

REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

40

Ano 10 • outubro-dezembro de 2002

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 10 • n. 40 • outubro-dezembro de 2002

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

O número 40 não tem nada de mágico, esotérico ou supersticioso, mas tem um significado especial, para nós do IBCCRIM, pois representa uma conquista, que a todos envaidece. Ao chegar a essa numeração, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* atinge o marco de dez anos de existência, o que se traduz num acontecimento que não tem paralelo no campo jurídico-penal brasileiro. Quando o primeiro volume veio a lume, não se tinha a percepção de que se construía algo de novo e de que se abriam espaços não para o Direito Penal enclausurado numa dogmática hermética ou conceitualista, mas para um Direito Penal multifacetado em contínua e necessária interação com as outras ciências penais e com as ciências sociais. Hoje, passada uma década, adquire-se a consciência da importância dessa publicação, na medida em que os vários saberes não se posicionam mais de modo introvertido ou atritante, mas se comunicam e se interpenetram corporificando um sistema de compreensão de larga abrangência. Essa característica básica, criada com o correr dos anos, permitiu elaborar uma revista bilíngüe na qual se procura nas suas diversas seções abarcar o universo de questões que atormentam a pós-modernidade.

Mas não é só, sob a angulação metodológica, que os dez anos de publicação da *RBCCRIM* merecem destaque. Valor maior deve ser atribuído à sua fidelidade ao modelo do Estado Social e Democrático de Direito e à própria Democracia. Em momento algum, a publicação teve qualquer tipo de desvio denunciador de posicionamentos autoritários ou avessos ao regime democrático. A *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, como veículo de comunicação, ao lado do *Boletim* e do *Site*, permaneceu sempre aderente às idéias-chaves que deram origem e ainda hoje dão suporte político-ideológico ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Se “a uva está feita de vinho”, observou Eduardo Galeano, “quicá nós somos as palavras que contam o que somos”.

O regozijo por ter a *RBCCRIM*, sem nenhuma interrupção na sua periodicidade, alcançado a baliza dos dez anos não pode menoscar o sentimento de gratidão devido a todos os autores nacionais e estrangeiros que contribuíram e ainda continuam contribuindo para a produção de cada volume e à Editora Revista dos Tribunais, que nunca faltou com seu apoio para a concretização do empreendimento. Queremos compartilhar com todos a alegria que toma conta de nós.

A DIRETORIA

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 41 • janeiro-março • 2003

- Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Breve estudo crítico
Eduardo Luiz Santos Cabette

- Razones del fracaso del combate internacional
a las drogas y alternativas
Kai Ambos

- Mídia e júri: possibilidade de restrição da publicidade do processo
Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	7
1. DOUTRINA INTERNACIONAL	
1.1 A União Européia e o espaço judicial europeu: os desafios do modelo <i>Corpus Juris</i> 2000 e da Procuradoria Européia – JOHN A. E. VERVAELE	9
1.2 Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales – RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ	36
2. DOUTRINA NACIONAL	
2.1 A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público. Seus limites – ADA PELLEGRINI GRINOVER	91
2.2 Entre a civilização e a barbárie – ADAUTO SUANNES	105
2.3 Mandado de segurança em matéria criminal – ANTONIO SCARANCE FERNANDES	128
2.4 A reforma processual penal brasileira – GERALDO PRADO	143
3. DIREITO PENAL ESPECIAL	
3.1 Lei dos crimes hediondos ou <i>direito penal da severidade</i> : 12 anos de equívocos e casuísmos – JOÃO JOSÉ LEAL	155
4. CRIMINOLOGIA	
4.1 Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde una ética de valores máximos – ANTONIO BERISTAIN	181
5. POLÍCIA E DIREITO	
5.1 Azul casi negro: la gestión policial en Buenos Aires. Notas para una política de seguridad ciudadana – JUAN FÉLIX MARTEAU	199
6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES	
6.1 Ingresso irregular de estrangeiros no País. Pedido de refúgio político. Indício de prova hábil de perseguição sofrida a autorizar a concessão de liminar – LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN	231
6.2 Embargos de declaração com efeito modificativo, opostos por assistentes do Ministério Público – ROGÉRIO LAURIA TUCCI	239
7. SOCIOLOGIA JURÍDICA	
7.1 Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções – MARIA STELLA DE AMORIM, MARCELO BURGOS e ROBERTO KANT DE LIMA	255

- 7.2 Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero – WÂNIA PASINATO IZUMINO 282

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Tribunal Regional Federal da 3.^a Região

- 8.1.1 *Habeas corpus* preventivo. Estrangeiro. Ingresso irregular no País. Pedido de refúgio. Indeferimento. Liminar de *habeas corpus* por ausência de requisitos de procedibilidade. Requisitos atendidos. Prova pré-constituída da perseguição política e religiosa para fins de refúgio é despicienda *in casu*. Prova a ser analisada no procedimento de refúgio pela autoridade competente. Recurso provido – Juiz GILBERTO JORDAN 297

8.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 300

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

- 9.1 Decreto 4.262, de 10.06.2002 – Regulamenta a Lei 10.357, de 27.12.2001, que estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências 341
- 9.2 Decreto 4.345, de 26.08.2002 – Institui a Política Nacional Antidrogas e dá outras providências 343
- 9.3 Decreto 4.495, de 04.12.2002 – Concede indulto, comutação e dá outras providências 351
- 9.4 Lei 10.559, de 13.11.2002 – Regulamenta o art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências 355
- 9.5 II Congresso Mundial de Bioética – Declaração: Alimentação no mundo; Declaração: Sobre HIV/Aids; Declaração: Compromisso Universal pela Dignidade Humana 360

10. RESENHAS

- 10.1 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002. 315p. – Resenha por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 367
- 10.2 CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal – Doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 754p. – Resenha por SALO DE CARVALHO 370

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 373

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ANTONIO BERISTAIN

Director del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián (España).

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

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

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Livre-Docente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador de Justiça aposentado. Advogado criminalista.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado criminalista em São Paulo.

GERALDO PRADO

Juiz de Direito. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor de Direito Processual Penal dos Cursos de Mestrando em Direito nas Universidades Estácio de Sá e Cândido Mendes.

JOÃO JOSÉ LEAL

Professor de Direito Penal e de Criminologia. Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico da Universidade do Vale do Rio Doce – Univale-MG.

JOHN A. E. VERVAELE

Professor Catedrático da Universidade de Utrecht e do Colégio da Europa (Bruges).

JUAN FÉLIX MARTEAU

Doutor em Sociologia. Professor Adjunto de Criminologia da Universidad de Buenos Aires.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Procuradora Regional da República.

MARCELO BURGOS

Pesquisador da Fundação Carlos Chagas de Amparo a Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro – Faperj.

MARIA STELLA DE AMORIM

Pesquisadora da Fundação Carlos Chagas de Amparo a Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro – Faperj.

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

Profesor de Derecho Penal de La Universidad Gabriela Mistral, Chile. Profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Navarra, España.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

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

ROBERTO KANT DE LIMA

Pesquisador de Produtividade CNPq e da Fundação Carlos Chagas de Amparo a Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro – Faperj.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Titular aposentado e Regente da Disciplina Direito Processual Penal no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SALO DE CARVALHO

Advogado. Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor dos Programas de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Unisinos. Professor Coordenador do Programa de Doutorado em “Derechos Humanos y Desarrollo” da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha).

WÂNIA PASINATO IZUMINO

Socióloga. Mestre e Doutoranda em Sociologia no Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH-USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência – NEV-USP.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

A UNIÃO EUROPÉIA E O ESPAÇO JUDICIAL EUROPEU: os desafios do modelo *Corpus Juris* 2000 e da Procuradoria Européia*

JOHN A. E. VERVAELE**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O *ius puniendi* dos Estados soberanos e a integração européia – 3. Integração econômica e cooperação policial e judicial reforçada – 4. *Corpus Juris*: integração européia, territorialidade européia e justiça penal: 4.1 Contexto político; 4.2 As propostas do *Corpus Juris* 2000; 4.3 O espaço judicial europeu e a Procuradoria européia – Bibliografia.

Resumo: No presente artigo são apresentadas algumas considerações sobre o sistema penal no contexto da União Européia e a necessidade de criação de um espaço penal europeu. Realiza-se uma análise da integração européia (CE e UE), fazendo um contra-ponto com a fragmentariedade do cenário penal-europeu. Relata-se a respeito da influência do direito comunitário sobre os sistemas penais nacionais; bem como, a respeito da existência e do desenvolvimento de cooperações policial e judicial em matéria penal no seio da União Européia. Quando então se demonstra que é imprescindível a determinação de competências européias relativas à investigação e ao processo penal capazes de proteger bens jurídicos nesse espaço comum, como propõe o *Corpus Juris*, especialmente a criação de um Ministério Público Europeu; seguindo uma análise dessa proposta.

Palavras-chave: Direito comunitário – União Européia – Cooperação policial – Cooperação judicial – *Corpus Juris* – Ministério Público europeu – Europol – Eurojust – Fraude comunitária – Crime organizado.

1. Introdução¹

Em consequência dos atentados de 11.09.2001 ocorridos nos Estados Unidos, a agenda de integração da justiça penal na União Européia encontra-se em um

(*) Tradução: Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, pesquisadora visitante do Instituto G. J. Wiarda, Universidade de Utrecht, Países Baixos, bolsista Capes (doutorado sanduíche).

As notas produzidas pela tradutora estão indicadas pela abreviatura [NT].

(**) Catedrático da Universidade de Utrecht e do Colégio da Europa (Bruges).

(1) Abreviaturas

CE – Comunidade Européia

terreno escorregadio. *Dossiers* bloqueados, negociações lentas e difíceis estão no centro das atenções. Os Chefes de Estado declararam na Cúpula Informal de Gent (20.10.2001) que os Ministros de Justiça e de Assuntos Interiores dos Estados-membros teriam que apresentar suas conclusões sobre temas como “harmonização em matéria de crime de terrorismo” e o “mandado de prisão europeu” em dezembro de 2001.

Enquanto isso, os Ministros da Economia e da Fazenda trabalham diuturnamente em *dossiers* relativos à “lavagem de dinheiro”, estabelecendo obrigações para advogados de comunicar transações suspeitas e o “bloqueio a bens e valores pertencentes a grupos terroristas ou a organizações criminosas”. É significativo que, por exemplo, a proposta do “mandado de prisão europeu” – provável substituto do procedimento de extradição, que inclui a transferência de presos em poucos dias com um controle judicial simplificado, terá que ser concluída em poucos meses, sem discussão prévia em comitês específicos.

Verifica-se, destarte, que a conjuntura atual exige medidas excepcionais contra o terrorismo, e que, simultaneamente, o terrorismo está sendo utilizado como instrumento para forçar reformas a médio ou a longo prazo. Se desses fatos resultar uma melhor integração da Justiça na União Européia, a qual se revela absolutamente necessária, o momento terá sido bem aproveitado. Há, porém, o risco de que sejam impostas soluções que renunciem a noções básicas do estado de direito, atribuindo-se excessivo poder aos corpos de inteligência, criminalizando movimentos sociais de antiglobalização etc.

É importante, então, situar os fatos em seu contexto histórico e analisar a difícil relação entre Comunidade Européia, União Européia e Justiça Penal.

2. O *ius puniendi* dos Estados soberanos e a integração europeia

Thomas Hobbes escreveu “*convenants without swords are but words*”.² Os países fundadores da Comunidade Européia, em meados do século passado, graças a sua concepção clarividente e visionária, estabeleceram, não simplesmente

CJE – Corte de Justiça Européia

Eurojust – Unidade Européia de Cooperação Judiciária

Europol – Serviço Europeu de Polícia

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Européias

MPE – Ministério Público Europeu

PED – Procurador Europeu Delegado

PGE – Procurador Geral Europeu

TCE – Tratado da Comunidade Européia

UE – União Européia

[NT]

(2) “Os pactos sem espadas não passam de palavras” [NT].

um Tratado da Comunidade Européia, senão uma carta constitucional da Comunidade Européia. Todavia, nada determinaram quanto à execução do direito comunitário,³ com exceção de um ponto, no que concerne às regras em matéria de livre concorrência, ao estabelecerem, nos arts. 81 a 85, os fundamentos de uma competência executiva integral para a Comissão Européia.

Não demorou muito para que os atores comunitários tomassem consciência de que a relação entre a política comunitária e os sistemas coercitivos (de execução das normas) nacionais deveria estar mais afinada; entretanto, foi necessário esperar um decênio para que essa integração fosse efetivamente realizada. Esse tema apareceu claramente na jurisprudência da Corte de Justiça Européia, segundo a qual, o monopólio normativo dos Estados-membros, no que concerne ao direito penal e ao direito processual penal, poderia constituir um obstáculo para a integração européia (integração negativa). No âmbito, por exemplo, da livre circulação de capitais, as disposições penais nacionais contrárias ao direito comunitário não poderiam ser aplicadas pelos Estados-membros.⁴ Mais tarde, em uma série de decisões-chave,⁵ a CJE estabeleceu claramente que os sistemas de execução das leis dos Estados-membros constituem igualmente um instrumento para fazer respeitar a política comunitária (integração positiva).

Os Estados-membros têm o dever de proteger os interesses comunitários e esse dever tem que ser realizado de uma forma tal que: 1) não haja discriminação entre os bens nacionais e comunitários similares; e 2) sejam adotados, de direito ou de fato, na teoria e na prática, procedimentos e sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas. Isso significa que é facultado aos Estados-membros eleger entre o direito civil, o direito administrativo e/ou o direito penal para proteção do direito comunitário, porém, a escolha deve sempre satisfazer aos critérios de controle anteriormente mencionados.

A aplicação desses critérios pelo juiz comunitário ocorreu, precisamente, no caso dos morangos franceses, sobre o qual segue breve relato.⁶ No curso dos anos oitenta, as autoridades francesas estiveram frequentemente ocupadas com as ações de camponeses descontentes que atacavam os caminhões transportadores de morangos espanhóis, inclusive, queimando-os. A polícia francesa instaurou inquéritos, quando, então, ouviu algumas pessoas e registrou um certo número de ações em vídeo. Havia, por conseguinte, suficientes provas para sancionar os autores, porém, o Ministério Público francês decidiu sistematicamente arquivar os casos ante o risco de agitações que uma efetiva perseguição poderia surtir. Esta decisão suscitou a insatisfação e a cólera dos produtores espanhóis, dos transportadores,

(3) O termo "execução" refere-se ao cumprimento do direito comunitário, à sua aplicação e coercitividade (tradução do termo *enforcement*) [NT].

(4) CJE, 23.02.1995, Bordessa e.a., assunto C 358/93 e C 416/93, Rec. p. 1-361

(5) A mais importante é, sem dúvida, CJCE, 21.12.1989, Comissão vs. Grécia, assunto 68/88, Rec. p. 2965.

(6) CJCE, 09.12.1979, Comissão vs. França, assunto C 265-95, Rec. p. 1-6.959.

dos compradores e da Comissão Européia. Apesar dos protestos da Comissão Européia, a França continuou arquivando os casos sem persegui-los. A Comissão deu início a um processo contra a França⁷ perante a CJE, a qual decidiu que o citado Estado-membro, ao ter arquivado sistematicamente os casos, havia desrespeitado o tratado, mais especificamente, os princípios da livre circulação de bens⁸ e da lealdade comunitária.⁹ Verifica-se, por conseguinte, que a política criminal e as decisões de arquivamento de casos podem ser, em certos casos, consideradas igualmente influenciadas pelas exigências comunitárias e pela proteção dos bens jurídicos comunitários.

O legislador comunitário ampliou o rol das exigências estabelecidas pela jurisprudência comunitária relativas ao dever de proteção dos interesses comunitários, em uma série de domínios. As diretivas e os regulamentos comunitários contêm dispositivos que prevêm proibição e obrigações materiais, contemplando deveres, elementos subjetivos (dolo e culpa), competência para investigar e sanções. O direito comunitário apresenta, assim, um ilícito e uma definição de *insider trading*¹⁰ e de lavagem de dinheiro,¹¹⁻¹² sem obri-

(7) Com fundamento no art. 226, TCE.

(8) Art. 28, TCE.

(9) Art. 10, TCE.

(10) Crime de abuso de informação, em Portugal; e violação de sigilo funcional, no Brasil (Cf.: Lei 7.492, de 16.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências – art. 18; Código Penal brasileiro – art. 325; Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores – art. 11).

A Directiva 91/308/CEE do Conselho, alterada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.12.2001, dispõe:

“Art. 8, 1. Os estabelecimentos de crédito e as instituições financeiras, os seus dirigentes e funcionários não podem comunicar ao cliente em causa ou a terceiros o facto de terem sido transmitidas informações às autoridades, em aplicação dos arts. 6.º e 7.º, nem que se encontra em curso uma investigação sobre o branqueamento de capitais.

2. Os Estados-Membros não estão obrigados por força da presente directiva a aplicar a obrigação imposta no n. 1 às profissões a que se refere o segundo parágrafo do n. 3 do art. 6.” [NT.]

(11) Directiva 91/308 do Conselho, de 20.06.1991, relativa à prevenção e utilização de sistemas financeiros para fins de lavagem de dinheiro, JOCE, n. L 166/77, 1991 (inclui a declaração dos representantes dos Estados-membros reunidos no Conselho) e Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.12.2001, que altera a Directiva anterior, JOCE, n. L 344, 2001, p. 76-82.

(12) [NT] A Directiva 91/308/CEE do Conselho, alterada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.12.2001, dispõe: “Art. 1.º Para efeitos da presente directiva, entende-se por: (...) C. ‘Branqueamento de capitais’, os seguintes actos, cometidos intencionalmente:

– conversão ou transferência de bens, com conhecimento, por parte de quem as efectua, de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa activi-

gar, de todo modo, os Estados-membros a uma tutela penal dos interesses violados.¹³

O direito comunitário contém igualmente várias disposições, a saber no quadro da política agrária¹⁴ e da política comum em matéria de pesca,¹⁵ em matéria de obrigação de impor sanções. Estas sanções, como as multas e as exclusões do sistema de subsídios, são designadas sanções administrativas ou sanções *sui generis*. Os Estados-membros são livres para estabelecer sanções civis, administrativas ou penais. O legislador comunitário tem, por conseguinte, uma competência normativa centrada na criação e colocação em funcionamento dos sistemas de tutela dentro dos respectivos Estados-membros. Estes, por sua vez, devem apresentar resultados; porém, são livres para eleger o instrumento a ser utilizado. A CE tem, ainda, competência normativa concorrente em matérias como livre concorrência e outras de domínio específico, em relação às quais também

dade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos mesmos ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtar-se às consequências jurídicas dos seus actos,

– dissimulação ou encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos relativos a esses bens, com conhecimento pelo autor de que tais bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza,

– aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza,

– a participação num dos actos referidos nos travessões anteriores, a associação para praticar o referido acto, as tentativas de o perpetrar, o facto de ajudar, incitar ou aconselhar alguém a praticá-lo ou o facto de facilitar a sua execução.

O conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um elemento das actividades acima referidas, podem ser apurados com base em circunstâncias factuais objectivas.

Existe branqueamento de capitais independentemente de as actividades que estão na origem dos bens a branquear se localizarem no território de outro Estado-Membro ou de um país terceiro”.

“Art. 2.º Compete aos Estados-membros proibir o branqueamento de capitais, tal como definido na presente directiva”. Texto reproduzido do *site*: <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/index.html>> [NT].

(13) A Comissão Europeia tentou, em algumas propostas de diretivas, prescrever a via penal, porém o Conselho de Ministros transformou, sistematicamente, essas disposições em obrigações neutras e não penais. Ver, por exemplo, a proposta de Diretiva do Conselho relativa à prevenção da utilização dos sistemas financeiros para fins de lavagem de dinheiro, COM(90) 106 final, JOCE, C106, 1990, p. 287.

(14) John A. E. Vervaele. “¿Poderes sancionadores de/y en la Comunidad Europea? ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?”. *Revista Vasca de Administración Pública*, p. 167-205.

(15) Regulamento 2847/93, que institui um regime de política comum aplicável à pesca, JOCE, n. L 261.

possui competência para investigar (investigação administrativa) independente ou subordinadamente. Os inspetores da Comissão podem atuar no território do Estado-membro de maneira autônoma e independente¹⁶ ou acompanhados de inspetores nacionais em assuntos que estejam sob sua direção¹⁷ dentro das empresas, consultando a contabilidade, inspecionando os bens etc. Embora a Comissão não disponha de competência para realizar investigações judiciais – não possui funções de oficiais de polícia judicial –, vários regulamentos contêm a obrigação de por à disposição da Comissão as informações obtidas no curso de uma investigação judicial ou do interrogatório do acusado, inclusive se estas informações se encontram sob segredo de justiça.¹⁸ As competências de inspeção da Comissão limitam-se, por conseguinte, à investigação administrativa. Todas as sanções, a exceção das correspondentes à livre concorrência, são impostas, portanto, pelas autoridades nacionais administrativas ou judiciais.

É verdade que o direito comunitário não previu o desenvolvimento de sistemas supranacionais de execução do direito comunitário. Os Tratados da CE oferecem nesta matéria uma base insuficiente; e, nem o Tratado de Maastricht, nem o Tratado de Amsterdã introduziu mudanças a respeito desse tema. Não é tampouco função do direito comunitário harmonizar diretamente o direito penal e o direito processual penal nacionais. A doutrina trata esse assunto com reservas, condicionada à questão de saber se essa prerrogativa seria juridicamente impossível. A tutela dos interesses comunitários realiza-se dentro dos e para os Estados-Membros, os quais aplicam os procedimentos e as sanções nacionais.

A CE, de um lado, tem reconhecido em grande medida a soberania penal (*ius puniendi*) dos Estados-membros, porém, de outro lado, os órgãos nacionais e os sistemas jurídicos nacionais possuem funções comunitárias. O direito penal, o

(16) Regulamento do Conselho relativo aos controles e verificação efetuados pela Comissão para a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Européia contra as fraudes e outras irregularidades, JOCE, n. L 292, 1996. Cf. JAE Vervaele. “¿Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?”. *Revista del Poder Judicial*, p. 11-34.

(17) Como, por exemplo, no Regulamento 595/91 do Conselho de 04.03.1991, concernente às irregularidades e à recuperação de quantias indevidamente percebidas, segundo o quadro de financiamento da política agrícola comum, assim como à organização de um sistema de informação dentro dessa esfera, JOCE, n. L 67/11, 1991.

(18) Cf. o Regulamento 595/91 do Conselho de 04.03.1991, relativo às irregularidades e à recuperação de quantias indevidamente percebidas, segundo o quadro de financiamento da política agrícola comum, assim como à organização de um sistema de informação dentro dessa esfera, JOCE, n. L 67/11, 1991; e o Regulamento n. 515/97 do Conselho relativo à assistência mútua entre as autoridades administrativas dos Estados-membros e à colaboração entre estas e a Comissão, tendo em vista assegurar a correta aplicação das regulamentações aduaneira e agrícola, JOCE, n. L 82, 1997. John A. E. Vervaele. “Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación a la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea”. *Revista Vasca de Administración Pública*, p. 307-347.

processo penal, a polícia, o ministério público e o juiz penal estão integrados dentro de um ordenamento jurídico comunitário autônomo. A medida segundo a qual o direito penal e o processo penal entram em jogo para proteger o direito comunitário é, em princípio, dependente da seleção do Estado-membro (harmonização indireta). Na prática, porém, a saber no domínio econômico-financeiro, também em matéria de meio ambiente, saúde pública e outros, o direito penal e o processo penal estão sempre presentes em primeiro plano, e a criação e o exercício do *ius puniendi* devem, portanto, satisfazer a obrigações comunitárias de resultados. A ampliação e o aprofundamento do impacto do direito comunitário sobre o direito penal nacional e sobre o processo penal resultaram da jurisprudência da Corte de Justiça Europeia; impacto que é fortemente subestimado por um bom número de penalistas.¹⁹

3. Integração econômica e cooperação policial e judicial reforçada

Em virtude da realização da união aduaneira, do mercado interno, da livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais, e graças ao desaparecimento das fronteiras interiores, os intercâmbios intra-comunitários têm conhecido um importante crescimento. Todavia, a introdução da moeda única, o euro, acelera ainda mais este avanço. Assiste-se ao nascimento de um mercado comum europeu e um mercado europeu de capitais que, a médio prazo, desembocará em uma maior mobilidade de pessoas físicas e jurídicas. Estas últimas podem livremente oferecer serviços, instalar-se ou estabelecer-se em qualquer parte do território da União Europeia. A integração econômica é, portanto, uma realidade irreversível. A atividade intercomunitária é, pois, uma atividade transnacional, com a importante consequência que isso tem para a tutela dela mesma.

