crença religiosa; 4.3.18 Influência da fé nas atividades profissionais; 4.3.19 Conhecimento das leis vigentes; 4.3.20 Conhecimento da possibilidade de se solicitar alvará; 4.3.21 Comparação da influência da fé religiosa na atitude dos médicos frente à anomalia fetal; 4.3.22 Influência do tempo de formado com a atitude dos médicos frente a anomalia fetal; 4.3.23 Correlação do

sexo dos profissionais com idade, o tempo de formado dos mesmos, tipo de atendimento prestado pelo profissional e com a fé religiosa dos mesmos; 4.4 Resultado do levantamento dos processos judiciais referentes aos pedidos de abortamento por anomalia fetal: 4.4.1 Estado civil das partes envolvidas; 4.4.2 Idade dos requerentes; 4.4.3 Tipo de assistência médica recebida antes do pedido judicial; 4.4.4 Subscrição para a formulação do pedido; 4.4.5 Patologias fetais que originaram o pedido de aborto seletivo; 4.5 Tipo de Foro em que os pedidos para aborto seletivo foram julgados: 4.5.1 Pareceres do Ministério Público; 4.5.2 Sentenças Judiciais; 4.5.3 Tempo de julgamento no Fórum; 4.5.4 Embasamento das sentenças judiciais – 5. Discussão: 5.1 Discussão do atendimento às gestantes/casais; 5.2 Discussão da análise descritiva da pesquisa com os obstetras; 5.3 Discussão da análise descritiva do levantamento dos processos judiciais referentes aos pedidos de abortamento por anomalia fetal – Bibliografia.

Resumo: A partir da década de 50, aquisições científicas e tecnológicas levaram ao desenvolvimento de uma nova área médica, dedicada ao diagnóstico e à terapia pré-natal. Nesse contexto, destacam-se a ultra-sonografia e os métodos de coleta de células ou tecidos do feto, permitindo numerosas análises laboratoriais. O conhecimento acerca do feto acabou por permitir o diagnóstico e o tratamento de várias patologias que o acometem. Em alguns casos, apenas o diagnóstico é possível.

No Brasil, o diagnóstico pré-natal passou a ser oferecido às gestantes uma década após ter se iniciado nos países ricos. Atualmente, parte da população tem acesso ao diagnóstico pré-natal, principalmente através da ultra-sonografia – responsável por 50% dos diagnósticos de malformações fetais. Contudo não há como desvincular o diagnóstico pré-natal do abortamento, pois não existem terapias para todas as patologias fetais detectáveis. A dificuldade em se iniciar uma discussão racional sobre o aborto acaba sendo um entrave à assistência de parte das gestantes no Brasil.

Desde o início da década de 90 tem-se observado a expedição de alvarás judiciais autorizando o abortamento de gestações acompanhadas por anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina do concepto. Esse fenômeno sem precedentes motivou-nos a realizar uma investigação visando a fornecer subsídios para a descriminação dessa modalidade de aborto seletivo.

Objetivou-se neste trabalho: 1. Oferecer atendimento pré-natal especializado a casais, menos favorecidos do ponto de vista sócio-econômico, sob suspeita de terem um feto com malformação incompatível com a vida. 2. Pesquisar as razões que os motivaram a procurar a Justiça visando à interrupção da gravidez. 3. Pesquisar algumas características de obstetras brasileiros no atendimento de casais em cuja gestação se encontraram anomalias incompatíveis com a vida. 4. Levantar os alvarás judiciais expedidos no Brasil, autorizando a interrupção de gestações acompanhadas por anomalias fetais incompatíveis com a vida. 5. Tornar públicos os aspectos aqui investigados.

Trabalho com os casais

No total, atenderam-se 49 pares e 3 mulheres desacompanhadas. De um total de 52 gestantes, 41 eram casadas (78,9%), 7 eram solteiras ou enamoradas (13,5%) e 3 eram amasiadas (5,7%). A suspeita do diagnóstico de malformação fetal foi realizada pela *Rede Pública de Saúde em 50% dos casos* (26 gestantes), pelos seguros-saúde em 34,6% (18 gestantes) e por serviços particulares em 15,4% (8).

Na confirmação do diagnóstico, utilizou-se a ultra-sonografia morfológica em todos os casos. Lançou-se mão da análise citogenética em 37 casos (71,2%) e da análise citogenética em conjunto com outros exames em 2 casos (3,8%). As gestantes encaminhadas apresentavam idade gestacional média de 22,5 semanas. O diagnóstico revelou: *erros de fechamento de tubo neural* (n=21; 40,4%), *anomalias esqueléticas* (n=5; 9,6%), *anomalias do sistema excretor* (n=7; 13,5%), *aberrações cromossômicas* (n=7; 13,5%), *malformações múltiplas* (n=7; 13,5%), *asplenia* (n=1 1,9%), *anomalias gastro-tntestinais* (n=2; 3,8%) *e erros de fechamento da parede abdominal* (n=2; 3,8%).

Antes da confirmação diagnóstica, 26,9% (n=14) dos casais estavam indecisos quanto ao destino da gravidez na eventualidade de um resultado positivo para anomalias incompatíveis com a vida, 61,5% (n=32) deles interromperiam a gestação e 11,6% (n=6) não a interromperiam. Após os resultados, 69,3% (n=36) decidiram pela interrupção e 30,7% (n=16) pela manutenção da gravidez. Dos 52 casais atendidos, 36 recorreram ao auxílio da Justiça. Em média, a decisão final do juiz foi proferida 8,5 dias após a entrada do pedido de alvará; destes, apenas 4 (11%) foram indeferidos. O Ministério Público emitiu parecer favorável ao alvará em 27 (75%) dos casos e desfavorável em 7 (19,4%). Destes, 3 foram deferidos pelo juiz. Todos os casos de indeferimento estiveram relacionados a patologias compatíveis com a vida extra-uterina. Em média, os 36 casais que recorreram ao Judiciário esperaram 17,9 dias entre a confirmação do diagnóstico e emissão da sentença.

Uma vez emitido o alvará, as gestantes esperaram, em média, 2,1 dias para a internação. Os obstetras de 12 pacientes não quiseram assumir a interrupção da gravidez.

No decorrer da assistência, os casais (ou gestantes) requiseram de 1 a 5 consultas psicológicas – recurso utilizado como uma ferramenta de auxílio à equipe médica e aos próprios pacientes. A decisão por manter ou interromper a gestação não esteve estatisticamente relacionada com o grau de instrução da gestante ou do casal, mas correlaciona-se com a renda familiar. Por ocasião do encaminhamento, casais de maior renda apresentavam menor grau de indecisão quanto ao aborto na eventualidade de se confirmar o diagnóstico.

Pesquisa com os obstetras

Enviaram-se a médicos de todo o Brasil (exceto pelos estados de Tocantins, Acre, Amapá e Roraima) 2.774 questionários contendo questões de múltipla escolha, bem como perguntas discursivas. Deste total, obteve-se retorno de 377 médicos (14,1%). Dos participantes, 45 (12,0%) tinham se formado até 10 anos antes, 194 (51,7%) entre 10 e 20 anos antes e 136 (36,3%) há mais de 20 anos da realização da pesquisa. 363 (96,3%) participantes possuíam alguma especialização (residência médica, estágio ou ambos). A média de idade ficou em 44,4 anos.

Apenas 17 (4,5%) obstetras trabalhavam exclusivamente na rede pública; 178 profissionais dedicavam-se unicamente ao atendimento particular e 182 tanto ao atendimento particular, como público.

No atendimento particular, 268 (78,4%) obstetras já diagnosticaram uma malformação incompatível com a vida ou atuaram em um diagnóstico desse tipo. Esse valor é de 149 (82,3%) para os obstetras do atendimento público.

Ao se questionar se os obstetras encaminhavam os casos de malformação para centros de referência, 78,4% dos obstetras do atendimento privado e 73,9% do público responderam afirmativamente. 84,2% dos obstetras da rede particular e 87,2% dos da rede pública consideram importante a assessoria psicológica aos casais em cuja gestação se

diagnosticou uma malformação. Entretanto, há dificuldades no oferecimento dessa assessoria: destaca-se a ausência de cobertura pelos planos de saúde no atendimento privado e a escassez de profissionais habilitados no atendimento público.

Caso o casal evidenciasse o desejo de abortar a gestação de um feto com malformações incompatíveis com a vida, a conduta de 82,2% dos obstetras do atendimento privado e 78,8% dos do atendimento público seria de apoiar os planos do casal. Além disso, 66,6% e 72,0% dos profissionais dos regimes privado e público, respectivamente, orientariam o casal na requisição de um alvará.

Dos participantes, 328 (87%) possuem alguma crença religiosa e 49 (13%) não. Contudo, apenas 59,4% dos obstetras que possuem religião declararam praticá-la, mas 76% de todos os entrevistados consideram a fé importante nas atividades profissionais. A proporção de obstetras sem fé religiosa que realizariam o procedimento abortivo foi significativamente maior do que os com fé.

256 (71,3%) obstetras demonstraram conhecimento das leis vigentes e 86,7% estão cientes da possibilidade de se requisitar alvará.

Alvarás levantados no território nacional

Identificamos e estudamos 263 pedidos de alvarás judiciais para a interrupção da gravidez. Os requerentes eram na maior parte, casados (60,9% 112/184) e a idade das gestantes, em média, era de 26,7 anos. Para 57,4% (151/263) delas, o diagnóstico da anomalia fetal foi realizado em um serviço público.

A anencefalia foi o diagnóstico que mais comumente apareceu (39,5% dos pedidos) como razão da incompatibilidade com a vida. Em 24,2% (53/219) dos casos, o juiz autorizou o aborto, apesar de um parecer contrário do Ministério Público.

Em média, a espera pela sentença judicial foi de 6 dias. Pode-se concluir que as decisões judiciais são rápidas quando há urgência. Parte do Judiciário é sensível aos problemas enfrentados pelos casais.

Projetos de Lei na Câmara dos Deputados

Encontraram-se 8 Projetos de Lei (PLs) abordando o tema do abortamento. De um lado estão os projetos que ampliam possibilidades; de outro aqueles que as restringem.

Os PLs 20, 1.135, 1.174 e 2.093 (todos de 1991), 3.280/92, 176/95 e 1.956/96 procuram legalizar ou amenizar o crime de aborto. Já a proposta de EC 25/95 proibiria completamente o aborto, garantindo a inviolabilidade da vida desde a concepção. Em 1998, Norma Técnica editada pelo Ministério da Saúde estabeleceu os critérios de atendimento das vítimas de violência sexual, inclusive prevendo a possibilidade de aborto em gestações decorrentes de estupro. Encontra-se em tramitação o projeto de Decreto-legislativo 737, que pretende sustar a aplicação da Norma Ministerial.

1. Introdução

A ciência capacita a medicina a encarar o feto como paciente

No princípio da década de 60, embora se conhecesse a possibilidade de doenças intra-uterinas, a previsão das conseqüências patológicas destas no feto ficava restrita a cálculos de risco empíricos. Naquela época, com algumas exceções, o grande avanço técnico-científico observado desde o século anterior era de certa

forma inócuo na delimitação e compreensão de numerosos distúrbios que acometiam o feto, mas eram apenas observáveis após o nascimento.

Dois problemas básicos tiveram de ser superados antes de a Medicina poder atuar mais agressivamente junto à vida pré-natal: a ausência de um método de visualização intra-uterina e a dificuldade em se empreender com sucesso a obtenção e análise de material de origem fetal. Esses dois problemas foram sendo solucionados paralelamente.

No início do século, Henckel (1919) foi o primeiro a utilizar a amniocentese (método de coleta de líquido amniótico) com fins propedêuticos. Até a década de 50, alguns autores relataram a experiência na utilização desse procedimento com os mais diversos fins, como por exemplo, a inferência de morte fetal e a análise do teor de bilirrubina no líquido amniótico. Foi apenas na década de 50 que a espectrofotometria do líquido amniótico (LA) e a análise cromossômica das células ali presentes despontaram como expectativas promissoras na área do estudo da saúde pré-natal. Entretanto, a inserção da agulha, necessária para se aspergir o LA, era realizada "às cegas", sem o exato conhecimento do sítio uterino de inserção da placenta, nem da posição do feto. Além disso, técnicas laboratoriais capazes de utilizar o LA com fins diagnósticos, embora viessem a se tornar bastante comuns, ainda eram meras possibilidades.

Em 1958, o médico escocês Ian Donald, o técnico Tom Brown e o futuro professor de ginecologia e obstetrícia John MacVicar inovaram ao utilizar um aparelho ultra-sonográfico em ginecologia. Um ano depois, já se estudava a aplicação desse aparelho na medida da cabeça fetal. Tratava-se dos primórdios da aplicação de uma técnica de visualização que posteriormente permitiria o diagnóstico de diversas anomalias anatômicas e morfológicas do feto.

Assim, foram se desenvolvendo os recursos básicos da Medicina aplicada à vida pré-natal. Nas décadas de 60 e 70, assistiu-se a um crescente aprimoramento na qualidade da imagem em ultra-sonografia diagnóstica. Isso permitiu a adoção de medidas antopométricas fetais úteis na avaliação do feto por essa técnica. Por exemplo, em 1968, Stuart Campbel publicou sua experiência na tomada da medida biparietal, como forma de inferir o crescimento fetal. Por muitos anos, seguiu-se a metodologia empregada por Campbel. O efeito Doppler, útil na investigação da vasculatura, passou a ter o seu emprego estudado na área de Obstetrícia no final dos anos 60. Nessa época, obteve-se sucesso no desenvolvimento de um aparelho que, em vez de uma imagem em preto e branco, utilizava uma escala de tonalidades em cinza. Já na década de 70 desenvolveram-se os aparelhos de ultra-sonografia em tempo real. Até então, os aparelhos produziam uma imagem estática das estruturas visualizadas. Surge a partir daí uma nova vertente da obstetrícia, com uma ênfase inédita aos estudos relacionados ao feto. Os aparelhos em tempo real conferiam uma orientação sem precedentes na realização de exames invasivos, pois muitos acidentes poderiam ser evitados.

O gradativo refinamento na tecnologia da imagem por ultra-som foi sempre acompanhado ou precedido por conquistas na área laboratorial, isto é, o desenvolvimento ou aprimoramento de metodologias específicas. Na década de 60,

conseguiu-se sucesso no estabelecimento de meios de cultura para a proliferação artificial das células presentes no LA. Posteriormente, destacou-se a introdução do método de coloração por Giemsa (fim da década de 60 e início da de 70), que permitiu observar com grande detalhamento a morfologia dos cromossomos humanos. Data dos anos 70, a primeira utilização do termo "diagnóstico pré-natal".

Nos anos 80, continuou o progressivo aperfeiçoamento da aparelhagem ultrasonográfica utilizada na monitoração gestacional e fetal. À medida que se foi adquirindo experiência na utilização dos aparelhos, novas abordagens investigativas foram sendo propostas. Avolumou-se por todo o mundo relatos da experiência de utilização do ultra-som na detecção pré-natal de numerosas deformidades. Uma nova técnica de coleta de tecidos fetais, a biópsia de vilosidades coriônicas (ou vilo corial) permitiu a antecipação do conhecimento acerca do status cromossômico do feto. Enquanto a amniocentese provê líquido amniótico após 15 semanas gestacionais, a biópsia de vilo corial proporciona tecido placentário a partir de 11 semanas de gravidez. Obviamente, a aplicação desse procedimento foi precedida por ajustes e adaptações na estrutura laboratorial. Assim, diagnósticos cromossômicos puderam ser antecipados. Nessa década, surgiu o método de rastreamento bioquímico para trissomias, nova maneira de se selecionar gestantes com maior probabilidade de portar fetos com tais problemas cromossômicos. Até então, rastreavam-se as gestantes com base na idade apenas. Em 1983, realizou-se com sucesso a primeira cordocentese (coleta de sangue da veia umbilical). Podia-se então contar com um tecido muito útil (sangue) para o estudo de numerosas afecções fetais, por exemplo, as parasitárias e infecciosas.

Nos anos 90, atingiu-se o grau atual de refinamento dos aparelhos ultrasonográficos, com o impulso proporcionado pelas aquisições da Informática. Surgiu a ultra-sonografia capaz de formar imagens tridimensionais do feto – um avanço possível graças ao aprimoramento dos recursos em informática. Os avanços na Biologia Molecular se estenderam para a área de saúde materno-fetal. Através de técnicas moleculares como a reação em cadeia de polimerase (PCR), pôde-se diagnosticar muitas doenças genéticas no período pré-natal e até mesmo, pré-implantacional (antes de o embrião concebido *in vitro* ser transferido à mãe). A PCR se aplica também ao diagnóstico de muitas infecções congênitas. Um novo e precoce método de rastreamento passou a ser utilizado a fim de triar gestantes sob risco de ter concebido um feto com aneuploidias, principalmente a síndrome de Down: a translucência nucal. Esse termo se refere a um espaço preenchido por líquido na superfície dorsal do feto, em região correspondente à nuca. Em conjunto com outros métodos de rastreamento, a translucência nucal têm revelado resultados surpreendentes.

Diagnóstico pré-natal e a realidade brasileira

Hoje em dia é comum, principalmente nos países com acentuado grau de desenvolvimento econômico, a realização de amniocentese para a montagem do cariótipo do feto, quando a gestante apresenta idade maior do que 35 anos ou resultado positivo em alguma forma de triagem. Isso fornece à mãe a opção de

interromper a gravidez na hipótese de o feto apresentar alguma síndrome cromossômica grave, como a síndrome de Down, por exemplo. Entretanto, apenas a partir dos anos 60 iniciou-se uma maior compreensão dos cromossomos humanos. Para se ter uma idéia, o primeiro diagnóstico pré-natal de síndrome de Down (síndrome causada geralmente pela presença de um cromossomo 21 extra na constituição cromossômica do indivíduo) foi realizado em 1967 – apenas 11 anos após a descoberta de que os humanos apresentam 46 cromossomos. Naquela época, a tecnologia laboratorial empregada permitia a detecção das aberrações numéricas dos cromossomos. Entretanto, aberrações cromossômicas graves, como certas translocações (aberrações da estrutura dos cromossomos, mas nem sempre do número de cromossomos) não eram detectáveis. Foi somente na década de 70, com a utilização da coloração por Giemsa, que foi possível observar com grande precisão os cromossomos humanos. Por conseguinte, adquiriu-se um volumoso conhecimento sobre as causas cromossômicas de diversas patologias.

Algo semelhante ocorreu com a ultra-sonografia. Apenas na década de 80 o método passou a ser utilizado largamente, após um período anterior de ajustes técnicos e de pesquisas científicas requeridas previamente à aplicação de uma nova tecnologia.

A cordocentese proporcionou à Medicina a capacidade de avaliar o feto quanto a infecções e distúrbios metabólicos. Hoje em dia, existem tratamentos disponíveis para muitas doenças capazes de prejudicar o desenvolvimento pré-natal e, por conseqüência, acarretar seqüelas pelo resto da vida do futuro indivíduo. Adicionalmente, as técnicas moleculares têm permitido o diagnóstico de certas patologias fetais através da análise do líquido amniótico apenas. Deste modo, existem meios diagnósticos e terapêuticos para uma gama de doenças que podem acometer o concepto. Contudo, não se encontrou a cura da maioria das doenças detectáveis na fase pré-natal.

No Brasil, com alguns anos de intervalo em relação aos países centrais, as primeiras instalações visando ao diagnóstico pré-natal foram empreendidas na década de 70. Destaca-se nesse contexto a instalação do primeiro aparelho de ultra-sonografia em tempo real em 1975 na Associação Maternidade de São Paulo. Quatro anos depois, Nazareth realizou a primeira amniocentese na Escola Paulista de Medicina. Sua experiência inicial foi compilada em 1981. Em 1984, Thomaz Rafael Gollop introduziu o método de coleta de amostra de vilo corial, desenvolvido na China (também conhecido como biópsia de vilosidades coriônicas).

Um ano antes, mencionava o Prof. Gollop, em tese de livre-docência intitulada "A ultra-sonografia no diagnóstico pré-natal das anomalias fetais":

"Apesar das evidentes vantagens da ultra-sonografia, o objetivo deste trabalho não é concluir que se deva introduzi-la na rotina pré-natal no Brasil. Devemos estar constantemente conscientes de que vivemos, por enquanto, em um país pobre, onde a imensa maioria das mulheres grávidas lamentavelmente não conta com uma assistência pré-natal adequada. Enquanto essa situação persistir, este recurso semiótico, relativamente refinado e dispendioso, deve ser indicado apenas nos casos de gestantes de todas as camadas sócio-econômicas que

apresentam risco específico de terem seus filhos com anomalias detectáveis pela ultra-sonografia."

Dezessete anos depois, essas afirmações mantiveram muito da atualidade, embora tenha crescido a utilização da ultra-sonografia obstétrica no Sistema Único de Saúde. Em muitos locais do país, as mulheres de baixa renda realizam pelo menos um exame de ultra-som durante a gravidez. De certa forma porém, as convicções acima apresentadas pelo autor em relação à ultra-sonografia se aplicam à Medicina Fetal no Brasil atualmente. É importante enfatizar que a educação em Medicina pode capacitar os obstetras a selecionar, com base no conhecimento assimilado, gestantes sob risco de apresentar um feto portador de afecções, sejam elas genéticas ou ambientais. Deste modo, tais mulheres poderiam ser encaminhadas a serviços especializados, responsáveis por ampla área geográfica, onde uma assistência o mais adequada possível seria fornecida.

Costuma-se comparar o Brasil com países mais desenvolvidos quando se pensa em diagnóstico pré-natal e terapias intra-uterinas. É natural que esses recursos tenham maior alcance em países de primeiro mundo, onde a disponibilidade de capitais aplicáveis na área é também maior. Alguns mencionam o fato de os países economicamente mais desenvolvidos terem superado diversos problemas básicos de saúde pública (muitos ainda parte de nossa realidade) e, portanto, estarem mais propensos a se preocupar com a prevenção e o tratamento de distúrbios congênitos em geral. Desta maneira, o Brasil não teria infra-estrutura para se aventurar no fornecimento de uma assistência pré-natal mais robusta.

Entretanto existe na realidade brasileira, uma estrutura modesta, porém compatível com o funcionamento de centros de diagnóstico pré-natal e Medicina Fetal. Trata-se dos hospitais de clínicas ligados às universidades. Em tese, essas instituições funcionam como centros de referência e não haveria de ser diferente com a Medicina Fetal. *Hoje em dia, 50% dos diagnósticos de anomalias congênitas são realizados através de ultra-sonografia. Outros 50% dos diagnósticos são efetuados com o auxílio da ultra-sonografia em conjunto com exames laboratoriais específicos.* Como já foi mencionado, a ultra-sonografia integra a rotina de certas instituições dispersas pelo território nacional; isso implica uma potencialidade de diagnósticos pré-natais. Deve-se lembrar, ainda, da população atendida pelos planos de saúde privados, grande parte da qual não pertence a estratos sociais elevados. Esse é outro caso de potencial aplicação da Medicina Fetal. Contudo, diversas barreiras erigem-se contra o fornecimento de métodos de diagnóstico e tratamento do feto no Brasil.

Eis a primeira dificuldade: não há como desvincular esses métodos das discussões sobre o abortamento. A Medicina é capaz de detectar um grande número de afecções em estágio precoce da gravidez, mas apenas uma parte delas é passível de tratamento. Para o propósito específico deste projeto de pesquisa, a preocupação incidirá sobre as anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina do concepto. No entanto, doenças cromossômicas e genéticas, bem como anomalias debilitantes de etiologia variável, também despertam discussões sobre o abortamento. Em todos esses casos, existem justificativas contra e a favor da

interrupção da gravidez. Em uma abordagem que reconheça os diferentes valores de cada indivíduo, independentemente do peso político destes na distribuição de poder na sociedade pluralista, existirão justificativas éticas para a interrupção da gravidez.