Pela primeira vez, decisões nacionais específicas têm um efeito no conjunto do território da União Europeia. Se a Comissão de Operações da Bolsa de Valores da França concede uma autorização a um agente de câmbio, esta autorização é válida para todo o mercado interno, por conseguinte, para Alemanha ou Espanha

(19) Sobre o direito penal europeu, cf.: G. Dannecker. "Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft", in Eser, Huber (eds), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 1995; Giovanni Grasso. *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*. Milano: Giuffrè, 1989. XII. Há versão em espanhol: Grasso. *Comunidades Europeas y derecho penal*. Trad. García Rivas, Cuenca, Universidade de Castilla la Mancha, 1993. P. Fimiani. *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, 1999. Bernardi. "Principi di diritto penale e diritto penale europeo". *Annali dell'Università di Ferrara*. Seção V, Scienze Giuridiche, 1998. vol. 11. Bernardi. "Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive". *Annali dell'Università di Ferrara*. Seção V, Scienze Giuridiche, 111, 1996. John A. E. Vervaele. *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994. L. Picotti. *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, 1999. G. Grasso. *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano: Giuffrè, 1998.

(a autorização é um passaporte europeu). Isto significa igualmente que as infrações cometidas pelo agente podem resultar na suspensão ou na revogação da autorização, a qual pode surtir efeito no conjunto do mercado interno. Em segundo lugar, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas realizam atividades em todo lugar dentro do mercado interno, as quais devem desenvolver-se seguindo as linhas traçadas pelos respectivos sistemas jurídicos nacionais. A tutela em matéria de atividades transnacionais implica, pois, por definição, a necessidade de recolher informações, impor medidas de controle ou investigar dentro do território dos diversos Estados-membros, recorrendo a atores, regimes e competências jurídicas divergentes; quando a imposição e execução das sanções, correspondentes a distintas competências, igualmente entram em jogo.

A despeito da ampliação e fortalecimento da integração econômica e monetária, o cenário penal-europeu encontra-se visivelmente fragmentado. Esse é um efeito relacionado à débil integração política européia. As normas jurídico-penais, e sobretudo processuais penais, dos Estados-membros, apresentam até o presente momento grandes diferenças entre si, sendo necessário reconhecer que a Convenção Européia de Direitos Humanos²⁰ tem produzido um efeito de harmonização sobre pontos essenciais.²¹ Situação que decorre do fato de que, por um lado, os Estados-membros não têm consciência suficiente do impacto da integração sobre a justiça e o direito penal, e, por outro lado, os Estados-membros, uma vez conscientes disso, têm mantido uma resistência defensiva com o fim de preservar sua soberania na esfera do direito penal.

Apesar disso, os Estados-membros mostram-se conscientes de que o *ius puniendi* não pode ser exercido numa ilha penal cujas fronteiras estão fechadas. A interdependência de nações unidas tornou-se demasiadamente importante. Isso porque os Estados-membros têm, desde os anos oitenta, o sinal verde para intensificar as diversas formas de cooperação judicial. A este respeito desenvolveu-se primeiro, por fora da estrutura da Comunidade Européia e dentro de um contexto intergovernamental, uma série de limitações aos Estados-membros. As Convenções de Schengen (1985 e 1991)²² constituem um marco no quadro dessa evolução. Schengen apresenta o mérito de haver dado forma à cooperação policial e de haver feito operativa a cooperação judicial em matéria penal; introduzindo, em relação a este último ponto, a colaboração direta, sem intervenções diplomáticas,

(20) Instrumento do Conselho da Europa, Fórum Europeu de Cooperação Cultural, COM 42, Estados-partes.

(21) M. Delmas-Marty. *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*.

(22) Acordo entre os governos dos Estados da União, Benelux, a República Federal da Alemanha e a República francesa relativo à supressão gradual de controles e fronteiras comuns, realizado em Schengen em 14.06.1985. Vide texto em *Revue générale de droit international public*, 1987, t. 91, p. 236. Convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14.06.1985, relativa à supressão gradual dos controles das fronteiras comuns, realizado em Schengen, em 19.06.1990. Vide texto em *Revue générale de droit international public*, 1991 (2), t. 95, p. 513.

e eliminando todas as formas de reserva (por exemplo, em matéria de impostos indiretos). Trata-se de importante passo em relação à colaboração judicial em matéria penal.²³

Esta evolução foi reforçada com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht (1992) e a criação da União Européia. A UE abrange, além da normativa da Comunidade Européia (primeiro pilar), um segundo pilar (cooperação em matéria de segurança e de assuntos exteriores) e um terceiro pilar (cooperação em matéria de justiça e assuntos internos). O terceiro pilar apresenta como pontos prioritários a imigração, a política em matéria de visto e a cooperação judicial em matéria civil, assim como a cooperação policial (com o compromisso de criação da Europol), a cooperação aduaneira e a cooperação judicial em matéria penal. O segundo e o terceiro pilar apresentam um importante caráter intergovernamental. As competências dos atores comunitários clássicos (Comissão, Parlamento Europeu, Corte de Justiça) são muito limitadas. As normas comunitárias referentes à elaboração da legislação comunitária e a seu prolongamento no ordenamento jurídico interno não se aplicam a esses dois pilares. Dentro do quadro do terceiro pilar, uma série de Convenções importantes têm surgido em matéria de cooperação judicial: a Convenção Europol já em vigor,²⁴ a Convenção de 2000 sobre a colaboração judicial em matéria penal²⁵ e a Convenção de Nápoles II em matéria de cooperação administrativa e judicial aduaneira.²⁶ Estas Convenções constituem uma abertura significativa na esfera da tutela transnacional, dado que as técnicas de investigação pro-ativas ou especiais foram introduzidas nas comissões rogatórias, como por exemplo, as interceptações de comunicações, a infiltração, a colocação de instrumentos de escuta, a entrega vigiada²⁷ etc. No quadro

(23) Convenção Européia de Cooperação Judicial em matéria penal de 20.04.1959, em vigor desde 12.06.1962.

(24) Convenção elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol), JOCE, C 316, 27.11.1995, p. 2-32.

(25) Convenção elaborada pelo Conselho em conformidade com o art. 34 do Tratado da União Europeia, relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, JOCE, C 197, 12.07.2000, p. 3-23.

(26) Convenção de Nápoles II, Ato do Conselho de 18.12.1997 que estabelece, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa à assistência mútua e à cooperação entre as administrações aduaneiras, JOCE, C 024, 23.01.1998, p. 1-1.

(27) "Entrega vigiada" é a técnica de investigação que permite que a remessa suspeita ou ilícita de substâncias entorpecentes, armas, dinheiro, ou de qualquer outro bem, ingresse, passe ou saia do território de um ou mais Estados com o conhecimento e a supervisão das respectivas autoridades competentes, com a finalidade de identificar pessoas envolvidas na prática de delitos. A apreensão dos bens não ocorre na fronteira, havendo vigilância permanente até chegarem a seu destino, para que assim possa ser identificado o maior número possível de pessoas implicadas na "rede criminosa".

Segundo o Relatório explicativo sobre a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Européia, pelo fato de tal

do terceiro pilar de Maastricht, adotou-se igualmente convênios que comprometem certos aspectos do direito penal material e do processo penal dentro dos Estados-membros. Trata-se de *harmonização direta em matéria de ius puniendi*, constituindo-se em bons exemplos a Convenção sobre fraude²⁸ e seu primeiro protocolo sobre corrupção.²⁹ O mesmo pode-se dizer do Plano de Ação adotado em matéria de combate ao crime organizado,³⁰ que conduziu a uma avaliação dos sistemas de colaboração judicial nos Estados-membros. Finalizando, em relação ao Tratado de Maastricht, os primeiros passos foram empreendidos com vistas a estabelecer formas de cooperação operacional que não estivessem vinculadas à soberania dos Estados-membros: a exemplo do Europol e da Rede Judiciária Européia.³¹ De todo modo, é importante ressaltar que nenhum dos dois instrumentos prevêem competência executiva de tutela; não passam, pois, de ações policiais e de investigação.

O Tratado de Amsterdã (1998) manteve a estrutura do terceiro pilar, porém, transferiu as matérias não penais (por exemplo, imigração e política de vistos) para o primeiro pilar. E mais, estas disposições e as do novo terceiro pilar formam parte de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” (art. 61, TCE).³² Igualmente, foram integrados os espaços adquiridos de Schengen. Também, as posturas dos atores comunitários foram reforçadas, porém, seguindo com a tônica de que as regras do jogo (do terceiro pilar) derrogam as regras comunitárias. Por outro lado, vários Estados-membros (a exemplo do Reino Unido) optaram por uma posição *out*, com a possibilidade de aderir posteriormente a esse espaço (*opting-in*). O espaço de liberdade, segurança e justiça é considerado objetivo essencial da UE, conforme estabelece o art. 2, TUE: “A União atribui-se os seguintes objectivos: (...) – a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em

documento não prever a definição da expressão “entrega vigiada”, esta deve ser “interpretada segundo o direito e as práticas nacionais”. E que o art. 12 “aplica-se, por exemplo, quando, com o consentimento dos Estados-membros interessados, a entrega ilícita tenha sido interceptada e autorizada a prosseguir com o conteúdo inicial intacto, removido ou integral ou parcialmente substituído”. Informa também que o Europol elaborou um “Manual das entregas vigiadas”. JOCE, n. C 379/17, de 29.12.2000 [NT].

(28) Ato do Conselho, de 26.07.1995, que estabelece a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, JOCE, n. C 316, 27.11.1995, p. 48.

(29) Primeiro Protocolo da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias. JOCE, n. C 313, 23.10.1996, p. 2-10

(30) Plano de Ação para combater a criminalidade organizada, *High Level 1997 Group*, 9 de abril.

(31) Ação comum, de 29.06.1988, concernente à criação de uma rede judiciária européia, JOCE, L 191/4, 1998.

(32) As citações em português dos artigos do tratado, das diretivas e propostas da Comunidade Européia foram transcritas dos textos originais disponíveis no site: <<http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/index.html>> [NT].

conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade". A cooperação policial e a cooperação judicial em matéria penal estão previstas no título VI, TUE, arts. 29 a 33.³³

O art. 29 contém explicitamente os objetivos: "facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate ao racismo e à xenofobia. Este objetivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e de armas, a corrupção e a fraude, por meio de:

- uma cooperação mais estreita entre forças policiais, autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, seja directamente ou por meio do Serviço Europeu de Polícia (Europol), nos termos do disposto nos arts. 30 e 32;

- uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, nos termos do disposto nas alíneas a) a d) do art. 31 e no art. 32;

- uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros, nos termos do disposto na alínea e) do art. 31."

Os arts. 30 e 31 detalham ainda mais esses objetivos:

"Art. 30

1. A acção em comum no domínio da cooperação policial abrange:

- a) A cooperação operacional entre as autoridades competentes, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços especializados responsáveis pela aplicação da lei nos Estados-Membros, no domínio da prevenção e da detecção de infracções penais e das investigações nessa matéria.

- b) A recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio de informações pertinentes, incluindo informações em poder de serviços responsáveis pela aplicação da lei respeitantes a transacções financeiras suspeitas, em especial através da Europol, sob reserva das disposições adequadas relativas à protecção dos dados de carácter pessoal.

- c) A cooperação e as iniciativas conjuntas em matéria de formação, intercâmbio de agentes de ligação, destacamentos, utilização de equipamento e investigação forense.

- d) A avaliação em comum de técnicas de investigação específicas relacionadas com a detecção de formas graves de criminalidade organizada.

2. O Conselho promoverá a cooperação através da Europol (...)."

(33) <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/>>.

“Art. 31.

A acção em comum no domínio da cooperação judicial em matéria penal terá por objectivo, nomeadamente:

a) Facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões.

b) Facilitar a extradição entre os Estados-Membros.

c) Assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a referida cooperação;

d) Prevenir os conflitos de jurisdição entre Estados-Membros.

e) Adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de drogas.”

É importante sublinhar que a competência em matéria de harmonização direta do direito penal e do direito processual penal tem lugar importante no Tratado da UE. Os objetivos de combater a criminalidade e garantir segurança aos cidadãos ocupam um lugar central. O terrorismo, o tráfico de seres humanos, os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de drogas, o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude são explicitamente citados, porém não se trata de um rol taxativo; existem propostas relativas à proteção do euro³⁴ e à luta contra as graves lesões ao meio ambiente.³⁵

Em segundo lugar, o Tratado de Amsterdã apresenta a base jurídica para estabelecer instrumentos de cooperação policial e judicial em matéria penal. O ponto principal neste âmbito é a elaboração da cooperação em operativos, entendidos como a colocação em marcha das ações de equipes comuns. Os operativos transfronteiriços não vão além disso, como prevê o art. 32, TEU: “O Conselho definirá as condições e limites dentro dos quais as autoridades competentes a que se referem os arts. 30 e 31 podem intervir no território de outro Estado-Membro em articulação e em acordo com as autoridades desse Estado”. As negociações sobre a matéria estão em curso e confirmam as sensibilidades nacionais.

O Tratado de Amsterdã constitui um importante passo adiante na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, porém não pode ser concebido como um espaço judicial comum europeu. Esse conceito adotado pelo Tratado de Amsterdã³⁶

⁽³⁴⁾ Decisão-quadro do Conselho, de 29.05.2000, sobre o reforço da proteção contra a falsificação de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras, JOCE, n. L 140, de 14.06.2000, p. 1-3.

⁽³⁵⁾ Iniciativa do Reino da Dinamarca para adoção de uma Decisão-quadro do Conselho sobre o combate aos crimes graves contra o meio ambiente, JOCE, n. C 039, de 11.02.2000, p. 5-7.

⁽³⁶⁾ Cf. também o Plano de Ação “espaço de liberdade, segurança e justiça”, Conselho e Comissão, JOCE, n. C 019, de 03.12.1998.

não derroga, tendo em vista os pontos de partida de base, o conceito clássico de cooperação de Estado a Estado, fundado sobre os Estados nacionais, dotados de um território nacional, que estão em busca de fórmulas utilizáveis em matéria de cooperação entre as autoridades policiais e as autoridades judiciárias.³⁷ Os Estados-membros continuam protegendo sua soberania e seu território como ponto de partida de sua tutela penal, inclusive quando se trata de assuntos transnacionais dentro da UE.

Quando da Cúpula de Chefes de Estado (Conselho da Europa) e dos Estados-membros de Tampere (Finlândia) em 1999, defendeu-se, entre outras conclusões, o reconhecimento mútuo de decisões penais, entendendo-se por tais as da fase preliminar e a favor da circulação de provas. O significado que essa terminologia, resultante do mercado comum interno, pode ter para o campo da justiça penal não está a primeira vista claro. Verifica-se, de todo modo, que a Comissão e o Conselho encarregaram-se de executar essas conclusões, o que conduziu à colocação em marcha de um *scoreboard*³⁸ e de uma multiplicidade de iniciativas relativas à Comissão e ao Conselho.³⁹ A Comissão está à procura de fórmulas para executar as sanções (penas de prisão, multa, confisco) dentro do espaço europeu, considerando o princípio do *non bis in idem*. Também, retoma pontos políticos relativos aos mandados de prisão e extradição.

Para terminar, faz-se necessário sublinhar que, na última Cúpula de chefes de governo, em Nice, em dezembro de 2000, foi firmado um acordo sobre o novo Tratado UE, de Nice, que deverá entrar em vigor no ano de 2002. O Tratado de Nice não apresenta novidades espetaculares no que concerne à nossa temática. Apenas é importante por em relevo que o Tratado estabelece ao lado do Europol, a Eurojust⁴⁰ (Unidade Européia de Cooperação Judiciária) – arts. 29 e 31.

A Eurojust tem como objetivo tornar mais eficaz a cooperação judicial, sem alterar as regras de territorialidade ou de competência. Trata-se de uma coordenação entre as Procuradorias Nacionais, em especial em matéria de criminalidade organizada. A Eurojust teria competência para criar equipes comuns de investigação especial, formadas por agentes judiciais de diferentes Estados-membros e com capacidade de operar em seus territórios, porém sempre no marco dos tratados

(37) Cf. contribuição de A. Klip e J. A. E. Vervaele (ed.). *Transnational enforcement of the financial interests of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the "Corpus Juris"*. Antwerp/Groningen Oxford, Intersentia, 1999.

(38) O termo *scoreboard* é utilizado em referência ao Painel de avaliação dos progressos realizados na criação de um "espaço de liberdade, segurança e justiça" que a Comissão deve apresentar ao Conselho e ao Parlamento, com o compromisso de revê-lo uma vez a cada Presidência. Ver COM(2000), 782 final [NT].

(39) <<http://ue.eu.int/Jai/>>.

(40) Comunicação da Comunidade Européia sobre o estabelecimento da Eurojust, COM(2000), 746 final; iniciativa de Portugal, França, Suécia e Bélgica, JOCE C 243, 24.08.2000; iniciativa da Alemanha, JOCE, n. C 206, 19.07.2000.

existentes. Desde março de 2001 funciona a Unidade Provisória da Eurojust. Delegados das Procuradorias Nacionais reúnem-se em Bruxelas, na sede do Conselho de Ministros, para coordenar investigações penais e comissões rogatórias internacionais.

Em resumo, é possível afirmar que, a partir dos Tratados de Maastricht e Amsterdã, no que compreende a integração de Schengen no sentido da estrutura da União, foram dados importantes passos em vista da operatividade da cooperação policial e judicial em matéria penal, e a elaboração de uma harmonização mínima no domínio do direito penal e do processo penal dos Estados-membros. De todo modo, não se trata, todavia, de um espaço judicial europeu e de uma integração em matéria de justiça penal. As competências da polícia, do ministério público e dos tribunais estão determinadas no âmbito nacional e estão, em princípio, limitadas ao território nacional.

4. *Corpus Juris*: integração europeia, territorialidade europeia e justiça penal

4.1 Contexto político

O projeto de *Corpus Juris* não está separado da evolução esboçada acima. Essencialmente, o Parlamento Europeu, assim como a Comissão Europeia, não pôde esconder sua decepção frente à estrutura de pilares dotada de regras diferentes e, especialmente, frente aos resultados do terceiro pilar. Ambas as instituições preferiam desenvolver a política comunitária em matéria de justiça, aplicando as regras comunitárias vinculadas à agenda comunitária. Porém, há muito tempo os Estados-membros vêm demonstrando resistência para avançar nesse aspecto, entendendo que não haveria necessidade de harmonizar a legislação penal, pois equivaleria a não reconhecer a presença da soberania nacional, e, portanto, que a aplicação real e efetiva das regras de cooperação seria suficiente. Tanto o Parlamento Europeu quanto a Comissão Europeia combateram sempre este ponto e adotaram a posição segundo a qual os interesses financeiros da CE (luta contra a fraude no interior da CE: subvenções, direito aduaneiro, IVA) estariam insuficientemente protegidos pelos Estados-membros no âmbito penal, em razão de:

- incriminações ausentes ou insuficientes;
- diferenças quanto à competência extraterritorial;
- diferenças quanto ao processo (competências e provas);
- lacunas em matéria de regulamentação e de funcionamento da cooperação;
- diferenças quanto às possibilidades de sanção e à medida da pena;
- lacunas quanto à execução transnacional de sanções.

Na análise realizada pelo Parlamento europeu em relação à fraude aduaneira vinculada ao trânsito, veio à tona que efetivamente existiam algumas lacunas materiais e procedimentais no seio da UE, lacunas que necessitariam de medidas

complementares.⁴¹ Em razão da difícil implementação do quadro do terceiro pilar, e da lentidão e débil propensão dos Estados-membros a ratificar os convênios adotados nesse quadro, o Parlamento Europeu solicitou à Comissão Européia efetuar um estudo sobre as possibilidades de harmonização do direito penal e do direito processual penal, objetivando uma eficaz proteção dos interesses da CE. Este estudo científico foi então realizado sob a direção da Profa. M. Delmas-Marty entre 1995-1996, resultando na publicação do *Corpus Juris* em 1997.⁴² O *Corpus Juris* 1997 pode ser considerado como um "Livro Verde", um projeto com vista a uma justiça penal européia no sentido da UE. Ressalta-se, porém, que este não tem a pretensão de ser um projeto de direito penal europeu positivado ou de direito processual penal europeu positivado, e tampouco pode ser visto como tal. O *Corpus Juris* contém 35 artigos, apresentando em síntese: 1) oito artigos referentes às incriminações (parte especial); 2) oito artigos referentes à parte geral; 3) onze artigos referentes ao processo, no que concerne ao ministério público europeu e ao juiz de liberdades; e 4) cinco artigos relativos às garantias do processo e aos direitos fundamentais. Não é surpreendente, pois, que o *Corpus Juris* tenha sido objeto de debates importantes não somente no âmbito acadêmico,⁴³ senão também no mundo político e no terreno operacional.⁴⁴ A maioria dos Ministros de Justiça no seio da UE assumiu a postura de fazer saber ao respectivo parlamento nacional que as proposições do *Corpus Juris* seriam irrealizáveis, porque estas não poderiam ser conciliadas com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional. Por outro lado, o aumento da cooperação entre os Estados-membros seria uma medida suficiente e eficiente de combate à fraude na CE. Um bom número de Ministros de Justiça (entre outros, Mme. Guigou, da França) foi partidário de avanços mais radicais, porém esse posicionamento não foi sustentado pelos respectivos Primeiros-Ministros e/ou Ministros do Interior.

Com o fim de examinar se era procedente a crítica segundo a qual o *Corpus Juris* seria incompatível com o direito nacional, o Parlamento Europeu e a Comissão Européia demandaram um estudo a um grupo de especialistas *ad hoc*, sob a

(41) Parlamento Europeu, Comitê de Investigação do sistema de circulação comunitária, Relator E. Kelett-Bowman, Informe Final e Recomendações: PE 220.895/finm 1997. Esta investigação confirma os resultados dos estudos comparativos efetuados em matéria de proteção administrativa e penal, anteriormente realizados por solicitação do Conselho e executadas por grupo de especialistas sob a responsabilidade da Comissão Européia.

(42) *Corpus Juris*, Comunidade Econômica, Paris, 1997. Ver também: Bacigalupo. *Hacia un espacio judicial europeo*. *Corpus juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid: Colex, 1998.

(43) O texto está disponível em todas as línguas oficiais da UE e tem sido objeto de discussão nos congressos e revistas científicas.

(44) Vide os debates dentro do quadro do *follow up* da Convocação de Genebra. Nesse chamamento proveniente dos representantes do Ministério Público e dos juizes de instrução e dirigido aos representantes políticos foi determinado a estes últimos fazer da cooperação judicial em matéria penal um instrumento eficaz.

direção da Profa. M. Delmas-Marty e do Prof. John A. E. Vervaele. Estes encarregaram-se de examinar as compatibilidades entre as disposições do *Corpus Juris* e as regras nacionais dos Estados-membros. Ao mesmo tempo, realizou-se um estudo sobre os pontos problemáticos específicos da cooperação horizontal e vertical (com a Comissão Européia), tanto no âmbito da cooperação administrativa, como no âmbito da colaboração judicial. A pesquisa resultou numa quantidade importante de informações em matéria de direito comparado. Existem, efetivamente, pontos de atrito entre o direito penal nacional e o *Corpus Juris*, porém, estes não têm a dimensão apresentada pelos responsáveis políticos. Os pontos mais difíceis não se situam tanto dentro das disposições de harmonização material, senão dentro das disposições vinculadas ao Ministério Público nacional, às suas garantias. E há um bom número de novos pontos, os quais exigem incontestavelmente adaptações do direito nacional. Sobre outros pontos, buscou-se a melhor síntese entre as diferentes tradições dos Estados-membros.

Igualmente, o estudo conduziu ao aperfeiçoamento técnico do próprio texto do *Corpus Juris* e à seleção de um bom número de políticas que devem ser modificadas para a realização do mesmo nos Estados-membros. Por esta razão, decidiu-se, por parte do citado grupo, melhorar o texto do *Corpus Juris* de 1997. O que resultou em uma nova versão (a segunda) do *Corpus Juris*: o *Corpus Juris* 2000,⁴⁵ publicado por enquanto na língua inglesa e francesa (*Corpus Juris*, volume I),⁴⁶ com uma relação de sínteses e quadros sobre o direito comparado. As propostas dos relatores nacionais são igualmente publicadas em inglês e francês (*Corpus Juris*, volumes II e III). O *Corpus Juris* volume IV apresenta contribuições específicas em matéria de cooperação horizontal e vertical, ou seja, colaboração judicial, cooperação administrativa, segredo de justiça, sigilo bancário, recursos em matéria de cooperação judicial etc.