Do ponto de vista legal, o aborto integra o capítulo "Dos crimes contra a vida", do Código Penal vigente e existem duas circunstâncias em que não se pune o aborto praticado por médico:

"I. Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II. gravidez decorrente de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

Muitos alegam que a brasileira seja contrária ao abortamento, mas existem indícios contra tal convicção. Ao se vislumbrar o aborto de um ponto de vista mais amplo, estimativas sugerem a realização de até 2 milhões de abortos ilegais por ano no Brasil (Henshaw, 1991). Existem vários trabalhos (muitos realizados por investigadores ou instituições sediados fora do Brasil) dedicados ao estudo da morbiletalidade causada pelo abortamento clandestino e até mesmo aos mecanismos culturais utilizados para contornar o fato de se ter cometido um ato criminoso. Comparado ao total geral estimado, o número de abortos em razão de anomalias fetais incompatíveis com a vida é desprezível. Porém, características especiais dessa modalidade de abortamento seletivo[1] tornam-no uma excelente ponte para o início de discussões menos enviesadas e preconceituosas da temática. Mais uma vez ampliando a ótica desta introdução, pode-se pensar no aborto em caso de anomalias fetais (sejam elas compatíveis ou não com a vida). Pieri (1991) realizou pesquisa junto a 321 casais que optaram pelo diagnóstico pré-natal. Antes de qualquer exame, 92% deles optariam pelo aborto caso se encontrasse uma malformação grave no feto. Na casuística posterior do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana (instituição onde Pieri realizou o trabalho citado), a proporção de casais dispostos a interromper a gravidez na eventualidade de um resultado "positivo" continua acima de 80%. Por resultado positivo entenda-se não só malformações isoladas, mas também anomalias cromossômicas compatíveis com a vida, principalmente a presente na síndrome de Down.

Muito mais provável é que a suposta resistência da brasileira ao aborto seja um argumento muito conveniente de setores com importante poder político, mas representatividade social questionável. *O aborto por anomalia fetal incompatível com a vida acaba enredado em intolerâncias seculares de parte de nossa sociedade. Um grande embasamento médico, ético e jurídico permite confrontar essa postura intolerante, ao menos em relação à modalidade de aborto seletivo contemplada neste trabalho.*

As dificuldades em se discutir o aborto iniciam-se com os grandes provedores de assistência à mulher: os próprios médicos, que assimilam uma formação

(1) Abortamento seletivo – Nomenclatura adotada pelo Conselho Federal de Medicina para designar interrupção da gestação por anomalia fetal.

bastante problemática. As principais escolas médicas brasileiras estão de alguma forma ligadas ao governo ou à Igreja. Nas escolas ligadas ao governo, muitos se inibem em discutir abertamente acerca de algo ilegal. Quando ligadas à Igreja, as escolas são ainda mais reticentes em excluir o aborto das futuras preocupações médicas. Ao médico por se formar é praxe fazê-lo repetir um juramento atribuído a Hipócrates – outro ponto problemático. Milhares de médicos de todo o Brasil (e do mundo) talvez tenham iniciado a carreira lendo um texto de autoria duvidosa. O Juramento de Hipócrates vai de encontro ao *Corpus Hippocraticum*, compilação do conhecimento médico de vários locais da Grécia antiga. Embora o Corpus Hippocraticum não tenha sido organizado unicamente por Hipócrates, fornece pormenores das práticas médicas daquela região onde residia Hipócrates. O Juramento contradiz vários aspectos do *Corpus Hippocraticum*, como as proibições à utilização de pessários ou métodos abortivos. Além disso, como discípulo de Platão, seria de se esperar que Hipócrates realizasse o aborto.

Em uma realidade de médicos educados para ignorar uma carência nada recôndita de muitas mulheres, as informações acabam sendo omitidas ou distorcidas de todas as maneiras – tudo em decorrência do temor às regras pré-estabelecidas ou da conivência com estas. Como sempre, as pessoas mais favorecidas economicamente possuem acesso a meios de comunicação de maior qualidade. Por conseguinte, tomam conhecimento dos recursos disponibilizados pela Medicina Fetal. Por outro lado, é mais difícil para os pobres estarem a par de tais tecnologias médicas.

Outro problema é a própria informação trocada pelos pacientes com os obstetras. No contato com o médico, a imparcialidade é incomum. Muitos médicos brasileiros são extremamente autoritários na conduta junto aos pacientes. Desaconselham-se exames, proferem-se palavras finais, omitem-se informações importantes (nada mais comum do que a retenção de exames com o médico), trabalha-se na base do "eu indico/eu não indico", sem dar margem a nenhum direito de escolha. Assim, a correta informação às gestantes fica restrita a profissionais que sabem separar convicções pessoais de fundamentos ético-profissionais. Foi em parte graças a eles que se iniciou, nos anos 90, um fenômeno inédito na história do Brasil: a expedição de alvarás para o abortamento de gestações quando o feto não possui perspectivas de vida após o termo.

Bioética e cidadania nas gestações de fetos com anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina

Em vários países, omitir a existência de um método diagnóstico aplicável a determinado paciente pode causar sérios transtornos ao médico. O mesmo se aplica à exposição de riscos de qualquer natureza. Peculiaridades sociais brasileiras permitem aos obstetras conduzir com muito mais tranqüilidade, as consultas e a assistência como um todo. Para as gestantes cuja opção é o diagnóstico pré-natal, o exercício da cidadania é um tanto complicado. Na base dos fatores complicadores está a própria falta de preparo da população em utilizar os meios legais para exigir direitos ou expressar sentimentos de injustiça motivados pela Lei. Nesse contexto, a emissão de alvarás para a interrupção de gravidezes acometidas por anomalias

fetais incompatíveis com a vida tornou-se um exemplo animador de exercício de cidadania.

A capacidade da Medicina em verificar a saúde do produto conceptual gerou um paradoxo: passou a ser possível a previsão de defeitos intra-uterinos incompatíveis com a vida, mas era impossível fornecer a todos os pacientes a opção de amenizar o sofrimento decorrente do diagnóstico. Se, para muitos, as convicções religiosas ou pessoais amparam o sofrimento e os complexos fenômenos psicológicos associados à gestação de um feto sem perspectivas, para outros apenas a eliminação concreta da causa do sofrimento pode abrir o caminho de uma recuperação. Do mesmo modo, é penoso para o médico poder diagnosticar uma malformação incompatível com a vida e, quando cabível, não poder oferecer uma opção apropriada à gestante ou casal.

A detecção de anomalias fetais incompatíveis com a vida diz respeito a um diagnóstico de certeza. Na descoberta de malformações graves em um exame de rotina, é praxe o encaminhamento a um serviço especializado para a confirmação diagnóstica. O pior erro que poderia ocorrer seria o falso positivo, ou seja, a detecção de uma anomalia em verdade inexistente. Dada a gravidade das alterações morfológicas e fisiológicas do feto sem perspectivas de vida extra-uterina, esse erro é uma possibilidade remota. Embora remota, não deixa de ser uma possibilidade plausível. Para fiscalizar eventuais erros, criaram-se rígidos mecanismos de controle na expedição de alvarás de abortamento, como se evidenciará mais adiante (vide "Metodologia" adiante).

O judiciário concita médicos a expandirem as discussões

Um aspecto interessante é o fato de o diagnóstico de anomalias fetais ter se iniciado em 1979. A partir daí, tornou-se comum restringir as discussões sobre o aborto ao âmbito fechado do Departamento de Obstetrícia das grandes faculdades; não havia uma preocupação em propagar o tema para o meio jurídico.

Somente em 1990, reunião do Conselho Federal de Medicina resultou em uma mudança na postura de interpretar *ipsis literis* as normas legais vigentes. Isso foi apoiado pela maioria dos Conselhos Regionais de Medicina. Compreendiam os conselheiros então ser necessário reconhecer o desenvolvimento da Medicina Fetal e reformular a postura da classe médica para embasar uma reordenação jurídica. Uma das conseqüências dessa atitude foi a proposta de reformulação do Código Penal. Especificamente, na redação do art. 128 constaria mais uma exclusão de antijuridicidade:

"Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana de gravidez e seja precedida do parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é praticado."

Germinavam aí os primeiros esforços de mudança na mentalidade médica vigente. Esses esforços foram possivelmente precedidos pela sensibilização de um juiz anônimo da cidade de Ariquemes (RO).

Somente em 1991, ou seja, no ano seguinte à histórica reunião do CFM, a documentação histórica comprova a expedição do primeiro alvará autorizando o aborto de uma gestação de 26 semanas em que o feto apresentava anomalias congênitas graves e incompatíveis com a vida. Trata-se da decisão do juiz Jurandir Rodrigues Brito na cidade de Rio Verde (MN). Segundo informações do médico que realizou o abortamento dessa gestação (Dr. Nersi Zampieri) e também do texto a acompanhar o processo, houve anteriormente a emissão de um alvará em Ariquemes. Contudo, até hoje não se conseguiu localizar documentos concretos comprovando a veracidade de tais informações.

Quase dois anos se passaram entre a sentença de Rio Verde e a seguinte, formulada pelo juiz Dr. Miguel Kfouri Neto de Londrina (Paraná) em Dezembro de 1992. Por um lado, nada de original revestia a sentença, pois se autorizava a interrupção de uma gravidez de feto anencefálico na vigésima semana. Entretanto, a rapidez do processo foi pioneira (9 dias); na época, desencadeou-se uma ampla cobertura jornalística do fato.

O Dr. Kfouri Neto não se limitou a demonstrar coragem em autorizar um ato polêmico. Em um simpósio de Medicina Fetal realizado em Botucatu-SP, o juiz estimulou os presentes a não mais tentar resolver sozinhos, no âmbito fechado das clínicas, as interrupções gestacionais. Era necessário envolver o Judiciário na questão, através de um trabalho político demonstrando fatos relacionados ao diagnóstico das malformações fetais.

O Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo logo incorporou as sugestões do Dr. Kfouri. Em novembro de 1993, interpusemos, pela primeira vez, documentação no fórum de São Paulo com o objetivo de solicitar alvará de abortamento em um caso de anomalias múltiplas do sistema nervoso central. Esta autorização foi deferida pelo Dr. Geraldo Pinheiro Franco no prazo de 10 dias.

O deferimento de alvarás contemplando o abortamento seletivo, foi um fenômeno sem precedentes e gerou novas discussões no plano médico e jurídico brasileiro. Isso motivou a presente investigação, como um subsídio às discussões sobre o tema.

2. Objetivos

A possibilidade de obtenção de um alvará judicial que contempla o aborto seletivo motivou-nos a realizar uma investigação mais ampla da problemática envolvida no diagnóstico pré-natal das anomalias fetais. Para tanto, estabelecemos algumas diretrizes a ser seguidas:

1. Oferecer atendimento médico integral e gratuito a casais de baixo nível sócio-econômico, vivenciando uma gestação de feto malformado, de modo a dispor de uma fonte de comparação com o atendimento a casais de um estrato social mais alto, também incluídos na sessão "Resultado do atendimento"

2. Pesquisar as razões que motivaram os casais (ou mulheres) a procurarem a Justiça para tentar conseguir a interrupção legal da gravidez;

3. Conhecer algumas das facetas do papel do médico-obstetra no processo de requisição do alvará e concretização do aborto, na hipótese de deferimento. Levantar, no território nacional, a postura dos médicos-obstetras perante as malformações incompatíveis com a vida e o abortamento das gestações pertinentes;

4. Rastrear as informações acerca do processo e o embasamento jurídico para o veredicto após a apreciação dos pedidos de alvará para o abortamento de gestação pelos juízes e promotores.;

5. Realizar levantamentos dos projetos de Lei referente ao abortamento seletivo que estavam tramitando no Congresso Nacional.

3. Metodologia

Para o levantamento dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional foram realizados diversos contatos. Destacamos a colaboração do Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), através da Sra. Alice Libardoni. Essa Instituição, com sede em Brasília, tem como filosofia acompanhar todos os projetos de lei ligados a saúde reprodutiva. Assim, com o auxílio do CFEMEA, conseguimos informações abrangentes sobre os projetos envolvendo o abortamento por anomalias fetais graves e incompatíveis com a vida.

Antes de se iniciar o processo de assistência das pacientes de baixa renda, procurou-se evidenciar a maneira como seria realizado o atendimento médico-hospitalar durante o processo da interrupção da gravidez. O requisito básico para a escolha do hospital onde as pacientes viriam a ser atendidas foi a necessidade de pertencer à rede pública ou atender as pacientes gratuitamente. Outro fator foi a disponibilidade de realização do estudo fetal radiológico e anatomopatológico, bem como da documentação fotográfica.

Contataram-se o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, o Hospital Municipal "Dr. Arthur Ribeiro de Saboya" (Hospital Jabaquara), e a Maternidade Escola da OSEC. Vale a pena salientar que o Hospital Jabaquara foi primeiro hospital brasileiro a implantar um serviço de abortamento legal.

Com o objetivo de triar as gestantes de baixa renda, contatamos vários serviços de ultra-sonografia que realizam exames gratuitamente. Entre eles, dois merecem ser destacados: a) Centro de Treinamento em Ultra-sonografia de São Paulo (Cetrus), sob a direção do Dr. Sebastião Marques Zanforlim Filho; b) Centro de Estudos e Pesquisa Ecográfica de Campinas (CEPEC), sob a direção do Dr. Paulo Cossi; c) Hospital Municipal "Dr. Arthur Ribeiro de Saboya". Este último foi uma das mais importantes parcerias, pois se de um lado permitiu-nos atender maior número de gestantes cujos fetos apresentavam anomalias fetais graves, por outro lado, com a obtenção dos alvarás para interrupção da gravidez, reforçou o Serviço de Abortamento Legal do referido Hospital.

O atendimento das pacientes iniciava-se com uma consulta de assessoramento genético. Nessa etapa, uma investigação diagnóstica específica para cada caso era proposta. Após a conclusão diagnóstica, fornecia-se um laudo a cada casal,

no qual estavam estabelecidos os riscos genéticos, assim como os métodos disponíveis para monitorar futuras gestações. Esse processo foi supervisionado pelo Prof. Dr. Thomaz Rafael Gollop. Na investigação diagnóstica, utilizou-se a ultra-sonografia morfológica, o exame citogenético e outros exames laboratoriais que porventura se tornassem necessários no esclarecimento da patologia sob suspeita.

A assessoria psicológica foi oferecida a todos os casais, e sofreu ajustes durante o desenvolvimento do projeto. De agosto a dezembro de 1996, o assessoramento psicológico era realizado em uma única sessão, após o assessoramento genético, por um psiquiatra, o Prof. Dr. Arthur Kaufmann, fora do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana.

A partir janeiro de 1997, passamos a contar com a colaboração de uma psicóloga, Eliane Verginia Rovigatti – graduada em psicologia pela Faculdade de Psicologia da PUCCamp, com experiência na temática. A indicação da Dra. Eliane foi feita pelo Prof. Dr. João Luiz Pinto e Silva, Professor titular de Obstetrícia da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade de Campinas (Unicamp). O atendimento psicológico foi então reformulado. Os casais passaram contar com uma assessoria psicológica antes, durante e após a comprovação diagnóstica. Todas as consultas passaram a ser conduzidas no local do atendimento médico. A assessoria psicológica realizada em várias sessões visou a oferecer maior atenção aos casais e, através do grau de compreensão apresentado, avaliar indiretamente a transmissão das informações pela equipe médica.

A partir de agosto de 1998, acrescentamos a assessoria religiosa aos casais que assim o desejassem. Para tanto, nos casos de consulentes católicos, a assessoria foi realizada com a colaboração do Padre Tarcísio Mesquita.

A subscrição para formulação dos pedidos de alvará, foi inicialmente realizada por uma advogada particular familiarizada com a temática, a Dra. Maria Angela Berloffa. Entretanto, havia a necessidade de continuar a prestar uma assistência gratuita mesmo após o término do projeto. Iniciamos então a procurar locais que pudessem prestar assessoria gratuita e ágil. Desta forma, contatamos a Dra. Luciene Ferreira Lacerda, à época vice-presidente da Comissão da Mulher Advogada, e propusemos que a Comissão prestasse assessoria jurídica aos casais de baixa renda que desejassem solicitar alvará judicial para abortamento. A Comissão da Mulher Advogada, por razões de ordem interna, não pôde assumir a proposta. Entretanto, obtivemos uma alternativa ainda melhor: Uma parceria com o escritório experimental da OAB. Este fato, representou um efeito multiplicador importante, pois pacientes puderam contar com uma boa assessoria jurídica gratuita e houve o envolvimento de diversos estagiários (futuros advogados) na questão do aborto por anomalia fetal. Entretanto, por uma questão da própria organização do Escritório Experimental da OAB de São Paulo, esse tipo de atendimento era realizado preferencialmente às terças feiras.

Nos casos de indeferimento do alvará, propunha-se uma interpelação de recurso visando a um novo julgamento em tribunal de segunda instância, quando os consulentes assim o desejassem. Em relação ao atendimento hospitalar, orienta-

ção era fornecida quando o obstetra da paciente, embora quisesse assumir o caso, não possuísse experiência na condução do procedimento abortivo. No Brasil, tratava-se de um procedimento desconhecido por grande parte dos obstetras. Quando o obstetra responsável pelo encaminhamento preferia não realizar o abortamento, nossa equipe ou a do Hospital Jabaquara responsabilizava-se pelo procedimento. Entretanto, para os casos em que a interrupção foi realizada no Hospital Jabaquara, houve a necessidade de indução prévia do óbito e administração de Misoprostol. Recordando, no Brasil, a comercialização do Misoprostol foi proibida e infelizmente não havia no mercado outra droga que apresente a mesma eficácia e baixo custo.

Com a crescente discussão da temática do Aborto no meio médico, realizada tanto pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), como pelos meios de comunicação em geral, decidimos criar um protocolo de atendimento a médicos e advogados que viessem a procurar nosso serviço com fins de esclarecimento de dúvidas. Criamos uma rotina ágil na orientação aos profissionais. Inicialmente, a exposição envolve uma explicação por telefone e, posteriormente, a pessoa interessada recebe documentação por correio rápido (Sedex), fax ou e-mail.

A orientação básica para a obtenção do alvará para o aborto seletivo pode ser assim sumariada:

• O pedido do alvará, de preferência redigido por um advogado, deverá ser encaminhado a uma Vara Criminal;

• Uma declaração da gestante/cônjuge deve esclarecer que houve a compreensão do diagnóstico firmado e que o desejo é interromper a gestação;

• Pareceres médicos devem ser elaborados por três médicos. Também deve constar a descrição das anomalias encontradas (de maneira mais explicita possível), os exames realizados para se estabelecer o diagnóstico e o apoio da equipe médica à decisão da gestante/casal;

• Parecer psicológico ou psiquiátrico. Nos casos pertinentes, deve constar que a continuidade da gestação pode gerar impacto emocional negativo, abalando a estabilidade do casal;

• Bibliografia acerca da patologia fetal deve ser anexada;

• Três ou mais sentenças judiciais que já contemplaram a interrupção de gestações devem ser anexadas;

Almejando cumprir o objetivo de mapear os processos judiciais em que houve ou não deferimento para aborto seletivo, defrontamos com a burocracia do sistema judiciário. Segundo informações obtidas tanto por parte do Juiz Corregedor do Departamento de Inquéritos e Policia Judiciária de São Paulo, o Dr. Francisco Galvão Bruno, quanto por um dos promotores de justiça do 1.º Tribunal do Júri de São Paulo, o Dr. Fernando Pires Galvão, em função de a maioria dos Cartórios da Justiça Criminal na cidade de São Paulo e no Brasil não estarem totalmente informatizados, para se ter acesso às sentenças é necessário ter o número do processo ou pelo menos o nome da paciente que solicitou o alvará.

Para tentar contornar esse empecilho, empreendeu-se uma chamada por alvarás expedidos no território nacional, através de requisições na imprensa, internet, meios de divulgação jurídicos e contatos pessoais. Com isso, dados acerca do processo e dos requerentes puderam ser obtidos.

A pesquisa nacional da postura dos médicos-obstetras perante as malformações incompatíveis com a vida e o abortamento das gestações pertinentes consistiu no envio de um questionário com questões abertas e fechadas a 15% dos ginecologistas/obstetras de todos os estados da união, exceto para Tocantins, Acre e Roraima, uma vez que utilizamos como base a mala direta Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) e nestes estados não existem sociedades de ginecologia e obstetrícia (na época em que foi realizada a pesquisa). A escolha dos médicos foi aleatória. O total de cartas enviadas foi de 2.674. Para os estados do Maranhão e Rio Grande do Sul, necessitamos enviar uma segunda mala direta, pois após 3 meses do envio da primeira remessa não obtivemos resposta e nenhuma carta voltou com endereçamento errado. Para fins estatísticos, não consideramos a primeira mala direta para os estados de Maranhão e Rio Grande do Sul.

A análise estatística foi realizada pelo Prof. Dr. Paulo Alberto Otto do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo. A análise se pautou nos seguintes testes: qui-quadrado, Haberman, Fisher e McNemar.

4. Resultados

4.1 Resultados dos atendimentos aos casais/gestantes

De agosto de 1996 a julho de 1999, assistiram-se 52 pacientes/casais. Todas as mulheres encontravam-se grávidas e o exame de diagnóstico no pré-natal de rotina havia constatado ou levantado a suspeita de o feto apresentar graves e irreversíveis anomalias. Essas pessoas, encaminhadas ao Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, receberam assistência médica, psicológica e legal, quando cabível.

O atendimento foi prestado a 49 mulheres e ao parceiro destas, exceto em 3 casos. Nestes, a gestante foi atendida sem a presença do companheiro, pois havia dois litígios de paternidade e um caso de encarceramento do marido. Quando utilizarmos o termo "casais", subentendam-se todos os casais atendidos mais essas 3 mulheres.

4.1.1 Estado civil

A tabela 1 descreve o estado civil dos casais. A maior parte das consulentes eram casadas (41 casais; 78,9% do total) e 13,5% deles eram solteiros/enamorados. Entre as solteiras encontram-se as duas pacientes cujo parceiro não assumiu a paternidade.

Tabela I: Distribuição dos casais quanto ao estado civil

Estado civil	N. de pares	(%)
Solteiros / enamorados	7	13,5
Casados	41	78,9
Amasiados / amigados	3	5,7
Separados[2]	1	1,9
Total	**52**	**100%**

4.1.2 Tempo de união

Em média, os casais estavam juntos havia 50 meses; 75% deles tinham se unido entre 15 e 52 meses antes da consulta. O tempo máximo de união foi de 300 meses e o mínimo de 1 mês.

A consulente considerada separada estava em processo litigioso de separação, consumada dois meses após a interrupção gestacional.

4.1.3 Idade dos pacientes

Para efeitos de análise, distinguiu-se a idade dos cônjuges por sexo (figuras 1 e 2). As gestantes encaminhadas possuíam, em média 27,5 anos. Delas, 75% possuíam entre 22 e 31 anos. Em média, os maridos possuíam 30,2 anos de idade. De modo geral, 75% dos cônjuges masculinos apresentavam idade entre 26 e 34 anos. Trata-se de casais jovens, em média, e portanto com baixo risco genético para as anomalias cromossômicas.

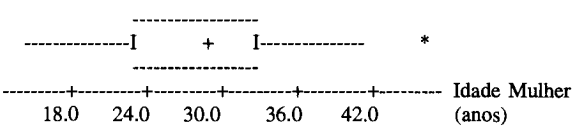


Figura 1: Diagrama esquemático da distribuição etária das gestantes. O sinal + indica a mediana da amostra.