No curso dos estudos do *Corpus Juris*, a direção da Comissão Européia, sob a presidência de Santer, foi forçada à demissão coletiva, devido à corrupção interna e aos escândalos de fraudes.⁴⁷ Em consequência, o Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude (OLAF) ganhou uma semi-autonomia. O Comitê de Expertos, encarregado de investigar os assuntos que desencadearam a demissão, no segundo informe, defendeu a introdução do Ministério Público europeu, ao menos para os temas relativos à luta contra a fraude e à corrupção interna no seio das instituições européias. O controle judicial sobre o OLAF estaria também regulado.

O Parlamento Europeu acolheu plenamente as propostas do Comitê de Expertos e os resultados apresentados pelo *Corpus Juris*, e, então, demandou à Comissão

(45) O texto dos 35 artigos está disponível em <<http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>>. Para o informe das sínteses, vide publicação.

(46) M. Delmas-Marty e J. Vervaele (red). *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres. Dispositions pénales pour la protection des Finances de l'Europe*. Vv. I, II, III e IV. Existe também versão em inglês.

(47) J. A. E. Vervaele. "¿Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?". *Revista del Poder Judicial*, p. 11-34.

elaborar proposições encaminhadas à implementação de ditas conclusões. No ano 2000, a Comissão Européia apresentou, durante a Conferência Intergovernamental de Nice (CIG de Nice), uma proposta,⁴⁸ com o fim de introduzir no Tratado da CE o art. 280 bis, que previa a instituição do Ministério Público Europeu para perseguir a fraude no âmbito da CE:

“Art. 280 bis:

1) com o fim de contribuir para a realização dos objetivos do § 1 do art. 280, o Conselho, após pronunciamento da Comissão por maioria qualificada e prévio ditame favorável do Parlamento Europeu, nomeará por um período de seis anos não prorrogável um Procurador Europeu. O Procurador Europeu terá como missão investigar, acusar e enviar a juízo os autores ou cúmplices de infrações que afetem os interesses financeiros da Comunidade e promover, junto aos órgãos judiciais competentes dos Estados-membros, a ação pública relativa a estas infrações no marco das normas previstas no apartado 3.

2) O Procurador Europeu será eleito entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e que reúnam as condições requeridas para o exercício, em seus países respectivos, das mais altas funções judiciais. No cumprimento de sua tarefa não solicitará nem aceitará nenhuma instrução. Quando não mais reunir as condições necessárias para o exercício de suas funções ou houver cometido uma falta grave poderá ser destituído pelo tribunal de Justiça, a pedido do Parlamento, do Conselho ou da Comissão. Com respeito ao procedimento estabelecido no art. 251, o Conselho estabelecerá o estatuto do Procurador Europeu.

3) O Conselho, de acordo com o procedimento contemplado no art. 251, fixará as condições do exercício das funções de Procurador Europeu, adotando:

a) um Regulamento que estabeleça os elementos constitutivos das infrações penais relativas à fraude e a qualquer outra atividade ilegal que afete aos interesses financeiros da Comunidade assim como as penas aplicadas a cada uma delas;

b) as normas de procedimento aplicáveis às atividades do Procurador Europeu e as normas pelas quais se controlará a admissibilidade das provas;

c) as normas aplicáveis ao controle jurisdicional dos atos de procedimento adotados pelo Fiscal Europeu no exercício de suas funções.”

Os chefes de governo mostraram em Nice uma grande divergência de opinião a respeito de institutos fundamentais, demonstrando sua incapacidade para tomar decisões com relação a esse aspecto. Não surpreende, pois, que esta proposta não tenha sido aceita e que a modificação tenha limitado-se à aceitação da Eurojust (vide supra). Em todo caso, a criação do Ministério Público Europeu para luta contra a fraude na CE permanecerá na agenda política e verificar-se-á se a operatividade do OLAF, do Europol e da Eurojust servirá de base para essa criação.

(48) Comunicação da Comissão de 29.09.2000 relativa à proteção penal dos interesses financeiros comunitários: um Procurador Europeu, COM (2000) 608 final.

4.2 As propostas do Corpus Juris 2000

O *Corpus Juris* está organizado a partir de seis principais diretrizes e contém duas partes, uma referente ao direito penal e outra, ao processo penal.

No que diz respeito ao direito penal, o *Corpus Juris* prevê oito incriminações, das quais, quatro podem ser cometidas por qualquer pessoa: fraude aos interesses financeiros das Comunidades européias e delitos similares, fraude em matéria de licitação de obras públicas, lavagem e encobrimento, organização criminosa; e quatro delitos que apenas podem ser cometidos por funcionários nacionais e/ou comunitários: corrupção, malversação, abuso de funções e revelação de sigilo funcional.

Com efeito, o art. 1 regula a fraude aos interesses financeiros e o art. 2 a fraude em matéria de circulação de mercadorias. Estes constituem os artigos base (*predicate offence*); as outras incriminações vinculam-se a estas. Do princípio da legalidade são corolários a exigência de *lex certa* e a proibição da interpretação analógica, bem como da retroatividade *in pejus*.

A idéia subjacente desse *Corpus Juris* ao prever oito incriminações é de realizar uma harmonização total dos tipos penais em matéria de fraudes comunitárias e corrupção. Esta parte não é demasiadamente revolucionária porque, no seio do terceiro pilar, bom número de convenções obriga os Estados-membros a adaptar sua legislação penal em matéria de fraude e corrupção. O problema é que os Estados-membros tardam a ratificar as convenções e adaptar suas próprias leis.

Os arts. 9 a 13 contêm disposições relacionadas ao crime. Trata-se de uma harmonização mínima sobre o elemento subjetivo, o erro, a responsabilidade penal (individual, dos dirigentes das pessoas jurídicas) e a tentativa. Tanto o dolo como a culpa (imprudência grave ou negligência grave) são considerados elementos subjetivos. Este ponto reflete-se também na responsabilidade dos dirigentes ou de todas as pessoas que exerçam poderes de decisão, ou poderes de controle importantes no seio de uma empresa. O fato de ter faltado com sua obrigação de vigilância ou de controle revela a responsabilidade penal. Um tema importante é, evidentemente, que o *Corpus Juris* impõe a responsabilidade das pessoas jurídicas e que esta pode ser cumulada com a responsabilidade penal das pessoas físicas. Em relação à responsabilidade da pessoa jurídica, haverá que se provar também o elemento subjetivo (dolo/culpa) de um órgão, de seu representante ou de qualquer outra pessoa que atue em seu nome ou que tenha poder de decisão, de direito ou de fato.

Os arts. 14 a 17 prevêm sobre as penas principais e acessórias, a medida da pena, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as regras dos concursos material e formal. Em relação às penas principais e acessórias, o *Corpus Juris* prescreve penas máximas elevadas, porém deve sublinhar-se que será aplicado o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, as penas devem ser proporcionais à gravidade da infração, bem como à culpabilidade do autor e às circunstâncias pessoais. É importante ressaltar a possibilidade de perda, por parte do acusado, dos produtos do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito por ele auferido com

a prática do delito, inclusive mesmo se o elemento subjetivo não estiver provado (a prova do elemento objetivo é suficiente).⁴⁹

Há que se considerar também que na parte geral, contrariamente ao que ocorre na parte especial, verifica-se uma harmonização mínima. O art. 35 do *Corpus Juris* prevê que os arts. 9 a 17 sejam completados pelo direito penal nacional, quando necessário. Ademais, para os arts. 9 a 16 (por conseguinte, não para o caso de concurso), devem ser aplicadas apenas as disposições da lei favorável ao acusado (*lex mitior*).

A parte mais revolucionária é incontestavelmente a parte relativa ao processo penal. Foram adotados três princípios diretrizes: o princípio da territorialidade europeia, o princípio do juiz natural e o princípio do contraditório. Em matéria de processo penal, devido às diferenças substanciais no seio da União – a saber, as diferenças entre a tradição do *common law* e a tradição continental, procura-se alcançar uma simbiose entre as tradições jurídicas. Pretende-se, ademais, um modelo utilizável, vinculado na medida do possível aos sistemas de justiça penal dos Estados-membros. Não há nada mais fácil que esboçar uma administração de justiça penal inteiramente supranacional, dotada de uma polícia europeia, de um ministério público europeu, juízes penais europeus e uma prisão europeia. Porém, uma decisão nesse sentido não foi tomada ainda. A estrutura procedimental do *Corpus Juris* está em grande parte relacionada a autoridades penais nacionais.

Um dos grandes problemas atuais é o fracionamento e ausência de coordenação operacional em relação aos assuntos internacionais. Por isso, optou-se pela instauração de uma autoridade de persecução central, o Ministério Público Europeu (MPE), o que não significa que o rol do Ministério Público nacional seja anulado, senão o contrário. O MPE está composto de um Procurador Geral Europeu (PGE) e de Procuradores Europeus Delegados (PED) dentro dos Estados-membros (art. 18). Os poderes delegados dos PED podem ser objeto, por sua vez, de uma subdelegação parcial limitada *ratione materiae* e *ratione temporis*, a uma autoridade nacional, tendo esta as mesmas competências dos oficiais de polícia judicial ou de polícia administrativa (art. 20, (4)). O MPE compreende, pois, toda essa estrutura de atores do sistema penal. O PGE não é mais que uma autoridade central que chefia a todos.

O MPE deve ser informado de todos os fatos que configurem alguma das incriminações definidas nos arts. 1 a 8 do *Corpus Juris* tanto pelas autoridades nacionais (polícia, funcionários da Fazenda ou da Alfândega, procuradores, juízes de instrução), como pelo OLAF. O dossiê (inquérito) deve ser transferido ao MPE. (art. 19). Este pode também ser informado da notícia do crime por intermédio de qualquer cidadão ou da Comissão. As autoridades nacionais estão obrigadas a submeter-se à autoridade europeia, no mais tardar no momento em que existir

⁽⁴⁹⁾ J. Vervaele. "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". *Actualidad Penal*, p. 291-315. J. Vervaele. "Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America". *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, p. 954-974.

indícios graves e verossímeis de culpabilidade de uma pessoa ou do emprego de medidas cautelares, tais como a prisão, a busca e a autorização para realizar escutas telefônicas. O MPE não é apenas uma autoridade reativa, mas pode também atuar de ofício (pro-ativa).

O MPE pode, então, (art. 19):

- instaurar inquérito e (deve) denunciar (aplica-se o princípio da obrigatoriedade);

- deferir às autoridades nacionais as investigações das infrações leves ou das que afetem principalmente os interesses nacionais;

- resolver se o acusado reconheceu sua culpa, se reparou o dano e restituiu os fundos irregularmente percebidos;

- acordar a autorização de transação à autoridade nacional, segundo os critérios estabelecidos no *Corpus Juris* (art. 22, 4, b); o acordo de transação será submetido em todo caso ao juiz de liberdades.

As investigações relativas às infrações dos arts. 1 a 8 estão regidas pelos mesmos princípios, pouco importa quem é o encarregado das investigações (o PGE ou o PED). Em face da necessidade de investigação, de persecução e de execução, o conjunto de territórios dos Estados-membros da União constituem um espaço judicial único (território europeu – art. 18). Como consequência, os interrogatórios dos acusados, a colheita de provas, as buscas, as citações, as escutas, os comparecimentos aos depoimentos, as prisões ou notificações submetidas ao controle judicial, podem ser exercidas pelo PGE ou pelo PED por todo o território europeu. O PGE da Procuradoria de Paris (também o PED) não tem mais necessidade de realizar uma comissão rogatória para investigar a sede de uma sucursal de um banco francês em Marbella na Espanha. Os procedimentos de colaboração judicial são substituídos pelo exercício da competência da Procuradoria européia. Para evitar que este poder efetivo da Procuradoria (por meio do PGE ou do PED) seja um perigo real para as liberdades na Europa, o *Corpus Juris* prevê sobre a base do princípio do juiz natural, que durante a fase preparatória a jurisdição seja exercida por um juiz independente e imparcial, quer dizer, pelo “juiz de liberdades” designado por cada Estado-membro no seio da jurisdição nacional (art. 25 bis). Este juiz de liberdades, que pode inclusive ser um juiz de instrução, porém também um magistrado encarregado desta função, deve previamente autorizar todas as medidas restritivas de direitos e liberdades. Então, no caso apresentado como exemplo, o PGE ou a Procuradoria de Paris (ou o PED) necessitaria de uma autorização prévia do juiz de liberdades espanhol para efetuar as pesquisas de Marbella. Em caso de urgência, admite-se um controle *a posteriori* no transcurso de 24 horas. O juiz de liberdades pode também expedir um mandado de prisão europeu, executável por todo o território da UE. As pessoas assim detidas podem ser levadas ao território do Estado-membro requerente ou onde sua presença se faça necessária. O juiz de liberdades estabelece também o controle da prisão provisória.

Quando o MPE der por encerradas as investigações, decidirá se denuncia ou se reenvia o caso ao juiz (art. 21). O MPE cuida para que ninguém seja perseguido ou condenado penalmente dentro dos Estados-membros em razão de uma infração

prevista nos arts. 1 a 8, pelas quais tenha sido já absolvido ou condenado definitivamente, dentro de um dos Estados-membros da UE (*ne bis in idem* europeu, art. 23, 1, *b*). Se decidir reenviar o caso, deve submeter esta decisão ao juiz de liberdades, o qual cede a jurisdição nacional de reenvio. Em efeito, todas as infrações previstas no *Corpus Juris* são, por aplicação do princípio do juiz natural, julgadas pelas autoridades nacionais, independentes e imparciais. É evidente que os assuntos transnacionais podem ser julgados em várias jurisdições. Para evitar que a decisão de competência jurisdicional possa afetar direitos do acusado (*forum shopping*), o MPE pode revisar tal decisão.

No seio do Comitê de Expertos debateu-se a possibilidade de submeter a decisão de reenvio, não a um juiz de liberdades, senão a uma câmara preliminar européia, similar à câmara criada para o tribunal internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para o futuro Tribunal Penal Internacional (TPI). Esta fórmula apresenta a vantagem de evitar o casual *forum shopping* por parte do MPE, mas, por outro lado, revela também o inconveniente de introduzir uma segunda instância européia. Esta solução é preferível desde o ponto de vista jurídico, porém não foi acolhida por motivos de viabilidade política do projeto.

A fase de julgamento está regida pelo princípio do contraditório: igualdade das partes e reconhecimento do direito de defesa. Os arts. 26 a 34 estabelecem sobre os citados princípios. Com efeito, esses dispositivos representam uma codificação da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos e também uma simbiose entre os processos penais da Inglaterra e do Velho Continente. São admitidas provas escritas obtidas durante a fase investigatória, e está garantido o direito de que durante o interrogatório o acusado seja assistido por um advogado. O art. 29 define direitos do acusado e o momento a partir do qual esses direitos devem ser observados.

A não obrigação de produzir provas contra si, garantida ao acusado, aplica-se aos documentos que estaria obrigado a apresentar durante a investigação administrativa preliminar ou durante a instrução penal (sejam obrigações comunitárias ou nacionais). Está prevista a exclusão de provas produzidas com violação dos direitos humanos. De todo modo, estas provas não serão eliminadas quando sua admissão não atentar contra os princípios de um processo equitativo (*Schutznorm*).

O *Corpus Juris* prevê, no art. 27, o princípio do duplo grau de jurisdição (um recurso de fundo e alguns recursos específicos similares aos da Corte de Justiça) (art. 28).

Quando a decisão condenatória transita em julgado, deve-se fazer conhecer imediatamente ao MPE e às autoridades dos Estados-membros designados como lugar da execução da condenação. Para algumas penas, como o confisco, a privação de direitos ou a publicação da sentença, a execução da sentença pode ser efetuada em um ou vários Estados-membros. Os julgamentos em matéria penal são automaticamente reconhecidos. O MPE tem competência para autorizar, se for o caso, a transferência da pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade, quando esta solicitar ser encarcerada em outro Estado-membro diverso daquele designado pelo juiz que proferiu a condenação (art. 23, 1, *a*).

Todas essas regras processuais (fase preliminar, fase de instrução e julgamento, e fase de execução) poderão ser complementadas pelo direito nacional, quando as circunstâncias assim requererem.

4.3 *O espaço judicial europeu e a Procuradoria européia*

O *Corpus Juris* contém um modelo, não de um ministério público centralista, supranacional (Procuradoria Européia), mas, de um ministério público de direito penal europeu, tendo como ponto de partida um espaço judicial europeu, tanto para os atores encarregados da investigação e da acusação, como para os que exercem a defesa. O modelo traçado constitui, a meu ver, um bom equilíbrio das necessidades de preservar as liberdades; uma harmonia entre a função espada e a função escudo do direito penal europeu. O modelo repousa em grande parte sobre os atores e os sistemas existentes de administração da justiça no seio dos Estados-membros. Na prática, o MPE tem a possibilidade de enviar numerosos casos às autoridades nacionais (PED e seus similares no âmbito nacional); e, apesar do princípio da obrigatoriedade, foram introduzidos no sistema, suficientes filtros de seleção: a classificação imediata por parte do MPE e a transação no âmbito nacional. De todo modo, questiona-se se não teria sido razoável conferir aos ministérios públicos nacionais a faculdade para o arquivo imediato, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, sob a responsabilidade e controle do MPE. O modelo oferece a possibilidade de o MPE elaborar a política criminal da própria instituição. Permite-se, de outro lado, elaborar denúncia (ao MPE), assim como requerimentos de transação, arquivo e persecução. Sobre a base de uma boa política criminal e ações precisas por parte do MPE, é possível submeter o exame de assuntos transnacionais importantes aos juízes penais. O modelo apresenta também a vantagem de convocar órgãos administrativos nacionais e comunitários para o seio da administração da justiça. Estas adaptações são, a meu entender, necessárias, todavia, para precisar o lugar do Europol no seio da estrutura do MPE.

É possível executar progressivamente o *Corpus Juris*. Uma possibilidade consistiria em avaliar o sistema sobre a base dos assuntos penais relativos à fraude e à corrupção cometidos por funcionários da UE. Seja como for, deve-se decidir um lugar explícito do MPE no Tratado. Parece-me ideal retomar dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça, disposições relativas ao espaço judicial europeu, ao MPE e aos juízes de liberdades (ou uma câmara preliminar européia). Determinar se estes temas devem ser inseridos no primeiro ou no terceiro pilar constitui um problema espinhoso e sensível.⁵⁰ De todo modo, o importante é que o MPE seja combativo e completamente independente dos executivos europeus e nacionais, de maneira que tenha o poder de fazer valer seu rol de magistrato

(50) J. A. E. Vervaele. “¿La aplicación efectiva y salvaguardia del derecho comunitario en los pilares primero y tercero del Tratado de la Unión Europea: una separación de bienes?”. *Revista Vasca de Administración Pública*, p. 239-258.

dos sobre o plano europeu e de acordo com a tradição das liberdades públicas na Europa. Os contornos da Eurojust (cfr. supra) não podem, porém, referir-se nem a uma organização operacional, nem a uma organização necessariamente independente.

Frente ao resultado negativo da Conferência Intergovernamental de Nice e à instalação da Eurojust, a Comissão Européia e o Parlamento Europeu, todavia, não se renderam. Em primeiro lugar, verifica-se uma atividade legislativa interessante objetivando a construção de um direito penal comunitário. Exemplos são as propostas de diretivas para combater a fraude comunitária e sérias violações ao meio ambiente.⁵¹ Ambas propostas de diretivas contêm normas que constituem uma harmonização direta em matéria penal. O objetivo é impor aos Estados-membros uma harmonização em matéria de tipos penais: a definição do crime (elementos objetivos, elementos subjetivos) e a cominação da sanção penal. As propostas de diretivas são atualmente objeto do procedimento de co-decisão entre o Conselho e o Parlamento Europeu.

À iniciativa dos Estados-membros, o Serviço Jurídico do Conselho de Ministros elaborou um parecer jurídico⁵² sobre a competência no primeiro pilar (direito comunitário) para harmonização em matéria penal. O Serviço Jurídico do Conselho de Ministros entende que deve haver competência no direito comunitário para harmonização no âmbito penal, sob a condição de que essa medida seja estritamente necessária para os objetivos da política comunitária (mercado interno, união aduaneira, quatro liberdades, políticas comuns etc.) e que não seja uma harmonização em matéria penal que resulte na “aplicação do direito penal nacional” ou na “administração da justiça” pelos Estados-membros, nos termos utilizados nos arts. 135 e 280 do Tratado CE. Considera ainda que nesses termos estão incluídos aspectos do processo penal, da organização jurisdicional, da discricionariedade da aplicação das normas penais, como da aplicação das penas ou do uso do princípio da oportunidade.

O fato de o Serviço Jurídico do Conselho de Ministros, normalmente bastante favorável a uma política intergovernamental, ter competência para se pronunciar a respeito do direito penal comunitário, e a exercer positivamente, é de grande interesse, ainda que sua opinião não seja vinculante. De fato, no caso de o Conselho aprovar instrumentos similares (decisões-marco do terceiro pilar) com o mesmo conteúdo, a Comissão Européia e o Parlamento Europeu podem submeter ditos instrumentos ao controle da Corte de Justiça diante da violação de competências comunitárias (art. 230, TCE). Seria útil “provocar” uma decisão da Corte de Justiça a esse respeito, para oferecer segurança jurídica e para definir claramente quem e como se tem que elaborar uma tutela penal de interesses fundamentais da política comunitária, como em matéria financeira (informação privilegiada e violação de sigilo profissional), matéria de mercado de valores (lavagem de dinhei-

(51) COM (2001) 139 final, de 13.03.2001, 2001/0076 (COD).

(52) Estas opiniões não são publicadas, pois são de caráter reservado.

ro), matéria econômica (delitos econômicos), matéria ambiental, proteção penal do euro etc.

Ao lado da tutela penal dos interesses fundamentais da política comunitária e da elaboração de uma harmonização penal comunitária, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu seguem também convencidos de que existe a necessidade de um espaço judicial europeu, com uma Procuradoria Europeia e juízes de liberdade nos Estados-membros para garantir os direitos de defesa e as normas básicas do devido processo. Por este motivo, a Comissão Europeia publicou em dezembro de 2001 um *Livro Verde sobre a Procuradoria Europeia*. O *Livro Verde* é um documento aberto que convida aos atores dos Estados-membros a participar do debate e a formular suas posições a respeito do tema, o qual tem como objetivo principal determinar a estrutura da Procuradoria Europeia, concretizando a proposta da Comissão Europeia na Conferência Intergovernamental de Nice. Qualquer pessoa poderá participar da discussão na primavera de 2002, pois a Comissão Europeia organizará uma audição pública a respeito. Depois da coleta de todas informações providas por atores públicos e privados, a Comissão elaborará uma proposta legislativa com a finalidade de estabelecer a agenda da Procuradoria Europeia na Conferência Intergovernamental de 2004, e, consequentemente, introduzir a Procuradoria Europeia no Tratado da União Europeia.

A necessidade de uma reforma é real,⁵³ não apenas em razão dos problemas atuais, senão também em vista do futuro imediato. O espaço europeu requer uma proteção penal de bens jurídicos ultrapassando a noção de Estado-nação e seu *ius puniendi*, para proteger:

- os bens jurídicos da própria UE: os interesses financeiros da UE, a moeda única (o euro), contra as fraudes e a corrupção interna no seio das instituições da UE;
- os bens jurídicos relativos aos aspectos transnacionais do mercado interno, a união aduaneira e as políticas comuns vinculadas à concorrência, ao meio ambiente, à alimentação, à segurança etc.
- os bens jurídicos postos a perigo pela criminalidade transnacional.

Ademais, com a redefinição do território (mercado interno, união alfandegária) e a crescente integração do Estado-nação neste território, é imprescindível que sejam estabelecidas competências relativas à investigação e ao processo penal que sejam capazes de proteger os bens jurídicos no espaço comum. As regras de competência da Procuradoria e da Magistratura têm que ser redefinidas à luz das necessidades urgentes. Quanto tempo terá que esperar o cidadão para ver surgir na Europa um combate efetivo, por intermédio do direito penal, ao tráfico de seres humanos, à grande criminalidade econômica e financeira, à contaminação grave do meio ambiente por parte de navios gigantes, ao tráfico fraudulento da alimenta-

(53) Cf. *Dictamen de información dispuesto por la delegación de la Asamblea Nacional para la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude dentro de la UE*, Paris, 22.06.2000.