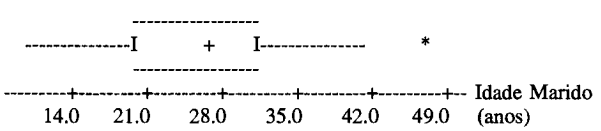


Figura 2: Diagrama esquemático da distribuição etária dos companheiros. O sinal + indica a mediana da amostra.

(2) O casal já estava em processo litigioso de separação quando foi diagnosticada anomalia fetal. O marido não interferiu na decisão da mulher.

4.1.4 Escolaridade

Quanto à escolaridade, a maioria dos casais (40,4% das mulheres e 36,5% dos homens) possuía o segundo grau (tabela II). 25,0% das mulheres e 30,8% dos homens apresentavam grau de instrução superior.

Tabela II: Distribuição dos pacientes de acordo com o grau de instrução

Grau de Instrução	Mulheres		Homens		Total	
	N.	%	N.	%	N.	%
1.° grau	18	34,6	17	32,7	35	33,7
2.° grau	21	40,4	19	36,5	40	38,5
Superior	13	25,0	16	30,8	29	27,8
Total	**52**	**100**	**52**	**100**	**104**	**100**

4.1.5 Tipo de assistência recebida antes do encaminhamento

A população de casais foi encaminhada a partir da rede pública de saúde ou da assistência privada (pacientes conveniados e particulares). Observa-se que 50% dos casais (26) foram encaminhados por locais que atendem pacientes da rede pública de saúde (Hospital Jabaquara, Cetrus); 34,6% deles (18 casais) eram assistidos por convênio médico e o restante (15,4% ou 8 casais) foram encaminhados por serviços particulares.

4.1.6 Renda familiar

A tabela III expõe a renda que os casais informaram obter mensalmente. Os casais cuja renda alegada era de até 5 salários mínimos representaram 57,7% do total. A faixa salarial de 16 salários mínimos ou mais compreendia 21,2% dos casais. Em média, excluídos os ganhos de 16 ou mais salários mínimos mensais, os casais atendidos ganham 4,7 salários mínimos.

Tabela III: Classes de renda (expressa em salários mínimos) observadas

Renda Familiar (salários mínimos)	Casais	
	N.	%
0 até 5	30	57,7
6 a 10	7	13,4
11 a 15	4	7,7
16 ou mais	11	21,2
Total	**52**	**100**

4.1.7 Exames realizados

Com vistas a avaliar as gestações, lançou-se mão dos exames de ultra-sonografia morfológica, análise citogenética de tecidos fetais, análise bioquímica de metabólitos e ecodopplercardiografia fetal. A ultra-sonografia morfológica foi utilizada em todos os casos; recorria-se ao restante dos exames para maiores esclarecimentos acerca da etiologia ou da gravidade da doença (tabela IV). Assim, em 71,2% das gestações, realizaram-se exames citogenéticos. Em uma das gestações, a análise através da ultra-sonografia morfológica e do exame citogenético foi complementada com a ecodopplercardiografia fetal e em outra, com a análise de parâmetros bioquímicos informativos para a patologia pertinente. Em 25,0% das gestações, apenas a ultra-sonografia morfológica fundamentou o diagnóstico definitivo.

Tabela IV: Exames utilizados para avaliar os problemas da gestação e número de casais por tipo(s) de exame

Tipo(s) de exame	Número de gestações avaliadas	
	N.	%
Ultra-sonografia morfológica	13	25,0
Ultra-sonografia morfológica em conjunto com análise citogenética	37	71,2
Ultra-sonografia morfológica em conjunto com análise citogenética e outros exames[3]	2	3,8
Total	**52**	**100**

4.1.8 Idade gestacional das mulheres à época da assistência

Em média as mulheres contavam com 22,5 semanas gestacionais. A idade gestacional mais precoce observada foi 13 semanas e a mais avançada, 33. A idade gestacional de 75% das pacientes se encontrava entre 19 e 26 semanas, revelando que o diagnóstico foi tardio.

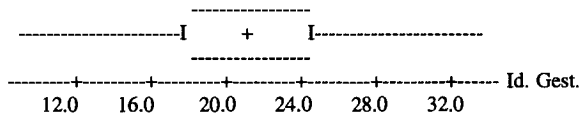


Figura 3: Diagrama esquemático da distribuição da idade gestacional. O sinal + indica a mediana da amostra.

(3) Os exames extras foram: ecodopplercardiografia fetal (exame específico para estudar a anatomia cardíaca fetal) e estudo bioquímico da urina fetal (exame que ajuda na avaliação da função do rim fetal).

4.1.9 Patologias fetais

Agruparam-se os diferentes diagnósticos conforme expostos na tabela IV.

Tabela IV: Classificação das Anomalias fetais

Patologias		**Número (%)**
Erros de fechamento do tubo neural	Anencefalia	18 (34,6)
	Outras formas	3 (5,8)
Anomalias ósseas	Letais	4 (7,7)
	não letal	1 (1,9)
Anomalias sistema urinário		7 (13,5)
Anomalias cromossômicas	Letais	5 (9,6)
	Não letais	2 (3,8)
Malformações múltiplas	Letais	6 (11,5)
	Não letais	1 (1,9)
Asplenia		1 (1,9)
Anomalias gastrointestinais		2 (3,8)
Erros de fechamento da parede abdominal		2 (3,8)
Total		**52 (100)**

4.1.10 Decisão do casal antes e depois do diagnóstico definitivo

Os casais foram questionados acerca da decisão mais provável com relação ao futuro da gravidez, caso o diagnóstico de malformações graves e irreversíveis fosse confirmado. De posse dos diagnósticos, os casais foram novamente inquiridos acerca da decisão.

Antes da obtenção dos diagnósticos, 26,9% (14) dos casais estavam indecisos quanto ao destino da gravidez na eventualidade de um resultado positivo para anomalias incompatíveis com a vida, 61,5% (32) deles interromperiam a gestação e 11,6% (6) não a interromperiam. Após os resultados, 69,3% (36) decidiram pela interrupção e 30,7% (16) pela manutenção da gravidez (tabela V).

Dos 14 casais inicialmente indecisos, 7 (50%) optaram pela interrupção da gravidez e os 7 restantes (50%), optaram por mantê-la. Houve mudança na decisão inicial de alguns casais após o diagnóstico.

Dos 32 casais inicialmente propensos a interromper a gravidez na hipótese de confirmação do diagnóstico, 3 (8,3%) optaram pela manutenção. Por outro lado, nenhum dos casais propensos a manter a gestação modificou os planos após a confirmação diagnóstica. Contudo, essa diferença entre os dois grupos não é estatisticamente significante, de acordo com o teste de McNemar para $p>0,05$.

Tabela V: Convicção dos casais quanto ao futuro da gravidez antes e depois do diagnóstico especializado

Provável postura do casal	Antes do diagnóstico		Depois do diagnóstico	
	N. respostas	%	N. respostas	%
Não sabia	140	26,90	0	0
Interromperia a gestação	32	61,5	36	69,3
Não interromperia	6	11,6	16	30,7
Total	**52**	**100**	**52**	**100**

4.1.11 Duração do processo referente às requisições de alvará

Em média, a decisão final do juiz foi proferida 8,5 dias após a entrada do pedido. A duração mínima foi de 1 dia e a máxima de 45 dias. Se compararmos o período de agosto de 1996 a dezembro de 1997 com o de janeiro de 1998 a agosto de 1999, nota-se que o tempo médio de espera pelo julgamento foi de 4,1 e 21,6 dias, respectivamente. Isso decorre de uma mudança na rotina do julgamento do mérito dos pedidos de abortamento. A partir de janeiro de 1998, houve substituição no cargo de Juiz Corregedor do Departamento de Inquérito e Ocorrências Policiais. De acordo com as determinações do novo juiz corregedor, o Instituto Médico Legal deveria avalizar os pareceres emitidos pelos diferentes médicos antes de o mérito do pedido ser julgado. Como veremos posteriormente na descrição dos dados do levantamento dos processos judiciais, este fato contribuiu para o aumento do tempo médio do julgamento dos pedidos na cidade de São Paulo.

4.1.12 Requisição de alvarás

Dos 52 casais atendidos, 36 casais recorreram ao auxílio da Justiça. Embora uma das pacientes tenha desistido da idéia inicial de interromper a gravidez, os dados referentes ao seu processo foram incluídos na análise, pois o juiz já havia deferido o alvará quando ela decidiu manter a gestação. Durante a consulta de assessoramento genético, ficou claro que a mudança de idéia esteve ligada a razões religiosas da consulente: "A gente decidiu pedir o alvará, entendemos tudo que o doutor disse, achamos que era a melhor saída era abortar, pois era abreviar nosso sofrimento. Mas aí minha irmã falou para o padre de nossa paróquia. Ele nos chamou para conversar. Fomos até lá e ele então nos disse que se eu abortasse estaria cometendo um pecado muito grave e que ele não poderia perdoar. Ele foi muito duro com a gente, ameaçou até excomungar a gente. Foi aí que pesou, pois não podemos viver afastados de Deus e ficar sem ir a Igreja. Por isso decidimos voltar atrás e devolver o alvará dado para a gente abortar" (trecho extraído de consulta de assessoramento psicológico mantida com a paciente).

Em função de o casal ter desistido do abortamento, notificou-se o juiz e devolveu-se o alvará. Dos 36 casais que solicitaram o alvará, 61,1% tiveram a petição elaborada por advogados particulares, 16,6% pelo Escritório Experimental da OAB,

8,3% pela Procuradoria do Estado de São Paulo e os 13,9% restantes recorreram ao auxílio de amigos ou parentes advogados.

4.1.13 Parecer do Ministério Público

A tabela VI resume o parecer emitido pelo Ministério Público (MP). Na maioria dos casos (75,0%) houve a recomendação de deferimento do pedido. Em sete casos (19,4%), o Ministério Público recomendou o indeferimento. Destes sete casos, o juiz deferiu o alvará em 3. Em 1 desses 3 casos, o Ministério Público recorreu da sentença judicial. Entretanto, a paciente realizou o abortamento em vista da demora do Ministério Público em demandar a cassação da sentença. Até a presente data (2 anos e 7 meses depois), não houve julgamento do mérito do recurso pelo Tribunal de 2.ª Instância.

Tabela VI: Pareceres do Ministério Público

Recomendação/Opinião	N. de casais	%
Favorável à interrupção	27	75,0
Desfavorável	7	19,4
Não se pronunciou[4]	2	5,6
Total	**36**	**100**

4.1.14 Decisão do Juiz

Dos 36 casos de requisição de alvarás, apenas 4 (11%) foram indeferidos. Em todos os casos de indeferimento, a patologia fetal não permitia afirmar haver incompatibilidade com a vida extrauterina. Em um desses casos, após a decisão judicial, a paciente realizou o abortamento na clandestinidade. Em outro caso, a paciente entrou com recurso no Tribunal de 2.ª Instância, mas apresentou abortamento espontâneo uma semana após a entrada do pedido.

Por ocasião do diagnóstico, os casais foram alertados para a possibilidade de indeferimento, dada a compatibilidade das anomalias encontradas com a vida extra-uterina.

4.1.15 Tempo decorrido entre a primeira consulta e a decisão proferida

Em média, os 36 casais que recorreram ao Judiciário esperaram 17,9 dias entre a confirmação do diagnóstico e emissão da sentença. Dos 36 casais, 75% esperaram entre 10 e 22 dias pelo processo de diagnóstico e julgamento dos pedidos.

(4) O Ministério Público (MP) não se pronunciou pois havia pedido parecer do Conselho Regional de Medicina sobre o caso em questão. Como houve muita demora, o juiz proferiu a sentença, mesmo sem parecer do MP.

4.1.16 Demora na internação

Relembrando, a requisição de alvará de abortamento foi indeferida em quatro casos. Em um outro caso, o casal desistiu de realizar o procedimento, embora o pedido tivesse sido deferido pelo juiz. Em média, 36 casais esperaram 2,1 dias para a internação da gestante. No máximo, a internação demorou 6 dias. O tempo de demora para que a paciente seja internada está relacionado principalmente com a rotina de internação no serviço de abortamento legal do Hospital Jabaquara. Em função de o serviço não funcionar nos finais de semana, as internações são efetuadas preferencialmente entre segunda e quarta-feira. Até o início de 1999, também havia a necessidade da internação ser aprovada em reunião de diretoria do referido serviço. Esta demora por muitas vezes gerou intenso grau de ansiedade dos casais. Muitos acreditavam que o alvará poderia ser invalidado nesse período.

4.1.17 Justificativa do obstetra para não assumir a interrupção gestacional

Conseguiu-se registrar a(s) justificativa(s) fornecidas pelos obstetras que nos encaminharam as gestantes e se negaram a realizar a interrupção da gravidez após a autorização concedida no alvará (tabela VII). Das 12 pacientes em que o obstetra não assumiu o abortamento, 3 realizaram o aborto com nossa equipe e 9 foram encaminhadas ao Serviço de Abortamento Legal do Hospital Jabaquara.

Tabela VII: Justificativas alegadas para não realizar o abortamento

Justificativa	N. de obstetras
Convicções religiosas	4
O corpo clínico do hospital não assume esse tipo de caso	2
Foro íntimo	5
A prática do abortamento é inadmissível nos hospitais onde o obstetra atua	1
Total	**12**

4.1.18 Quantidade de consultas com a psicóloga

Como parte da conduta adotada pela instituição, os casais que recebem um diagnóstico de malformação fetal são encaminhados para uma avaliação psicológica, independentemente da requisição de alvará para a interrupção legal da gravidez. Como foi referido anteriormente, até dezembro de 1997, a avaliação psicológica era realizada em uma única consulta e após a confirmação diagnóstica. Após janeiro de 1997, os casais passaram a ter a opção de realizar quantas consultas fossem necessárias para firmar a decisão relativa ao curso da gravidez. A análise global do atendimento revelou uma distribuição eqüitativa entre os casais que

optaram por 2 ou 3 consultas – 34,6% e 28,9%, respectivamente (tabela VIII). Os casos em que houve necessidade de 4 ou 5 consultas psicológicas dizem respeito a casais que estavam indecisos quanto ao curso da gestação, antes do diagnóstico ser concluído. Dos oito casais que realizaram mais de 3 consultas, 3 optaram pela manutenção da gestação e 5 optaram pelo abortamento.

Tabela VIII: Número de consultas psicológicas a que se submeteram os casais

N. de consultas	N. de casais	%
Uma	11	21,1
Duas	15	28,9
Três	18	34,6
Quatro	5	9,6
Cinco	3	5,8
Total	**52**	**100**

Com relação ao atendimento psicológico propriamente dito. Pode-se observar que as reações emocionais dos consulentes após o diagnóstico de malformação fetal abrangem sentimentos e atitudes manifestados explicitamente. Essas reações adquiriram a forma de um ou mais destes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, impotência, raiva, tristeza ou frustração. A seguir descreveremos algumas das falas dos casais extraídas das entrevistas com a psicóloga.

O sentimento de ambivalência é claramente notado no trecho a seguir: "Nesses últimos dias eu não sei bem como agir: ignorar a barriga, curtir mais um pouco, me aproximar ou tornar uma atitude de afastamento, pensando no que seria melhor emocionalmente (...)" transcreve-se outro exemplo: "Se ele (feto) morresse acho que seria melhor. O problema é que se a gente interromper parece que a gente está evitando o problema. Apesar que o médico falou que ele pode morrer espontaneamente antes do parto".

Hoinshelwood (1992) define o sentimento de culpa como um estado mental angustiante que surge a partir de um conflito interno. Adiante verifica-se o sentimento de culpa nas seguintes exposições: 1.°. "A gente estava curtindo muito essa barriga. Aí, você fica sabendo que o bebê tem um defeito e, em função desse defeito, no fim das contas, você vai e mata esse bebê. Talvez qualquer animal fizesse isso. Eu quero saber se tem algum animal que adota esse comportamento: quando descobre que o filhote tem defeito, vai e mata". 2.°. "A gente não pode se culpar por algo que está fora do nosso controle. Se eu pegasse AIDS através de uma relação sexual, aí eu seria culpado. Mas em nosso caso, não".

O sentimento de perda do objeto amado foi claramente expresso neste extrato, reproduzido da entrevista psicológica com a Sra. MCJR "Saber que não vai sair nada vivo. É bem difícil".

O sentimento de choque pode ser inferido a partir dos dizeres da Sra. VLCR: "Esse foi o pior dia para mim. Pegar o resultado definitivo foi um choque. É minha primeira gestação, não estava esperando. Parecia que o mundo tinha acabado. Não transpareci nada, para os meus amigos".

A raiva e o sentimento de impotência do cônjuge da Sra. RSP foi exteriorizado da seguinte maneira: "A única coisa que eu estou sentindo é raiva. Não é de mim. Não é do médico. Minha mãe falou que era Deus, porque eu não quis ir à Igreja. Por que as pessoas não são informadas do problema? As pessoas quando engravidam nem sabem que existem esses problemas. Como a pessoa pode se cuidar?".

Outra etapa que enfrentam os casais é a de conflito com a questão religiosa, bem como com a familiar, que para alguns casais são de primordial importância. Essas influências foram observadas em várias situações, expressas tanto por parte das gestantes quanto por parte dos maridos. Entre elas citamos: 1.° "Eu sou muito católico, meus pais também são muito religiosos. A minha mãe, graças a Deus, nunca pesou como meu pai. Ela realmente foi muito legal com a gente. Meu pai é contra (aborto), ele está reclamando. Ele prefere acreditar na Religião do que na Ciência. É um negócio complicado para ele. Mas já está atestado". 2.° "Quando eu fiquei sabendo que o bebê não tinha cérebro, eu pensei: Tem males que vem para bem. Vai ver que não é para o bebê ficar com a gente. Tudo tem a mão de Deus, tem uma providência divina. Já pensou se nascesse e vivesse desse jeito, sem a cabeça normal? A gente iria ficar com ele a vida toda, não iria jogar fora como fazem por aí, a gente iria cuidar, porque é filho da gente. Então, Deus resolveu fazer isso que era para a gente não ficar sofrendo a vida toda. Para que essa criança não ficasse vegetando na cama, e a gente sofrendo também. Deus fez isso. Então, na minha opinião, isso conforta um pouco".

O passo seguinte é a decisão quanto ao rumo da gestação, ou seja, abortá-la ou mantê-la. A idéia do abortamento foi expressa de inúmeras maneiras, entre elas, pode-se destacar: 1.° "Eu tenho uma escolha e tenho direito de exercê-la. Se fosse evitável, com certeza eu não tiraria. Mas não é. Acho que é o caminho natural". 2.° "Eu acho que vou me arrepender menos se tirar do que não tirar". 3.° "É uma linha de pensamento muito racional. Porque a gente está tentando buscar nisso o alívio". 4.° "O que está me deixando tranqüilo é saber do alto índice de gravidade da coisa. Se realmente fosse uma dúvida, eu iria ficar sem saber o que fazer. É arriscar muito. Mas, como já foi atestado que é muito sério o caso, não temos muito o que fazer".

Por outro lado, expressou-se também o desejo pela manutenção da gestação como se expõe a seguir: 1.° "Compreendi tudo que foi dito, mas acho que não terei coragem de tirar um filho. O trauma de tirar um filho é insuperável, já a frustração de enterrar um filho pode ser superada". 2.° "Prefiro levar a gestação até o fim, pois se abortar como enfrentarei outras gestações?".

O momento de decidir pelo abortamento ou não é sempre difícil e doloroso, além de envolver intensa angústia emocional para os casais. Visando amenizar

esta carga emocional, além da assessoria psicológica, passou-se também a oferecer assessoramento religioso.

4.1.19 Influência do grau de instrução na decisão de abortar

Os casais com escolaridade primária e primeiro grau foram aglutinados numa só classe (primeiro grau) para permitir as comparações. Também analisamos separadamente o grau de instrução da mulher e do homem, comparando-se com a decisão antes e após a confirmação do diagnóstico de anomalia fetal. O cruzamento destes dados resultou em quatro tabelas de contingência que por sua vez puderam ser aglutinadas em duas tabelas (tabela IX e X).

Tabela IX: Grau de instrução da mãe e decisão antes e após diagnóstico

	Antes da confirmação diagnóstica			**Após a confirmação**	
Grau de Instrução mãe	**Abortar**	**Manter**	**Indeciso**	**Abortar**	**Manter**
1.° grau	10	1	7	13	5
2.° grau	15	2	4	14	7
Superior	7	3	3	9	4
Total	**32**	**6**	**14**	**36**	**16**

Tabela X: Grau de instrução do pai e decisão antes e após diagnóstico (excluídos os dados dos dois homens que não assumiram a paternidade)

	Antes da confirmação diagnóstica			**Após a confirmação**	
Grau de Instrução pai	**Abortar**	**Manter**	**Indeciso**	**Abortar**	**Manter**
1.° grau	9	1	6	13	3
2.° grau	10	2	6	9	9
Superior	11	3	2	12	4
Total	**30**	**6**	**14**	**34**	**16**

A análise das tabelas IX e X pelo teste do qui-quadrado indica que não há correlação entre o grau de instrução e o tipo de opção (manter ou interromper a gestação) para ambos os sexos ($p>0,005$). Portanto a opção pela interrupção ou manutenção da gravidez é semelhante para casal de grau de instrução de 1.° grau, 2.° grau e de nível superior.

4.1.20 Influência do nível sócio-econômico (faixa de renda familiar) na decisão do casal

Para fins de análise foram aglutinadas as faixas de renda familiar de **5** ou mais salários mínimos. Em uma primeira situação, foi comparada a renda familiar à

suposta decisão do casal antes de ser confirmado o diagnóstico de anomalia fetal grave. Na segunda situação, comparamos a decisão após o diagnóstico com a faixa salarial (tabela XI).

Tabela XI: Influência da renda familiar na decisão do casal

	Antes da confirmação diagnóstica			Após a confirmação	
Renda familiar	**Abortar**	**Manter**	**Indeciso**	**Abortar**	**Manter**
Até 5 salários	16	2	12	21	9
5 ou mais salários	16	4	2	15	7
Total	**32**	**6**	**14**	**36**	**16**

A análise dos dados da tabela XI mostra um valor de $x^2 = 6.738$ para 2 graus de liberdade e $P<0.05$ antes da confirmação diagnóstica. Portanto, a renda interferiu de modo estatisticamente significante na decisão relacionada ao futuro da gravidez; mais casais de maior renda comparecem ao diagnóstico pré-natal com a convicção de interromper a gravidez na eventualidade de se confirmar o diagnóstico da anomalia do que casais de menor renda. A análise dos resíduos ajustados dessa tabela, através do teste de Haberman, demonstra que os indecisos foram responsáveis pelo valor significativo do teste, ocorrendo maior indecisão entre os casais de menor faixa de renda. Após a confirmação do diagnóstico, a decisão tomada independeu do status sócio-econômico, revelando um valor de $x^2 = 0.020$; lg.I.;$P>0.05$.

4.2 Resultado do levantamento dos projetos de lei na temática do aborto que estão tramitando no Congresso Nacional

Encontraram-se 8 Projetos de Lei (PLs) abordando de alguma maneira o aborto. De um lado estão os projetos que ampliam as possibilidades de aborto; de outro aqueles que as restringem.

Os PLs 20, 1.135 e 1.174 de 1991, de autoria dos deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling, procuram amenizar as restrições ao aborto. O PL 20/91 propõe a obrigatoriedade do atendimento hospitalar pelo Sistema Único de Saúde, em casos de aborto descriminados pelo Código Penal. Esse projeto foi aprovado pelas Comissões Parlamentares e encontra-se a espera pela votação na Câmara. Contudo, Norma Técnica editada pelo Ministério da Saúde antepôs-se ao PL 20/91 (vide adiante). O PL 1.135/91 pretende suprimir o art. 124 do CP brasileiro, ou seja, a mulher não cometeria crime caso realizasse um aborto ou se submetesse consensualmente a alguém que o realizasse. O PL 1.174/91 propõe nova redação ao art. 128 do CP:

"Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – *se a gravidez determinar perigo para a vida ou da ou a saúde física ou psíquica da gestante*

II – se for constatada no nascituro enfermidade grave e hereditária ou se alguma moléstia ou intoxicação ou acidente sofrido pela gestante comprometer a saúde do nascituro.

III – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

O Deputado José Genoíno apresentou o PL 176, de 1995, que propõe permitir a interrupção de gravidez até 90 dias após a data provável de concepção, a critérios da gestante. Outra proposição desse Projeto de Lei é a obrigatoriedade do atendimento público das mulheres que porventura queiram realizar o abortamento.

O PL 2.023/91, redigido pelo deputado Eduardo Jorge, propõe a prática do aborto nos casos de soropositividade para o HIV. Já o PL 3.280/92, de autoria do Deputado Luiz Moreira, pretende autorizar a interrupção da gravidez até a vigésima quarta semana gestacional, no caso de o feto ser portador de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais e haver indicação médica.

Por sua vez, o PL 1.956/96, elaborado pela Deputada Marta Suplicy, procura incluir nas exclusões de antijuridicidade do crime de aborto, a modalidade motivada por anomalias fetais graves, incuráveis e incompatíveis com a vida extra-uterina. Vale frisar a colaboração de nossa equipe, bem como a do Instituto Fernandes Figueira (Fundação Oswaldo Cruz-RJ) na redação do projeto. O deputado Severino Cavalcanti é responsável por grande parte das manobras legislativas desfavoráveis a ampliações na questão do aborto. Em 1995, ele apresentou à Câmara a Proposta de Emenda Constitucional 25 (PEC 25/A95). Nela se propunha acrescentar à Constituição Federal a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. Assim, até mesmo as modalidades de aborto hoje em dia permitidas pela Lei seriam incriminadas. Como argumentaram Silvia Pimentel e Valéria Pandjiarjian, tamanha guinada legal feriria compromissos internacionais de melhoria da assistência à mulher firmados pelo Brasil. À época, argumentamos contra o retrocesso da PEC 25/A95, lembrando não ser cabível a inviolabilidade da vida desde a concepção entre outras razões porque até mesmo parte do Judiciário evidenciava a necessidade de ampliação das leis sobre o aborto, como ficava claro pela concessão de aproximadamente 250 alvarás permitindo a interrupção de gestações acompanhadas por anomalias fetais. A PEC acabou sendo posteriormente aprovada pela Comissão reunida para estudá-la, mas foi barrada pelos parlamentares quando submetida à votação.

Em 1998, o Deputado Severino Cavalcanti apresentou à Comissão de Seguridade Social e Família o Projeto de Decreto Legislativo 737, que pretende sustar a aplicação da norma técnica "Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes", editada pelo Ministério da Saúde. A norma técnica estabelece o protocolo básico de atendimento a ser seguido pelos Hospitais da Rede Pública quando prestam assistência à mulher violentada sexualmente. Entre os vários aspectos cobertos pela Norma, prevê-se o abortamento de gestações geradas por atos violentos, quando do desejo da mulher. O PDC 737/98 recebeu votação desfavorável na Comissão de Seguridade Social e Família, mas deve ser avaliado ainda pela Comissão de Constituição e Justiça.

O PL 2.118/96, proposto pelo Deputado Wilson Leite, pretende garantir aos médicos o direito de recusar a realização do procedimento abortivo.

O fato de o atual governo ter envidado esforços na preparação de um anteprojeto de reforma do Código Penal, eclipsou alguns dos Projetos de Lei em tramitação. Vale mencionar que, na redação provisória do novo Código, a interrupção de uma gravidez por causa de anomalias fetais incompatíveis com a vida figura como exclusão de ilicitude do crime de aborto. Contudo, o anteprojeto ainda está para ser apresentado ao Congresso.

4.3 Resultados da pesquisa com os obstetras

4.3.1 Questionários enviados e respostas obtidas

A tabela XII pormenoriza a quantidade de cartas postadas às diferentes Regiões (com a exceção dos estados de Tocantins, Acre, Amapá e Roraima), bem como as respostas e a taxa de retorno obtidas.

Tabela XII: Cartas enviadas e respostas recebidas (com a respectiva taxa de retorno) por Região Federativa

Região Federativa	Questionários enviados	N. Questionários recebidos	% Questionários recebidos
Sul	400	44	11,0%
Suldeste	1.544	239	15,5%
Nordeste	527	56	10,6%
Centro-oeste	235	30	12,8%
Norte	68	7	10,3%
Total	**2.774**	**376**	**14,1%**
Não pôde ser identificado	—	**1**	—

O maior retorno de respostas foi proveniente da Região Sudeste (15,5%). Se considerarmos a distribuição por Estados teremos que o retorno das cartas foi majoritário em Rondônia (30%) e Santa Catarina (28,89%). Recordando, para dois estados (Rio Grande do Sul e Maranhão), não se obteve nenhuma resposta da primeira mala direta enviada. Realizou-se nova seleção e mais questionários foram enviados novamente para esses dois estados. Para cálculos estatísticos consideramos apenas o envio da segunda mala direta.

4.3.2 Tempo de atuação profissional da amostra de estudo

Na tabela XIII, expõem-se 6 categorias de tempo decorrido após a obtenção do diploma de graduação dos participantes.

Tabela XIII: Período decorrido após a formatura e número de participantes correspondentes

Período de tempo em que está graduado (anos)	N. de participantes	Proporção da amostra total em %
0 a 10 anos	45	12,0
10 – 20 anos	194	51,7
Mais de 20 anos	136	36,3
Total	**375**	**100**
Dados ausentes	2	—

Os grupos minoritários representam os profissionais com pouco tempo de atuação profissional. Os profissionais com entre 10 e 20 anos decorridos da formatura compuseram quase 52% da amostra de estudo.

4.3.3 Distribuição do sexo da amostra

Por se tratar de um item inferido a partir da identificação do remetente (opcional), não se conhece o sexo de um pouco mais da metade da amostra. Dos 162 participantes para os quais se conhece o sexo, os homens representam 69,14% (112/162) e as mulheres 30,86% (50/162)

Tabela XIV: Proporção de homens e mulheres na amostra

Sexo	Contagem	Proporções (%)
Feminino	61	16,2
Masculino	130	34,5
Indeterminado	186	49,3
Total	**377**	**100**

4.3.4 Especialização médica

Os participantes foram também inquiridos acerca da especialização realizada após a educação formal (tabela XV).

Tabela XV: Realização ou não de estágio ou residência médica após o ensino de graduação

Treinamento recebido	N. Participantes	Proporção (%)
Residência	166	44,0
Estágio	86	22,8
Residência e estágio	111	29,5
Nenhum dos anteriores	14	3,7
Total	**377**	**100**

A maior parte dos participantes teve algum especialização após a educação formal em Medicina. Apenas 14 médicos não se engajaram em programa de residência ou estágio.

4.3.5 Tipo de atendimento de pacientes

Os participantes foram inquiridos quanto ao tipo de atendimento realizado – público, privado (pacientes particulares ou conveniados) ou uma combinação de ambos. A tabela XVI resume esse atendimento.

Tabela XVI: Forma de trabalho quanto à origem da renda

Abrangência do atendimento	N. Participantes	% Participantes
Pacientes privados	178	47,2
Pacientes da rede pública de saúde	17	4,5
Pacientes privados e da rede pública de saúde	182	48,3
Total Geral	**377**	**100**

Distinguem-se dois grupos majoritários: um deles realiza exclusivamente o atendimento privado, tanto em termos de convênio, como de estipêndios diretos. Esse grupo abrange 178 participantes, ou seja, 47,2% da amostra; o outro compreende os 182 participantes que além do atendimento privado, assistem também pacientes do sistema público de saúde (48,3%). Apenas 17 dos participantes (4,5%) atuam somente na rede pública. Portanto, 360 participantes realizam atendimento privado e 199, atendimento público.

4.3.6 A população de gestantes nas instituições de trabalho

Os profissionais foram convidados a estimar a proporção de gestantes em meio à população atendida na instituição de trabalho (tabela XVII).

Tabela XVII: Freqüência de gestantes atendidas pelos profissionais entrevistados

Proporção	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
Gestantes (%)	N.	%	N.	%
0-25	184	51,4	43	23,1
25-50	108	30,2	48	25,8
50-75	28	7,8	39	21,0
75-100	38	10,6	56	30,1
Total	**358**	**100**	**186**	**100**
Não se aplica/não respondeu	19	—	191	—
Total Geral	**377**	**100**	**377**	**100**

Na iniciativa privada, a maior parte dos profissionais (51,4%) atua junto a uma população cuja freqüência de gestantes situa-se entre 0 e 25%. Em segundo lugar se encontram aqueles profissionais (30,2% deles) atuando em populações com uma freqüência de 25 a 50% de gestantes. Por outro lado, a distribuição dos profissionais foi mais homogênea e em relação às faixas de freqüência de gestantes na população atendida pelo serviço público.

4.3.7 O diagnóstico de anomalias congênitas incompatíveis com a vida extra-uterina

Questionou-se aos profissionais se já haviam diagnosticado (ou ajudado a diagnosticar) alguma anomalia congênita que impediria a vida extra-uterina do produto conceptual (tabela XVIII).

Tabela XVIII: Número e freqüência de profissionais que já atuaram junto a um diagnóstico de anomalia congênita incompatível com a vida

Resposta fornecida	**Atendimento Privado (n=360)**		**Atendimento Público (n=199)**	
	N.	%	N.	%
Sim (diagnosticou ou ajudou)	268	78,4	149	82,3
Não	74	21,6	32	17,7
Total	**342**	**100**	**181**	**100**
Não se aplica/não respondeu	36	—	196	—

Depreende-se que a maioria dos profissionais já participou de diagnóstico de anomalia incompatível com a vida.

4.3.8 Avaliação da importância do obstetra no atendimento de mulheres grávidas cujo feto esteja inviabilizado

A maioria dos participantes (rede pública ou privada) confere importância ao papel do obstetra no atendimento de casos de malformações fetais incompatíveis com a vida. Nenhum dos participantes considera sua participação na assistência a essa classe de pacientes como sem importância (tabela XIX).

Se compararmos as tabelas XVIII e XIX, notamos que há discrepância entre os resultados de ambas. Isto se deve ao fato de muitos dos que responderam ter atuado junto a um diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida, terem se abstido da presente pergunta, a saber, 51 obstetras atuando no setor privado e 46 obstetras que atendem na rede pública. Entretanto, para todos os participantes que não atuaram junto a um diagnóstico de anomalia fetal grave, desprezamos a

resposta da presente pergunta, pois se tratava da própria avaliação de um caso já presenciado pelo obstetra.

Tabela XIX: A relevância do obstetra no atendimento de casos de anomalias fetais severas

Relevância atribuída à participação do obstetra	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Importante	269	92,8	110	81,5
Mediamente importante	18	6,2	20	14,8
Pouco importante	3	1,0	5	3,7
Sem importância	0	0	0	0
Total	**290**	**100**	**135**	**100**
Não se aplica/não respondeu	87	—	242	—
Total Geral	**377**	—	**377**	—

4.3.9 Encaminhamento de casos anomalia fetal para centros de referência

Obtiveram-se dados acerca da tendência dos obstetras em encaminhar casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina para centros de especializados em Medicina Fetal (tabela XX).

Tabela XX: Número de obstetras que encaminhariam ou não casos limítrofes de malformações para centros de referência e respectivas freqüências

Resposta obtida	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Encaminharia	276	78,4	139	73,9
Não encaminharia	76	21,6	47	26,2
Total	**352**	**100**	**188**	**100**
Não se aplica/não respondeu	25	—	189	—
Total Geral	**377**	—	**377**	—

De modo geral, 75% dos obstetras encaminhariam casos de anomalia fetal grave para centros de referência.

4.3.10 A importância da assessoria psicológica ao casal cujo feto encontra-se malformado e sem perspectivas de vida extra-uterina

Os profissionais foram também avaliados em relação à importância atribuída à assessoria psicológica aos casais (tabela XXI).

Tabela XXI: Grau de importância atribuída pelos obstetras, à assessoria psicológica aos casais pelos profissionais da amostra.

Importância atribuída à assessoria psicológica	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Muito importante	299	84,2	164	87,2
Importante	52	14,6	23	12,3
Pouco importante	4	1,2	1	0,5
Sem importância	0	0	0	0
Total	**355**	**100**	**188**	**100**
Não se aplica/não respondeu	22	—	180	—
Total Geral	**377**	**—**	**377**	**—**

A maioria dos obstetras da amostra considera importante a assessoria psicológica ao casal portador de um feto cujas anomalias são incompatíveis com a vida extra-uterina.

4.3.11 Dificuldades no encaminhamento para a assistência psicológica

Os obstetras participantes foram defrontados com algumas possíveis dificuldades em encaminhar os casais para um psicólogo (tabela XXII) e convidados a assinalar as alternativas que mais se enquadravam na resposta desejada. Os obstetras chegaram a enumerar até 3 respostas para tais dificuldades.

Tabela XXII: Tipo de dificuldades expostas e o número (e freqüência) de participantes que as determinaram.

Dificuldades	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Resistência do casal à assessoria psicológica	76	22,0	35	19,0
Planos de Saúde não cobrem	185	53,6	—	—
Falta de psicólogos na rede pública	—	—	54	29,3
Não se conhecem profissionais habilitados para essa assessoria	39	11,3	59	32,1
Não há dificuldades	42	12,2	28	15,2
Outras dificuldades	3	0,9	8	4,4
Total	**345**	**100**	**184**	**100**
Não se aplica/não respondeu	33	—	193	—
Total Geral	**377**	**—**	**377**	**—**

4.3.12 Conduta dos obstetras perante o desejo dos casais em abortar um feto com anomalias congênitas incompatíveis com a vida

A pesquisa buscou saber qual seria a conduta dos obstetras quando um casal evidencia o desejo de interromper a gestação de um feto com anomalias congênitas incompatíveis com a vida extrauterina (tabela XXIII).

Tabela XXIII: Respostas assinaladas pela amostra para a conduta perante anomalias fetais graves

Conduta do obstetra perante	**Atendimento Privado (n=360)**		**Atendimento Público (n=199)**	
o desejo do casal abortar	N.	%	N.	%
Apóia os planos do casal	287	82,2	141	78,8
Não apóia	18	5,2	10	5,6
Tenta fazer com que o casal mude de idéia (não aborte)	40	11,5	24	13,4
Não sei	4	1,1	4	2,2
Total	**349**	**100**	**179**	**100**
Não se aplica/não respondeu	28	—	198	—
Total Geral	**377**	—	**377**	—

A maior parte dos obstetras apóia os planos do casal. Em seguida estão os obstetras que tentam fazer o casal desistir dos planos de abortamento. Entretanto, há obstetras que interferem diretamente na opção do casal em interromper a gestação, a saber, 1,4% e 2,2%, respectivamente, no atendimento privado e na rede pública de saúde.

4.3.13 A possibilidade de obtenção de um alvará

Na hipótese de uma anomalia fetal incompatível com a vida, perguntou-se aos obstetras se orientariam o casal na requisição de um alvará para a interrupção da gravidez (tabela XXIV).

Tabela XXIV: Inclinação da amostra em requisitar alvarás de abortamento

Orientação ao casal para a	**Atendimento Privado (n=360)**		**Atendimento Público (n=199)**	
requisição do alvará	N.	%	N.	%
Sim	233	66,6	134	72,0
Não	117	33,4	52	28,0
Total	**350**	**100**	**186**	**100**
Não se aplica/não respondeu	27	—	191	—
Total Geral	**377**	—	**377**	—

A maioria dos obstetras orientaria o casal com vistas à obtenção de alvarás judiciais para a interrupção gestacional nos casos de feto inviável.

4.3.14 Realização do procedimento abortivo

Adicionalmente, quis-se saber a inclinação da amostra em realizar o abortamento de fetos cujas anomalias impediriam a vida extra-uterina (tabela XXV).

Conseqüentemente, notamos que no atendimento privado há uma distribuição eqüitativa entre os obstetras que não realizariam o abortamento de um feto inviável e os que realizariam somente mediante o alvará judicial. Entretanto, no atendimento público pouco mais de 9% realizariam o aborto independentemente do alvará.

Tabela XXV: Propensão da amostra em realizar o abortamento de fetos inviáveis

O obstetra realizaria aborto?	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Sim – mediante o alvará	114	32,6	69	36,9
Sim independente do alvará	71	20,3	17	9,1
Não realiza o aborto	161	46,0	97	51,9
Não sabe o que fazer	4	1,1	4	2,1
Total	**350**	**100**	**187**	**100**
Não se aplica/não respondeu	27	—	190	—
Total Geral	**377**	**—**	**377**	**—**

4.3.15 Encaminhamento para a realização do procedimento abortivo

Como complementação à questão anterior, os obstetras foram questionados acerca da possibilidade de encaminhamento dos casos de malformação fetal incompatível com a vida extrauterina a outros profissionais (tabela XXVI).

Nota-se uma diferença entre o atendimento público e privado. Tanto no atendimento privado quanto no atendimento da rede pública, maior parte dos médicos encaminharia o casal para outro profissional realizar o abortamento. Entretanto, no atendimento público, a maioria dos obstetras só encaminharia os casais para outro profissional que realizasse o aborto mediante alvará judicial.

Tabela XXVI: Encaminhamentos dos casos de anomalia fetal para outro profissionais com vistas à realização do aborto.

Encaminharia a paciente para outro profissional?	Atendimento Privado (n=360)		Atendimento Público (n=199)	
	N.	%	N.	%
Sim – mediante o alvará	106	30,7	79	43,9
Sim independente do alvará	103	29,9	44	24,4
Não encaminha	134	38,8	56	31,1
Não sabe o que fazer	2	0,6	1	0,6
Total	**345**	**100**	**180**	**100**
Não se aplica/não respondeu	32	—	197	—
Total Geral	**377**	**—**	**377**	**—**

4.3.16 Idade da amostra

Desejou-se conhecer a idade dos participantes (figura 4). O participante mais jovem tinha 25 anos, e o mais velho, 79. Os obstetras tinham em média 44,4 anos, com um desvio padrão de 9,4 anos.

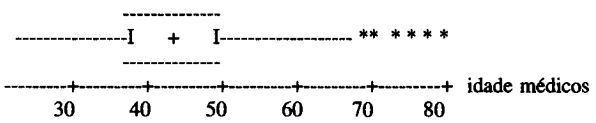


Figura 4: Diagrama esquemático da idade da amostra. O sinal + indica a mediana da amostra.

4.3.17 Crença religiosa

Perguntou-se aos participantes se tinham alguma crença religiosa (tabela XXVII).

Tabela XXVII: Número e freqüência dos participantes com ou sem crença religiosa

Presença de crença religiosa?	N. respostas	Freqüência (%)
Sim	328	87,0
Não	49	13,0
Total	**377**	**100**

Como se pode perceber, a grande maioria dos participantes apresenta alguma crença religiosa.

A prática da crença religiosa foi outro item abordado nesta pesquisa (tabela XXVIII). Embora, 87% dos participantes tenham uma crença religiosa, a proporção dos participantes que a praticam é menor (59,4%).

Tabela XXVIII: Prática da crença religiosa na amostra

Pratica a crença?	N. respostas	Freqüência (%)
Sim	193	59,4
Não	132	40,6
Total	**325**	**100**
Não se aplica/ não respondeu	52	—
Total Geral	**377**	—

Questionou-se também a que tipo de crença pertencia o entrevistado. A tabela XXIX sintetiza a distribuição da crença religiosa.

Tabela XXIX: Tipo de crença religiosa a qual pertence o entrevistado

Crença religiosa	N. respostas	Freqüência (%)
Sem crença	49	13,0
Agnóstico	6	1,6
Católica	219	58,2
Espírita	49	13,0
Evangélicos	20	5,3
Judaica	7	1,9
Outras	26	6,9
Total	**376**	**100**
Não respondeu	1	—

Nota-se claramente que há predomínio (58,2% da amostra total) da religião Católica.

A análise da tabela de contingência obtida pelo cruzamento do tipo de crença religiosa com a prática desta (tabela XXX) revela um qui-quadrado igual a 6,84; g.l.=4; P>0,05, ou seja não há diferença estatística entre a crença e a prática nas diversas religiões. Como a proporção de médicos que se declaram praticantes no grupo evangélico é bem maior que a dos demais grupos, foi realizada uma inspeção dos resíduos ajustados (teste de Haberman), apesar da não significância do teste. O valor correspondente aos evangélicos é z=1,93, próximo portanto ao nível crítico de 5% (cujo z=1,96) e indicando a existência da tendência notada. Comparando-se os evangélicos com os demais cultos religiosos, obtivemos através do teste de Fisher um valor de P=0,0616, configurando-se tudo que foi dito acima. De qualquer maneira a diferença não significativa, foi provavelmente devida ao pequeno número da amostra.

Tabela XXX: Prática entre diversas crenças religiosas

Crença religiosa	Prática da crença			
	SIM		NÃO	
	N.	Total (%)	N.	Total (%)
Agnóstico	—	—	—	—
Católica	123	56,2	96	43,8
Espírita	34	69,4	15	30,6
Evangélicos	16	80,0	4	20,0
Judaica	4	57,1	3	42,9
Outras	14	53,8	12	46,2
Total	**191**	—	**130**	—

4.3.18 Influência da fé nas atividades profissionais

O grau de influência da fé nas atividades profissionais dos participantes foi também questionado quanto à importância (tabela XXXI).

Tabela XXXI: Modo como os médicos consideram a influência da religião na prática em obstetrícia

Influência da fé religiosa nas atividades profissionais	N. respostas	Freqüência (%)
Muito importante	122	37,2
Importante	129	39,3
Pouco importante	52	15,9
Sem importância	25	7,6
Total	**328**	**100**
Não respondeu/não se aplica	49	—
Total Geral	**377**	—

76% da amostra consideram a influência da fé importante ou muito importante nas atividades profissionais. Apenas 7,6% dos obstetras alegam que a religião não influi em suas atividades profissionais

4.3.19 Conhecimento das leis vigentes

Outro ponto buscado por este trabalho foi saber o nível de conhecimento da amostra acerca dos aparatos legais regendo a questão do aborto no Brasil (tabela XXXII). Para tanto, elaborou-se uma questão aberta cuja análise das respostas revelou que a maioria dos obstetras participantes (71,3%) apresenta conhecimento sobre as leis que regem a questão do aborto no Brasil. Entretanto, 103 (28,7%) dos obstetras desconhecem ou conhecem parcialmente esta lei.

Tabela XXXII: Conhecimento acerca do Capítulo que trata do aborto no Código Penal

Conhecimento da lei	N. respostas	Freqüência (%)
Respostas corretas	256	71,3
Respostas incompletas/incorretas	103	28,7
Total	**359**	**100**
Não respondeu	18	—
Total Geral	**377**	—

O conhecimento parcial da lei referente ao abortamento apresentou distribuição semelhante tanto para os casos de estupro, quanto para os casos de risco de morte materno. A inclusão da anomalia fetal sendo uma situação não punível esteve presente em aproximadamente 50% dos casos em que o entrevistado mostrou desconhecimento da lei (tabela XXXIII).

Tabela XXXIII: Os equívocos no conhecimento da lei do abortamento no Brasil

Equívocos no conhecimento da lei	N. respostas	Freqüência (%)
Somente casos de estupro	16	15,5
Somente em casos de risco de morte materno	12	11,7
Estupro, risco de morte materno e anomalia fetal	23	22,3
Estupro e anomalia fetal	27	26,2
Outros	25	24,3
Total	**103**	**100**

4.3.20 Conhecimento da possibilidade de se solicitar alvará

Por fim, questionou-se o conhecimento dos participantes acerca da possibilidade de se requisitar alvarás para gestações de fetos cujas anomalias incompatibilizam a sua sobrevivência (tabela XXXIV). Houve 5 casos em que o entrevistado respondeu estar ciente da possibilidade de requisitar o alvará para o abortamento seletivo, mas também havia comentários de que este conhecimento foi através do próprio questionário, e neste caso consideramos como se inquirido desconhecesse esta possibilidade. Podemos inferir que pode haver na amostra total mais casos semelhantes. Infelizmente, não há como identificá-los.

Tabela XXXIV: Conhecimento do alvará enquanto instrumento jurídico para interromper as gestações cujo feto não sobreviverá ou sobreviverá muito pouco tem o após o parto

Status	N. respostas	Freqüência (%)
Ciente da possibilidade de requisitar alvarás	320	86,7
Desconhece	49	23,3
Total	**369**	**100**
Não respondeu	8	—
Total Geral	**377**	—

4.3.21 Comparação da influência da fé religiosa na atitude dos médicos frente à anomalia fetal

Com vistas a avaliar a influência da fé religiosa na atitude dos obstetras, procedeu-se ao agrupamento dos dados "fé muito importante" ou "fé importante" nas atividades profissionais em um único conjunto denominado "fé relevante". Aglutinou-se também os dados referentes aos itens de fé religiosa "pouco importante" ou "sem importância" nas atividades profissionais em um conjunto denominado "fé irrelevante".

A tabela XXXV mostra as relações entre a fé religiosa com: orientação na requisição de alvará, conhecimento da possibilidade de pedir alvará, realização do aborto e encaminhamento do casal a outro profissional que realiza o aborto. Nesses casos subdividiu-se o cruzamento dos dados em atendimento privado e rede pública. Além disso, cruzou-se a influência da fé religiosa com o conhecimento acerca do Capítulo que trata do aborto no Código Penal.

Para proceder à investigação da influência da fé na realização do aborto seletivo pelo inquirido, aglutinamos as classes que realizariam o aborto com alvará e independentemente do alvará, tanto no atendimento privado quanto no público. A fé religiosa influencia a decisão de maneira clara, pois a proporção de obstetras com "fé relevante" que realizaria o aborto é significativamente menor que a de obstetras sem fé ("fé irrelevante"): $x^2 = 17.732$ (1g.I.; $P<0.05$) em condições de atendimento particular e $x^2 = 7.112$ (1g.I.; $P=0.05$) em condições de atendimento público. A análise da tabela de contingência que aglutina os dados referentes aos dois tipos de atendimento fornece um valor de $x^2 = 24.740$ (1g.I.; $P<0.05$). Como a soma dos dois qui-quadrados para os atendimentos é *Somatória x2* = 17.732 + 7.112 = x2 = 24.844 (2g.I.;$P<0.05$), o qui-quadrado para medir a heterogeneidade de conduta nos dois tipos de atendimento é obtido diminuindo-se dessa quantidade o valor obtido na tabela com os dados aglutinados, obtendo-se o valor x2 = 24.844 –24.740 = 0.104 (1g.I.; $P>0.05$) que indica que a postura dos dois grupos de obstetras (fé relevante ou irrelevante) é a mesma nos dois tipos de atendimento.

Considerando-se apenas os grupos que realizariam o abortamento, comparando-se aqui as classes com alvará e sem alvará, são obtidos os seguintes valores de qui-quadrado: $x^2 = 0.137$; 1g.I.; $P>0.05$ (atendimento particular); $x^2 = 0.058$; 1g.I.; $P>0.05$ (atendimento público); $x^2 = 0{,}164$, 1g.I.; $P>0.05$ (atendimento público e privado) e $x^2 = 0.137 + 0.058 - 0.164 = 0.031$, 1g I, $P>0.05$ (heterogenidade entre os atendimentos). Como nenhum desses valores é significativo, conclui-se que a atitude é a mesma entre com fé relevante e sem fé, independentemente do tipo de atendimento.

A comparação da fé religiosa com o encaminhamento da paciente a outro profissional que realizaria o abortamento foi realizada exatamente como no item anterior. A análise dos resultados da aglutinação mostrou que todos os valores acima não são significativos ($P>0.05$), indicando que não existem diferenças entre os grupos "fé relevante" e "fé irrelevante", independentemente do tipo de atendimento. Também não houve diferença na decisão de encaminhar uma paciente para o abortamento com ou sem alvará.

A influência da fé versus conhecimento da lei e da possibilidade de obtenção de alvará judicial revelou que as proporções de obstetras com "fé relevante" e "fé irrelevante" que alegam conhecer a lei não diferem significativamente ($x^2 = 1.630$; 1g.I.; $P>0.05$). No entanto, uma proporção significativamente maior de obstetras com "fé relevante" declara conhecer a possibilidade de alvará ($x^2 = 39.504$; 1g.I.; $P<0.05$).

Em relação a influência da fé religiosa na orientação na requisição de alvará, os dados mostram que tanto no atendimento particular como no público nota-se

uma proporção aumentada de obstetras que prestam orientação no grupo "fé irrelevante"; o aumento é significativo tanto no atendimento público ($x^2 = 6.947$; 1g.I.; $P<0.05$), quanto na amostra que aglutina os totais de profissionais ligados aos dois tipos de atendimento ($x^2 = 7.173$; 1g.I.; $P<0.05$), mas não entre os profissionais ligados ao atendimento particular ($x^2 = 2.135$; 1g.i; $P>0.05$). O teste de heterogeneidade aplicado a esses dados fornece um valor de $x^2 = 2.135 + 6.947 - 7.173 = 1.909$; 1g.i.; $P>0.05$, concluindo-se portanto que apesar de a diferença não ser significativa no grupo de atendimento particular, a tendência observada deve prevalecer igualmente nos dois grupos.

Tabela XXXV: Influência da fé religiosa e as atitudes dos obstetras.

	Influência da fé religiosa			
	Não se aplica (%)	**Relevante (%)**	**Irrelevante (%)**	**Total (%)**
Conhecimento da lei				
Sim	34 (13,3%)	165 (64,4%)	57 (22,3%)	256 (100%)
Não	13 (12,6%)	73 (70,8%)	17 (15,5%)	103 (100%)
Orientação na requisição de alvará na rede privada				
Não se aplica	3 (17,7%)	11(64,7%)	3 (17,6%)	17 (100%)
Sim	33 (14,2%)	149 (63,9%)	51 (21,9%)	233 (100%)
Não	12 (10,3%)	86 (75,5%)	19 (16,2%)	117 (100%)
Orientação na requisição de alvará na rede pública				
Não se aplica	26 (14,6%)	116 (65,9%)	36 (20,5%)	178 (100%)
Sim	17 (12,7%)	85 (63,4%)	32 (23,9%)	134 (100%)
Não	5 (9,6%)	43 (82,7%)	4 (7,7%)	52 (100%)
Conhecimento da possibilidade de pedir alvará				
Sim	48 (15,0%)	214 (66,9%)	58 (18,1%)	320 (100%)
Não	1 (2,0%)	31 (63,3%)	17 (34,7%)	49 (100%)
Realiza aborto (privado)				
Não se aplica	3 (17,6%)	11 (64,7%)	3 (17,7%)	17 (100%)
Sim com alvará	20 (17,5%)	61 (53,6%)	33 (28,9%)	114 (100%)
Sim sem alvará	15 (21,4%)	38 (53,4%)	18 (25,4%)	71 (100%)
Não encaminha	11 (6,8%)	130 (80,7%)	20 (14,5%)	161 (100%)
Não sabe	0 (0,0%)	3 (100%)	0 (0,0%)	3 (100%)
Realiza aborto (público)				
Não se aplica	26 (14,6%)	116 (65,2%)	36 (20,2%)	178 (100%)
Sim com alvará	10 (14,7%)	39 (57,4%)	20 (2,9%)	68 (100%)

Sim sem alvará	7 (41,2%)	7 (41,2%)	3 (17,6%)	17 (100%)
Não	6 (6,2%)	77 (79,4%)	14 (14,4%)	97 (100%)
Não sabe	0 (0,0%)	1 (100%)	0 (0,0%)	1 (100%)
Encaminha a paciente para outro profissional (privado)				
Não se aplica	3 (17,6%)	11 (5,8%)	3 (17,6%)	17 (100%)
Sim com alvará	13 (1,3%)	74 (69,8%)	19 (17,9%)	106 (100%)
Sim sem alvará	14 (13,6%)	66 (69,1%)	23 (17,3%)	103 (100%)
Não	18 (13,4%)	92 (68,7%)	24 (17,9%)	134 (100%)
Não sabe	0 (0,0%)	1 (50,0%)	1 (50,0%)	2 (100%)
Encaminha a paciente para outro profissional (público)?				
Não se aplica	26 (14,6%)	116 (65,2%)	36 (20,2%)	178 (100%)
Sim com alvará	9 (13,4%)	57 (72,2%)	13 (16,4%)	79 (100%)
Sim sem alvará	8 (18,2%)	24 (54,5%)	12 (27,3%)	44 (100%)
Não	6 (10,7%)	42 (75,0%)	8 (14,3%)	56 (100%)
Não sabe	0 (0,0%)	1 (100%)	0 (0,0%)	1 (100%)

4.3.22 Influência do tempo de formado com a atitude dos médicos frente a anomalia fetal

Para possibilitar a comparação do tempo de formado com as atitudes dos médicos frente ao diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida agregou-se o tempo de formado em três grupos, a saber: 1. Até 10 anos de formado; 2. De 10 a 20 anos; 3. Com mais de 20 anos de formado. A tabela XXXVII demonstra as relações entre o tempo de formado e a postura do obstetra quanto à importância do atendimento à paciente com feto malformado, encaminhamento a outro serviço para proceder ao aborto, realização do abortamento e a influência da fé religiosa em sua vida profissional.

Tabela XXXVI: Correlação tempo de formado e atitude dos obstetras

	Tempo de Formado			
	Até 10 anos (%)	**de 10 a 20 anos (%)**	**Acima de 20 anos (%)**	**Total (%)**
Importância obstetra no atendimento privado				
Grande importância	29 (10,9%)	137 (51,3%)	101 (37,8%)	267 (100%)
Média ou pouca importância	2 (25,0%)	2 (25,0%)	9 (50,0%)	18 (100%)

Importância Obstetra no atendimento ao público				
Grande importância	7 (6,4%)	62 (56,3%)	41 (37,3%)	110 (100%)
Média ou pouca importância	2 (8,3%)	13 (54,2%)	9 (37,5%)	24 (100%)
Encaminhamento a centros de referência (privado)				
Sim	41 (15,0%)	139 (50,7%)	94 (34,3%)	274 (100%)
Não	2 (2,6%)	40 (51,3%)	34 (44,7%)	76 (100%)
Encaminhamento a centros de referência (público)				
Sim	15 (10,9%)	79 (57,2%)	44 (31,8%)	138 (100%)
Não	6 (12,8%)	25 (53,2%)	16 (34,0%)	47 (100%)
Realiza aborto (privado)				
Sim com alvará	11 (9,7%)	55 (48,7%)	47 (41,6%)	113 (100%)
Sim indep. alvará	6 (8,5%)	41 (57,7%)	24 (33,8%)	71 (100%)
Não	25 (15,6%)	82 (51,3%)	53 (33,1%)	160 (100%)
Não sabe	1 (33,3%)	1 (33,3%)	1 (33,3%)	3 (100%)
Realiza aborto (público)				
Sim com alvará	5 (7,4%)	43 (63,2%)	20 (29,4%)	68 (100%)
Sim indep. alvará	1 (5,8%)	8 (47,1%)	8 (47,1%)	17 (100%)
Não	15 (15,5%)	50 (51,5%)	32 (33,0%)	97 (100%)
Não sabe	0 (0,0%)	1 (100%)	0 (0,0%)	1 (100%)
Influência da fé religiosa				
Relevante	32 (12,9%)	133 (53,4%)	84 (33,7%)	249 (100%)
Irrelevante	9 (11,7%)	39 (50,6%)	29 (37,7%)	77 (100%)

As proporções de obstetras que acham muito ou pouco/medianamente importante o atendimento de gestantes com fetos malformados não diferem entre os dois tipos de atendimentos (privado e público) nem para cada um dos três períodos de tempo de formado considerados. De fato, para os tempos 0-10, 10-20 e 20 ou mais anos de formado foram obtidos os seguintes valores de qui-quadrado: 3.236, 0.804 e 1.439 (todos com 1g.l. e não significativos ao nível de 0.05); aglutinando-se todos os tempos de formado obtém-se $x^2 = 0.855$; 1g.l.; $P>0.05$. Não existe heterogeneidade dependente do tempo de formado ou do tipo de atendimento, pois $x^2 = (3.236+0.804+1.439)-0.855 = 4.624$; 2g.l.; $P>0.05$.

Os obstetras do grupo com 0-10 anos de formado e ligados ao atendimento particular encaminham os casos com maior freqüência a outros serviços para realizarem o abortamento ($x^2 = 7.381$; 1g.l.; $P<0.05$). Entretanto, não se observam

diferenças relativas ao tipo de atendimento (privado e público) nos demais grupos ($x^2 = 0.106$; 1g.I.; P>0.05 para o grupo com 10-20 anos de formado, $x^2 = 0.0002$; 1g.I.; P>0.05 para o grupo com mais de 20 anos de formado e $x^2 = 0.931$; 1g.I.; P>0.05 para todos os grupos de tempo de formado aglutinados), de modo que existe heterogeneidade, pois $x^2 = (7.381+0.106+0.0002)-0.931 = 6.557$; 2g.I; P<0.05, evidenciando-se que a atitude do grupo mais jovem é realmente diferente das demais.

Comparando-se primeiramente os grupos de tempo de formado (0-10, 10-20 e 20 ou mais anos) com a realização do aborto seletivo (com ou sem alvará) ou a não realização do abortamento, não se verificou diferença de atitude dependente do tempo de formado ou do tipo de atendimento, pois os valores de qui-quadrado foram respectivamente para os três grupos de tempo de formado e para o total dos três grupos: $x^2 = 0.856$; 1g.I.; P>0.05; $x^2 = 0.306$; 1g.I.; P>0.05; $x^2 = 1.825$; 1gI P>0.05; $x^2 = 2.193$; 1g.I.; P>0.05. Os dados são homogêneos, pois $x^2 = 2.987 - 2.193 = 0.794$, 2g.I.; P>0.05. Considerando-se agora apenas as categorias que responderam que realizam o aborto e comparando-se os que realizam mediante a alvará e os que realizam independentemente do alvará, obtém-se um valor de $x^2 = 10.944$; 1g.I.; P<0.05 para o grupo com 10 a 20 anos de formado, que mostra no atendimento público uma predominância de realização da interrupção apenas com alvará. Nos demais grupos as diferenças não são significativas em relação aos dois tipos de atendimento (qui-quadrados de 0.727; 1g.I.; P>0.05 e de 0.251; 1g.I.; P>0.05 para os grupos 0-10 e 20 ou mais). Aglutinando-se os três grupos, revela-se ainda o efeito do grupo intermediário ($x^2 = 9.125$; 1g.I.; P<0.05), pois esse grupo é formado por mais de 50% do total dos profissionais.

A análise da tabela de contingência formada pelo tempo de formado e a influência da fé correspondente, mostra que a proporção de profissionais com fé e sem fé não difere de acordo com o tempo de formado ($x^2 = 0.410$; 2g.I.; P>0.05).

4.3.23 Correlação do sexo dos profissionais com idade, o tempo de formado dos mesmos, tipo de atendimento prestado pelo profissional e com a fé religiosa dos mesmos

Questionou-se ainda se sexo dos entrevistados estava correlacionado com o tempo de formado. A análise em tabela de contingência dos sexos distribuídos pelos anos de formado (0-10, 10-20 e 20 ou mais) fornece um valor significativo: $x^2 = 9.044$; 2g.I.; P<0.05. Um teste de Haberman (análise dos desvios reduzidos que contribuem significativamente para o valor total do teste) aplicado aos dados da tabela obtida do cruzamento sexo e tempo de formado, indica que a proporção de mulheres no grupo mais jovem, majoritária em relação aos demais grupos, explica a diferença (IzI=2.94>1 .96); não há diferenças de proporção sexual nos demais grupos.

Comparando-se primeiramente os grupos de idade (menor que 40, 40-49, 50-59 e 60 ou mais) de acordo com o sexo dos profissionais, obtém-se um valor de x^2

= 9.004; 3g.I.; P<0.05. A classe responsável pela diferença é a ausência de mulheres obstetras no grupo com 60 ou mais anos de idade; de fato, aglutinando-se as classes 50-59 e 60 ou mais, obtém-se um valor de $x^2 = 5.475$ (2g.I.), agora não significativo (mas com P = 0.065, ou seja apenas ligeiramente superior ao nível crítico de 0.05).

Analisando os cruzamentos do sexo *vs.* tipo de atendimento e sexo vs. a fé religiosa verificou-se que não existem diferenças nas proporções de homens e mulheres entre os profissionais ligados aos três tipos de atendimento (privado, público e ambos): $x^2 = 2.671$; 2g.I.; P>0.05. Também não são observadas diferenças significativas de obstetras com fé e sem fé de acordo com o sexo: $x^2 = 0.015$; 1g.I.; P>0.05.

4.4 Resultado do levantamento dos processos judiciais referentes aos pedidos de abortamento por anomalia fetal

A pesquisa para o rastreamento das sentenças judiciais envolvendo o aborto seletivo foi realizada de agosto de 1996 a junho de 1999. Levantaram-se 263 processos (tabela XXXVIII), sendo dois deles acórdãos; um emitido em Belo Horizonte e o outro em Florianópolis.

Tabela XXXVII: Número de alvarás levantados em cada estado distribuídos pelo ano de expedição.

Estado	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Total
Amazonas						1						**1**
Bahia											1	**1**
Ceará						1	3					**4**
Distrito Federal										2	1	**3**
Mato Grosso			1									**1**
Minas Gerais						2		2				**4**
Paraná				1		1		2				**4**
Pernambuco									1	1		**2**
Rio de Janeiro						1		5	7	2		**15**
Rio Grande do Sul						1				2		**3**
Rondônia	1											**1**
São Paulo					3	19	44	64	32	41	19	**222**
Santa Catarina										2		**2**
Total	**1**	**0**	**1**	**1**	**3**	**26**	**47**	**73**	**40**	**50**	**21**	**263**

Dois aspectos prejudicaram obtenção e a atualização do número de processos judiciais existentes nos diversos estados da União. Primeiramente, menciona-

se a dificuldade na busca de informações junto aos tribunais. Em segundo lugar, os serviços de aborto legal existentes no Brasil praticamente não publicam informações e, em muitas situações, há relutância em se repassar dados. Por exemplo, embora o Departamento de Obstetrícia de uma Universidade de São Paulo possuísse 85 alvarás, foi-nos negado acesso à documentação.

A maioria dos processos levantados estão completos, ou seja, contém a petição, o parecer do promotor público e a sentença do juiz. Entretanto, faltam dados em alguns dos documentos, pois muitos nos foram fornecidos pelos médicos envolvidos no diagnóstico da anomalia fetal, que perderam parte das cópias ou não as possuíam completas. Nestes casos, apesar de realizarmos contato com o foro correspondente, foram negadas cópias do conteúdo restante, pois para alguns juízes o pedido desses alvarás é considerado segredo de justiça.

Para fins de análise estatística, utilizamos todos os processos (integrais ou parciais) conseguidos até junho de 1999. Devido a um aumento na complexidade do teor dos processos, tornou-se necessária uma reelaboração metodológica durante o curso deste projeto. Primeiramente, procurou-se traçar um perfil dos casais que recorrem ao judiciário pretendendo obter um alvará para aborto seletivo. Dentro desta linha de raciocínio, foram extraídos dos processos a idade dos requerentes, o estado civil destes e as instituições envolvidas na assistência médica e jurídica. Dos processos, também foi possível se obter dados referentes ao tipo de patologia fetal, ao embasamento do Ministério Público (MP) e ao embasamento jurídico da sentença. Também analisamos os recursos do MP, quando cabível, além do tempo decorrido no julgamento dos pedidos. A análise dos dados revelou:

4.4.1 Estado civil das partes envolvidas

Dos casais que recorreram ao judiciário com a finalidade de obter autorização para realizarem o aborto seletivo, foi possível identificar o estado civil em 184 (70%) processos. Entre estes 184 processos, a maior parte das gestantes eram casadas (112 – 60,9%) e 28,8% delas eram solteiras. Os pares amasiados representam 10,3% dos casais.

4.4.2 Idade dos requerentes

Para efeitos de análise, distinguiu-se a idade dos cônjuges por sexo (figuras 5 e 6). Neste quesito não foi possível obter a informação da idade de 106 gestantes e de 160 parceiros. As gestantes possuíam, em média, 26,7 anos. Delas, 75% possuíam entre 22 e 32 anos.

Em média, os maridos possuíam 30,8 anos de idade. De modo geral, 75% dos cônjuges masculinos apresentavam idade entre 25 e 36 anos. Claramente, são na maioria casais jovens e não havia risco genético aumentado em função da idade.

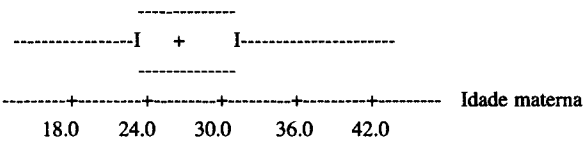


Figura 5: Distribuição da idade materna. O sinal + indica a mediana da amostra.

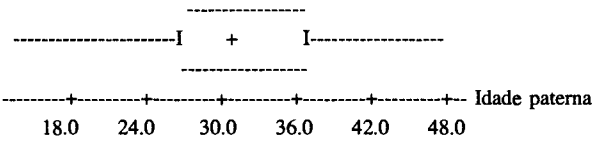


Figura 6: Distribuição da idade paterna. O sinal + indica a mediana da amostra.

4.4.3 Tipo de assistência médica recebida antes do pedido judicial

Em 57,4% (166) dos casais (excetuados 30 casos em que essas informações não estavam disponíveis), o encaminhamento se deu a partir da rede pública de saúde. Em 31,2% (82) dos casais, o atendimento foi realizado por serviços privados. Neste grupo foram incluídas as pacientes atendidas em nosso Instituto, ou seja, as 36 gestantes atendidas durante o período em que havia financiamento da Fundação MacArthur para atendermos os casos de população de baixa renda.

4.4.4 Subscrição para a formulação do pedido

Foi interessante notar que 24 pedidos (9,1%) foram digitados pela escrevente do fórum ou pela própria paciente. Estes pedidos, colocavam sumariamente o desejo do casal em interromper a gestação, sem fornecer nenhum embasamento jurídico para o pedido e habitualmente, não passavam de uma lauda. Em 38,8% das vezes, as solicitações foram realizadas pela Procuradoria do Estado. A OAB assessorou os casais na solicitação de alvará para o aborto seletivo somente no Estado de São Paulo. Essa assessoria foi realizada através de seu Escritório Experimental e deu-se em 18 ocasiões, o que representa 6,8% do total dos pedidos levantados no território nacional. Em 19,4% dos pedidos, os dados de que dispomos não permitem sequer inferir como se deu a subscrição para o pedido de alvará.

4.4.5 Patologias fetais que originaram o pedido de aborto seletivo

As patologias fetais que motivaram a solicitação do alvará para realização do abortamento seletivo foram classificadas e descritas na tabela XXXVIII.

Tabela XXXVIII: Anomalias fetais encontradas nos pedidos de autorização para obtenção do abortamento.