ção de animais e dentro da alimentação? Compreenderá o cidadão que, no caso de falsificação do euro, não tenha sido adotada uma solução sensata de ordem nacional e internacional?

Os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos e o *momentum* criado na União Européia têm sua relevância para a integração da Justiça Penal na União Européia. O perigo consiste em que sejam impostas soluções *ad hoc*, pouco meditadas, justificadas pelo momento de urgência, sem ter em conta as necessidades muito mais amplas da agenda comunitária e da União, à margem dos princípios-chave do estado de direito. Ainda que o *Corpus Juris* e seu modelo de espaço judicial tenham sido criados para proteger os interesses financeiros da Comunidade Européia, o modelo proposto é um modelo equilibrado entre a Procuradoria Européia e juízes de liberdade, e que apresenta soluções concretas à necessidade de uma Justiça Penal eficaz dentro da União Européia, sem perder de vista as garantias básicas do cidadão. Os Governos e os Ministros de Justiça não podem, por um lado, oporem-se a qualquer integração da Justiça Penal na União Européia, e, por outro lado, exigir um direito penal europeu de emergência, somente para combater o terrorismo. O cidadão europeu merece a adoção de uma política em matéria de Justiça Penal pautada na agenda do Tratado de Amsterdã, que crie um espaço de liberdade, segurança e justiça, levando em consideração as necessidades das políticas comunitárias e da política da União. A luta contra a criminalidade organizada e contra o terrorismo, por mais importante que seja, é apenas um elemento da política criminal da Comunidade Européia e da União. Os políticos deixam-se guiar demasiadamente pela bússola do último atentado. Ou os políticos nacionais irão reclamar que a falta de uma bússola verdadeira deve-se a Bruxelas e, assim, proclamar sua inocência?

Bibliografia

- ANGELIS, F. de e SICURELLA, R. "Vers un espace judiciaire européen?: un *Corpus Juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne". *Revue du Marche Unique Européen* 1/121-137, Paris: Juglar, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. *Hacia un spacio judicial europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1998.
- BELL, Evan. "A European DPP to prosecute Euro-fraud?". *Criminal Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2000. p. 154-168.
- BERNARDI, Alessandro. "Principi di diritto penale europeo". *Annali dell'Università di Ferrara*. Sezione V, Scienze Giuridiche, 1998.
- . "Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive". *Annali dell'Università di Ferrara*. Sezione V, Scienze Giuridiche, 111, 1996.
- BERNASCONI, Paolo. *Rogatorie penali italo-svizzere. La nuova legislazione svizzera e il segreto bancario*. Milano: Giuffrè, 1997.
- DELMAS-MARTY, M. e VERVAELE, J. A. E. *The implementation of the "Corpus Juris" in the member states*. Antwerp-Groningen-Boston: Intersettia, 2000 e 2001. vol. I-III e IV.

- DELMAS-MARTY, Mireille. *Corpus Juris, introducing penal provisions for the purpose of the financial interest of the European Union*. Paris: Economica, 1997.
- . "Guest editorial: combatting fraud – Necessity, legitimacy and feasibility of the *Corpus Juris*". *Common Market Law Review* 2/247-256, Den Haag: Kluwer Law International, 2000. vol. 37.
- . *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- . "The European Union and Penal Law". *European Law Journal* 1/87-115(29), Oxford-UK and Boston-USA: Blackwell, mar. 1998. vol. 4.
- FIMIANI, Pasquale. *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profile sostanziali e processuali*. Milano: Giuffrè, 1999.
- FOURGOUX, Jean Claude. "Un espace judiciaire contre la fraude communautaire: un *corpus juris* entre rêve et réalité". *Recueil Dalloz de Doctrine de Jurisprudence et de Législation: hebdomadaire* 40/348-357, Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1997.
- GRASSO, Giovanni. *Comunità Europea e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*. Milano: Giuffrè, 1989.
- . *Prospettive di un diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 1998.
- GUTTRY, A. de e PAGANI, F. *La cooperazione tra gli stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*. Padova: Cedam, 1995.
- PICOTTI, Lorenzo. *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 1999.
- RIZ, Roland. *Diritto penale e diritto comunitario*. Padova: Cedam, 1984.
- SPENCER, J. R. "The *Corpus Juris* project and the fight against budgetary fraud". *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Oxford: Hart, 1999. vol. 1, p. 77-105.
- VALENTINI, C. *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*. Padova: Cedam, 1998.
- VERVAELE, John A. E. *Administrative Law application and enforcement of Community Law in the Netherlands*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- . *Compliance and enforcement of European Community Law*. Den Haag: Kluwer Law International, 1999.
- . "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". *Actualidad Penal*. Madrid, 1999. p. 291-315.
- . *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.
- . "Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?". *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 1999. p. 11-34.
- . "Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America". *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. 1998. p. 954-974.
- . *La lutte contre la fraude à la TVA dans l'Union Européenne*. Antwerpen-Bruxelles: Maklu-Bruylant, 1996.
- . "¿Poderes sancionadores de/y en la Comunidad Europea? ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?". *Revista Vasca de Administración Pública*. Bilbao, 1994. p. 167-205.

- . “Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación a la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Bilbao, 1998. p. 307-347.
- . “Transnational enforcement of the financial interests of the European Union. Developments in the treaty of Amsterdam and the *Corpus Juris*”. Antwerp-Groningen-Boston, Intersetia, 1999.
- WHITE, Simone. “EC Criminal law: prospects for the *Corpus Juris*”. *Journal of financial crime* 5/3, London: H. Stewart, 1998.
- . *Protection of financial interests of the European Communities: the fight against fraud and corruption*. Den Haag: Kluwer Law International, 1998.

CUESTIONES FUNDAMENTALES QUE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO PROPONE A LOS DERECHOS PENALES NACIONALES

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Carencia de potestad punitiva de la Unión Europea y “déficit democrático” de las instituciones comunitarias – 3. Surgimiento de bienes jurídicos comunitarios que requieren tutela penal: 3.1 Introducción; 3.2 Efectos positivos del Derecho comunitario sobre los Derechos Penales de los Estados miembros. Art. 5 y 209 A del TCE – 4. Técnicas de protección: 4.1 Método de asimilación; 4.2 Normas comunitarias y leyes penales en blanco; 4.3 Técnica de armonización: 4.3.1 Fundamentos normativos; 4.3.2 Intentos armonizadores; 4.3.3 Directivas sobre *insider trading* y blanqueo de capitales; 4.3.4 Ventajas y límites que presenta esta técnica – 5. Potestad sancionatoria comunitaria: 5.1 Naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias; 5.2 Principios del Derecho sancionador comunitario: 5.2.1 Principio de legalidad; 5.2.2 Causas de justificación; 5.2.3 Principio de culpabilidad; 5.2.4 Autoría y participación – 6. Efectos negativos del Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales: 6.1 Introducción; 6.2 Cómo se resuelven las incompatibilidades entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal nacional.

Resumo: O trabalho começa pela constatação de que o Direito Penal, se bem que expresse a independência soberana do Estado, está sob influência do sistema jurídico comunitário europeu, principalmente pelo surgimento de bens jurídicos de interesse eminentemente comunitário. Tal influência se apresenta na adoção, pelo Direito interno dos países membros, da tutela de determinados e relevantes bens jurídicos comunitários. Essa tutela pode dar-se por intermédio de dois processos distintos: assimilação ou harmonização, ou integração. O processo de assimilação expressa-se pela aplicação pelos países-membros de sua legislação penal para tutelar, extensivamente, além dos bens jurídicos nacionais, aqueles similares de caráter supranacional. O inconveniente desse sistema reside na impossibilidade de concreção material do tipo, pela utilização amiúde de normas penais em branco, com o emprego da técnica do reenvio com clara repercussão de natureza democrático-garantidora, como também da violação do princípio da não-discriminação previsto no art. 6.º do TCE, dado que as sanções penais previstas nos países membros são muita vez díspares e descompassadas. O processo de harmonização ou integração implica na obrigatoriedade de edição normativa pelo Estado-membro a partir de normas cogentes emitidas pela União Européia, criando novos tipos penais ou modificando as reações penais existentes, o que já ocorre por intermédio das denominadas “diretivas” (p. ex., em matéria societária, relativa a *inside trading* e a lavagem de dinheiro). O problema princi-

pal, se bem que se alcance a homogeneidade de tratamento, acha-se no *déficit democrático* dos órgãos legiferantes, seja o Conselho Europeu, seja o próprio Parlamento Europeu, e o fenómeno denominado "petrificação legislativa".

A seguir, fala do poder punitivo próprio da comunidade europeia, concluindo que, não obstante a natureza jurídica das sanções comunitárias, porquanto tratam de bens jurídicos não ligados concreta e imediatamente à pessoa humana, toda uma técnica garantista do Direito Penal tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em consonância com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como o princípio da legalidade e da culpabilidade, em face dos sérios problemas junto aos Estados-membros caso se não ofereçam as garantias do Direito Penal. Termina o artigo referindo os efeitos negativos do Direito comunitário sobre os ordenamentos penais nacionais, isto é, como o Direito comunitário pode levar os Estados-membros a uma atividade despenalizadora, pelo aumento do âmbito das esferas de liberdade, obrigando os tribunais nacionais a deixar de aplicar uma norma nacional quando a conduta se põe lícita no contexto comunitário. E, nesse aspecto, o agente abrigado pela norma comunitária ou praticará um fato atípico no plano do Direito nacional, ou o Direito comunitário significará verdadeira causa de justificação, pelo exercício regular de um direito. O autor prefere a primeira via, porquanto o Direito comunitário se põe como um Direito de integração, devendo o fenómeno ser regido pelo princípio da primazia, de tal arte que se uma norma comunitária estabelecer determinada conduta lícita, esta se integra ao ordenamento jurídico nacional, sendo, de fato, a única vigente.

Palavras-chave: Direito comunitário – União Europeia – Direito Penal Econômico – Direito Penal internacional – Direito Penal europeu – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – Ordenamento comunitário.

1. Introducción

Ya Jescheck¹ en 1967 advertía que un Derecho Penal europeo surgía sólo de la utópica imaginación de unos pocos idealistas. Probablemente, transcurridos 30 años, aquella frase no ha perdido su vigencia, dadas las enormes dificultades que representa construir los cimientos, sentar las bases hacia la conformación de un sistema común europeo de Derecho Penal.

Es indudable que la constitución de las Comunidades Europeas (CE), hoy Unión Europea (UE), ha dado a este problema el carácter de ineludible, pues han surgido nuevos bienes jurídicos que requieren ser tutelados.

Si bien la dogmática penal se ha planteado la necesidad de construir un sistema que suponga homogeneizar los conceptos y las categorías de la teoría jurídica del delito, existe claridad en que es necesario, previamente, resolver una serie de cuestiones que giran fundamentalmente en la importante y creciente influencia que el Derecho comunitario está ejerciendo sobre los ordenamientos jurídico-

⁽¹⁾ Jescheck, "Lo stato attuale del diritto penale europeo", *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 323.

penales de los Estados miembros y las dificultades —que no son pocas— que esta relación suscita.

Precisamente, en las páginas que siguen, se expondrán y analizarán los distintos aspectos sobre los cuales que desarrolla esta relación, los que son de muy diversa índole. Si bien, después de su lectura, puede quedar la sensación de que son muchas las interrogantes y pocas las respuestas, ello no debe de extrañar, pues estamos ante un nuevo reto que requiere enormes esfuerzos.

En todo caso, lo que sí está claro es que las propuestas de unificación del Derecho Penal no pueden quedar reducidas a procesos de armonización legislativa —como sucede hoy— sino que debe procurarse ir más allá, centrándose en los conceptos y categorías de la teoría del delito.

2. Carencia de potestad punitiva de la Unión Europea y “déficit democrático” de las instituciones comunitarias

Como es sabido, la UE se maneja con base en las competencias que los Estados miembros le han otorgado, de forma tal que éstos ya no son soberanos sobre determinadas materias. Pues bien, en lo que respecta a la competencia penal, ésta no ha sido traspasada. En estricto rigor, los Estados son poseedores absolutos de la facultad de creación de normas de naturaleza penal. El *ius puniendi* permanece aún dentro de la soberanía de los Estados miembros. Sin embargo, tal pretendida independencia, a la luz de la trascendencia que ha adquirido el Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales, hoy ya no es posible afirmarla. *El Derecho Penal también cae dentro de la esfera de influencia del sistema jurídico comunitario*,² lo que ha significado cuestionar el monopolio estatal del *ius puniendi*.

(2) En todo caso, es preciso destacar que tal vinculación, hasta no hace mucho tiempo atrás, no se veía tan clara. Cfr. Tiedemann, “El derecho penal económico en la Comunidad Europea” (trad. Adán Nieto Martín), *Estudios de derecho penal económico*. Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 235: “Durante décadas el Derecho comunitario y los Derechos Penales nacionales se han ignorado mutuamente”; Biancarelli y Maidani, “L’incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1984, p. 225: “Il n’existe apparemment guère de rapports entre le Droit communautaire et le Droit Pénal des Etats membres”; Sieber, “Unificazione europea e diritto penale europeo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1991, p. 966. También publicado en *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, p. 957 y ss.; Cuerdo Riezu, “¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?”, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 621; Mestre Delgado, “El derecho penal de la Unión Europea”, *Libro-homenaje al profesor Antonio Beristáin*, San Sebastián, 1989, p. 575; Ferré Olivé, “Derecho penal y competencia de las Comunidades Europeas”, *Estudios de derecho penal económico*. Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 276.

No son escasos los argumentos que se han expuesto, para explicar el porqué de la reticencia de los Estados para otorgar a la UE competencia punitiva. Generalmente, se señala que el principal obstáculo para ello es de índole política, esto es, los *Estados ven en la potestad punitiva la principal herramienta con que cuentan para ejercer su soberanía*, por lo que renunciar a ella significaría en la práctica poner fin a su vida como países independientes. Al ser el Derecho Penal la expresión más auténtica de la soberanía, los Estados son muy celosos en su conservación.³ Empero, este razonamiento ha sido criticado por Sgubbi,⁴ quien sostiene que el retraso en el desarrollo de un Derecho Penal comunitario habría que buscarlo en otros factores,

Habría que atribuir esta escasa relación, que en un principio se manifestó, y que motivó un limitado análisis dogmático, a un informe de la Comisión de las CE, en el que se señaló que el Derecho Penal no entraba, en cuanto tal, dentro de la esfera de competencia de la Comunidad, sino que permanecía bajo la jurisdicción de los Estados miembros. *8e. Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes*, mayo, 1974, p. 87. Cabe señalar que si bien lo allí expuesto en estricto sentido no ha cambiado, sí merece ser matizado, por cuanto en la práctica el ejercicio del *ius puniendi* se ha visto limitado, circunstancia ésta que la dogmática se tardó en percibir.

Merecen destacarse como primeros trabajos: VVAA, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padua, 1968; *Diritto penale europeo, Congresso organizzato il 7, 8, 9, novembre 1968*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad Libre de Bruselas, Press Universitaires de Bruxelles, 1970.

- (3) En este sentido, cfr. Pagliaro, "Límites a la unificación del derecho penal europeo" (trad. Carlos Suárez González), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 693-694: "Que sea la causa principal de la dificultad que se encuentra para encausar un proceso de unificación del Derecho Penal europeo resulta indirectamente de la circunstancia que, allí donde las sanciones preestablecidas no sean tan incisivas como las sanciones penales en sentido estricto, resulta más fácil alcanzar la unificación del régimen jurídico". Este autor también señala como ejemplo el fracasado intento de la Comunidad Europea de Defensa; Bricola, "Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità Europee", *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 216, para quien la atribución de poder punitivo a la CE debe sostenerse como una utopía política. Este trabajo también se encuentra publicado en *L'indice penale*, 1968, p. 5 y ss.; Zuleeg, "Der beitrage des strafrechts zur europäischen integration", *Juristenzeitung*, n. 15/16, 1992, p. 762, señala que los Estados miembros contemplan el Derecho Penal en estrecho vínculo con su soberanía; Biancarelli y Maidani, "L'incidence du droit..." p. 226, exponen que el factor de la soberanía nacional ha sido importante en la falta de incidencia del Derecho comunitario sobre el Penal.

- (4) Sgubbi, "Voce diritto penale comunitario", *Novissimo digesto italiano, Appendice*, Turín, 1981, vol. II, p. 1.221 y ss. Con algunas agregaciones, también: *Digesto delle discipline penalistiche*, Turín, 1990, IV, p. 89 y ss. De esta última, existe una traducción al español de Manuel Quintanar Díez, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 58, 1996, p. 89 y ss. Este autor define el Derecho Penal comunitario en sentido propio como una categoría de normas penales que pertenecen al Derecho comunitario, aptas para crear de modo directo e inmediato situaciones penalmente relevantes para los sujetos de Derecho comunitario (diversos a los Estados), las que pueden emplearse, eventualmente, contra

sin negar la importancia que la soberanía nacional tiene.⁵ Para este autor, el concepto de soberanía nacional en los últimos años ha perdido rigidez, y en Europa se ha podido observar una mayor colaboración en materia de política criminal. Además, el Derecho Penal sustantivo *no constituye la expresión más auténtica de la soberanía*, como sí lo serían otros instrumentos de control social, así por ejemplo, los procesales o las organizaciones judiciales o policiales. De forma tal que la máxima incidencia social e individual del poder público se halla no tanto en la fase de creación de normas penales, como sí en la intervención concreta e inmediata de la policía y de las instancias procesales.⁶ Además, independiente de si el Derecho Penal es o no expresión de soberanía, un Derecho Penal comunitario, como tal, no afectaría la soberanía de los Estados, pues lo que pretende no es disponer, entre otros aspectos, acerca de la estructura de la responsabilidad penal, ni del carácter de las sanciones, sino lo de constituirse sólo en un Derecho sancionatorio, dirigido simplemente a salvaguardar los intereses comunitarios. En definitiva, lo que procura es conformar un Derecho Penal instrumento de la organización económica, exento de toda implicación de control social. Sus normas no procuran motivar a sus destinatarios para que éstos no lesionen bienes comunitarios.⁷

Las causas del retraso, según Sgubbi, habría que buscarlas fundamentalmente en dos aspectos, a saber, *el tipo de materia que debe regularly los destinatarios*.⁸

Con respecto al primero, cabe señalar que siendo el tema económico el objeto principal de la legislación comunitaria, ello supone una serie de valoraciones previas,

los Estados. Sgubbi hace presente que, en todo caso, el estado de desarrollo del Derecho Penal comunitario es casi embrionario.

(5) En este mismo sentido, Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 71.

(6) Para reforzar su argumentación, en cuanto a que el factor soberanía no es la causa del retraso en el desarrollo del Derecho Penal comunitario, Sgubbi cita el caso de la Comunidad Europea de Defensa, en que se pretendió crear un Derecho Penal militar europeo, considerando que dichas normas afectarían precisamente a las fuerzas armadas nacionales, símbolo por antonomasia de la soberanía de cada país. Vid. Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.222.

(7) Bajo estas presupuestos resulta difícil siquiera hablar de un Derecho Penal, aun teniendo presente las matizaciones que hace Sgubbi. En el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, no es posible todavía afirmar la existencia de un Derecho Penal. Vid. lo que señala al respecto, Riz, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padua, 1984, p. 5 y ss, especialmente nota 17; Grasso niega la existencia de un Derecho Penal comunitario, aun cuando las instituciones estén dotadas de una potestad represiva, y que la normativa comunitaria tenga una incidencia directa e indirecta en los ordenamientos penales internos. Vid. Grasso, "Verso un diritto penale comunitario: I progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale del funzionari e degli altri agenti delle comunità", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 629.

(8) Sgubbi, "Voce diritto, p. 1.223.

que deben ser consideradas a la hora de recurrir, para su regulación, a la normativa penal. Así, hay quienes sostienen que la utilización de sanciones penales ocasionaría graves inconvenientes en el desarrollo de la vida económica, más necesitada de libertades que de limitaciones represivas. Por otro lado, también se afirma que la mejor política sancionatoria de la criminalidad económica se halla en medidas de carácter civil o administrativo, pues las sanciones penales, para esta clase de intereses, son más bien ineficaces. En lo que atañe a los destinatarios, al ser éstos principalmente las personas jurídicas, las dificultades que se presentan, a la hora de querer desarrollar un Derecho Penal comunitario, saltan a la vista. En efecto, las soluciones normativas de los Estados miembros, en lo que dice relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son heterogéneas, y no parece fácil una armonización al respecto.

Si bien los argumentos expuestos por Sgubbi para explicar el retraso en el desarrollo de un Derecho Penal comunitario son acertados, no me parece adecuado dejar de estimar como el más importante el factor soberanía, en cuanto a que los países ven en la delegación de su potestad punitiva el reflejo de su fin como Estados independientes.⁹ En efecto, basta con señalar que el disponer de una potestad punitiva le significa al Estado contar con una herramienta eficaz de control social. Si la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana —tarea que le cabe al Estado a través del orden jurídico— traspasarla a una entidad supranacional le representaría perder uno de sus cometidos más elementales. Los gobernantes tienen muy claro, como dice Jescheck,¹⁰ que para la opinión popular el Derecho Penal es el *Derecho por excelencia*, y privarse de él sería visto por los ciudadanos como una renuncia a su soberanía. Por lo tanto, tras esta renuncia por delegar competencias penales, también entrarían en juego factores políticos.¹¹ Creo, además, que detrás del fracaso de la CED se hallan las mismas razones.

Otro obstáculo hacia el desarrollo de un futuro Derecho Penal comunitario dice relación a la *falta de legitimidad democrática de las instituciones de la UE*. Si

(9) Es cierto que los Estados también ven en sus organizaciones judiciales y policiales un importante reflejo de su soberanía, a la que no están dispuestos a renunciar. Prueba de ello lo constituiría el hecho de que en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en su título VI, las disposiciones relativas a los ámbitos de justicia y de interior forman parte de la esfera de cooperación (no cesión de soberanía) y no de integración. Ahora bien, no comparto la opinión de Sgubbi en cuanto a estimar estos ámbitos como las expresiones más auténticas de la soberanía, por sobre lo que supone para un Estado el ejercicio de la potestad punitiva. Sin entrar en mayores reflexiones al respecto, se puede señalar que si bien en la tarea normativa aparece como más abstracta y menos “perceptible”, su alcance es mayor, pues en definitiva, para lograr su objetivo, pueden afectar esferas de libertad. En cambio, a los tribunales y la policía, sin desmerecer su misión, les corresponde ejecutar lo que previamente se ha dispuesto normativamente.

(10) Jescheck, *Tratado de derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde y S. Mir Puig), Barcelona, 1981, I, p. 16.

(11) En este mismo sentido, Pagliaro, “Límites a la unificación...”, p. 694.

bien hoy en día no puede ser considerado éste como el mayor impedimento, no cabe duda de que ya constituye un grave problema. No deja de ser paradójico que las facultades legislativas las ejecuten, fundamentalmente, la Comisión y el Consejo, y que la única institución elegida democráticamente —el Parlamento Europeo— tenga una participación limitada, siendo que es el órgano por antonomasia llamado a ejercerlas. Resulta iluso siquiera pensar en un traspaso del *ius puniendi*, si los órganos que son legiferantes carecen de representación popular.¹² Conforme al principio de legalidad, en su rol fundamental de garantizador de los límites en que debe moverse el ejercicio del poder punitivo, sólo es posible determinar las conductas a incriminar y su penalidad, mediante una norma que es generada por un Poder legislativo democráticamente elegido.¹³⁻¹⁴

Este escaso desarrollo también podría deberse al cuestionamiento que se hace sobre la idoneidad del Derecho Penal para regular las relaciones económicas —que es el ámbito de mayor preponderancia dentro de la EU—. En efecto, Sgubbi plantea

- (12) Cfr. Sieber, “Estado de la evolución y perspectivas del derecho penal económico europeo” (trad. S. Bacigalupo Saggese y C. Espósito Massicci), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 619: “Un verdadero Derecho Penal criminal de la Comunidad Europea no es posible con su actual estructura. Debe ser creado por un Parlamento con todos los poderes democráticos. Un Derecho Penal europeo democráticamente legitimado es la meta a largo plazo de los ámbitos aquí estudiados”; Ferré Olivé, “Derecho penal y competencias...”, p. 279-280, 291; Bacigalupo, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, p. 91.
- (13) Las dificultades que para el principio de legalidad representa el Derecho comunitario, sobre todo el derivado, serán analizadas *infra*. Por ahora basta señalar que dos aspectos del principio, a saber, la irretroactividad y la prohibición de analogía, han especialmente preocupado al TJCE. Vid. Tiedemann, “El derecho penal económico...”, p. 247.
- (14) Sin entrar en mayores consideraciones, no es posible olvidar el fundamento democrático-representativo que subyace en el principio, dada su vinculación con el Estado de Derecho. En esta línea, Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, 1983, p. 12-13, apunta: “Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado ‘de leyes’. La idea subyacente de la ‘voluntad general’ sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad. En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que ‘concede’ el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general. Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento *democrático representativo*”.

que hay quienes sostienen que el empleo del Derecho Penal termina provocando graves inconvenientes, pudiendo bloquear el funcionamiento de los delicados enlaces de la vida económica, necesitada ésta de más libertad de expansión que de limitaciones represivas. La mejor sanción a la criminalidad económica se logra con medidas extrapenales, ya sea de tipo civil o administrativo. Además, la ley penal, dentro de la esfera económica, resulta casi siempre ineficaz, pues sus destinatarios tienen numerosas posibilidades de paralizar su operatividad.¹⁵ Sobre este punto, Sevenster hace presente que para algunos, el Derecho Penal puede representar un factor de distorsión de la competencia, ya sea a través de diferencias en las sentencias, así también con divergentes tratamientos punitivos a las personas jurídicas.¹⁶

Ahora bien, aun cuando existe claridad de que la UE no cuenta con una potestad punitiva expresa, ello no ha impedido que surjan voces señalando que los Tratados cuentan con las disposiciones necesarias que permitirían elaborar un sistema penal comunitario.¹⁷ La vía para este efecto se hallaría en los arts. 172¹⁸ y 235,¹⁹ ambos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Sin entrar en mayores profundidades, esta postura es abiertamente rechazada por la doctrina.²⁰ Del art. 172 no es posible desprender que cuando habla de sanciones puedan incluirse las penales; es

(15) Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.224.

(16) Sevenster, "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review*, n. 29, 1992, p. 56.

(17) Así, entre otros, Cuerda Riezu y Ruiz Colomé, "La aplicación en España del derecho comunitario y el derecho penal español: algunas reflexiones", *La Ley*, 1989, t. 2, p. 361: "Al largo plazo, no parece por tanto imposible que las Comunidades ejerzan un *ius puniendi* formal y directo, incluso en sentido positivo. Una hipotética vía para ello podría ofrecer el art. 235, TCEE, precepto que en la práctica ha servido para que las Comunidades se autoatribuyan competencias no previstas expresamente en los Tratados originarios"; Boscarelli, "Influence du droit communautaire sur le droit pénal", *Droit communautaire et droit pénal*, Milán, 1981, p. 91; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 70, aunque no deja de considerar las serias dificultades que esta vía presenta.

(18) Art. 172, TCE: "Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos".

(19) Art. 235, TCE: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por una unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

(20) Por citar algunos, Grasso, *Comunidades europeas y derecho penal* (trad. N. García Rivas), Fd. Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 93 y ss; Idem, "Verso un diritto...", p. 634-635; Sgubbi, *Voce diritto...*, p. 1.228-1.229; Pedrazzi, "Droit communautaire et droit pénal des Etats membres", *Droit communautaire et droit pénal*, Milán, 1981, p. 51.

más, del propio ordenamiento comunitario se concluye que sus sanciones no tienen una naturaleza penal.²¹ Pero, aun en el evento de que el art. 172 pudiera considerar las sanciones penales, tal pretensión se encuentra con el escollo ineludible que representa el principio de legalidad. El “déficit democrático” de las instituciones comunitarias, como ya se explicó *supra*, hace estéril cualquier pretensión al respecto. Además, resulta iluso pensar que el Derecho Penal, que es el medio de control social más gravoso, amén de su alta “formalización”,²² pueda comprenderse dentro de disposiciones tan genéricas.²³

En el evento de que la UE pretenda fundamentar una competencia punitiva en los artículos citados, estimo se podría poner en peligro la propia estabilidad de la Comunidad, pues se cuestionaría la primacía del Derecho comunitario. Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros no estarían dispuestos a tolerar que se infrinja, tan abiertamente, uno de sus derechos fundamentales, como lo es el principio de legalidad. Hay que recordar que los Estados de la Unión son bastante sensibles en este aspecto, y se podría decir que aún están alerta a cualquier decisión que se tome al respecto.

3. Surgimiento de bienes jurídicos comunitarios que requieren tutela penal

3.1 Introducción

Si la UE no cuenta con facultades punitivas y los Estados miembros se muestran, por ahora, reticentes a otorgárselas, ¿de qué manera entonces se produce esta injerencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros?, ¿bajo qué presupuestos resulta válido afirmar que las normas de la UE imponen un límite en el campo de la soberanía de los Derechos Penales internos?²⁴

(21) Grasso. *Comunidades...*, p. 87, hace presente que las sanciones pecuniarias que se establecen en el ámbito comunitario no tienen naturaleza penal, pues son impuestas por la Comisión, no pueden convertirse en penas privativas en caso de incumplimiento y sólo se dirigen a las personas jurídicas. A mayor abundamiento, el art. 192 del TCE impide que reglamentos puedan establecer sanciones distintas de las pecuniarias.

(22) Vid. al respecto, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 250-251.

(23) No está de más recordar que en el caso de la Comunidad Europea de Defensa fue necesaria una expresa cesión de competencias penales por parte de los Estados miembros.

(24) Cuerda Riezu y Ruiz Colomé, “La aplicación en España...”, p. 358, al respecto señalan: “A pesar de la afirmación tajante de que no existe un Derecho Penal comunitario, nadie niega que el ordenamiento jurídico elaborado por las Comunidades pueda tener ciertos efectos sobre las normas penales de los Estados miembros. Por los principios de supremacía y eficacia directa que se han analizado anteriormente, resulta innegable la posibilidad de que los tipos penales puedan ser inaplicados por oponerse a las normas comunitarias o, por lo menos, quedar reducidos en cuanto al ámbito de las conductas

Por el momento, se puede decir que, por un lado, las instituciones de la UE cuentan con una potestad sancionatoria (no penal),²⁵ y por otro, que la normativa comunitaria puede producir tanto efectos negativos –papel importantísimo le ha cabido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)–, al limitar la esfera de aplicación de leyes penales nacionales, como así también positivos, al dar lugar a una actividad incriminadora. Para este efecto, hay que tener presente que los Tratados contienen algunas disposiciones cuyo contenido tiene relevancia penal.²⁶

A continuación, centraré mi análisis en la *influencia positiva* que ejerce el Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales, lo que supone un incremento de la normativa penal de los Estados miembros. Tal actividad puede tener su origen en resoluciones adoptadas por el TJCE, como se verá inmediatamente, o a través de *mandatos* que provienen de los propios Tratados o de disposiciones del Derecho derivado, como sucede con las técnicas de asimilación o armonización. Con respecto a los *efectos negativos*, éstos serán analizados *infra*.

3.2 Efectos positivos del Derecho comunitario sobre los Derechos Penales de los Estados miembros. Art. 5 y 209 A del TCE

La creación de las CE ha supuesto el surgimiento de nuevos bienes jurídicos que requieren protección. Los Estados miembros, ante esta situación, deben brindar todos los medios necesarios que permitan la prevención y sanción de las conductas lesivas. Desde luego, *el Derecho Penal no puede permanecer ajeno*.

prohibidas. De esta manera, las Comunidades ostentan un *ius puniendi* en sentido negativo, esto es, la competencia para obligar a los Estados miembros a que deroguen o inapliquen total o parcialmente figuras delictivas concretas. *Parece, por tanto, que cuando se rechaza la existencia de un Derecho Penal comunitario se está pensando más en la creación por las Comunidades de delitos y penas o en la configuración de órganos jurisdiccionales penales y en establecimientos penitenciarios, es decir, en el ius puniendi en sentido positivo*". [La cursiva es mía.]

(25) Nieto Martín, "Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, sept.-dic. 1994, p. 395, afirma que si se entiende el "derecho a punir" en sentido amplio, se debe convenir que la UE está dotada de competencias en este ámbito. Así, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 85 y 86 del TCE para reprimir prácticas represivas de la competencia.

(26) Son normas que se fundamentan en una remisión a los Derechos Penales nacionales, esto es, la norma comunitaria, mediante un reenvío que hace a las leyes internas que tienen por objeto la tutela de determinados bienes jurídicos, exige también la protección a bienes comunitarios similares. Es lo que se conoce como el principio de asimilación. Se puede citar el art. 194.1, § 2, Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica (TCEEA), que se refiere a la protección del secreto atómico, y los arts. 27 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (CEE), art. 28 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y art. 28 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA, los que se refieren al falso juramento ante dichas Cortes.

Grasso señala que las actividades de las instituciones comunitarias han hecho surgir una nueva serie de posibles objetos de tutela penal, los que se pueden dividir en dos grandes grupos. El primero se refiere a una serie de intereses que podrían ser definidos como “institucionales”, en cuanto se hayan vinculados a la existencia y ejercicio de los poderes supranacionales. El segundo grupo, en cambio, se refiere a bienes jurídicos que surgen de las actividades de las CE en su concreto desarrollo, la amplitud de las tareas de las CE, que en una relación de creciente integración, debería comprender el conjunto de las actividades económicas de los Estados miembros. Al respecto este autor cita sectores tan importantes como el Derecho de Empresa; la tutela de intereses colectivos o difusos, tales como la competencia, la protección al consumidor y medio ambiente, esferas en donde la intervención de los legisladores nacionales ha sido más bien escasa. Todo lo anterior implica una transformación profunda del Derecho de la Economía, lo que supone también incluir aspectos penales. Grasso estima que en un sector de semejantes características, se hace necesario exigir la presencia de los instrumentos penales, dada su insustituible eficacia disuasiva.²⁷

Pues bien, el art. 5.º del TCE²⁸ impone a los Estados un principio de lealtad comunitaria, en cuanto a que deben adoptar todas las medidas que son indispensables para asegurar el respeto a los intereses comunitarios, esto es, deben recurrir a su potestad sancionatoria, y si fuere preciso, también a sanciones penales.²⁹ En este punto, resulta imprescindible detenerse a analizar la jurisprudencia del TJCE, pues de ella se desprenden importantes conclusiones para determinar el grado de salvaguarda que le son exigibles a los Estados miembros.³⁰

(27) Grasso, “Diritto penale dell’economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatori nazionali”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1987, p. 230-231; Idem, “La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1989, p. 374; Idem, *Comunidades...*, p. 50.

(28) Art. 5, TCE: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”. En similares términos los arts. 86, TCECA, y 192, TCEEA.

(29) En este sentido, Zullec, “Der beitrage...”, p. 762, quien señala que para el cumplimiento del Derecho comunitario, los Estados deben prever sanciones eficaces, las que pueden tener un carácter penal; para Bricola, “Alcune osservazioni...”, p. 214-215, del art. 5, TCE, no se desprende ninguna obligación de tutelar penalmente los intereses comunitarios, pues es una cláusula genérica. Hoy en día, esta opinión resulta difícil de sostener, sobre todo a la luz de la jurisprudencia del TJCE. En todo caso es comprensible, pues fue emitida en 1967.

(30) Al respecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes comunitarios, derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, p. 272 y ss.

El TJCE en la sentencia *Amsterdam Bulb*³¹ señalaba que el art. 5.º, TCE, deja a los Estados la libertad para adoptar las medidas apropiadas, pudiendo incluir las sanciones penales. Se criticaba tal postura, pues no se la planteaba como una exigencia a los Estados, sino más bien, como una facultad que éstos tenían de recurrir a las medidas que estimaran más adecuadas.³²

El cambio de posición del Tribunal se verifica con la sentencia *Comisión c. Grecia*.³³ Este caso tiene lugar por los fraudes a los aranceles comunitarios cometidos por las autoridades griegas, en la importación de productos que procedían de Yugoslavia —país extracomunitario—. Se declaraba oficialmente como maíz griego el que en realidad era yugoslavo. Pues bien, en la sentencia, el TJCE concluye que del art. 5.º emana el *deber* de los Estados de sancionar las violaciones al Derecho comunitario, debiendo éstos hacerlo en las condiciones materiales y procesales análogas a las infracciones nacionales de “índole y una importancia similares”. También se indica que las sanciones deben tener un carácter *efectivo, proporcional y disuasorio*.³⁴

El TJCE, fundamentándose en el principio de proporcionalidad,³⁵ ha establecido una serie de limitaciones a la discrecionalidad sancionatoria de los Estados. En efecto, se han estimado incompatibles con el principio las sanciones excesivas, pues éstas pueden obstaculizar los fines perseguidos por la UE, al revelarse con-

(31) Sentencia TJCE *Amsterdam Bulb* de 02.02.1977, as. 50/76, Rec. 1977.

(32) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 20; Idem, “L’incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita de una política criminale europea?”, *L’indice penale*, 1993, p. 79.

(33) Sentencia TJCE *Comisión c. Grecia* (caso del “maíz griego”) de 21.09.1989, as. 68/88, Rec. 1989-8.

(34) Sentencia *Comisión c. Grecia*, cit.: “Cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de ser infringida, cuando remita, en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado impone a los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean *sancionadas en las condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción*. Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales”. [La cursiva es mía.]

(35) Sobre el principio, cfr., por todos, Biancarelli, “Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1987, p. 155-159; Grasso, “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros” (trad. N. García Rivas), *Estudios de derecho penal económico*, Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 308-309.

trarias a las libertades fundamentales reconocidas. Así, en la sentencia *Fedesa*,³⁶ el TJCE fue enfático en indicar la necesidad de que las medidas de prohibición no sean desproporcionadas con los objetivos perseguidos.³⁷

De lo anterior, se desprenderían dos obligaciones para los Estados, a saber, *el deber de tutelar los intereses comunitarios, asimilando para ello la protección que brinda a los propios, y que las sanciones establecidas sean eficaces y proporcionadas*. Ahora bien, ¿qué sucede entonces, si las medidas que el propio Estado adopta para sus intereses no son lo suficientemente eficaces? Si se hubiera mantenido el criterio seguido en la sentencia *Amsterdam bulb*, no se habría podido objetar al Estado si éste simplemente dispone de sanciones de poca envergadura, pues éstas son, en definitiva, las medidas que estima más adecuadas. Con esta nueva sentencia la situación cambia, debido a que el TJCE ha establecido un nivel de *exigencia mínima*, esto es, si el Estado miembro no dispone de medidas sancionatorias lo suficientemente eficaces para impedir las violaciones a los intereses comunitarios, la Comisión estaría facultada a recurrir ante el TJCE por incumplimiento a las obligaciones del Tratado, el que podría imponer las sanciones que establece el art. 171 del TCE.³⁸

Si bien, hasta entonces, el TJCE se había pronunciado en términos generales sobre las cualidades que debían reunir las sanciones, sin especificar su naturaleza, no es sino hasta el asunto *Zwartveld*³⁹ cuando expresamente señala que los Estados deben incluir, entre las medidas a adoptar, la vía penal.⁴⁰ Tal postura podría abrir la puerta que permita a la UE indicar a los Estados miembros qué comportamientos deben ser incriminados. Empero, como se verá *infra*,⁴¹ las instituciones comunitarias han sido bastante cautas al respecto, dejando que sean los Estados los que elijan las sanciones a aplicar.

(36) Sentencia TJCE *Fedesa* de 13.11.1990, as. C-331/88, Rec. 1990-10.

(37) Sentencia *Fedesa*, cit.: "En virtud del principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, la legalidad de la prohibición de una actividad económica está supeditada al requisito de que las medidas de prohibición sean apropiadas y necesarias para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos".

(38) Vid. Nieto Martín, "Ordenamiento comunitario y derecho penal económico español. Relaciones entre el presente y futuro", *Actualidad Penal*, 1995-2, p. 616.

(39) Petición de asistencia judicial, *Zwartveld* y otros de 13.07.1990, as. C-2/88, Rec. 1990-7.

(40) Asunto *Zwartveld*, cit.: "En esta comunidad de Derecho, las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias se rigen, en virtud del artículo 5 del Tratado CEE, por un principio de cooperación leal. Este principio obliga no sólo a los Estados miembros a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, incluyendo si es necesario la vía penal".

(41) Así sucede en las directivas de información privilegiada y de blanqueo de capitales.

Cabe destacar que esta interpretación jurisprudencial del art. 5.º hoy se encuentra recogida en el art. 209 A del TCE.⁴² En efecto, en dicho artículo se plasma el alcance que debe tener la asimilación en el nivel de represión de los actos violatorios de los intereses comunitarios.⁴³ Es interesante precisar que este artículo permite, conforme a lo establecido en su párrafo segundo, que la coordinación pueda lograrse a través de normas comunitarias, lo que supone, en consecuencia, autorizar al TJCE a interpretarlas, dando lugar a una mayor y más efectiva tutela de los intereses de la Unión.⁴⁴

Nieto Martín resalta la posición de la Comisión, consolidada en el § 2.º del art. 209 A, como centro coordinador de las administraciones internas en su tarea de controlar los ingresos y gastos comunitarios. Para este efecto se han dictado una serie de reglamentos que precisan las investigaciones y controles que cada administración debe efectuar, como así también la información que debe brindarse ala Comisión. En julio de 1988 se creó la UCLAF (Unidad de Cooperación de la Lucha Antifraude), lo que permite coordinar de mejor manera la tarea de control que realiza la Comisión.⁴⁵

(42) Art. 209 A, TCE: "Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones".

Se puede apreciar, conforme al tenor del artículo, que la lucha contra el fraude se enmarca dentro de la política de cooperación entre los Estados de la Unión, que como ya se ha explicado, no implica una cesión de competencia a la UE, pero sí una mayor obligación para los países miembros. Además, concretiza lo dispuesto en el art. K. 1., apart. 5, del TUE. Asimismo, el art. 209 A se relaciona con los apart. 7 y 8 del art. K. 1., que se refieren a la cooperación judicial penal y a la aduanera. Para Grasso, "Prospettive di uno spazio giudiziario europeo", *L'indice penale*, 1996, p. 115, las disposiciones del título VI del TUF —que incluyen el art. K—, constituyen una oportuna base jurídica para iniciar el proceso de armonización y coordinación con miras a la represión de la criminalidad organizada.

(43) Así, Dannecker, "Armonizzazione del Diritto Penale all'interno della Comunità europea", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993, p. 966; Grasso, *Comunidades...*, p. 27; Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 617, quien agrega, en opinión que se comparte, que el art. 209 A no recogió adecuadamente la interpretación que del art. 5 ha hecho el TJCE. En efecto, sólo se ha considerado el principio de asimilación, mas nada se ha señalado en cuanto a efectuar una protección proporcionada, eficaz y disuasiva. Este "olvido" no debe impedir, en todo caso, que la interpretación jurisprudencial del art. 5 valga también para el art. 209 A. Así también lo expone Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 278.

(44) Si la lucha contra el fraude hubiera quedado reducida a lo dispuesto en el art. K del TUF, habría limitado sustancialmente la labor del TJCE en su función interpretadora. Cfr. art. K.3. del TUE.

(45) Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 617-618, quien, para el efecto, cita algunos reglamentos.

Lo expuesto ya permite entrar a conocer cuáles son las técnicas empleadas para salvaguardar los intereses comunitarios.⁴⁶ Se ha adelantado lo que significa la asimilación. Pues bien, también es necesario estudiar la técnica de la armonización, esto es, cuando una norma comunitaria interviene con el propósito de que los Estados miembros legislen sobre una determinada materia. Como indica Cuerda Riezu, la diferencia fundamental con la asimilación, es que en este caso debe haber una actividad normativa del Estado. Se está en presencia de lo que él llama una *obligatio puniendi*, pues, en definitiva, la “iniciativa legal” emana de una institución comunitaria que cada Estado miembro debe concretar generando una norma penal.⁴⁷

No obstante las técnicas destinadas a tutelar los intereses comunitarios, conviene advertir sobre la presencia de un importante obstáculo, a saber, el principio de territorialidad. En efecto, aún se mantiene como norma general que los Estados sólo se preocupen de los delitos cometidos en su territorio. Por cierto, no deja de llamar la atención que por un lado se hable de un mercado sin fronteras y de una futura unión política y monetaria, y por otro se mantengan los límites nacionales del Derecho Penal y Procesal Penal. Hay que considerar que la actividad económica que se desarrolla hoy en Europa supera los ámbitos estatales, lo que obliga entonces a una adecuación en la aplicación de la normativa penal.⁴⁸

4. Técnicas de protección

4.1 Método de asimilación

Ya algo se ha adelantado al respecto, al exponer los objetivos que persigue el art. 209 A del TCE.⁴⁹ El propósito que se pretende a través de este tipo de recurso,

(46) Jescheck, “L’oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, p. 643, apunta que para la tutela de las CF y para garantizar la aplicación de las decisiones de los órganos comunitarios, son posibles tres diversos procedimientos: 1) el Derecho comunitario efectúe un reenvío a los Derechos Penales nacionales; 2) las autoridades comunitarias cuenten con una potestad sancionatoria propia; 3) los órganos comunitarios puedan imponer a los Estados miembros la emanación de normas penales destinadas a la tutela de las CE. En este mismo sentido, Grasso, “Verso un diritto...”, p. 630

(47) Cuerda Riezu, “¿Ostentan *ius puniendi*...”, p. 631.

(48) Vid. la exposición presentada por la comisión jurídica al Parlamento europeo sobre la relación entre Derecho comunitario y Derecho Penal, Doc. 531/76, 02.02.1977. Publicada en la *Rivista di Diritto Europeo*, 1977, p. 204; Grasso, “Verso un diritto...”, p. 642; Nieto Martín, “Ordenamiento...”, p. 629.

(49) Para Grasso, “Le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1995, p. 1.173, si bien el art. 209 A parece hacer referencia al modelo de la asimilación, tal disposición no prevé una directa extensión de la normativa interna a la tutela de los intereses de la CE, sólo introduce una obligación de asimilación de éstos a los nacionales. Se trata de

es que *las normas nacionales protectoras de determinados bienes jurídicos sean también aplicables para la tutela de intereses comunitarios similares*. Lo anterior se logra mediante un reenvío que hace la norma comunitaria a la nacional.⁵⁰

Los casos que mejor ejemplifican la técnica que se analiza, lo constituyen el art. 194.1, § 2 del TCEEA, art. 27 del Protocolo sobre Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, art. 28 del Protocolo sobre Estatuto del Tribunal de Justicia de la CECA, y art. 28 del Protocolo de Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA.⁵¹

En efecto, estas son las disposiciones más emblemáticas, puesto que la normativa comunitaria adquiere, de forma directa, relevancia en materia penal. Interesante resulta resaltar estos preceptos, por cuanto representan una de las pocas manifestaciones del Derecho comunitario de carácter punitivo, aun cuando en definitiva el juzgamiento de estos hechos sea competencia de los Estados miembros.

una solución que hace perder autonomía al modelo, pues elimina su característico efecto, constituido por la directa incidencia sobre las previsiones sancionatorias nacionales.

(50) En general, cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 160 y ss.; idem, "Verso un diritto...", p. 635 y ss.; Dannecker, "Armonizzazione...", p. 963 y ss.; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 628 y ss.; Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, p. 101 y ss.; idem, "El derecho penal económico...", p. 241; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencias...", p. 284 y ss.; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 300 y ss.; idem, "Ordenamiento...", p. 616; Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.226-1.227; Sevenster, "Criminal law...", p. 51; Martos Núñez, *Derecho penal económico*, Madrid, 1987, p. 217-218; Mateos Rodríguez, *Derecho penal y protección...*, p. 72-74; Jescheck, "Lo stato attuale...", p. 339 y ss.; idem, "L'oggetto del diritto...", p. 643-644; Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 191 y ss.

(51) Art. 194.1, § 2, TCEEA: "Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esta obligación como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad del Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá, a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que, estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación".