Diagnóstico		N.	%
Anomalias do sistema urinário		34	12,9
Anomalia cardíaca congênita		3	1,2
Anomalias cromossômicas	Letais	22	8,4
	Não letais	2	0,8
Anomalias ósseas	Letais	16	6,0
	Não letais	1	0,4
Asplenia		2	0,8
Bridas amnióticas		2	0,8
Erros de fechamento da linha média		10	3,8
Erros de fechamento do tubo	Anencefalia	104	39,5
neural	Outras formas	9	3,4
Gemelaridade imperfeita		1	0,4
Hidropisia fetal		5	2,0
Malformações congênitas	Letais	38	14,5
múltiplas	Não letais	1	0,4
Síndrome da rubéola congênita		1	0,4
Sem acesso a informação		12	4,6
Total		**263**	**100%**

4.5 Tipo de Foro em que os pedidos para aborto seletivo foram julgados

Os pedidos judiciais foram encaminhados a diversos Fóruns (tabela XXXIX), a saber, Vara Criminal (93,9%); Fórum da Infância e adolescência (2,0%), Tribunal do Júri (3,1%) e Tribunais Criminais de Segunda Instância (1,0%).

Tabela XXXIX: Distribuição dos fóruns em relação a sentenças judiciais

Tipo Foro	Decisão do Juiz	
	Deferimento	Indeferimento
Vara Criminal	237	11
Infância e Adolescência	2	2
Tribunal do Júri	9	0
Segunda Instância	2	0
Total	**250**	**13**

Aglutinando-se os dados pouco numerosos (Fórum da Infância e adolescência com Tribunal do Júri) e analisando as proporções de casos indeferidos por juízes em ambos grupos (Vara Criminal e Fórum da Infância e Adolescência + Tribunal do Júri) através do teste exato de Fisher, encontrou-se um valor de $P=0.12>0.05$, indicando que as decisões judiciais são independentes do tipo de foro onde o processo transitou. Alternativamente, o qui-quadrado com correção de continuidade de Yates fornece um valor de $x^2 = 1.477$ (1g.l.). A esse valor corresponde uma probabilidade da ordem de 0,20, portanto próxima ao valor fornecido diretamente pelo teste exato de Fisher, corroborando-se assim as observações referidas.

4.5.1 Pareceres do Ministério Público

Os promotores foram aglutinados quanto ao sexo. A partir daí verificou sua opinião (favorável ou não ao abortamento). Com estes dados, construímos a tabela de contingência (tabela XL).

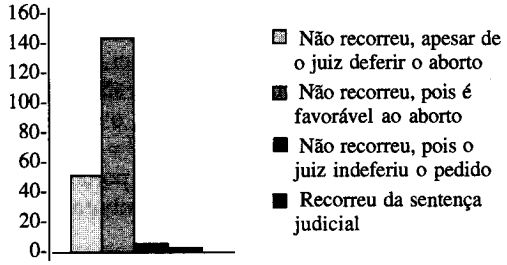
A análise pelo teste do qui-quadrado fornece um valor de $x^2 = 0.009$; 1g.l.; $P>0.05$. Portanto, o resultado indica que não existe correlação alguma entre o sexo do promotor e a decisão do MP. Vale, a pena mencionar que em 7 processos, apesar de não haver cópias do parecer do MP, identificou-se o nome e a opinião do mesmo, através de citação na sentença judicial.

Tabela XL: Correlação entre o sexo do promotor e sua decisão

Sexo Promotor	**Parecer do MP**	
	Deferimento	**Indeferimento**
Feminino	22	9
Masculino	135	53
Total	**157**	**62**

Outra questão levantada foi saber se o MP recorreu da decisão judicial (gráfico 1). Para possibilitar a análise dos dados, agrupamos a postura do MP em 4 classes: 1. Não houve recurso, apesar de o promotor opinar contrariamente ao deferimento do alvará e o juiz autorizar o procedimento; 2. Não houve recurso, pois o promotor é favorável ao aborto; 3. Não houve recurso, pois o juiz indeferiu o aborto; 4. O promotor recorreu da sentença judicial.

Analisando o gráfico 1 vê-se claramente a tendência dos MP de não recorrer da sentença judicial, nos casos de oposição ao deferimento do alvará.



4.5.2 Sentenças Judiciais

De modo semelhante ao item anterior, procurou-se conhecer a interferência do sexo dos juízes na decisão final (tabela XLI). Não foi possível identificar o sexo do juiz em 9 e 7 casos de deferimento e negação do alvará, respectivamente, pois nas cópias obtidas o nome do juiz havia sido apagado.

Tabela XLI: sexo do juiz e seu parecer

Sexo Juiz	Sentença do juiz	
	Deferimento	Indeferimento
Feminino	14	0
Masculino	225	8
Total	**239**	**8**

Como a proporção de casos indeferidos por juízes de ambos os sexos é muito baixa, utilizou-se o teste exato de Fisher. Assim, verificou-se que a proporção de casos indeferidos é independente do sexo do juiz responsável pelo caso, apesar da impressão (apenas aparente) de que as juízas os indeferem com menor probabilidade. Aplicando-se um teste de qui-quadrado, com correção de continuidade de Yates, obtém-se um valor de que equivale a um valor $x^2 = 0.005$ (1g.l.), que equivale a um valor de probabilidade da ordem de grandeza 1, corroborando-se a observação.

4.5.3 Tempo de julgamento no Fórum

A decisão final do juiz foi proferida em média 6 dias após a entrada do pedido. A duração mínima foi de 1 dia e a máxima, de 45 dias. Se compararmos o período de agosto de 1996 a dezembro de 1997 com o de janeiro de 1998 a agosto de 1999, nota-se que o tempo médio de espera pelo julgamento foi de 3,9 e 11,3 dias, respectivamente.

Relembrando, na cidade de São Paulo, de acordo com as determinações do novo juiz corregedor, o Instituto Médico Legal deve avalizar os pareceres emitidos pelos diferentes médicos antes de o mérito do pedido ser julgado. Na cidade de São Paulo, a nova determinação fez que com que o período de espera pela sentença passasse para 17,4 dias em média.

4.5.4 Embasamento das sentenças judiciais

Na formulação das sentenças por juízes ou promotores, verificam-se argumentações jurídicas muito semelhantes (tabela XLI e XLII).

Tabela XLII: Embasamento jurídico da sentença judicial de do parecer da promotoria favorável a pedido de aborto seletivo

Embasamento jurídico no deferimento	**Juizes**	**MP**
Inexigibilidade de conduta diversa	1	2
Art. 5.° da Constituição	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexigibilidade de conduta diversa + Preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexigibilidade de conduta diversa + art. 5.° da Constituição + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5
Preservar a higidez psíquica da gestante e autorizar o aborto pelo art. 128	17	5
No art. 5.° da Constituição + art. 3.°, CPP, e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária e art. 1.104 e seguintes do CP	78	32
Estado de necessidade + Aplicando-se analogia *in bonam parte* usando o art. 124, CP, c/c o art. 128, I e II, + art. 5.° da Constituição	1	4
Autoriza o aborto nos termos do art. 128, I e II, do CP	39	24
Aplicando-se analogia *in bonam parte* usando art. 124, CP, c/c o art. 128, I e II	13	29
No art. 5.° da Constituição + art. 3.°, CPP, e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária	6	5
Não há crime em realizar o aborto pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3
Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação/julgado na 2.ª Instância	12	43
Total	**250**	**201**

Em algumas sentenças, subentende-se que a autorização foi fornecida em função do suposto risco de morte materno. Entretanto, na maioria das vezes, os juízes

deixam claro estarem cientes de a vida da gestante não correr risco. Assim, detectam-se evidências contra o argumento de setores contrários a esta abertura jurídica, de acordo com o qual os juízes não estariam atentos à razão do requerimento e autorizariam o aborto em decorrência do risco de morte à gestante. Em um dos acórdãos de segunda instância obtido, o juiz Dr. Páris Pena, de Belo Horizonte-MG afirma:

"Poder-se-ia dizer que deveria ter sido aplicada medida mais urgente, já que a saúde da requerente estaria sob risco. Não é essa a hipótese de que se trata, pois isso não está declarado em nenhuma parte deste processo. Pelo contrário, no máximo, nessa direção, se contém no laudo médico acostado aos autos que a requerente esta sob os riscos habituais da gravidez (...)."

Tabela XLIII: A argumentação dos juízes e promotores contra a autorização do aborto seletivo.

Embasamento jurídico no indeferimento	Juízes	Promotores
Não se opõe desde que haja risco de morte materno	0	1
Não configura estado de necessidade	4	5
Não encontra amparo no direito normativo	9	53
Inviolabilidade do direito à vida	0	3
Total	**13**	**62**

Outra preocupação dos juízes está na desvinculação do aborto por anomalia fetal do aborto eugênico. Não só porque a palavra eugenia carrega uma forte carga de rejeição emocional e social, mas também porque no aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não se procura a melhoria física-biológica da raça, nem a criação de "super-homens". O intuito é abreviar a angústia e o sofrimento da mãe, quando o feto não tem condições de sobrevida extra-uterina, nem possibilidades de estabelecer uma vida relacional.

Na maioria das sentenças, os juízes reconhecem que o capítulo pertinente ao aborto do Código Penal está anacrônico em relação aos avanços científicos. Escreve o juiz Dr. José Henrique Rodrigues Torres, de Campinas, em uma de suas sentenças:

"(...) Assim, em situações como a que neste caso é trazida a juízo, as quais reclamam aplicação das normas penais, não se pode olvidar do atual avanço científico e tecnológico da medicina, o qual, inexoravelmente, acarreta profundas transformações éticas e culturais na sociedade."

Ou ainda, como enfatiza o Juiz Dr. Jucid Peixoto do Amaral da cidade de Fortaleza em sua sentença de julho de 1994:

"Realmente, o diagnóstico da malformação do feto, *in casu*, é preciso, conclusivo, exato e atual diante do desenvolvimento científico e tecnológico da Medicina. A posição da lei ultrapassada ante a falta da atualização do legislador, não pode prejudicar a sociedade.

O cidadão necessita de ter confiança em sua justiça. Julgar contra o entendimento popular e científico constitui-se em ato injusto, como é a interpretação da lei distanciada da atualidade.

A justiça dos homens evolui segundo o *Estado Social*. O *Juiz* deve constituir-se nu intérprete de uma civilização. Isto obriga estar atento à *nova política de julgar* – é o denominado *Direito Alternativo*."

A readequação das leis para responder aos anseios da sociedade é explicita na Definição do Direito Penal pelo Min. Francisco de Assis Toledo. Na ótica do referido Ministro, Direito Penal é um fenômeno histórico e deve estar submetido, sempre e sempre, a um interminável Processo de Ajustamento às exigências de uma sociedade em mutação.

O magistrado Geraldo Pinheiro Franco analisa a questão, desta forma:

"O Código Penal é de 1940. Passaram-se cinqüenta e um anos desde sua entrada em vigor. A ciência médica evoluiu. Situações antes imprevisíveis, hoje podem ser antevistas. E refletem necessariamente a aplicação do Direito."

Portanto, tem-se caracterizado a omissão do Código Penal. Nesse caso, os arts. 4.° e 5.° da LICC, podem ser utilizados para o cerne desta questão:

"Quando a lei for omissa, deve o juiz decidir segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito e, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que se dirige a às exigências do bem comum."

Portanto, no caso das anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina, pode-se lançar mão dos dispositivos relativos à "Jurisdição Voluntária" do Código de Processo Civil, especialmente os que exsurgem do seu art. 1.104 e seguintes, adaptados, obviamente, aos princípios que norteiam o processo penal, uma vez que o Código Penal vigente é omisso, pelas razões anteriormente expostas.

A Jurisdição Voluntária, segundo Vicente Greco Filho (*Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, p. 221), tem a função perspícua de fiscalizar a indisponibilidade de direitos, o interesse público e a manutenção dos bens especialmente protegidos pela ordem jurídica. Com base neste dispositivo, a fundamentação jurídica para esta questão, estará no art. 5.°, III, da CF – "Ninguém será submetido a tratamento desumano".

Entre os inúmeros exemplos, cita-se o do Dr. João Guilherme Chaves Rosas Filho da cidade do Rio de Janeiro que, em sentença de janeiro de 1996, enfatiza: "O dano psicológico a uma gestante, que é obrigada a esperar o término da gestação, mesmo sabendo que o filho não vai viver, será irreparável e certamente a vulnerará emocionalmente de modo a impedir que tente ser mãe novamente".

Este ponto foi bem assinalado em 1996 pela juíza Dra. Jurema Brasil Marins, de Belo Horizonte:

"De tal contexto probatório, resulta clara a inexistência de qualquer justificativa a que se obrigue a apelante a levar a termo uma gravidez em que é absolutamente inviável a sobrevivência do nascituro, em detrimento de sua sanidade psicológica, e até mesmo física, sendo certa a inexistência de vida humana na espécie, eis que se está (...)."

"(...) No entanto, é mister reconhecer que não cabe ao ordenamento jurídico de um Estado Social democrático opor, em desfavor da saúde psíquica da gestante, direitos de um ser cuja inviabilidade de sobrevivência fora do ventre materno é indiscutível."

Ou ainda, mais enfaticamente, pelo Juiz Dr. José Henrique Rodrigues Torres, em sua sentença, datada de maio de 1997:

"O abortamento, *in casu*, não é censurável, não é reprovável, nem jurídica nem socialmente.

"Definitivamente, a interrupção da gravidez da interessada é de rigor e está a exigir urgência."

Portanto, podemos salientar que não há culpabilidade em face da inexistência da reprovabilidade ou censurabilidade à conduta da gestante, da equipe médica e de todos os profissionais que participem do abortamento, e nem inexigibilidade de conduta diversa.

Por outro lado, alguns juízes baseiam-se no fato de as situações de aborto seletivo caracterizarem um *estado de necessidade* e, mesmo que não fossem, não estaria caracterizado o crime, uma vez que o fundamento ético nestes casos é outro, ou seja preservar a integridade e a sanidade da mãe.

Pode-se ainda aplicar uma analogia *in bonan parte* para os incs. I e II do art. 128 do CP, pois se está beneficiando uma das partes (a gestante), sem danos à outra (o feto sem perspectivas de sobrevida), que não teria mais vida a ser tutelada. Na visão jurídica, ao antecipar o sofrimento da mãe, permitindo-a realizar o abortamento, não se estaria tirando a vida do feto; estar-se-ia, apenas, antecipando um fato já consumado.

Por outro lado quando analisamos a argumentação jurídica dos casos indeferidos temos quase uma unanimidade na argumentação de que o abortamento por anomalia fetal não encontra apoio no direito normativo.

5. Discussão

5.1 Discussão do atendimento às gestantes/casais

A população de estudo constitui-se de indivíduos jovens, em média unidos há 4 anos e dois meses. Em relação à renda mensal, houve na amostra uma concentração de casais cujos ganhos chegavam a até 5 salários mínimos. Em referência à escolaridade, verificou-se uma discreta concentração de gestantes no grupo com até 2.° grau completo. A distribuição da escolaridade dos maridos foi homogênea.

Na população geral, a ultra-sonografia é responsável por aproximadamente 50% do rastreamento de anomalias congênitas. O poder dessa ferramenta na seleção de gestantes sob risco de apresentar um feto com anomalias é verificado em nossa amostra: em 50 casos (98,1%), o encaminhamento foi realizado por suspeita de malformação em exame ultra-sonográfico de rotina. No presente trabalho, a

confirmação do diagnóstico em população rastreada, com a utilização da ultrasonografia morfológica apenas, ocorreu em 25% dos casos.

Em média, o diagnóstico especializado foi firmado com 22,5 semanas. Esse período poderia ser antecipado em pelo menos 2 semanas, pois quanto mais precoce a detecção de problemas fetais, maiores as possibilidades de uma intervenção psicológica capaz de minimizar as seqüelas associadas ao impacto de uma notícia tão traumática como a presença de anomalias severas e irreversíveis no concepto. Entretanto, não se observa em nosso meio uma preocupação geral em antecipar os diagnósticos e assim, viabilizar não só uma assistência psicológica mais eficaz, mas também uma interrupção o mais precoce possível da gestação quando é este o desejo do casal. O período de realização da ultra-sonografia de rotina acaba variando de acordo com a política de atendimento de cada instituição; muitos dos diagnósticos são atingidos tardiamente. A isso, soma-se todo o processo de adaptação e tomada de decisão. Desta forma, quanto mais tardio o diagnóstico, maiores serão as barreiras a um casal que resolva pedir um alvará. A própria realização deste projeto ilustra as dificuldades em se concretizar um aborto mais tardio, mesmo quando autorizado por alvará. De início, o Hospital Jabaquara negou-se a internar as gestantes por nós atendidas porque lá não se realizava abortos após 12 semanas gestacionais. Graças a um intenso trabalho de negociações, decidiu-se oferecer o abortamento tardio a gestantes de posse do alvará.

A maioria dos casais (61.5%) apresenta-se perante o atendimento especializado com a convicção de interromper a gravidez no caso de um diagnóstico de anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina. Além disso, observa-se uma alta proporção (26,9%) de casais indecisos no tocante à provável decisão quanto ao futuro da gravidez. Esses dados vão ao encontro de nossa experiência no atendimento à casais que optam pela realização de estudos citogenéticos para conhecer o status cromossômico do feto, independentemente da presença de anomalias verificáveis pelo ultra-som e estão em concordância com os achados de Pieri (1991). O fato de haver casais inicialmente propensos a interromper a gestação, mas com mudança de planos após o diagnóstico, implica duas importantes contribuições. A primeira se refere a um contra-argumento para aqueles profissionais que só "indicam" exames pré-natais a pacientes "convictas" da interrupção gestacional no caso de um diagnóstico desfavorável. A segunda reforça a importância do auxílio psicológico a pacientes extremamente fragilizados e perturbados pelo agressivo processo de estudo do produto conceptual. No grupo de casais indecisos, a maioria era de baixa renda (até 5 salários mínimos). Entretanto, a análise estatística demonstrou ser esse um achado não-significativo ($P>0,05$).

A realização do atendimento psicológico em mais de uma sessão permitiu uma maior sensibilidade às reações emocionais dos consulentes, tanto antes, como após a confirmação do diagnóstico. Essas reações adquiriram a forma de um ou mais destes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, impotência, raiva, tristeza ou frustração. A partir da determinação da

forma de reação sentimental, assessoria psicológica pode atuar mais efetivamente aliviando a angústia do casal.

O Ministério Público expediu pareceres favoráveis à interrupção gestacional em 75% dos pedidos. Nos casos em que foi contrário ao deferimento do alvará (7 casos), houve a permissão judicial para três pacientes realizarem o aborto. Contudo em somente um caso o ministério público recorreu da sentença judicial em Tribunais de 2.ª Instância. Pode-se afirmar que a maioria dos promotores concorda com uma interpretação ampliada do art. 128 do CP vigente, o mesmo vale para os juízes.

O período de espera pelo alvará, desde os trâmites burocráticos até a emissão da sentença, é longo atualmente (17,9 dias), se comparado ao período de agosto de 1996 a dezembro de 1998 (4,2 dias). Isso ocorre em função de o Juiz Corregedor do Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária de São Paulo (da época do estudo) exigir um referendo dos laudos, o qual é realizado no Instituto Médico Legal.

Nos casos onde o diagnóstico da anomalia fetal é realizado mais tardiamente, a demora do julgamento do pedido de alvará tem influenciado muitos casais a preferir a manutenção da gravidez, pois quando obtiverem o alvará para realizarem o aborto seletivo, já se estaria próximo a data provável do parto.

A justificativa dos obstetras que não desejavam fornecer o atendimento para o abortamento legal está em consonância com algumas razões alegadas por muitos daqueles que se opõem a prática do abortamento.

Finalmente, ressaltamos que com o alvará expedido, o casal poderá realizar a interrupção da gestação dentro de suas condições sócio-econômicas, utilizando inclusive os Serviços Públicos de Aborto Legal ou ainda o seguro de saúde. Mais ainda a obtenção do alvará retira o sentimento de culpa dos casais, principalmente, uma vez que tal procedimento passa a ser legalizado.

5.2 Discussão da análise descritiva da pesquisa com os obstetras

Obteve-se uma baixa freqüência de retorno (14,1%) dos questionários enviados aos obstetras. Existem duas razões para esse fato. Em primeiro lugar, o banco de dados utilizado revelou apresentar 10% de endereços desatualizados. Em segundo, a proporção de respostas em pesquisas deste tipo é sabidamente baixa.

Houve uma concentração significativa de obstetras com mais de 10 anos de formado que responderam o questionário. O fato de obstetras com menos tempo de atuação figurarem com menor freqüência na tabela XIII pode estar correlacionado com um período de consolidação profissional em que as mudanças de emprego são comuns ou ainda não houve filiação à Febrasgo.

Os obstetras pesquisados receberam um treinamento prático mínimo antes de exercerem a profissão, conforme a tabela XV, exceto por 13 deles.

A maioria dos obstetras trabalha no setor privado, mesmo aqueles envolvidos de alguma forma com o atendimento público (tabela XVI). A razão para tanto

deve estar relacionada aos salários normalmente mais baixos pagos pelo Estado. Além disso, como o tempo de atuação profissional dos participantes é elevado (88% atuando há mais de 10 anos), é possível que isso reflita a preferência pelo atendimento privado que fornece maior remuneração. Dos profissionais envolvidos exclusivamente no setor privado, são poucos os dedicados ao atendimento de pacientes particulares somente. Muitos recorrem ao atendimento no contexto de convênio. A proporção de obstetras trabalhando exclusivamente no setor privado (particulares e convênio) ou no setor público é de 47,2% e 4,5%, respectivamente, de 377 obstetras. O restante (48,3%) realiza atendimento em ambos os setores.

A maioria dos participantes já realizou ou ajudou a realizar pelo menos um caso de anomalia congênita incompatível com a vida extra-uterina do concepto (tabela XVIII). Do mesmo modo, a maioria considera a própria participação importante na assistência às pacientes (tabela XIX), encaminharia esses casos limítrofes para centros especializados (tabela XX) e acha que a assistência psicológica nesse contexto é muito importante (tabela XXI). Entretanto, há dificuldades no fornecimento de assistência psicológica, a saber: os problemas financeiros no setor privado e a ausência de psicólogos especializados no setor público (tabela XXI). Além disso, 22% dos participantes alegaram uma resistência do casal em receber esse tipo de auxílio. Por outro lado, isso não foi notado junto aos 52 casais atendidos no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana. Os obstetras mostraram-se compreensivos perante o desejo de um casal em interromper a gestação por causa de anomalias incompatíveis com a vida – a maioria (cerca de 80%) alegou apoiar os planos do casal (tabela XXIII) e orientaria os pacientes na requisição de um alvará (tabela XXIV). Entretanto, para a execução do aborto, os profissionais apresentam ressalvas (tabela XXV): aproximadamente 50% não realizaria o procedimento, mas muitos dos profissionais encaminhariam os pacientes para outros que o realizasse.

A proporção majoritária dos obstetras possui alguma crença religiosa (tabela XXIV), pratica-a (tabela XXVII) e considera-a importante nas atividades profissionais (tabela XXVI). A maioria dos entrevistados é católica (tabela XXIX). No tocante à relação entre religião e prática desta, não houve diferença estatisticamente significativa para as diferentes crenças comparadas ($P>0,05$). Entretanto, como a proporção dos obstetras que se declaravam evangélicos praticantes era bem maior do que a das demais religiões, procedeu-se à análise pelo teste de Haberman, apesar da não-significância do teste de qui-quadrado. De acordo com o teste, a maior proporção de evangélicos praticantes é apenas uma tendência. A comparação dos evangélicos com o conjunto formado pelos demais obstetras, sem levar em consideração as crenças religiosas, também não revelou diferenças quanto à prática da religião. Entretanto, o tamanho da amostra não permite generalizações.