Art. 27, estatuto CEE: "Cada Estado miembro considerará toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un Tribunal nacional con jurisdicción en materia civil. Previa denuncia del Tribunal, el Estado de que se trate perseguirá a los autores de dicho delito ante el órgano jurisdiccional nacional competente"; art. 28, § 4, CECA: "Cuando se compruebe que un testigo o un perito ha disimulado o falseado la realidad de los hechos sobre los que ha declarado o ha sido interrogado por el Tribunal, éste estará facultado para someter este incumplimiento al ministro de Justicia del Estado del que sea nacional dicho testigo o perito con miras a que se le apliquen las sanciones previstas en cada caso por su ley nacional"; art. 28, CEEA: "Cada Estado miembro considerará toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un Tribunal nacional con jurisdicción en materia civil. Previa denuncia del Tribunal, el Estado de que se trate perseguirá a los autores de dicho delito ante el órgano jurisdiccional nacional competente".

La relevancia de estas normas es clara, pues cumplen una función incriminadora; sin ellas tales conductas dejarían de recibir una sanción penal.⁵²

Se puede decir que la técnica de la asimilación se asemejaría al método de las leyes penales en blanco, por cuanto hay una norma –la comunitaria– que define parte del supuesto de hecho, que se remite a otra –la nacional–, que es la que fija la penalidad. Esta afirmación, en todo caso, demanda ciertas precisiones. En efecto, las disposiciones penales nacionales –cuya remisión se reclama– son, en estricto rigor, normas *completas*, que se bastan a sí mismas; en definitiva, que no requieren otra para su determinación. Esto, que parece claro desde una perspectiva *nacional*, no lo es desde la comunitaria, pues, para castigar las violaciones a bienes jurídicos supranacionales, la norma interna debe necesariamente ser complementada por la comunitaria. En todo caso, las técnicas de las leyes penales en blanco, entendidas en su sentido clásico, pueden ser empleadas como se verá *infra*, en el ámbito comunitario.

La principal ventaja de esta técnica la otorga su *flexibilidad*, pues permite, sin que se requiera un gran despliegue normativo, proteger bienes comunitarios recurriendo a los ordenamientos nacionales, que ya disponen de normas tuteladoras. Además, no se entra en la problemática de si se dota o no a la UE de potestad punitiva, pues ambos ordenamientos –comunitario y nacional– mantienen sus competencias, sin que la actividad de uno pueda suponer una injerencia en la de otro.⁵³

Ahora bien, aun cuando pueda parecer que la asimilación no importaría problemas a la seguridad jurídica, pues, al fin y al cabo, se está ante una ley nacional, ello no resulta así. En efecto, si la asimilación proviene de actos de Derecho comunitario derivado, como lo son las normas de aplicabilidad directa, *podría verse afectado el principio de legalidad, tanto en su aspecto formal como material*. En lo que se refiere a su vertiente material, esto es, la que dice relación con la taxatividad o mandato de determinación,⁵⁴ muchas veces las normas comunitarias no se presentan con la suficiente precisión; por lo tanto, si consideramos que se

(52) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 161; Zuleeg, “Der beitrage...”, p. 762; Sgubbi, “Voce, diritto...”, p. 1.226; Biancarelli y Maidani, “L’incidence du droit”, p. 253.

(53) En este mismo sentido, Grasso, *Comunidades...*, p. 195; idem, “Verso un diritto...”, p. 637; Cuerda Riezu, “¿Ostentan *ius puniendi*...”, p. 629; Sgubbi, “Voce diritto...”, p. 1.227.

(54) Al respecto, cfr. Silva Sánchez, *Aproximación...*, p. 254: “El mandato de determinación tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige a legislador, imponiéndole la exigencia de una *lex certa*. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse ala *lex stricta*. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribte todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas”; Fernández Rodríguez, “Los límites del *ius puniendi*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, sept.-dic., 1994, p. 94.

está ante una complementación de aquéllas con las nacionales, al adolecer esta integración de la necesaria certeza, atentaría contra la garantía de la seguridad jurídica.⁵⁵ En cuanto al principio en su aspecto formal, su menoscabo aparece más claro. Si, por un lado, los delitos y las penas sólo pueden ser establecidos por ley, y por otro, como se hizo presente *supra*, las instituciones comunitarias carecen de legitimidad democrática, resulta bastante discutible aceptar que actos normativos emanados de tales organismos integren leyes penales nacionales, sin que ello no sea estimado como lesivo para la seguridad jurídica.⁵⁶ Al respecto, se puede citar como ejemplo el art. 5.º del Reglamento 28/62, de 14.05.1962, y el art. 5.º del Reglamento del Consejo n. 188/64, de 12.12.1964,⁵⁷ pues éstos se remiten, en términos muy genéricos, a las normas nacionales sancionatorias. Este tipo de vaguedades afecta también el mandato de determinación, pues no hay certeza sobre el ámbito de lo punible.

Ahora bien, según la doctrina dominante, mayores cuestionamientos no se presentarían cuando el reenvío proviene de los tratados, protocolos adjuntos —o mejor dicho, del Derecho originario—, pues, en definitiva, estas normas ingresan en los ordenamientos nacionales en virtud de una ley.⁵⁸

El otro grave inconveniente que esta técnica presenta, dice relación con la *desigualdad en el tratamiento punitivo*.⁵⁹ En efecto, si en definitiva la protección que se debe brindar a los intereses comunitarios depende de cada Estado miembro, es fácil suponer las diferencias que se podrían presentar. Tal orden de cosas podría significar una vulneración al principio de no-discriminación (art. 6.º, TCE).⁶⁰

(55) Así también, Grasso, "Verso un diritto...", p. 637.

(56) En este sentido, Cuerda Riezo, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 630; Grasso, *Comunidades...*, p. 164-165; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 73.

(57) Así, por ejemplo, Grasso, *Comunidades...*, p. 164; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 327-328.

(58) En este sentido, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 209; Grasso, *Comunidades...*, p. 163: "... el hecho de que las normas en cuestión adquieran relevancia en el ordenamiento interno a través de una orden de ejecución con forma de ley permite excluir cualquier vulneración del principio de reserva de ley en materia penal"; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 630.

(59) Así, entre otros, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 215; Grasso, *Comunidades...*, p. 195; ídem, "Verso un diritto...", p. 637; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 73; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 629; Bianconi, "Legislazione penale e diritto comunitario", *La giustizia penale*, 1975, I, p. 238.

(60) Así, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 215; Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.228. Interesante me parece citar la STJCE *Cowan* de 02.02.1989, as. 186/87, Rec. 1989-2, pues en ella se plantea un problema de discriminación. En efecto, un interés comunitario como es la libertad de desplazamiento de los ciudadanos de la Unión, en particular como destinatarios de servicios, se ve vulnerado al exigir el Estado francés, para ser beneficiario (en este caso de una indemnización por ser víctima de agresión), la

Así, por ejemplo, Dannecker⁶¹ cita lo que sucede con las entradas comunitarias, para cuya tutela se recurre al fraude fiscal y a los delitos aduaneros, particularmente el delito de contrabando. Tomando lo que acontece con las legislaciones de Alemania, España, Francia e Italia, se pueden encontrar importantes diferencias. Es así que, a nivel de penas, las divergencias son notables, pues tanto en España como Alemania se pueden imponer penas privativas; en cambio, en Italia sólo son pecuniarias. En lo que respecta al tipo subjetivo, tanto España como Italia sólo admiten la comisión dolosa; en Francia, por su parte, conforme a su situación legislativa, no se requiere probar el dolo y no se reconoce el error como causa de exclusión de la punibilidad. En Alemania, si el hecho es cometido con culpa grave se sanciona como infracción administrativa.

En lo que respecta a la tutela de las salidas comunitarias, éstas se garantizan a través de los delitos de fraude o del fraude de subvenciones. Dannecker distingue, tomando en consideración el bien jurídico protegido y la conducta punible, dos modelos base de castigo: 1) el francés, belga y holandés y 2) el del resto de los países miembros.

Pues bien, en términos generales, en el primer caso no se requiere daño patrimonial, ni se admite la comisión por omisión. Además, el Derecho francés —a diferencia del belga y holandés— prevé para la tentativa la misma pena que la del delito consumado. Tampoco se exige —contrariamente al Derecho de los Países Bajos— un especial propósito de procurar un injusto provecho patrimonial. Por último, la legislación francesa no establece un tipo penal para el fraude de subvenciones y de contribuciones, los que se comprenden en el supuesto general de fraude.

Para el segundo modelo, se exige como elemento indispensable para la consumación, la producción de un daño patrimonial. Además, la tentativa no se equipara ala consumación. Se admite tanto la modalidad comisiva como omisiva. El autor debe obrar con el propósito de procurar, para sí o para otros, un provecho patrimonial injusto. En fin, las diferencias que se manifiestan en el plano jurídico-

nacionalidad o a lo menos un acuerdo de reciprocidad. El TJCE determinó que tal exigencia afectaba el principio de no-discriminación. Además, señaló que si bien los Estados eran competentes en materia penal, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. *Dichas disposiciones legislativas no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de las personas a las que el Derecho comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario.* Creo que esta sentencia constituye un importante paso para lograr aproximaciones en la protección de los bienes comunitarios, pues, si bien se reconoce las facultades punitivas de cada Estado, es en definitiva el Derecho comunitario quien establece los parámetros. Un tratamiento punitivo diverso podría estimarse como violatorio del ordenamiento jurídico comunitario. Al respecto, cfr. Dannecker, "Armonizzazione...", p. 986; Zuleeg, "Der beitrage...", p. 762; Sevenster, "Criminal law...", p. 47.

(61) Dannecker, "Armonizzazione...", p. 966 y ss.

penal son notorias. Sin pretender extenderme en ejemplos que ilustren esta situación, basta señalar lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas —que son en definitiva los principales destinatarios de las normas comunitarias—; mientras Estados como Francia y Gran Bretaña disponen de penas criminales, en España y Grecia sólo son administrativas.

Estimo que la manutención de estos tratamientos punitivos desiguales, a la larga *puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que en el ámbito comunitario se quiera adoptar*, pues los Estados, ante el riesgo de que sus empresas puedan perder competitividad, al mantener una legislación penal más estricta que la de sus vecinos, optarán por una más flexible, si ello les permite una mayor participación en el mercado.⁶² Además, se da la paradójica situación, como señala Nieto Martín, de que el posible infractor tiene la opción de elegir el Derecho Penal con que puede ser castigado.⁶³

⁽⁶²⁾ Así también, Grasso, "La tutela penale degli interessi...", p. 385, donde señala que en el campo del Derecho Penal de la Economía, una marcada diferencia respecto al riesgo penal de los fenómenos criminales de idéntico desvalor puede constituir un fenómeno susceptible de distorsionar la competencia, pues se concede una ventaja a los operadores económicos ubicados en países que establecen sanciones más leves; Sgubbi, "Voce, diritto...", p. 1.228, quien apunta que la solución de confiar a cada uno de los Estados la represión penal de las infracciones a las reglas comunitarias, crea precisamente disparidades de tratamiento, lo que atenta contra la igualdad y no discriminación. Además, afecta la competitividad de las empresas, pues al resolverse el "riesgo penal" en un "riesgo comercial", la existencia de sanciones penales muy elevadas en un determinado Estado puede beneficiar a las empresas que residen en un Estado donde las sanciones sean leves o no existan, en un notable perjuicio a la competencia; Sevenster, "Criminal law...", p. 53-56, indica que esta situación puede llevar a un menor cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, ante el temor de colocar a sus empresas en una situación de desventaja. Esta autora también cita el caso *Hansen* (STJCE de 10.07.1990, as. C-326/88, Rec. 1990-7), en el cual el aceptarse la responsabilidad penal objetiva de los empresarios daneses del transporte los colocaría en una situación de desventaja frente a la competencia, aun cuando la ley danesa sea estimada por el TJCE acorde con la normativa comunitaria. Cabe destacar que la empresa Hansen & Son en sus alegaciones sostuvo precisamente la exposición a un mayor riesgo de sanción de las empresas danesas, al ser Dinamarca el único país de la UE que había instaurado el régimen de la responsabilidad penal objetiva, falseando con ello el juego de la competencia dentro del mercado común. El TJCE desestimó estos argumentos, sosteniendo que este tipo de responsabilidad corresponde con el régimen generalmente aplicado en Dinamarca conforme a su legislación en torno al ámbito laboral, amén de que en sí misma no implica una distorsión en las condiciones de competencia. Señala, asimismo, que las medidas sancionatorias adoptadas por dicho país aseguran la eficacia del Derecho comunitario (Reglamento n. 543/69, referido al tiempo de conducción). La multa impuesta, por tanto, responde al deber de lealtad que exige el art. 5, TCE, por lo que no puede ser estimada desproporcionada con relación al fin perseguido; asimismo, Zuleeg, "Der beitrage...", p. 766.

⁽⁶³⁾ Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 336.

4.2 Normas comunitarias y leyes penales en blanco

Vinculado con lo que acabo de exponer, aunque de forma indirecta, es lo referente a la utilización de las leyes penales en blanco, como método para sancionar la violación de reglamentos comunitarios.⁶⁴ Si bien podía pensarse, cuando se apuntó que no era posible aceptar la asimilación con normas provenientes del Derecho derivado, que esto también comprendía la prohibición del empleo de leyes penales en blanco. Es necesario enfatizar, sin embargo, que ello no es así. Lo que se impide, es que la norma comunitaria pueda significar una ampliación del ámbito del tipo penal, esto es, que regule aspectos estimados esenciales del tipo, por cuanto, como ya se dijo, se viola abiertamente el principio de legalidad. Cosa distinta es emplear, en la sanción de infracciones a reglamentos comunitarios, normas penales en blanco. En efecto, *como este tipo de normas contiene el núcleo esencial de la conducta, resulta indiferente que el complemento provenga de una disposición interna o supranacional*.⁶⁵

Ahora bien, uno de los métodos que se puede emplear es el denominado "remisión dinámica". Consiste en que el legislador deja que sea otra instancia la que determine la norma que ha de complementar el tipo penal, correspondiéndole a éste sólo recoger el contenido de aquél que en cada momento se dicte. Empero, no resulta aconsejable, pues, si ya es discutible el empleo de las leyes penales en blanco, más lo sería recurrir a tales remisiones,⁶⁶ dadas las dificultades de conciliación con el mandato de determinación.⁶⁷ Hay que considerar, además, que

(64) Cfr. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 328-332; idem, "Ordenamiento...", p. 603-605; Grasso, *Comunidades...*, p. 308-312; Dannecker, "Armonizzazione...", p. 974-982; desde otra perspectiva, Silva Sánchez, "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?" *La Ley*, 1993, t. 1, p. 964 y ss.

(65) Es preciso resaltar que la norma complementaria, que integra el tipo penal, no puede ser una directiva que goza de aplicación directa, pues en este caso, la norma no tiene un alcance horizontal, esto es, no puede generar obligaciones respecto de un particular, sino sólo derechos exigibles al Estado. En consecuencia, el que una directiva no transpuesta no puede suponer una agravación de la responsabilidad penal, le impide completar una norma penal en blanco. Vid. Vercher Noguera, "Directivas comunitarias y normas penales en blanco", *Actualidad Aranzadi*, 1996, n. 275, p. 2.

(66) Según Silva Sánchez, "¿Competencia...", p. 967, no sólo se vulnera el principio de reserva de ley y el mandato de determinación, sino también el principio de división de poderes, el principio democrático y por último, cuando corresponda, el principio federal.

(67) Dannecker, "Annonizzazione...", p. 981, apunta que la jurisprudencia alemana, tratándose de la ley del vino, ha declarado que se entendería violado el principio de legalidad (art. 103.2 de la ley fundamental) si el legislador sólo establece que las normas en blanco serán complementadas con el reglamento comunitario que esté en vigor. No se puede sancionar por insuficiente determinación, aun cuando el nuevo reglamento, no precisado en la norma nacional, coincida ampliamente su contenido con el anterior, ya no en vigor. Es necesario, entonces, a fin de respetar el principio en cuestión, que haya un procedimiento legislativo formal en que se precise los reglamentos.

si las leyes en blanco deben procurar que las normas de complemento sean de fácil localización, precisamente una de las características de la normativa comunitaria es su difícil ubicación.

Bajo estas circunstancias, resulta preferible recurrir a la llamada "remisión estática".⁶⁸ Aquí, es el legislador nacional el que precisa los reglamentos comunitarios que complementarán la norma en blanco. Lo anterior no quiere decir que los reglamentos comunitarios no tendrán efecto mientras así no lo disponga el legislador nacional, ya que ello llevaría a desconocer la aplicabilidad directa que le es tan propia. Lo fundamental es que no se ignore su carácter comunitario.

Ahora bien, la principal dificultad se plantea a la hora de lograr una adecuada coordinación entre ambas actividades legislativas, pues, muchas veces, la ágil gestión normativa comunitaria contrasta con la lentitud de los procedimientos nacionales, lo que provoca lagunas punitivas. En efecto, infracciones a reglamentos comunitarios quedan sin sanción, ya que no son oportunamente recogidos por las normas nacionales.

Otra técnica a la cual se podría recurrir son las "cláusulas de remisión inversa".⁶⁹ Aquí es el reglamento comunitario el que precisa las normas nacionales que le darán protección. Si bien también resulta un mecanismo adecuado, es más bien engorroso, pues supone que el legislador comunitario debe conocer todas las normas de los Estados miembros que digan relación con la disposición comunitaria.

4.3 Técnica de armonización

4.3.1 Fundamentos normativos

Ante los inconvenientes que presenta el empleo de la asimilación, hasta cierto punto *insalvables*, tratándose del Derecho derivado, y considerando la imperiosa necesidad de lograr una adecuada tutela para los intereses comunitarios, es que se ha estado recurriendo a la armonización. Esta técnica sí supone una actividad normativa del Estado miembro, como consecuencia de una disposición comunitaria que así lo establece. Por ahora, se puede decir en términos generales que con el objeto de que la tutela otorgada a los bienes jurídicos comunitarios sea similar entre los distintos Estados miembros, las instituciones de la UE dictan una norma procurando dicho objetivo, debiendo los países destinatarios crear las disposiciones necesarias para cumplir con el mandato comunitario.⁷⁰

(68) Vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 331.

(69) Al respecto, vid. Bacigalupo, *Sanciones...*, p. 29-31; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 332.

(70) En general, cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 197 y ss.; idem, "Diritto penale dell'economia...", p. 255 y ss.; idem, "L'incidenza del Diritto...", p. 83 y ss.; idem, "La tutela degli interessi...", p. 389 y ss.; idem, "Prospettive...", p. 109 y ss.; idem, "Profili penalistici nella normativa di attuazione della seconda direttiva CEE in materia societaria", *Il foro italiano*, 1986, V, p. 321 y ss.; idem, "L'armonizzazione e il

La principal distinción con la técnica precedente radica en que los Estados deben *actuar*, esto es, deben legislar cuando así se ha dispuesto por la normativa comunitaria, ya sea creando nuevos preceptos o también incrementando las sanciones ya existentes.⁷¹

Grasso, al analizar esta materia, hace una distinción terminológica. En efecto, las expresiones "armonización" o "aproximación" las emplea para referirse a aquellos casos en que la intervención comunitaria tiene lugar en áreas donde ya hay una normativa. En cambio, cuando lo que se procura es imponer una determinada normativa sancionatoria en una zona no especialmente regulada, prefiere hablar de "coordinación".⁷²

Ahora bien, cabe preguntarse entonces, si la UE no cuenta con facultades de índole punitiva, *qué fundamentos normativos* la autorizan para exigir de los Estados que legislen penalmente.

Al respecto, Tiedemann apunta: "En vista de la falta de transferencia de competencias criminales a la CE por parte de los Estados miembros parece dudoso si la Comunidad tiene derecho de influencia directa sobre los ordenamientos jurídico-penales nacionales de los Estados miembros. La Comisión y el Consejo de Bruselas, sobre todo después del caso famoso 'Itco' o del maíz griego, sí se consideran legitimados para *armonizar* las legislaciones penales nacionales".⁷³

Antes que nada, es necesario precisar que los caminos que puede seguir la UE en su búsqueda por una protección adecuada de los bienes comunitarios son fundamentalmente dos, a través del *Derecho internacional o por medio de los instrumentos del Derecho derivado*. Con respecto al primero, un claro ejemplo lo constituye el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las

coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 836 y ss; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 335 y ss.; idem, "Ordenamiento...", p. 631 y ss.; Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 241 y ss.; Sevenster, "Criminal law...", p. 35 y ss.; Pedrazzi, "Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea", *Prospettive per un Diritto Penale Europeo*, Padua, 1968, p. 461 y ss. Trabajo también publicado en *L'indice penale*, 1967, p. 325 y ss.; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius punieindi*...", p. 630-632; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencias...", p. 280 y ss.; Sgubbi, *Voce diritto...*, p. 1.228-1.229; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 74-75; Fragòla y Atzori, *Prospettive per un Diritto Penale Europeo*, Padua, 1990, p. 85 y ss; Doc. 531/76, de 02.02.1977, exposición sobre relación entre Derecho comunitario y Derecho Penal, publicado en *Rivista di Diritto Europeo*, 1977, p. 195 y ss.

(71) Si bien es cierto que también la normativa comunitaria puede suponer un desincremento de la actividad punitiva en determinadas áreas, esto se examinará más adelante. En esta parte del trabajo, el análisis se centra en la utilización de técnicas como mecanismos tuteladores de intereses comunitarios.

(72) Grasso, *Comunidades...*, p. 217; idem, "Diritto penale dell'economia...", p. 255.

(73) Tiedemann, *Lecciones...*, p. 57.

CE.⁷⁴ Cuando la UE recurre a esta vía, se fundamenta en lo dispuesto en el título VI del TUE, que forma parte del llamado *pilar intergubernamental*. La principal ventaja que presenta esta variante es que se requiere un pronunciamiento de las autoridades legislativas de los Estados miembros, a fin de transformar en ley las disposiciones contenidas en el Tratado, con lo cual se respeta a cabalidad el principio de legalidad.⁷⁵ Ahora bien, esta importante ventaja también puede constituir su principal inconveniente, pues el que se otorgue una autonomía a los Estados para ratificar los contenidos del Tratado, puede dar pie a que éstos introduzcan reservas, o en el peor de los casos no lo ratifiquen, con lo cual todo el propósito armonizador que motivó el Tratado no tenga ningún destino. Asimismo, esta vía limita las competencias del TJCE.⁷⁶

El otro camino para fundamentar normativamente la tarea armonizadora es recurrir a las disposiciones que los propios Tratados señalan. En efecto, en ellos es posible encontrar preceptos tanto genéricos como específicos, que permiten desarrollar dicha tarea. Ejemplo de los primeros lo constituyen los arts. 100, 100 A, 101 y 235, todos del TCE. Con respecto a los segundos, se pueden citar, entre otros, el art. 54.3 g), referente a las sociedades, art. 57.2, sobre protección de los trabajadores, y art. 70, relativo a circulación de capitales, todos también del TCE. En estos últimos casos, cuando normas del Tratado regulan sectores específicos, la intervención normativa dirigida a la armonización debe fundamentarse precisamente en aquellas disposiciones que así lo autorizan. Conforme a lo anterior, las normas generales citadas precedentemente sólo operarán subsidiariamente, en la medida que no haya una atribución expresa de competencia.⁷⁷

El proceso armonizador es posible desarrollarlo mediante directivas o reglamentos. En términos amplios, se puede decir que cuando se recurre a normas que autorizan la armonización con carácter general se emplean directivas. En cambio, se utilizan reglamentos cuando la armonización se fundamenta en normas de autorización particular.⁷⁸ Por otro lado, cuando es un reglamento el que establece

(74) Publicado en el DOCE n.C 316, de 27.11.1995, p. 49 y ss.

(75) Si bien tratándose de directivas también debe haber una actividad normativa estatal, su utilización puede a veces presentar, como se verá, ciertas desavenencias con el principio de legalidad.

(76) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 338, 369; Grasso, "Prospettive...", p. 118, quien señala que si bien es cierto que recurrir a la vía del título VI trae aparejadas ciertas desventajas, como la exclusión de la competencia del TJCE y de la intervención del Parlamento europeo, nada impide que sea estimado como la *extrema ratio*, esto es, susceptible de ser utilizado cuando el recurso a los instrumentos propiamente comunitarios no se manifiesta como posible.

(77) Cfr. Pedrazzi, "Il ravvicinamento...", p. 466; Grasso, *Comunidades...*, p. 221; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 356.

(78) Cfr. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 353; Sevenster, "Criminal law...", p. 35, apunta que la diferencia entre directivas y reglamentos estaría en que las primeras son un instrumento de armonización utilizado en campos donde el objeto de las políticas nacionales es relativamente amplio. Los reglamentos, por su parte, son empleados cuando hay una

las sanciones que en el ámbito nacional deben aplicarse, éste no gozaría de aplicabilidad directa, pues debe intervenir el legislador nacional.⁷⁹

Nuestra atención se centrará en aquellas disposiciones de ámbito general. Ahora bien, entre las normas señaladas, también resulta factible realizar una escala jerárquica,⁸⁰ de forma tal que, conforme al *procedimiento establecido y al grado de participación democrática*, es posible señalar que la disposición más adecuada para implementar la armonización de legislaciones penales la conforma el art. 100 A del TCE.⁸¹ En efecto, esta disposición se remite al sistema previsto en el art. 189 B del TCE, esto es, al procedimiento de codecisión en el cual tiene una activa participación el Parlamento Europeo. De esta manera, se dota a las normas emanadas de un *componente democrático*, aspecto que, como se ha expuesto, constituye una de las carencias más notorias del ordenamiento comunitario. A continuación, podría emplearse el art. 100 del TCE, pues para la adopción de normas se requiere la unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento europeo y al Comité económico y social. Cosa similar sucede tratándose del art. 235 de TCE, con la excepción de que no se exige la consulta al Comité económico y social. Por último, al final de esta escala jerárquica que se ha trazado, se puede situar al art. 101 del TCE, en que es posible adoptar directivas con la mayoría cualificada del Consejo, a propuesta de la Comisión. Es fácil percibir lo inadecuado que resultaría fundamentar un proceso armonizador con disposiciones como ésta última, dadas las dificultades manifiestas que se presentarían a la hora de conciliar este método de creación normativa con el principio de legalidad.

4.3.2 Intentos armonizadores

Así, es posible citar como primeros intentos,⁸² la primera directiva sobre materia societaria,⁸³ a fin de sancionar la violación de determinados deberes de publicidad. El anteproyecto de la segunda directiva—dentro de la esfera del Derecho Societario—si bien establecía sanciones penales para castigar ciertas conductas, en el texto definitivo sólo se limitó a señalar que los Estados debían disponer de sanciones apropiadas.⁸⁴

exclusiva o una amplia competencia *comunitaria*. Ello explicaría por qué las pocas sanciones comunitarias se hallan en los reglamentos.

(79) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 222; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 327.

(80) Para este efecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 356-357.

(81) De hecho, el proceso armonizador de dos materias de gran importancia, como lo son el blanqueo de capitales y las operaciones con información privilegiada (*insider trading*), que serán analizadas más adelante, se fundamentó en el art. 100 A.

(82) Al respecto, vid. Sevenster, "Criminal law...", p. 35.

(83) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 216.

(84) Cfr. al respecto, Terradillos Basoco, *Delitos societarios. El derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, 1987, p. 25-27;

También es posible citar el Reglamento 337/79, sobre organización del mercado vitivinícola,⁸⁵ pues en él se establecen sanciones y criterios para su determinación.⁸⁶

Cabe destacar que la aplicación del Reglamento dio lugar a un interesante fallo del TJCE.⁸⁷ Alemania fue condenada por incumplir la obligación emanada del art. 5.º del TCE y del apart. 1 del art. 64 del Reglamento 337/79, al no hacer uso de las medidas coercitivas, dispuestas en el Derecho alemán, contra los productores que se habían negado a entregar el vino de mesa para la destilación obligatoria. En definitiva, se desestimaron las alegaciones germanas en cuanto a que el Derecho comunitario, en esta materia, no obligaba a recurrir a medidas coercitivas nacionales, amén de que el propio Reglamento establecía una sanción en caso de incumplimiento.

4.3.3 Directivas sobre insider trading y blanqueo de capitales

Las directivas relativas a operaciones con información privilegiada⁸⁸ (Directiva 592/89/CEE) y sobre el blanqueo de capitales⁸⁹ (Directiva 308/91/CEE) quizá constituyen los mejores ejemplos del empleo de la técnica de armonización.

En lo que concierne a la primera directiva, esto es, sobre *insider trading*,⁹⁰ se estimó necesaria su adopción, pues, como se señala en la propia exposición de motivos, "... las operaciones con información privilegiada, debido a que suponen ventajas para ciertos inversores, pueden deteriorar esta confianza y entorpecer así el buen funcionamiento del mercado". Más adelante, se enfatiza acerca de las importantes diferencias normativas que se presentan, lo que exige una acción coordinada al respecto, "considerando que en algunos Estados miembros no hay normativa que prohíba las operaciones con información privilegiada, y que entre las normativas existentes en los Estados miembros se observan importantes diferencias".

Grasso, *Comunidades...*, p. 216; idem, "Profilo penalistici...", p. 321 y ss., en que analiza sus efectos en la legislación italiana; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 346.

(85) Publicado en el DOCE n. L 54, de 05.03.1979, p. 1 y ss. Es necesario también citar el Reglamento 822/87 (DOCE n. L 84, de 27.03.1987, p. 1 y ss), pues reúne las modificaciones hechas al Reglamento anterior.

(86) Dannecker, "Armonizzazione...", p. 979-982, apunta sobre las dificultades que ha planteado en Alemania el *Derecho Penal del vino* con relación al principio de legalidad (art. 103.2 de la Ley Fundamental); Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 347.

(87) Sentencia TJCE *Comisión c. Alemania*, de 10.07.1990, as. C-217/88, Rec. 1990-7.

(88) Publicado en el DOCE n. L 334, de 18.11.1989, p. 30 y ss.

(89) Publicado en el DOCE n. L 166, de 28.06.1991, p. 77 y ss.

(90) Cfr., entre otros, Seminara, "Aspectos problemáticos en materia de *insider trading*" (trad. Carlos Suárez González), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 523 y ss.; Foffani, "Tutela penal del mercado y abuso de la información privilegiada: la experiencia italiana" (trad. Blanca Mendoza Buergo), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor*

Como apunta Seminara, últimamente se ha observado una creciente necesidad de introducir componentes éticos en el mundo de los negocios ("ética de los negocios"). Precisamente por ello, no puede permanecer ajeno el disfrute abusivo en bolsa de información privilegiada. Lo anterior constituye un hecho reprochable tanto desde un punto de vista de la ética de los negocios -pues se utiliza una ventaja cognoscitiva derivada de una posición de desequilibrio entre las partes- como desde una perspectiva de la ética en los negocios -dado el abuso de información obtenida con otros fines o adquirida indebidamente-.⁹¹

¿Qué aspectos de la directiva merecen ser destacados? En primer lugar, el art. 1.º establece definiciones de lo que debe entenderse por información privilegiada⁹² y por valores negociables. Importante esfuerzo, pues se pone el acento en la definición de elementos normativos del tipo.⁹³

Por otro lado, es frecuente que las operaciones de iniciados afecten a distintos países. Es así que puede ocurrir que la compra y venta de títulos societarios tengan lugar de un país a otro, o que acciones sean cotizadas en distintas bolsas nacionales. De lo anterior se desprende la necesidad de superar las limitaciones que puede imponer el principio de territorialidad, si realmente se busca castigar los abusos que de tales conductas pueden surgir. Pues bien, la Directiva trata este punto en su art. 5.º,⁹⁴ de forma que, por ejemplo, las revelaciones que un residente de un Esta-

del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 501 y ss.; Otto, "El abuso de la información privilegiada como delito de peligro abstracto" (trad. Bernardo Feijoo Sánchez), *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 453 y ss.; Arroyo Zapatero, "El abuso de la información privilegiada en el derecho español vigente y en el proyecto de Código Penal", *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 45 y ss. Trabajo publicado también en: *Estudios de derecho penal económico*, Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 61 y ss.; Hurtado Pozo, "El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo", *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 411 y ss.; Giudicelli-Delage, "El delito de iniciados en el Derecho francés" (trad. Carmen Tomás-Valiente Lanuza), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 401 y ss.; López Barja de Quiroga, "El insider trading", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 1.031 y ss.; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 348 y ss.

(91) Seminara, "Aspectos problemáticos...", p. 525-527.

(92) Art. 1, 1: "Información privilegiada: la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables o a uno o varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores".

(93) Asimismo, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 349.

(94) Art. 5: "Cada Estado miembro aplicará las prohibiciones que establecen los artículos 2, 3 y 4 por lo menos a los actos que tengan lugar en su territorio, en la medida en que los valores afectados se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro. En cualquier caso, cada Estado miembro considerará que las transacciones se efectúan en

do miembro haga al de otro país miembro, respecto de acciones transadas en otro Estado de la UE, puedan ser sancionadas.⁹⁵

Por último, merece mencionarse lo referente al régimen sancionatorio que la directiva exige a cada Estado miembro. Del tenor del art. 13⁹⁶ se desprende que los Estados tienen la suficiente libertad para decidir la vía que estimen más adecuada; *lo importante es que las sanciones sean lo suficientemente disuasorias y proporcionadas*. El camino adoptado en la directiva es el más apropiado, pues, como se verá, el detallar la naturaleza de la sanción puede entrar en conflicto con el principio de legalidad.

En España⁹⁷ esta materia es regulada en la Ley 24/88, de 28 de julio, del mercado de valores.⁹⁸ Pues bien, sin entrar en mayores detalles,⁹⁹ cabe destacar que en el art. 81, apart. 3, se define lo que debe entenderse por información privilegiada, texto que corresponde plenamente a lo dispuesto en el art. 1, apart. 1, de la directiva. En lo que respecta a las sanciones, se ha optado por la vía administrativa, conforme se desprende de los arts. 95 y ss. Ahora bien, el art. 96 establece que si las conductas de abuso de información privilegiada configuran algún ilícito penal, el procedimiento que se siga podrá quedar en suspenso hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial, y que una vez reanudado el expediente, se respetará la apreciación de los hechos que contenga aquel pronunciamiento, lo que evita cualquier infracción al principio *ne bis in idem*. Sin perjuicio de lo anterior, el CP de 1995, en su art. 285, castiga el abuso de la información privilegiada en el ámbito del mercado de valores. Lo que se pretende es proteger la transparencia del mercado bursátil. El tipo limita la calidad de autor a quien use información privilegiada obtenida con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Así también, establece como condición objetiva de punibilidad que el provecho o el perjuicio ocasionado sea superior a setenta y cinco millones de pesetas. Por último, cabe mencionar que para la persecución del delito se requiere, conforme al art. 287, la denuncia previa del ofendido, salvo cuando la comisión del delito afecte a una pluralidad de personas o a los intereses generales. Dadas las particularidades propias del delito, estas últimas circunstancias suelen estar presentes.

su territorio cuando se efectúen en un mercado, tal como se define en el artículo 1, apartado 2, *in fine*, situado en dicho territorio o que opere en él”.

(95) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 350.

(96) Art. 13: “Cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar al respeto de tales disposiciones”.

(97) Para conocer en este punto la realidad normativa italiana, cfr. Foffani, “Tutela penal del mercado...”, p. 501 y ss.; Seminara, “Aspectos problemáticos...”, p. 523 y ss.

(98) Publicada en el BOE de 29.07.1988.

(99) Al respecto, cfr. Arroyo Zapatero, “El abuso de información...”, p. 45 y ss.; González Cussac, “El abuso de la información privilegiada”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p. 119 y ss.

La directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales¹⁰⁰ obedece, como ya se hace presente en la exposición de motivos, a que tanto la libre circulación de capitales como la libre prestación de servicios posibilitan el blanqueo de capitales,¹⁰¹ amén de que la escasa coordinación, que en este sentido se observa entre los Estados miembros, permite tal actividad. Así también, se señala que el blanqueo influye notablemente en el aumento de la delincuencia organizada, siendo una de sus manifestaciones más palpables el tráfico ilícito de estupefacientes. Por otro lado, se hace hincapié en que no basta luchar empleando sólo instrumentos punitivos, sino que, además, también le cabe al sistema financiero desarrollar una tarea eficaz en tal sentido, como puede ser, por ejemplo, establecer métodos de control interno o examinar con especial atención aquellas transacciones que pueden estar vinculadas al blanqueo.

Para poder precisar cuál es la esfera de aplicación de las normas que se analizan, es necesario efectuar ciertas distinciones. La operación de blanqueo de dinero¹⁰² supone, en primer lugar, que se está ante un dinero negro, esto es, aquel dinero que no está sometido al control de la Hacienda pública y, por lo tanto, permanece ajeno al régimen fiscal de un país.¹⁰³ Ahora bien, este dinero negro necesita *blanquearse* para poder, en definitiva, ser disfrutado en actividades ordinarias; para ello será preciso, en palabras de Bajo Fernández,¹⁰⁴ que el sujeto poseedor del dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpore al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza. Esto último nos indica un aspecto que es necesario distinguir, y es que *no*

(100) Cfr., entre otros, De Faria Costa, "El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del derecho penal y de la política criminal)" (trad. Paz Arenas Rodríguez), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 655 y ss.; Gómez Iniesta, "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español", *Estudios de derecho penal económico*, Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 137; Consejo del Poder Judicial, "El encubrimiento, la recepción y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, febr. 1994; Pardon, "Le blanchiment de l'argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit", *Revue du Droit Pénal et de Criminologie*, 1992, p. 740 y ss; Flick, "La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 1.255 y ss; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 351-353.

(101) Así, Grasso, "L'incidenza del diritto...", p. 82.

(102) Si bien es cierto que las expresiones "lavado de dinero" o "blanqueo de capitales" no son en rigor técnicas, pues provienen de las esferas criminales, no dejan de ser bastante ilustrativas. Además, han sido acogidas sin mayores cuestionamientos en distintos países. Así, por ejemplo, se habla de "riciclaggio del denaro", "money laundering", "blanchiment de l'argent" o "geldwäscherei".

(103) Cfr. al respecto, Bajo Fernández, "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 73 y ss.

(104) Bajo Fernández, "Derecho penal económico...", p. 74.

todo el dinero negro tiene un origen delictivo. En efecto, también puede acontecer que éste provenga de actividades lícitas, pero que sobre él se tomó la determinación de sustraerlo al control fiscal. Respecto de ésta última situación, otras serán las figuras penales que en la especie se configuren, así, por ejemplo, el art. 305 del CP.

Nuestra atención debe centrarse en aquellos casos en que el dinero *sí tiene un origen criminal*, pues son estas circunstancias las que han motivado la normativa comunitaria.

Como es sabido, este tipo de operaciones ha generado una creciente preocupación, no sólo por la inestabilidad que pueden ocasionar al sistema financiero, sino también por las actividades delictivas que hay detrás de ellas (drogas, terrorismo, tráfico de armas etc.). Es así que organismos internacionales como Naciones Unidas, a través de la Convención aprobada en Viena el 19.12.1988, o el Consejo de Europa, con el Convenio de Estrasburgo de 08.11.1990, ya se han pronunciado al respecto, reflejando con ello que ya se ha asumido como un problema internacional, y que por lo tanto, internacionales también deben ser las medidas que se adopten para combatirlo.

Ahora bien, en lo que dice relación con la Directiva, destacan los siguientes aspectos: en su art. 1, al igual que el relativo al *insider trading*, define algunos elementos normativos, como las entidades de crédito, y qué actividades se consideran como blanqueo de capitales. Respecto de ésta última, conviene señalar las referencias que se hacen a la tentativa y a formas de participación.¹⁰⁵ Así también, la posibilidad —bastante criticable, por cierto— de admitir la responsabilidad penal objetiva.¹⁰⁶ En todo caso, tal facultad que se otorga a los Estados miembros no debe extrañar, pues el TJCE, en la sentencia *Hansen*,¹⁰⁷ estimó este tipo de medida como compatible con el Derecho comunitario. Por otra parte, en el mismo art. 1 se establecen reglas a fin de superar las barreras que podría generar el principio de territorialidad,¹⁰⁸ dado el carácter eminentemente internacional que caracterizan este tipo de actividades.¹⁰⁹

(105) Art. 1: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: —blanqueo de capitales: (...)— la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución”.

(106) Art. 1: “... El conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades mencionadas en el presente guión podrán establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas”.

(107) Vid. STJCE *Hansen*, cit. n. 62; asimismo, Tiedemann, “El derecho penal económico”, p. 243-244.

(108) Art. 1: “... Hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero”.

(109) Por cierto llama la atención —en forma positiva, claro.— que ya en el ámbito comunitario, esto es, a través de Directivas, se establezcan disposiciones que afecten uno de los

La Directiva también se pronuncia sobre un aspecto bastante delicado en este tipo de transacciones, a saber, el secreto bancario. En efecto, resulta claro que toda medida que se quiera adoptar en este ámbito, será ineficaz si no se puede investigar los movimientos bancarios, pues precisamente las organizaciones criminales se valen de esta reserva para efectuar sus operaciones de blanqueo.

Pero, por otro lado, se debe conciliar esta necesidad con el deber de las entidades de mantener la discreción respecto de las transacciones y movimientos que efectúen sus clientes.¹¹⁰ Pues bien, conforme al art. 6, deben comunicar a las autoridades cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo, facilitando la información que sea necesaria, no pudiendo las entidades notificar al cliente sobre dicha entrega ni que se está realizando una investigación (art. 8). Por su parte, el art. 9¹¹¹ exime de responsabilidad a la entidad de crédito, institución financiera, como así también, al empleado o directivo de una institución que de buena fe revele información que pudiera estar vinculada al blanqueo. Se hecha en falta que la eximente no abarque, asimismo, a testigos que aporten información sobre operaciones de blanqueo de dinero.¹¹²

En lo que dice relación con las sanciones (art. 14), la Directiva sigue la misma línea establecida por la que regula la información privilegiada, esto es, dejar a los Estados la decisión sobre qué medidas sancionatorias estimen más adecuadas. En todo caso, debe tenerse presente que en la Exposición de Motivos se consideran *las medidas de carácter penal como la principal herramienta para combatir el blanqueo de capitales*.¹¹³

obstáculos más fuertes para lograr una adecuada tutela de los intereses comunitarios, como lo es el principio de territorialidad.

(110) En este punto Pardon, "Le blanchiment...", p. 755, hace presente que el hecho de examinar las transacciones de la clientela –contrario al principio bancario de no-ingerencia– y el de informar a las autoridades –contrario al deber de discreción profesional– violarían el art. 8.1 de la Convención de 1950. Empero, esta ingerencia debe ser autorizada en la medida que sea necesaria para la seguridad nacional, dentro del principio de proporcionalidad y subordinada a la condición de que la medida sea apropiada para los objetivos que se persiguen.

(111) Art. 9: "La revelación, de buena fe, de las informaciones contempladas en los artículos 6 y 7, por parte de un empleado o directivo de una entidad de crédito o de una institución financiera, a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará para la entidad de crédito, la institución financiera, sus directivos y empleados, ningún tipo de responsabilidad".

(112) Así también, Gómez Iniesta, "Medidas internacionales...", p. 147.

(113) Conviene hacer presente que los Estados de la UE, aun siendo todos firmantes del Convenio de Viena de 1988, en el cual se establece que las sanciones para este tipo de conductas deben ser penales (vid. art. 3.1 b), respecto de la Directiva no han seguido el mismo camino. Sólo se explica como una manera de dejar en claro a la UE que los Estados no tolerarán una intromisión en sus facultades punitivas.

La normativa española trata esta materia en los arts. 301 a 304 del CP y en la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.¹¹⁴ En lo que respecta a ésta última ley, que transpone la Directiva analizada, corresponde resaltar algunos aspectos. Su art. 1, en cuanto regula el ámbito de aplicación, sintoniza plenamente con las exigencias de la Directiva, pues abarca las operaciones no sólo vinculadas con las drogas, sino también con otra clase de organizaciones delictivas. Asimismo, la definición que se hace del blanqueo de capitales concuerda con la expresada en la norma comunitaria. Por su parte, el art. 2 señala los sujetos que quedan obligados por las disposiciones de la ley en cuestión, precisando el art. 3 cuáles son estas obligaciones; entre ellas, además de las ya señaladas en la Directiva, está la de colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. El art. 4 preceptúa sobre la eximente de responsabilidad que se examinó *supra*. Por último, cabe resaltar el capítulo II, que regula el régimen sancionador. La ley sólo dispone de sanciones administrativas, las que se clasifican en graves y muy graves,¹¹⁵ facultándose al Consejo de Ministros, respecto de las muy graves, y al Ministro de Economía y Hacienda, de las graves, la imposición de éstas.

Las sanciones penales están dispuestas en el CP, art. 301 a 304. Sin entrar en mayores disquisiciones, aquí se sancionan especiales formas de favorecimiento. El art. 301.1, si bien en su primera parte queda claro su carácter eminentemente económico, ya no lo parece tanto al incluir a quien realice actos para ocultar el origen ilícito o ayude al partícipe a eludir las consecuencias legales de sus actos. En este último caso, la norma en cuestión podría entrar en colisión con el art. 451, que tipifica el encubrimiento, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

El párrafo final del art. 301.1 aumenta la pena si el origen de los bienes se relacione con el tráfico ilícito de drogas. Si bien la actual normativa, a diferencia de la anterior, comprende a otras actividades delictivas, aún se observa que, para el legislador, las vinculadas a las drogas merecen una mayor reprobación.

Para terminar, el art. 304 sanciona la provocación, conspiración y proposición, lo que refleja el mayor desvalor de este tipo de delitos.

4.3.4 Ventajas y límites que presenta esta técnica

La técnica que se analiza ofrece mayores ventajas que la asimilación en pos de una mejor tutela de los intereses comunitarios, aunque para ello se requiere, claro

⁽¹¹⁴⁾ Publicada en el *BOE* de 29.12. 1993.

⁽¹¹⁵⁾ Si bien existen conductas, como el incumplimiento del deber de comunicar aquellas operaciones que puedan relacionarse con el blanqueo —que son sancionadas como infracción muy grave— dadas las circunstancias, nada impide que puedan ser calificadas a título de dolo eventual.

está, *un mayor esfuerzo normativo, tanto de las instituciones comunitarias como de los propios Estados miembros*. El que se deba legislar a partir de lo que "ordene" la UE y según un basamento mínimo, permite asegurar un tratamiento *punitivo más o menos* homogéneo. Además, el que se requiera la actividad legislativa de los Estados para llevar a cabo el proceso armonizador, posibilita, en principio, la superación de conflictos que en el ámbito del principio de legalidad se pueden presentar. Recalco lo de *en principio*, pues, como luego se expondrá, es necesario observar ciertos parámetros a fin de no vulnerarlo.

El que las normas comunitarias se pronuncien sobre las conductas a sancionar y ofrezcan definiciones de los elementos normativos que pueden conformar el tipo penal, constituye un importante antecedente sobre el cual construir el proceso armonizador, sobre todo si se tiene en cuenta que éstas otorgan un mínimo denominador; nada impide, por tanto, que los Estados puedan establecer disposiciones más severas.¹¹⁶ Claro ejemplo de lo anterior lo conforman las dos directivas analizadas *supra*.¹¹⁷ Bajo estos presupuestos no me parece se pueda menoscabar el principio de legalidad.¹¹⁸

Otra cosa es que las normas comunitarias dispongan acerca de la naturaleza de las sanciones, esto es, *si deben o no ser ésta penales*. Ya se vio en las directivas analizadas, que no hubo un pronunciamiento expreso y que, en definitiva, se dejaba a los Estados el determinar qué tipo de sanciones aplicar. Pero, *¿pueden las normas comunitarias obligar a los Estados a sancionar penalmente sin con ello violentar el principio de legalidad?* La posición de la doctrina en este punto es divergente. Así, por un lado,¹¹⁹ se argumenta que ello es posible, esto es, que resulta legítimo imponer a los Estados criterios de determinación la opción sancionadora. Si bien la UE no cuenta con una competencia punitiva, sí cuenta con facultades normativas para procurar una armonización, si estima que las diferencias en los sistemas penales pueden incidir negativamente en el funcionamiento de la Comunidad. Por otro lado, se señala que el principio de legalidad bajo ninguna circunstancia se vería afectado, pues necesariamente debe haber una intervención del legislador nacional. Como señala Grasso,¹²⁰ el problema de la mayor o menor flexibilidad no debe plantearse en cuanto a si la UE puede o no exigir que se sancione penalmente —está claro que sí, según el autor— sino que, dadas las diferencias que pueden existir en la Parte general, no resulta conveniente una rigurosa determinación en el *quantum* de las penas.

(116) En este sentido, Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 633; idem, *Fraudes...*, p. 354.

(117) Vid., por ejemplo, el art. 6 de la Directiva sobre información privilegiada.