Embora a freqüência de obstetras que já tomaram contato com pelo menos um caso de malformação incompatível com a vida tenha superado 78%, o conhecimento das leis vigentes acerca do aborto não excedeu 72% (tabela XXXII). Além disso, 86,7% dos pesquisados (tabela XXIV) estão cientes da possibilidade de

requisição de um alvará para interromper uma gestação cujo o feto apresenta anomalia incompatível com a vida. Existem razões para esses 86,7% conhecerem a possibilidade de requisição do alvará. Em primeiro lugar, o questionário fazia menção ao assunto, conforme evidenciado por 5 dos participantes. Adicionalmente, por estarem afiliados à Febrasgo, os profissionais tomam maior contato com as discussões acerca do abortamento por anomalias fetais. A própria federação possui uma Comissão Nacional Especializada na Interrupção de Gestação prevista por Lei. Os meios de comunicação têm também dedicado espaço à detecção pré-natal de anomalias fetais incompatíveis com a vida e suas implicações.

A influência da fé religiosa na vida profissional dos obstetras foi agrupada em duas categorias: relevante (a influência da fé nas atividades profissionais é muito importante/importante) e irrelevante (a influência da fé nas atividades profissionais é pouco importante ou sem importância). Na categoria "relevante", a proporção de obstetras que realizaria o aborto seletivo é estatisticamente menor do que a da categoria "irrelevante" ($P<0,05$). Entretanto, a proporção de obstetras que encaminharia pacientes a outro profissional que realizasse o abortamento é semelhante em ambas as categorias ("relevante" e "irrelevante").

Pesquisa realizada pelo Datafolha (*Folha de S. Paulo* de 28.08.1997) conclui que os paulistanos católicos são favoráveis ao abortamento por anomalias fetais. Ao se considerar o grupo dos médicos que realizaria o aborto de gestações acompanhadas por malformações incompatíveis com a vida, com o grupo que, embora não realizasse o abortamento, encaminharia a paciente para outro profissional que o realizasse, temos uma proporção de 85,1% e de 63,1% no atendimento privado e público, respectivamente. Essa proporção corresponde aos achados do Datafolha, que afirmam ser a maioria dos católicos favoráveis ao abortamento por anomalias fetais.

A proporção de obstetras que acham muito ou pouco/medianamente importante o atendimento de gestantes com fetos malformados não difere entre os dois tipos de atendimento (privado e público), nem entre os períodos de tempo de formado do obstetra.

Os obstetras ligados ao atendimento particular e formados até 10 anos antes da pesquisa, encaminhariam os casos de anomalia fetal para a realização do abortamento com maior freqüência do que seus colegas do atendimento público, com o mesmo tempo de atuação. Entretanto, essa discrepância não é observada ao se considerar os outros agrupamentos de tempo de atuação profissional, separada ou conjuntamente.

A freqüência dos obstetras que realizariam o aborto (com ou sem alvará) e dos que não realizariam o abortamento independe do tempo de formado, ou seja, a proporção é equivalente nos três grupos de formados (0-10 anos, 11-20 anos e mais de 20 anos). Há uma maior tendência de profissionais do atendimento público com um período de atuação profissional compreendido entre 11 e 20 anos realizarem o aborto mediante alvará.

A análise da distribuição do sexo em relação ao tempo de atuação profissional dos entrevistados indicou uma maior concentração de mulheres no grupo dos mais

jovens, ou seja até 10 anos de formado (P<0,05). Para os demais grupos (11 a 20 anos e mais de 20 anos de atuação profissional), não houve diferença na distribuição do sexo em função do tempo de formado.

A distribuição do sexo pelas faixas etárias (menos de 40, 40-49, 50-59 e 60 ou mais) não foi aleatória (P<0,05). A ausência de mulheres no grupo com 60 anos ou mais explica esse achado.

De fato, aglutinando-se a classe de 50-59 anos com a de 60 anos ou mais, obtém-se uma distribuição aleatória. Existem duas razões que poderiam explicar esse evento. Em primeiro lugar, como já foi dito, o quesito sexo foi obtido a partir da identificação do remetente (opcional). Por outro lado, o número de médicas com 60 anos ou mais que estejam exercendo a profissão é exíguo.

Analisando os cruzamentos do sexo com o tipo de atendimento e com a fé religiosa, verificou-se que não existem diferenças nas proporções de homens e mulheres entre os profissionais ligados aos três tipos de atendimento (privado, público e ambos). Também não foram observadas diferenças significativas de obstetras agrupados de acordo com as categorias de influência da fé nas atividades profissionais ("relevante" e "irrelevante") em função do sexo (P>0,05). Portanto, podemos inferir que o sexo não interfere na atitude dos obstetras perante esta temática.

5.3 Discussão da análise descritiva do levantamento dos processos judiciais referentes aos pedidos de abortamento por anomalia fetal

O levantamento das sentenças judiciais abordando a requisição de aborto seletivo foi realizado com a colaboração de diversos juízes, promotores, advogados e centros de Medicina Fetal ligados à Universidades ou às clínicas particulares. Identificaram-se 263 processos, certamente uma subestimativa do total existente no Brasil, como se pôde suspeitar pela relutância de algumas instituições em contribuir com o projeto. Conforme exposto anteriormente, soubemos da existência de 53 alvarás judiciais (não incluídos neste trabalho) concedidos a pacientes atendidos por uma Universidade da Cidade de São Paulo.

A tabela XXXVIII evidencia o decréscimo no número de alvarás expedidos após 1996. A partir de 1997, alguns serviços de Medicina Fetal das grandes faculdades passaram a desaconselhar a requisição do alvará judicial quando a gestação havia ultrapassado a 24.ª semana. Essa poderia ser uma razão para o decréscimo. Por outro lado, ele poderia apenas refletir as dificuldades anteriormente expostas e em atualizar anualmente o levantamento dos processos.

Os casais que procuraram o judiciário a fim de obter autorização para o aborto seletivo são, na maior parte, casados (60,9% – 112/184) e a idade das gestantes, em média, era de 26,7 anos. Em 57,4% (151/263) o diagnóstico da anomalia fetal foi realizado por um serviço público. Deste grupo foram excluídas as pacientes atendidas no âmbito do projeto de pesquisa do autor (Marcos V. Frigerio), financiado pela Fundação MacArthur, ou seja, 36 gestantes. 9,1% (24) das subscrições dos pedidos de alvará foram realizadas através do auxílio de escreventes do fórum ou pela

própria paciente e em 38,8% das vezes, as solicitações foram realizadas pela Procuradoria do Estado. Estes dados permitem concluir que os requerentes são em geral jovens, de baixo nível sócio-econômico e gestações até então de risco genético.

Em 39,5% dos pedidos de alvará, a patologia incompatível com a vida era a anencefalia. Doenças do trato urinário, anomalias cromossômicas e malformações múltiplas compuseram outras doenças motivadoras da requisição do alvará.

Não se encontraram diferenças entre promotores e promotoras para a probabilidade de cada um dos sexos recomendar ou não o deferimento do pedido. Exceto por um caso, a promotoria não recorreu a Tribunais de 2.ª Instância quando o juiz não acatava um parecer desfavorável ao abortamento. Na exceção mencionada, o recurso foi interposto após a realização do aborto. Para o Ministério Público, a patologia não era claramente incompatível com a vida.

93,9% dos pedidos judiciais de aborto seletivo foram encaminhados à Vara Criminal, 2,0% ao Fórum da Infância e adolescência, 3,1% aos Tribunais do Júri e 1,0% a Tribunais Criminais de 2.ª Instância. A comparação entre a Vara Criminal e grupo formado pelo Fórum da Infância e Adolescência com o Tribunal do Júri revelou que a decisão independe do foro para onde é encaminhado o pedido. Em 90% das requisições houve deferimento. Em média, os casais aguardaram 6 dias para obter a sentença. Entretanto, essa espera seria de 3,9 dias caso não houvesse a determinação do atual juiz corregedor do DIPO-SP para que o Instituto médico Legal avalizasse os pareceres médicos antes de o mérito do pedido ser julgado. Contudo, pode-se concluir que as decisões judiciais têm sido rápidas em vista da urgência dos pedidos. O Judiciário, ou pelo menos parte dele, é sensível aos avanços da ciência e às necessidades do casal, demonstrando rapidez quando a decisão requer urgência.

Bibliografia

ARDAILLON, D. "Cidadania de corpo inteiro". Discurso sobre o aborto em número e gênero. Dissertação de doutorado – Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo, 1997.

BRAMBATI, B.; SIMONI, G. "Chorionic villus sampling-In: fetal diagnosis of genetic diseases in first trimester". New York and Basel: BRAMBATI, B.; SIMONI, G.; FABRO, S., (Editores), 1986.

DAFFOS, F.; CAPELLA-PAVLOVSKY, M.; FORESTIER, F. "A new procedure for fetal blood sampling in utero: preliminary results of fifty three cases". *Am. J. Obstet. Gynecol.* 146: 985, 1983.

DONALD, I.; MC-VICAR, J.; BROWN, TG. "Investigation of abdominal masses by pulsed ultrasound". *Lancet* 1:1188-1195, 1958.

FOST, N. "Genetics diagnosis and treatment – Ethical considerations: AJDC;147:1190-1195", 1993 *Genétique, Procréation et Droit.* Paris: Actes Sud, Hubert Nyssann, 1985.

GOLLOP, TR. "A ultra-sonografia no diagnóstico pré-natal de anomalias fetais". Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo, Departamento de Genética da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, 1983.

———. "Aborto por anomalia fetal". *Bioética* 2:67-72, 1994.

———. "Ética em medicina fetal". *Femina* 22:283-288, 1994.

———; Naccache, N.F.; Pieri, P.C. "Amniocentese precoce (12-15 semanas) com resultados rápidos: uma realidade no Instituto de Medicina Fetal". *Femina* 21:680-682, 1993.

———; EIGIER A., Vianna; Morgante, A.M.; Naccache, N.F. "Chorionic villi sampling for early prenatal genetic diagnosis". *Rev. Brasil Genet.* IX: 381-385, 1986.

HILTON, B.; CALLAHAN, D.; HARRIS, M.; CONDLIFFE, P.; BERKLEY, B. *Ethical issues in human genetics – Genetic counseling and the use of genetic knowledge.* New York-London: Plenum Press, 1973.

LYONS, A.S; PETRUCELLI, J. *Medicine: an Illustrated History.* New York: Abrams, 1978.

MOTULSKY, A.G.; VOGEL, F. *Human Genetics: Problems and Approaches.* Berlim: Springer-Verlag, 1982.

NAZARETH, H.R.S.; PINTO JR., W.; ANDRADE, J.A.D. "Diagnóstico pré-natal de aberrações cromossômicas – Primeira experiência brasileira". *Rev. Brasil. Genet.* IV (3): 459-470, 1981.

PANDJIARJIAN, V. "Bioética e aborto". Curso de atualização em Bioética. Aula de 24.11.1997.

PIERI, PC. "Conhecimentos e crenças em amostra de 348 gestantes que se dirigem ao diagnóstico pré-natal em São Paulo". Dissertação de Mestrado – Departamento de Biologia do Instituto de Biociências da USP, 1991.

WOO, JSK. "A short history of the developments of ultrasound in obstetrics and gynecology" <http://www.ob-ultrasound.net/history.html> jun. 1999.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.1

HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM OUTRO *HABEAS CORPUS*

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

***HABEAS CORPUS*. Impetrações sucessivas. Decisão denegatória de liminar emanada de ministro de Tribunal Superior da União. *Habeas corpus* não conhecido.**

Ementa: Não *se revela suscetível de conhecimento, pelo STF, a ação de* habeas corpus *promovida contra decisão de relator, que, em sede de* outro *processo de* habeas corpus, *ainda em curso perante Tribunal Superior da União, nele haja* indeferido *pedido de medida liminar.*

Esse entendimento jurisprudencial – que repele *a possibilidade jurídico-processual de o Tribunal Superior da União vir a ser* prematuramente *substituído pelo STF,* sem *que o órgão judiciário apontado como coator tenha julgado definitivamente o* writ *constitucional* – assenta-se *na relevantíssima circunstância de que a* antecipação *pretendida* transgride *princípios processuais básicos, como o postulado da hierarquia dos graus de jurisdição* e *o princípio da competência.* Precedentes.

HC 79.748-RJ – 2.ª T. – STF – j. 15.02.2000 – rel. Min. Celso de Mello – *DJU* 23.06.2000.

COMENTÁRIOS

Seria bom que as ementas dos acórdãos resumissem, também, as teses de votos vencidos. Mostrariam, desde logo, que não se trata de julgamento unânime. E serviriam para chamar a atenção para um voto contrário a entendimento que possa desapontar o leitor. Depois, o voto divergente da maioria vencedora não deixa de fazer parte do julgamento.

Eis, no caso, o teor de voto vencido, do Min. Marco Aurélio, recolhido na *Revista Trimestral de Jurisprudência* (174/233-235), na qual se encontra a publicação integral do acórdão:

"Senhor presidente, confesso a vossa excelência que não consigo conciliar a impugnação a procedimento de colegiado e o obstáculo maior a que se ataque um ato monocrático, aquele emanado do relator. Por isso é que, caso a caso, entendo

que cumpre verificar os parâmetros em que praticado o ato e concluir pela existência, ou não, de constrangimento.

Não há a menor dúvida de que existe uma decisão rotulada como configuradora de constrangimento ao paciente. O fato de haver sido lançada no campo precário, efêmero, que é o campo da liminar, não obstaculiza a utilização, por aquele que se diga prejudicado, da ação constitucional que é o *habeas corpus*.

Por isso, não adoto a tese peremptória segundo a qual, em sendo impugnada uma liminar, via *habeas corpus*, a medida é imprópria.

Conheço da impetração.

É o meu voto."

Há, realmente, em abono da tese vencedora um ror de precedentes, como assinala a ementa transcrita. Mas todos, *data venia*, desacertados.

Porque, enquanto o voto vencido teve presente, com inteira compreensão, a destinação do remédio constitucional de tolher constrangimentos, o entendimento que prevaleceu se apoiou em base falsa. Em verdade, uma decisão que porventura conceder liminar denegada por membro de outro tribunal, apontado coator, de modo algum viria interferir no julgamento, por esse mesmo tribunal, do *habeas corpus* no qual a liminar fora denegada. A não ser pelo argumento de autoridade.

Não haverá contradição alguma nem uma temida *superposição* de decisão de tribunal superior sobre a eventual decisão final do outro, por cujo relator fora negada a liminar no primeiro *habeas corpus*, pela simples razão de que o deferimento da liminar no pedido subseqüente será uma decisão *unicamente* sobre concessão de liminar, limitada a isso, e não o julgamento do caso, afeto ao outro e inferior tribunal. Que *poderá*, com independência, sem receio algum de afrontar o tribunal de que tiver emanado a liminar, julgar o mérito do *habeas corpus*, pois que disso não terá cuidado, *antecipadamente*, o tribunal hierarquicamente superior. A este, ou ao relator, caberia cuidar *apenas* da questão da liminar denegada. *Sem* passar disso. Não ocorrerá, então, transgressão alguma ao princípio da hierarquia ou ao da competência.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.2

AUSÊNCIA DO DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO

RENÉ ARIEL DOTTI

PROCESSUAL PENAL. Interrogatório sem assistência defensiva. Réu advogado. Nulidade. Ampla defesa e contraditório.

Nulo é o processo em que o acusado foi interrogado sem assistência defensiva, mesmo quando o réu está habilitado a exercer a advocacia, salvo se assumiu, de forma inequívoca, o ofício em causa própria.

A condição de réu abala a capacidade psicológica e reflexiva que é necessária ao exercício adequado da advocacia, restando prejudicada a ampla defesa considerada materialmente.

Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da Constituição Federal).

À unanimidade, decretaram a nulidade do feito a partir do interrogatório do acusado, inclusive.

ApCrim 70004507562 – 5.ª Câm. Crim. – j. 07.08.2002 – rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em, de ofício, anular o feito a partir do interrogatório do réu (f.), inclusive.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira e Des. Aramis Nassif.

Porto Alegre, 7 de agosto de 2002 – AMILTON BUENO DE CARVALHO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Des. Amilton Bueno de Carvalho* – Na Comarca de Porto Alegre, o Ministério Público denunciou José Francisco Dornelles Brigido como incurso nas sanções do art. 168, § 1.º, do CP.

A imputação veio assim narrada na exordial acusatória:

"Em data não determinada, após o dia 5 de junho de 1997, nesta cidade, o denunciado, em razão da sua profissão, apropriou-se da quantia de R$ 460,95 (quatrocentos e sessenta reais e noventa e cinco centavos), pertencente a Lairton de Morais, valor que detinha em razão de um alvará expedido pela Juíza da 20.ª Junta de Conciliação e Julgamento desta Capital.

Ao agir, na condição de advogado e procurador da vítima na ação trabalhista que esta havia movido contra a Termolar S.A., autos do Processo 01269.020/94-3, que tramitou naquela Junta, o denunciado retirou o alvará para o recebimento dos valores, que se encontravam depositados em conta judicial, não os repassando para Lairton."

A denúncia foi recebida em 15.10.1999. O réu foi citado e interrogado (f.), sem a

presença de defensor. Coletou-se o depoimento da vítima (f.).

Superado o prazo do art. 499 do CPP, em alegações finais, o Ministério Público, entendendo provada a hipótese descrita na exordial, postulou a condenação do acusado, nos seus exatos termos.

A defesa, por sua vez, requereu a absolvição do acusado, sustentando a tese de que a conduta imputada ao réu não constitui crime.

Sobreveio sentença (f.), condenando o acusado como incurso nas sanções do art. 168, § 1.°, III, do CP. A pena-base foi fixada em 01 ano de reclusão. Em virtude de ter o réu se apropriado da quantia em razão de ofício, a pena foi exasperada em 1/3, *definitivando-se em 1 ano e 04 meses de reclusão, em regime aberto e pecuniária mínima. A sanção corporal foi substituída por prestação de serviços à comunidade*, por igual período.

Irresignada, apelou a defesa, reiterando a tese de atipicidade da conduta imputada ao réu e requerendo, por conseqüência, a sua absolvição.

Contra-arrazoado o apelo, vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. João Batista Marques Tovo, opina pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Des. Amilton Bueno de Carvalho* (relator): *Ab initio*, registro que o feito possui vício nulificador. É que o réu foi interrogado sem assistência defensiva (f.). E o fato do acusado possuir formação jurídica, estando, inclusive, habilitado a exercer a advocacia, não supre tal vício – lembre-se que, questionado sobre a hipótese de atuar em causa própria, respondeu, peremptoriamente, não. Indicou outro profissional, que não estava presente. Era imperativo, pois, a nomeação de defensor *ad hoc*.

Estampe-se o brado de Adauto Suannes, repetindo dito popular antigo: *"Aquele que tem a si próprio por defensor tem como cliente um tolo"* (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 195).

Sabe-se, outrossim, que a atuação profissional em processos-crime exige formação específica – não o é destinada a amadores – , embora a prática forense – banalização do saber – demonstre o contrário!

Pois bem. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a defesa deve ser efetiva e não meramente formal. Eis o aresto:

"Recurso especial – Processual penal – Interrogatório – Advogado.

O interrogatório é ato de defesa e meio de prova. A intimação deve antecedê-lo. Ademais, o réu tem o direito de antes, aconselhar-se com o advogado ou com o defensor *ad hoc*. Só assim, ter-se-á a explicação verbal efetivada materialmente como defesa" (REsp 79.510-SP, 6.ª Turma, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 13.10.1997, p. 51651).

Cediço que a condição de réu abala consideravelmente a capacidade psicológica e reflexiva que é necessária ao exercício adequado (ao menos desejável) da advocacia – leia-se: defesa efetiva!

Entendimento contrário aposta no risco; e aqui, as conseqüências são sérias: trata-se de feito criminal!

Nesse contexto, concessa vênia, não há como negar a agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Ademais, a Câmara – por unanimidade – pacificou o entendimento de que nulo é o processo onde o acusado foi interrogado sem a presença de defensor.

Eis o voto que proferi na ApCrim 70001997402, julgada em 14 de fevereiro de 2001:

"O feito – vênia do colega singular – apresenta dúplice nulidade. Vejamos, pois.

A primeira emerge do réu, ora apelante, ter sido interrogado sem a presença de defensor.

A matéria não é nova. Há antecedentes do antigo Tribunal de Alçada, lavra do precioso Juiz Paulo Cláudio Tovo (Julgados

52-127, 53-99 e 54-146), optando pela nulidade do feito ante o defeito. Em verdade, a tese foi derrotada.

De logo, como suporte teórico, tenho que o processo penal – superada a ingenuidade epistemológica de que ele busca a "verdade real" – é "un conjunto de garantias fundamentales del ciudadano frente al arbítrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado" (Luigi Ferrajoli, Revista *Jueces para la Democracia*, n. 4, p.3, Madrid, 1998). Na mesma linha, ver Adauto Suannes, *Fundamento éticos do devido processo penal*, RT, 1999, p. 139.

Assim, o processo penal busca julgamento justo ao cidadão (outra vez, Adauto Suannes), como instrumento de proteção ao cidadão frente ao Leviatã. É garantia do acusado!

É espetacular a importância do interrogatório no juízo penal: o acusado é aquele que tem, como regra, o domínio integral do fato. Aliás, a instrução – desde a inquisição – é dirigida basicamente a ele, com a busca da extração – seja do modo que for – da "verdade máxima": a confissão.

A importância é tamanha que o sistema impõe nulidade quando não se realiza, estando presente o acusado (art. 564, III, *e*, do CPP).

A natureza do ato tem dividido os pensadores do direito: para uns é meio de prova, para outros meio de defesa.

Todavia, numa ou noutra hipótese, é indispensável a presença de advogado na celebração do ato mais importante da instrução criminal.

Se meio de prova, não se admite a ausência porque só é prova aquela coletada ante o crivo do contraditório (ver Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*, 6. ed., Forense, p. 209).

Não se pode permitir, pois, que o momento probatório vital carregue a omissão do contraditório – garantia processual fundamental na democracia.

Se meio de defesa (o mais importante, pois dependendo de seu conteúdo, a atuação da defesa técnica é inócua), a necessidade de presença de advogado ainda é maior: como admitir defesa em processo criminal, ausente defensor?

E há disposição constitucional expressa exigindo que "aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.º, LV).

A omissão do Código, ao não exigir a presença de advogado no ato, não tem significado algum frente a norma constitucional.

Em tal contexto, tenho que o processo presente é nulo, a partir do interrogatório, inclusive: agrediu a Constituição Federal – princípios da ampla defesa e do contraditório!"

Diante do exposto, de ofício, anula-se o feito a partir do interrogatório do réu (f.), inclusive.

Exmo. Sr. Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA (revisor): De acordo.

Exmo. Sr. Des. ARAMIS NASSIF: De acordo.

Decisor(a) de 1.º Grau: Aldo de Souza Temperani Pereira.

COMENTÁRIOS

1. Natureza jurídica do interrogatório

O interrogatório é ato do processo e não um assunto particular entre o juiz e o réu, para o qual a lei veda, autoritariamente, a intervenção das partes, com destaque para o defensor (CPP art. 187).

Sabe-se que não raro a colheita da palavra direta do acusado no sistema vigente caracteriza o monopólio do interrogante, um exemplo deplorável do tipo inquisitorial de investigação. Sabe-se, também, que muitos magistrados não escondem a sua irritação quando o advogado solicita, ainda que respeitosamente, a correção de termos, expressões ou frases ditadas equivocadamente.

2. O princípio da identidade física

A ausência, no processo penal, do aludido e generoso *princípio da identidade física do juiz* permite que ele condene, com lamentável freqüência, seres humanos que desconhece. São raríssimas as hipóteses em que o magistrado se utiliza das cautelares regras que prevêem o reinterrogatório, no interesse da apuração do fato e em obséquio à garantia da ampla defesa.

3. Os princípios da investigação e da verdade material

Entre os princípios fundamentais do processo penal destacam-se dois deles: o *princípio da investigação* e o *princípio da verdade material*. O primeiro está vinculado ao aspecto do impulso processual enquanto o segundo se relaciona com a prova. Ambos, porém, se harmonizam e se completam numa relação de meio a fim. O *princípio da investigação* constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. Ele também poderia chamar-se de *instrutório* ou *investigatório,* mas tais designações se prestariam a equívocos na suposição de que o princípio somente valeria para a fase da instrução da causa ou que identificasse um modelo de feição autoritária. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes. A investigação constitui fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos.* Daí a designação paralela de *princípio da verdade material.* A propósito, a lição de Figueiredo Dias: "Por isso se diz que no processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a 'verdade material', que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, practica e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço mas processualmente válida".[1]

4. A iniciativa judicial na produção da prova

A procura da verdade material constitui um *poder-dever* do Estado, pois a boa administração da Justiça é um dos objetivos fundamentais da República no plano

(1) Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1979, vol. 1.º, p. 193-194 (destaques do original).

do desenvolvimento da sociedade que deve ser, ela mesma, livre, justa e solidária (CF, art. 3.º, I). Esse ônus da investigação é inerente à atividade judicial em sistema como o nosso que não admite o chamado *processo de partes* no qual o juiz permanece inerte quanto à iniciativa da prova. Em mais de uma oportunidade o Código de Processo Penal dispõe que o juiz poderá (*rectius*: deverá) promover diligências para se esclarecer a respeito de questões de fato, através das seguintes providências: a) determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, no curso da instrução ou antes de proferir sentença (art. 156): b) proceder, em qualquer tempo, a novo interrogatório (art. 196); c) ouvir outras testemunhas, além, das indicadas pelas partes (art. 209); d) reinquirir testemunhas e o ofendido (par. ún., art. 502).

5. Natureza jurídica do interrogatório

Diante de tais observações, perde sentido a discussão bizantina sobre a natureza jurídico-processual do interrogatório: se é *meio de prova* ou *ato de defesa*. É elementar que constituindo o interrogatório do acusado um dos capítulos submetidos ao Título que regula, justamente, a produção da prova,[2] nenhuma razão existe para desconsiderar esse importantíssimo ato como integrante do conjunto de elementos de convicção judicial para orientar a sentença. É oportuno salientar que o primeiro artigo que trata da prova no Código de Processo Civil, declara: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa" (art. 332). Tal dispositivo é aplicável, por analogia, ao processo penal (CPP, art. 3.º). E o art. 157 do CPP estabelece que o juiz formará a sua convicção pela "livre apreciação da prova", vale dizer, pelo conhecimento e interpretação de *todos* os elementos, sejam eles produzidos pelas partes ou por sua iniciativa. Assim ocorre mesmo nas ações penais instauradas com fundamento na Lei 9.099/95, quando o interrogatório é o último ato da instrução, se o acusado estiver presente (art. 81). A aludida regra permite que o réu deixe de comparecer à audiência sem sofrer qualquer tipo de sanção, como um corolário lógico do *direito de calar* que é constitucionalmente garantido (art. 5.º, LXIII).

Camargo Aranha, referindo-se a decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que consideram o interrogatório como meio de prova, acentua que "inegavelmente, diante da lei processual penal em vigor, é um meio de prova, tanto que serve como alicerce condenatório, funcionando *acidentalmente como meio de defesa*".[3]

(2) Livro I (Do Processo em Geral); Título VII (Da Prova); Capítulo III (Do interrogatório do acusado) (CPP art. 185 e seguintes).

(3) Adalberto José Q.T. Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, São Paulo, 1944, apud Antônio Milton de Barros, "A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, abr.-jun. 1966, p. 133.

O membro do Ministério Público paulista Antônio Milton de Barros, em lúcidas observações e qualificadas fontes, sustenta que o interrogatório é "meio de defesa e meio de prova, ou 'como meio de defesa ou fonte de prova' eis que o acusado tem a oportunidade de oferecer sua versão, ao tempo em que o juiz observa-o e colhe outros dados de que necessita para aferir sua responsabilidade e dosar-lhe a pena a ser aplicada".[4]

O projeto de reforma setorial do Código de Processo Penal, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Ministro da Justiça, José Gregori, em 2000, destaca em sua *Exposição de Motivos:* "No que concerne ao interrogatório do acusado, que para além de meio de prova, constitui também e sobretudo, meio de defesa, afiguram-se bastante oportunas e adequadas, em conseqüência, inclusive para se desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais, as alterações legislativas propostas no sentido de: *(a)* assegurar a presença de defensor no momento do interrogatório; *(b)* proibir sua realização à distância quando o acusado está preso; *(c)* cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; *(d)* que seu silêncio não imposta em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; *(e)* separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena) e a segunda sobre os fatos; *(f)* garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for 'pertinente e relevante'; *(g)* conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado. Finalmente, é também sugerida a inclusão de um parágrafo ao artigo 261 do estatuto processual penal, tornando explícita a exigência de que a defesa técnica não seja meramente formal, mas revele o efetivo empenho do defensor na demonstração fundamentada da tese apresentada em favor do direito de liberdade do acusado".[5]

A Comissão – da qual tive a honra de participar[6] – apresentou a seguinte sugestão de texto para substituir o atual art. 185 do Código de Processo Penal: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado *na presença de seu defensor*, constituído ou nomeado". O parágrafo único declara que: "Não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso".

6. Garantias para a validade do ato

Sendo o interrogatório um *ato do processo* e não uma formalidade sujeita ao *monopólio* do instrutor da causa, tem-se que o mesmo deverá ser colhido sob a

(4) Op. cit., p. 133.

(5) O projeto foi publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, de jan.-mar. 2001, p. 330 et seq. e o trecho acima transcrito está nas p. 330-331.

(6) Sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, a Comissão do Ministério da Justiça teve, além do autor, a participação de Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel

presidência do magistrado e com a intervenção dos procuradores das partes (Promotor ou Procurador de Justiça, assistente do MP, defensor e, conforme o caso, curador do réu), garantindo-lhes o direito de formular perguntas. Essa é a melhor orientação, de *lege ferenda,* que se concilia com a verdadeira natureza jurídica desse ato e com as franquias constitucionais e legais do contraditório e da ampla defesa.

Finalmente, e como se pretende demonstrar mais adiante,[7] sendo o interrogatório um ato da instrução criminal, jamais ele poderia ser colhido na ausência das partes assim como é da natureza do processo criminal brasileiro cujo sentido da produção probatória é duplo: atender o interesse público na apuração do fato punível e o interesse privado na preservação dos direitos e garantias da defesa.

Dentro dessa perspectiva se colocam as conclusões adotadas por Antônio Milton de Barros, em artigo já referido: "1. O interrogatório é meio de prova e de defesa. 2. Como meio de provam devem o Ministério Público e a defesa dele participar, propiciando-se-lhes a formulação de reperguntas. 3. Também por isso, a nomeação do defensor dativo deve anteceder o interrogatório. As alterações a serem introduzidas ao Código de Processo Penal, com a realização de audiência concentrada, incluindo-se na mesma oportunidade o interrogatório, espanta as dúvidas quanto à possibilidade de participação das partes neste, com a formulação de eventuais reperguntas. 5. Se, entretanto, persistir o impedimento de que participem, deve ser formulada proposta legislativa, prevendo expressamente a participação das partes no interrogatório judicial".[8]

7. Ofensa a garantias individuais

A colheita do interrogatório sem a assistência do defensor (dativo ou constituído) ofende os princípios constitucionais e legais do contraditório e da ampla defesa. Aliás, o próprio Código de Processo Penal, elaborado ao tempo da ditadura do *Estado Novo*, proclama que "*nenhum acusado*, ainda que ausente ou foragido, *será processado* ou julgado sem defensor" (art. 261). Não colhe o eventual argumento de que a proibição imposta ao defensor de intervir ou influir "de qualquer modo, nas perguntas e respostas", dispensaria a presença do advogado para a validade desse ato essencial do processo cuja falta poderá acarretar a nulidade (CPP art. 564, III, *e,* segunda parte). Com efeito, a assistência do patrono é necessária não somente no plano técnico-jurídico como também moral, diante dos termos do Código de Ética e Disciplina do Advogado quando estabelece que é seu direito e dever assumir a defesa criminal, "sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado" (art. 21).

Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. (Portaria 61, de 20.01.2000). Mais tarde a ela se juntou o sensível e culto magistrado Rui Stoco.

(7) Idem, verbete n. 10.

(8) Op. e loc. cit, p. 140.

8. A presença do defensor no Juizado Especial Criminal

Sob outra perspectiva, se a Lei 9.099/95 dispõe que o *autor do fato* deve ser assistido por advogado na audiência de *conciliação* (art. 72), e que a proposta de *transação*, com a imposição de pena não privativa de liberdade, deverá ser aceita "pelo autor da infração e seu defensor" (§ 3.° do art. 76),[9] nenhum fundamento jurídico persiste para se *marginalizar* o defensor na audiência do interrogatório das infrações de maior potencial ofensivo que são processadas perante o juízo comum.

Essa cautela do sistema do Juizado Especial Criminal renova a idéia de validade e a importância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Se assim ocorre no quadro processual das infrações mais leves, maior cuidado deve existir quando se tratar de crimes mais graves como ilícitos contra a pessoa, contra o patrimônio e outros bens envolvendo como acusados pessoas financeiramente carentes.

9. Exigência constitucional

Finalmente, é preciso enfatizar, o advogado é "*indispensável* à administração da Justiça", como o proclama a lei fundamental (CF art. 133). Esta exigência, inerente ao *princípio do devido processo legal*, se torna mais evidente relativamente ao único ato em que o réu pode manter um diálogo direto com o juiz: o interrogatório.

A ampla defesa e o contraditório são garantias institucionais do devido processo legal, outro princípio fundamental para a validade do processo criminal.

No caso em exame, disse muito bem o relator que o acusado possuía formação jurídica, estando, inclusive, habilitado a exercer a advocacia, mas que essa qualidade não supriu o vício porque ao ser perguntado pelo juiz "sobre a hipótese de atuar em causa própria, respondeu, peremptoriamente, não. Indicou outro profissional, que não estava presente. Era imperativo, pois, a nomeação de defensor *ad hoc*. Estampe-se o brado de Adauto Suannes, repetindo dito popular antigo: *"Aquele que tem a si próprio por defensor tem como cliente um tolo"* (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, São Paulo: RT, 1999, p. 195). Sabe-se, outrossim, que a atuação profissional em processos-crime exige forma-

(9) Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes: "A aceitação da proposta deve ser feita cumulativamente pelo argüido e por seu defensor. A recusa de um deles deverá ser interpretada como óbice fatal à aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, seguindo-se o procedimento sumaríssimo nos termos do art. 77 e ss." (*Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Anotada*, São Paulo: RT, 1995, p. 67, nota n. 76.8).

ção específica – não o é destinada a amadores –, embora a prática forense – banalização do saber – demonstre o contrário".[10]

Essa conclusão está em perfeita harmonia com o espírito da Constituição e com a regra do art. 263 do Código de Processo Penal ao admitir a defesa em causa própria se o acusado for habilitado. É curial que essa *habilitação* a que refere a lei não pode ser a genérica, obtida através da permissão para advogar concedida pelas leis do país. E para demonstrar que a habilitação deve ser material e não meramente formal, nada melhor que a releitura de Eduardo Espínola Filho, um dos clássicos do processo penal brasileiro. Relativamente à última parte do art. 263 do CPP, ele nos ensina em linguagem clara e bem ilustrada: "A grande realidade que nós, quantos lidamos no fôro (*sic*) criminal, temos de reconhecer, como fruto de observações constantes feitas nos processos, é que defesas habilíssimas, conduzidas com boa técnica e uma orientação segura, são apresentadas por certos delinqüentes experimentados e inteligentes, mesmo quando se acham presos. Mas, não nos parece possa, em homenagem a casos excepcionais, firmar-se, como regra, a admissão de defesas produzidas por acusados sem habilitação técnica especializada, excludentes da intervenção de advogados ou solicitadores. Para conciliar o princípio da defesa efetiva, levada a efeito por profissional habilitado, com o respeito da vontade real manifestada pelo réu, que, sem ser bacharel, pretende tomar a si, pessoalmente, o patrocínio de seus interêsses (*sic*), parece-nos, e assim temos praticado, seja o melhor alvitre manter o defensor nomeado; mas permitir ao acusado manifestar-se, quer verbalmente, quer por escrito, aduzindo considerações de defesa, perguntando testemunhas, requerendo diligências, tôda (*sic*) vez que expresse o desejo de o fazer. E, na verdade, nunca vimos surgir dessa dualidade de produção da defesa uma contrariedade radical, de que resultasse tornar-se a atividade de um dêles (*sic*) prejudicial à do outro".[11]

Essa lição, recolhida da experiência da magistratura, revela que não é suficiente a habilitação do próprio defensor dativo se a defesa exigir maior empenho e eficiência. E os tribunais têm anulado processos quando a defesa, embora realizada por defensor público, não é eficiente. É óbvio que esse controle da eficiência deve ser feito pelo juiz ao tempo em que colhe a prova em audiência.

10. A linha idealista do precedente

O aresto do tribunal gaúcho, relatado pelo desembargador Amilton Bueno de Carvalho, reflete muito bem a linha idealista de proteção dos direitos dos acusados da prática de um ato delituoso. E, especificamente em duas perspectivas essa *linhagem de jurisprudência* se identifica à luz da Constituição: ao reconhecer a cidadania e a dignidade da pessoa humana – inclusive do réu – como fundamentos

(10) Trechos do acórdão ora comentado.

(11) Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, vol. III, p. 265. (Foi mantida a acentuação do original.)

primários da República. Por outro lado, é notório que o grande contingente de acusados que comparecem para o interrogatório sem a assistência de um defensor é representado pelos pobres. As pessoas de classe média e alta, envolvidas como suspeitas, indiciadas ou acusadas em processo criminal geralmente constituem um patrono ainda na fase da investigação do fato. Essa possibilidade já não existe em relação menos favorecidos. O defensor público ou designado pelo juiz somente passa a atuar com a apresentação da defesa prévia, geralmente despida de conteúdo e carente de indicação de prova. E o que se passa na cabeça do réu pobre ao comparecer, sozinho, para o interrogatório? Ele acredita que a investigação de sua culpa ou de sua inocência, conforme cada caso, será feita pelo juiz que o escuta e está vendo as suas reações. É a representação de um fato com um personagem verdadeiro e dois postiços: o magistrado e o escrivão. O Ministério Público está ausente porque não participa do ato.[12] Fica, então, o acusado na crença de que o poder daquela autoridade e a ajuda de Deus possam suprir o abandono. Pura ilusão. Não existe o princípio da identidade física no processo penal; a carga oceânica de processos não permite o exame prévio da causa antes e até mesmo depois do interrogatório; o réu pobre não sabe quem vai defendê-lo e a burocracia da Defensoria Pública não pode vencer a barreira das dificuldades (falta de recursos humanos e materiais) para a individualização da defesa. Além do princípio constitucional da individualização da pena, tão decantado na literatura e na jurisprudência, o operador do sistema penal deve também pensar numa outra garantia: a *individualização da defesa.* Realmente, como tornar efetivos os princípios do contraditório e da ampla defesa se o acusado não se entrevista com o defensor que lhe será indicado e geralmente não o vê?

Como foi sustentado acima,[13] se o interrogatório não deixa de ser um *meio ou fonte de prova* é curial que o ato se insere no quadro da instrução criminal como, aliás, o reconhece expressamente ao art. 394 do CPP,[14] ao declarar que ao receber a queixa ou a denúncia o juiz designará dia e hora para o interrogatório.

A imensa legião de pobres que habitam as sucursais do inferno dos cárceres não é formada somente de culpados. Muitos deles ali estão cumprindo um tipo de *provação bíblica* pela suposta culpa de encarnações passadas, se for possível *explicar* no plano da espiritualidade porque uma pessoa inocente está sofrendo o

(12) O autoritário art. 187 do CPP ("O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas") contagiou de seu malefício ao Ministério Público, cujos agentes, se tivessem a oportunidade de interrogar poderiam, em muitos casos, mudar a convicção sobre o fato e a culpa de que conheceram através de papéis do inquérito policial ou administrativo. Tais procedimentos normalmente são dirigidos para *provar a culpa* e não para *investigar a inocência,* mesmo que desta surjam indícios.

(13) Verbete n. 5.

(14) Justamente no Capítulo I do Título I (do processo comum) designado "Da Instrução Criminal".

horror da prisão. Mas no plano da realidade prática o inocente está condenado porque não teve uma defesa digna desse nome. E, daí, apelar como?

Ao determinar que o réu somente pode ser interrogado na presença de um defensor constituído ou nomeado, o Tribunal do Rio Grande do Sul está dando uma lição de humanidade e contribuindo para reduzir, no processo penal, a marginalização e as desigualdades sociais, como quer a Constituição num de seus primeiros artigos.

11. Sentido e valor das decisões judiciais

11.1 A missão da jurisprudência

O vocábulo *jurisprudência* deriva do latim (*jurisprudentia*) e é composto pelas palavras *jus* (Direito, ciência do Direito) e *prudentia* (sabedoria). Consiste, literalmente, na sabedoria com que se interpreta e aplica o Direito.

A jurisprudência constitui o conjunto das decisões dos juízes e dos tribunais em que se recolhe a orientação por eles seguida na interpretação e aplicação das leis nos casos concretos ou nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, *a*).

Existem outras conotações para a expressão indicando a tendência de uniformização do pensamento a propósito de determinados assuntos jurídicos. Pode-se falar em: *a) jurisprudência dos conceitos* (criticando, numa perspectiva irônica, uma escola de interpretação); *b) jurisprudência dos interesses* (escola jurídica surgida na Alemanha, no começo do século, segundo a qual o legislador visa atender interesses de pessoas ou grupos sociais quando elabora a norma); *c) jurisprudência dos valores* (orientação hermenêutica que se sobrepõe aos textos legais e ao formalismo exegético para resgatar as tendências jusnaturalistas evocando a Filosofia dos Valores).

A jurisprudência está dirigida, inicialmente, ao entendimento correto da lei, completando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do Direito e da Justiça. Como salientou o mestre Domingues de Andrade, em antológica *oração de sapiência* proferida há cinqüenta anos na Faculdade de Direito de Coimbra, a jurisprudência está, portanto, "ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do Direito quem em cada momento *deve ser*".[15]

(15) Manuel Domingues de Andrade, Sentido e valor da jurisprudência, *Boletim da Faculdade de Direito,* Coimbra: Coimbra Ed., 1973, p. 40. (Os grifos são do original.)

11.2 O papel do juiz

O art. 5.° da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Dec.-lei 4.657/42), declara que na aplicação da lei, "o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Tal princípio vale para todos os ramos jurídicos e em particular para a judicatura criminal em face da relevância dos interesses em confronto e porque o Direito Penal é a disciplina que dispõe das reações mais graves para combater a vasta gama de ilicitudes.

O magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata e depois extrair a sua conclusão. A decisão assim obtida vale como lei individual para as partes. Mais uma vez é importante lembrar Domingues de Andrade ao dizer que em tal sentido o juiz será realmente "o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstracto da lei no comando concreto da sentença. Será a viva voz do Direito, ou mesmo a própria encarnação da lei. Porque a lei, com efeito, só tem verdadeira existência prática como é entendida e aplicada pelo juiz".[16]

12. A provocação legiferante do Judiciário

Salvo as exceções constitucionais, o Judiciário não detém a iniciativa de projetos de lei, matéria afeta aos demais poderes da União. Mas nenhuma dúvida existe quando ao poder de criação judicial na medida em que as sentenças e acórdãos estimulam a revisão ou a criação de dispositivos legais. Entre os muitos exemplos podem ser mencionadas as Súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratam da prescrição da ação penal pela pena concretizada na sentença (n. 146); da extinção da punibilidade do crime contra os costumes pelo casamento da ofendida com terceiro (n. 388); a consideração da quantidade da pena fixada na sentença, para efeito de prescrição em crime continuado, desprezando-se o acréscimo decorrente da continuação (n. 497); a concessão do *sursis* não obstante a anterior condenação à pena de multa (n. 499). Tais súmulas introduziram modificações em artigos do Código Penal, através da reforma setorial introduzida com a Lei 6.416, de 24.05.1977 e a reforma da Parte Geral, determinada pela Lei 7.209, de 11.07.1984.

A propósito do tema, é oportuno invocar o magistério de Andreucci, na tese aprovada para o seu ingresso como Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao dizer que a criação do Direito pela jurisprudência "deflui não só em razão de autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *la razione dell'autorità* e a *autorità della razione*".[17] Tal ocorre nas hipóteses, já examinadas, das lacunas, das antinomias, dos aspectos do crime e da pena, que evidenciam que o legislador, em abstrato, não pode prever tudo, em razão do multifário emanado do concreto. Muito a respeito já se escre-

(16) Op. cit., p. 38.

(17) Segue-se a nota de rodapé: "Bellavista, op. cit., p. 39. Ela se refere a Girolamo Bellavista, *L'interpretazione della lege penale*, Milão, 1975".

veu, relembrando Engisch, ao citar Ihering: "o Direito existe para ser realizado; a realização é a vida e a verdade do Direito, é o Direito mesmo. Não são, portanto, nem o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça que está sob os papéis, o que decide sobre o valor do Direito (...) se não a objetivação do Direito na vida.[18] O que se tem é a criação judicial do Direito,[19] necessária porque as leis que o juiz diariamente aplica contém, inevitavelmente o mínimo de injustiça, feitas que foram para a generalidade, não se ajustando, por inteiro, ao particular, o que o legislador sabe e desconta, ao redigi-las.[20] A norma, surgida não matematicamente de abstração de todos os casos possíveis, mas apenas de alguns empiricamente visualizados, torna-se freqüentemente inábil para cobrir a situação concreta".[21]

No prefácio da prestigiada obra coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*), o professor Paulo José da Costa Júnior observa: "Em nossa prática jurisprudencial, cumpre notar que as súmulas do Excelso Pretório assumiram uma colocação quase normativa para os julgadores, de certo modo constrangidos a aplicá-las, ou a não se afastarem de sua interpretação, que passou a ser praticamente vinculante".[22]

Os Desembargadores Amilton Bueno de Carvalho (relator), Paulo Moacir Aguiar Vieira e Aramis Nassif com o precedente ora comentado, além de outros no mesmo sentido[23] e oriundos da mesma Câmara Criminal, estão interpretando com fidelidade o espírito da Constituição. Esses magistrados, rompendo com a prática rotineira da colheita de interrogatórios de acusados pobres sem um defensor habilitado (formal e materialmente), estão oferecendo uma notável contribuição para que a reforma do Código de Processo Penal possa tornar realidade factual os princípios do contraditório e da ampla defesa que na rotina forense são sacrificados justamente no primeiro encontro entre o juiz e o acusado sem o defensor presente.

(18) Segue-se a nota de rodapé: "*La Idea de Concreción en el derecho y en la Ciencia Juridica Actuales,* trad. Juan José Gil Cremades, p. 186".

(19) Segue-se a nota de rodapé: "Observa Tobeñas que, há um século, seria heresia falar da criação judicial do Direito (*La Formulación Judicial del derecho,* p. 5)".

(20) Segue-se a nota de rodapé: "Oderico, *El Problema del Juez*, p. 47 e ss."

(21) Ricardo Antunes Andreucci, *Direito penal e criação judicial*, São Paulo: RT, 1989, p. 62-63.

(22) "O papel da jurisprudência", na obra citada (Parte Geral, 7. ed. São Paulo: RT, 2001, vol. 1, p. XII).

(23) ApCrim 70001997402, Porto Alegre, j. 14.02.2001 e ApCrim 70004496725, Porto Alegre, j. 07.08.2002.