(118) Para este efecto, conveniente sería que el proceso armonizador se fundamentara en normas como el art. 100 A, TCE, pues indudablemente mayores objeciones se presentarían si el proceso se cimienta en normas como el art. 101, TCE.

(119) Entre otros, Grasso, *Comunidades...*, p. 217-220; idem, "La tutela degli interessi", p. 389-391; Pedrazzi, "Il ravvicinamento...", p. 476-477; Cuerda Riezo, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 631.

(120) Grasso, *Comunidades...*, p. 219.

Otra posición doctrinaria¹²¹ discrepa con los planteamientos recién expuestos. En efecto, se señala que el obligar a los Parlamentos nacionales a establecer sanciones penales *vulneraría el principio de legalidad* en especial el de reserva de ley. El que una directiva disponga que debe sancionarse penalmente, supone una intromisión en las tareas que son propias de los Parlamentos nacionales. Equivaldría a que el Ejecutivo nacional (Consejo en el ámbito comunitario) creara tipos penales, afectando las funciones que le corresponden —dentro de un régimen democrático— al Parlamento. En definitiva, el que se pueda decidir acerca de la naturaleza de la sanción a imponer, es el margen de discrecionalidad mínimo que sólo compete al Congreso, y su menoscabo alteraría el principio de legalidad.

A mayor abundamiento,¹²² la jurisprudencia del TJCE, al pronunciarse sobre el art. 5 del TCE, ha señalado que lo importante es que la sanción sea lo suficientemente eficaz,¹²³ sin indicar cuál debe ser su naturaleza. Por último, debe considerarse que tal flexibilidad permitiría conciliar el interés comunitario de sancionar eficazmente con los principios propios de la Parte general de cada Estado. Así, por citar un ejemplo, no todos los países sancionan penalmente a las personas jurídicas; es fácil percibir, entonces, los problemas de armonización que se presentarían si una directiva se pronuncia en este sentido.¹²⁴

Es cierto que en estricto rigor, no parece que existan impedimentos para que una directiva disponga que los Estados deben sancionar penalmente determinadas conductas, pues el principio de legalidad estaría salvaguardado en la medida que se requiere la intervención legislativa de cada Estado. Empero, conforme al actual estado de desarrollo del Derecho comunitario, no resulta posible sostener la aseveración anterior, esto es, que el principio de legalidad no se vería lesionado. Si, como es sabido, por un lado tenemos que el principio tiene un *componente democrático*¹²⁵ que no es posible desatender, y por otro, que una de las carencias más notables de las instituciones comunitarias legiferantes es su falta de legitimidad democrática, resulta entonces difícil de aceptar que cuando una disposición comunitaria —incluso cuando emana del procedimiento “más democrático”, como lo es el del art. 100 A— ordena a los Estados que deben castigar penalmente una deter-

(121) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 362-366.

(122) Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 363.

(123) Vid. STJCE *Comisión c. Grecia*, cit. n. 33; STJCE *Hansen*, cit. n. 62; asimismo, vid. Sevenster, “Criminal law...”, p. 50-51.

(124) En todo caso, sobre este punto, el TJCE ha resuelto que el art. 5 del TCE no puede obligar a un Estado miembro a introducir en su Derecho un régimen penal específico, tal como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. STJCE *Vandevenne y otros* de 02.10.1991, as. C-7/90, Rec. 1991-8/1.

(125) Al respecto, Silva Sánchez, *Aproximación...*, p. 252-253, señala que la dimensión política del principio de legalidad se refiere precisamente a la vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos. Tiene por objeto fundamental atender a la *legitimación democrática* de las disposiciones definitorias de los delitos y de las penas.

minada conducta, ello no sea visto como una clara violación del principio de legalidad. No debe olvidarse que normas como las directivas constituyen instrumentos del Derecho de integración; por lo tanto, lo que en el ámbito comunitario se disponga *debe* reflejarse en cada uno de los ordenamientos. Si bien es cierto que la técnica de armonización supone la actividad normativa de los Parlamentos nacionales, hay que considerar que éstos sólo actuarían para *transformar en ley* lo que otras instituciones –las comunitarias– ya decidieron.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente una característica del Derecho comunitario muy importante, vinculada al principio de primacía, y es que sus normas producen un “efecto dique”, esto es, que ya transpuestas en las legislaciones nacionales no pueden ser posteriormente modificadas ni derogadas. Este efecto también es conocido como el de “petrificación legislativa”.¹²⁶ Es evidente que, bajo estos parámetros, la participación del Parlamento se ve disminuida; más aún lo estaría, si se le priva de la facultad de determinar qué conductas son o no merecedoras de pena. Además, se estaría abiertamente dotando a las instituciones comunitarias de una potestad punitiva, pues de ellas dependería si un comportamiento deja o no de ser punible.

Las circunstancias expuestas, a saber, el “déficit democrático” y la “petrificación legislativa”, hacen recomendable, cuando se emplea el procedimiento de armonización, que las normas comunitarias sólo se pronuncien sobre un mínimo, esto es, sobre cuáles son los objetivos a alcanzar, dejando que los Estados determinen el régimen sancionatorio que estimen más adecuado y eficaz. Las Directivas sobre información privilegiada y blanqueo de capitales conforman un buen ejemplo al respecto.¹²⁷ Lo anterior no quiere en todo caso significar que la técnica analizada no sea perfectible y que no se pueda alcanzar mayores niveles de armonización, pero, para ello, sería recomendable, antes que nada, superar la deficiencia democrática de que adolece el sistema legislativo comunitario. *Mientras se mantenga el Derecho comunitario en el estado en que actualmente se halla, el método en cuestión debe respetar los baremos expuestos precedentemente.*

5. Potestad sancionatoria comunitaria

5.1 Naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias

Ya se ha visto que para tutelar intereses comunitarios, es necesario recurrir a las legislaciones penales nacionales, sobre todo si se quiere obtener una mayor

(126) Vid. Nieto Martín, “Ordenamiento...”, p. 633; idem, *Fraudes...*, p. 358.

(127) Al respecto, Tiedemann, “El derecho penal económico...”, p. 242, señala, al tratar las Directivas en comento: “Lo cual significa que a la armonización le queda vedado tan sólo la determinación de la sanción, mas puede extenderse a la determinación de las prohibiciones y los mandatos, ya se encuentren éstos, como ocurre en el Derecho Penal accesorio, separados de la norma sancionatoria o se integren en el tipo penal, como

protección. Sin embargo, es preciso resaltar que las CE cuentan con su propia potestad sancionatoria. En efecto, si bien no disponen de competencias penales, sí están dotadas de competencias para establecer sanciones administrativas pecuniarias.

Es así que en el TCECA es posible encontrar una serie de disposiciones que confieren a la Comisión la facultad de imponer sanciones pecuniarias. Es posible citar, entre otros, los arts. 47, 50.3, 58.4, 65.5 y 66.6. Además, el art. 95, que autoriza a la Comisión a tomar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos del Tratado, le confiere también la facultad de establecer sanciones. Por su parte, el TCEEA no dispone de sanciones pecuniarias, según se desprende del art. 83. Conforme a este precepto, los castigos –aplicables tanto a personas físicas como a empresas– podrán consistir en amonestaciones o supresión de ventajas especiales.

El TCE, en cambio, no instituye por sí mismo ninguna sanción, sino que, conforme al art. 87, se remite a reglamentos o directivas para el establecimiento de multas y medidas coercitivas, a fin de garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los arts. 85 y 86. Disposiciones estas últimas que tienen por objeto, en general, impedir aquellas prácticas de las empresas que puedan alterar la libre competencia.

El mandato del art. 87 se materializó en el Reglamento 17/62 del Consejo.¹²⁸ Si bien con posterioridad se han dictado otros textos normativos, éste constituye el principal cuerpo sancionador.¹²⁹

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas sanciones, han sido las propias disposiciones comunitarias las que se han preocupado de precisar –ya sea en forma expresa o implícitamente– su desvinculación del Derecho Penal.¹³⁰ Si bien el interés de las autoridades comunitarias por resaltar esta demarcación es un argu-

sucede con los tipos del StGB. Con otras palabras, y simplificando los términos: la carencia de competencia comunitaria para adoptar ‘directivas penales’ no se refiere al Derecho Penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales”.

(128) Publicado en el DOCE n. L 204, de 21.02.1962.

(129) En este sentido, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, 1995, p. 239; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 59.

(130) Así, por ejemplo, art. 15 del Reglamento 17/62. Además, para Sgubbi, “Voce diritto...”, p. 1.225, del art. 83 del TCEEA también se puede llegar a la misma conclusión, pues las sanciones allí contenidas tienen un enfoque civil, dado que éstas se presentan como una privación en detrimento del contraventor. Por su parte, Grasso, *Comunidades...*, p. 87, argumenta, para corroborar el carácter no-penal de las sanciones, que el art. 192 del TCE, al exigir, por un lado, que las decisiones de la Comisión o el Consejo, que imponen obligaciones pecuniarias a personas distintas de los Estados, sean títulos ejecutivos, y por otro, que la ejecución forzosa se rija por las normas de procedimiento civil de los Estados en que se lleve a cabo, refleja la intención de impedir el establecimiento de sanciones distintas a las pecuniarias. A mayor abundamiento, si para la ejecución se exige la aplicación de normas civiles, se imposibilita hablar siquiera de sanciones penales.

mento muy importante para fijar la naturaleza extrapenal de las sanciones comunitarias, no debe olvidarse que la principal distinción proviene de que éstas son impuestas por una autoridad administrativa, como lo es la Comisión.¹³¹ Amén de lo anterior, hay autores que fundamentan el carácter no penal de las sanciones en que éstas no dan lugar a antecedentes penales, como así también, que en caso de incumplimiento del pago no se transforman en penas privativas de libertad.¹³²

Aun cuando la posición dominante en la doctrina es la expuesta, han surgido voces, principalmente francesas, argumentando que el estimar a las sanciones pecuniarias comunitarias como no-penales es sólo una *ficción jurídica*.¹³³ En efecto, la afirmación del art. 15 del Reglamento 17/62 acerca del carácter no-penal de las multas proviene de una ficción, pues los Estados no quieren sentar el precedente de una transferencia de sus potestades represivas. Sin embargo, estas sanciones, que son impuestas para castigar y no para reparar, responden más bien a la definición de pena. La multa es aplicada por una institución pública, en el ejercicio de sus atribuciones y no en el marco de una relación privada con una empresa.¹³⁴

En definitiva, las multas son *materialmente* penales, *aunque formalmente* no se haya reconocido así.¹³⁵

Estas discrepancias acerca de la verdadera naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias traen a colación la siempre difusa distinción entre las infracciones administrativas y las penales. Sin entrar en mayores profundidades,¹³⁶ pues desborda el objeto de este trabajo, es necesario conocer cuáles son los parámetros que permitirían trazar una línea divisoria más o menos clara entre uno y otro injusto.

(131) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 87; idem, "Verso un diritto...", p. 632; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 96; Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 216.

(132) Entre otros, Grasso, *Comunidades...*, p. 87; Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 216.

(133) En este sentido, Legros, quien al intervenir en el seminario "Droit et Vie des Affaires", publicado en *Revue du Droit Pénal et de Criminologie*, 1968-1969, p. 815, señala: "Si el reglamento 17 ha previsto que no se trata de una sanción penal, lo hace en virtud de una ficción, que debe haber sido querida para no ofender a los países en donde se considera que las personas morales no pueden delinquir, y para no crear una excepción demasiado enfática al principio de territorialidad del Derecho Penal"; asimismo, Lombois, *Droit pénal international*, Toulouse, 1971, p. 172-173.

(134) Lombois, *Droit pénal...*, p. 172.

(135) Lombois, *Droit pénal...*, p. 173.

(136) Al respecto, cfr. entre otros, Torio López, "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, t. III, p. 2.529 y ss.; Quintero Olivares, "La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración pública y los principios sancionadores del derecho penal", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n. 1.608 a 1.610, 1991, p. 4.217 y ss.; Paliero, "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica" (trad. C. Suárez González), *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 469 y ss; idem, "Il

El punto no es fácil de dilucidar, pues las diferencias no se presentarían en un orden cualitativo ni cuantitativo,¹³⁷ sino más bien serían, como ha puesto de relieve Torío López,¹³⁸ de carácter valorativo. Es decir, la distinción entre ambas formas de injusto supone, previamente, una apreciación estimativa, a fin de determinar si el injusto determinado es merecedor de una sanción penal o sólo de una sanción administrativa.¹³⁹

Para Torío López el recurrir al procedimiento valorativo presupone “un conocimiento cuidadoso de la materia que venga en consideración (por ej., infracciones tributarias, infracciones de tráfico, infracciones sociales, urbanísticas, ecológicas etc.). La descripción rigurosa, el conocimiento de las propiedades materiales del comportamiento, de su dirección de ataque, de su contradicción con la conciencia ético-social etc., son presupuestos indispensables de la ulterior valoración jurídica. Las propiedades y naturaleza de las cosas no son indiferentes axiológicamente. La naturaleza del interés atacado puede ser determinante de la decisión político-jurídica”.¹⁴⁰

Conforme al método valorativo, es posible señalar que existen ámbitos o zonas que nunca pueden ser consideradas como infracciones administrativas. En

‘diritto eale-amministrativo’: profili comparatistici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, 1.254 y ss.; Parada Vásquez, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de la Administración Pública*, 1972, p. 41 y ss.; Polaino Navarrete, “Delimitaciones jurídicas del sistema punitivo: derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador”, *Criminalidad actual y derecho penal*, Colección: Estudios Criminológicos, Córdoba, 1988, p. 47 y ss.; Dolcini, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 777 y ss.; Dolcini y Paliero, “L’illecito amministrativo nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, p. 1.134 y ss.; Delmas-Marty, “I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 731 y ss.; Mattes, *Problemas de derecho penal administrativo* (trad. J. M. Rodríguez Devesa), Jaén, 1979, quien hace un estudio sobre la evolución histórica y el Derecho comparado; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1993.

(137) Cobo Del Rosal y Vives Antón. *Derecho penal. Parte general*, 3. ed., Valencia, 1991, p. 45-46, hacen una breve exposición de las distintas teorías diferenciadoras.

(138) Torío López. “Injusto penal...”, p. 2.539; En contra, Jescheck, *Tratado...*, I, p. 81, para quien las diferencias serían sólo de orden cuantitativo.

(139) Cfr. Amelung. “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin” (trad. J. M. Silva Sánchez), en: Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 98-99, quien construye grupos de casos para determinar cuando recurrir a medios jurídico-penales en vez de reacciones propias del Derecho Administrativo; para Paliero, “La sanción administrativa...”, p. 475, el único elemento seguro de diferenciación entre sanción criminal y sanción administrativa es que, respecto de esta última, falta la estigmatización, es decir, la degradación del condenado bajo el aspecto ético-social.

(140) Torío López. “Injusto penal...”, p. 2.541.

efecto, para Jakobs,¹⁴¹ la infracción de las normas que conforman el ámbito central o nuclear, sólo puede ser estimada como infracción penal, esto es, cuando se ataca a bienes estimados centrales o capitales, esto sólo puede ser calificado como delito o, en su caso, atípico, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así, se corre el grave riesgo de desplazar inadecuadamente partes que son estimadas imprescindibles para la identidad de la sociedad.¹⁴²

Estos ámbitos o zonas, respecto de los cuales sólo cabe la protección penal, deben tener como referencia la persona humana. Es decir, como afirma Silva Sánchez,¹⁴³ no pueden incriminarse modalidades de ataque a bienes que no redunden en peligro grave para los individuos. Es necesario evitar la creciente tendencia de incriminar los llamados “delitos de víctima difusa”, en los que más bien se expresan objetivos de organización política, económica y social, y en los que lejanamente se afecta al individuo.¹⁴⁴

Justamente en estos casos, cuando lo que se busca es precisamente regular ámbitos sectoriales —como el tráfico vial o la competencia— en donde no hay una referencia a la persona como ser individual, es preferible recurrir a las infracciones administrativas. Como esta vía pretende disciplinar y organizar actividades sectoriales, nada impide, entonces, adelantar la barrera protectora, de forma que se castiguen conductas que sólo puedan poner en peligro el buen funcionamiento de estas actividades. Cuestión esta última bastante discutible, si se recurriera a mecanismos jurídico-penales.

Precisamente, las sanciones pecuniarias comunitarias responden a las características propias de las sanciones administrativas.¹⁴⁵ En efecto, el Derecho sancionador comunitario está centrado fundamentalmente en el adecuado funcionamiento de la competencia; las sanciones se dirigen en ese sentido, como lo ilustran, por ejemplo, los arts. 85 y 86 del TCE.

(141) Jakobs. *Derecho penal. Parte general* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, p. 66.

(142) Jakobs. *Tratado...*, p. 67, pone como ejemplo la tentativa de homicidio en caso menos grave. Si bien puede estimarse como un caso de bagatela, debe relacionarse éste en el contexto normativo que se mueve, y es en el de las normas pertenecientes al ámbito central. Por tanto, si esta conducta se castiga, sólo lo será como delito, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así —estimándola en el mismo nivel de la emisión de ruidos molestos— desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central.

(143) Silva Sánchez. *Aproximación...*, p. 292.

(144) Silva Sánchez. *Aproximación...*, p. 291, quien agrega que aquello no significa evitar la protección penal de los llamados bienes universales, como la Administración Pública o de Justicia, las instituciones económicas etc., pero es necesario, para ello, concebir dichos bienes en un sentido *instrumental* respecto de la persona humana.

(145) Al respecto, vid. Vervaele, “Poderes sancionadores de y en la Comunidad europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?” (trad. J. Bengoetxea), *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 37, 1993, p. 167 y ss.

Ahora bien, el ordenamiento comunitario, al emplear sanciones administrativas, ha obligado al TJCE —a falta de reglas escritas— a desarrollar una serie de garantías propias de la Parte general del Derecho Penal, como lo son el principio de legalidad y el de culpabilidad.¹⁴⁶ Hay que indicar que la labor realizada por el TJCE en este sentido, se corresponde, además, con los principios ya desarrollados tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por los Tribunales Constitucionales alemanes, italianos y españoles, y asimismo, con las leyes de contravenciones de Alemania, Italia y Portugal.¹⁴⁷ El TJCE tiene muy presente que una ausencia de garantías puede generar conflictos en el ámbito constitucional con los Estados miembros, y es por ello que intenta que estas *garantías constitucionales* se vean expresadas en el ordenamiento comunitario.

Por otro lado, cabe resaltar que al, procurar el Tribunal de Luxemburgo desarrollar un Derecho comunitario garantístico, ha obligado a que los Estados reflejen en sus ordenamientos tales reglas. Así ocurrió en Francia, la que se vio forzada a reconocer el principio de culpabilidad en su Derecho aduanero.¹⁴⁸

En este sentido, Nieto García apunta: “Con esta elaboración analítica (‘química’) del Derecho Administrativo sancionador de la Comunidad Europea se está produciendo una curiosa transmisión del pensamiento jurídico a través de los flexibles vasos comunicantes de la Jurisprudencia. Tal como acaba de decirse, *los principios más generalizados en alguno de los Estados miembros pasan a la Comunidad Europea por el canal de su Tribunal de Justicia, y desde allí se produce un efecto de retroalimentación, puesto que vuelven a los ordenamientos jurídicos de los demás Estados ya con el marchamo del Derecho comunitario*, progresando con ello la homogeneización de todos los Derechos”.¹⁴⁹

5.2 Principios del Derecho sancionador comunitario

A continuación, expondré en sus aspectos más esenciales, cuáles son las reglas fundamentales que componen esta Parte general del Derecho sancionador comunitario.¹⁵⁰

(146) Grasso, *Comunidades...*, p. 92, señala que los ilícitos comunitarios podrían parangonarse, en lo referente a su naturaleza jurídica, con el *Ordnungswidrigkeiten* del Derecho alemán o con el Derecho Penal Administrativo italiano. Ambos ordenamientos han desarrollado una Parte general muy similar a la del Derecho Penal, como también ocurre en el Derecho portugués.

(147) En este sentido, Tiedemann, “El derecho penal económico”, p. 246.

(148) Resulta contradictorio que en el caso *Hansen*, el TJCE no haya puesto reparos en los supuestos de responsabilidad objetiva que contempla la legislación danesa.

(149) Nieto García, *Derecho administrativo...*, p. 93.

(150) Para mayor detalle, cfr. entre otros, el completo trabajo de Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 123 y ss; asimismo, Tiedemann, “Reglas y garantías de la Comunidad europea en materia penal administrativa” (trad. R. de Vicente Martínez), *Estudios de derecho pe-*

5.2.1 Principio de legalidad

Aunque nadie puede discutir la importancia de este principio en un Estado de Derecho y el papel que juega en materia penal, la cuestión surge, en cambio, tratándose del Derecho comunitario, dadas las particularidades que este ordenamiento tiene.

Al respecto, es necesario subrayar que este principio es plenamente valorado en el ámbito comunitario; cabe considerar que tanto los ordenamientos nacionales de los Estados miembros —que reconocen este principio al tratar sus infracciones y sanciones administrativas— como el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹⁵¹ suponen una obligación para el ordenamiento comunitario en cuanto a su reconocimiento.

Ahora bien, aun cuando desde su vertiente formal el principio encuentra dificultades de contenido, dada la carencia de legitimidad democrática del “legislador comunitario”, esta dificultad podría mitigarse empleando el procedimiento del art. 189 B del TCE, pues a través de éste, el Parlamento europeo tiene activa participación.¹⁵² En todo caso, este aspecto, como se ha resaltado *supra*, constituye una tarea pendiente para la UE.

En lo que dice relación a la vertiente material, esto es, al mandato de determinación, cabe considerar que en su aplicación se encuentran algunas dificultades. En efecto, por un lado, los propios Derechos nacionales exhiben, en este orden, cierta flexibilidad, tratándose de ilícitos de orden administrativo;¹⁵³ así, por ejemplo, en Alemania se acepta que el grado de determinación sea menor tratándose de sanciones menos graves. Unido a esta situación nada satisfactoria, se debe considerar que el propio ordenamiento comunitario emplea términos no muy precisos, como *abuso de posición dominante*, *ataques análogos*, *práctica concer-*

nal económico, Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 255 y ss.; idem, “El derecho penal económico...”, p. 246 y ss.; idem, “Lecciones...”, p. 76 y ss.; Dannecker, “Sanciones y principios de la Parte general del derecho de la competencia en las Comunidades europeas” (trad. J. A. Lascuráin Sánchez), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 545 y ss.; Grasso, *Comunidades...*, p. 126 y ss.

(151) Art. 7: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales al Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

(152) Así también, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 124.

(153) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 131; Tiedemann, “Reglas y garantías...”, p. 259; Paliero, “Il diritto penale...”, p. 1.284.

tada etc.¹⁵⁴ A este respecto, se puede citar el asunto *Hoffmann-La Roche*,¹⁵⁵ pues en él se planteó que la indeterminación de los términos empleados por el art. 86 del TCE, como *explotación abusiva oposición dominante*, no podían fundamentar la imposición de una multa, ya que se transgredía el art. 7 del Convenio de 1950, norma que forma parte de ordenamiento comunitario. El TJCE rechazó tales argumentos, señalando que las empresas, conforme al Reglamento 17/62, han contado con la posibilidad de obtener aclaraciones en tomo a la aplicación del art. 86.

Las instituciones comunitarias, como la Comisión o el propio TJCE, en cierta manera concientes de que las disposiciones comunitarias adolecen de una falta de determinación, han recurrido a una serie de pautas a fin de hacer frente a tal situación.¹⁵⁶ Así, por ejemplo, establecer en un principio multas simbólicas, respecto de aquellas conductas cuya sanción sea una novedad. Otro mecanismo es que la Comisión dirija recomendaciones a las empresas a fin de que cesen en la infracción.

En lo que respecta al principio de irretroactividad —uno de los corolarios fundamentales del principio de legalidad—, éste siempre ha encontrado reconocimiento en la normativa comunitaria. En efecto, ya desde los albores de las CE ha sido contemplado como principio general de Derecho comunitario, según ya se aprecia en el asunto *Bosch*.¹⁵⁷ Así también, en la sentencia *Regina/Kirk*,¹⁵⁸ en la cual el TJCE expresamente afirma: “El principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, consagrado por el artículo 7 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que forman parte integrante de los principios generales de Derecho cuya observancia la Corte debe asegurar”.

Al igual que el principio anterior, la prohibición de analogía también encuentra eco en el ordenamiento comunitario. Es así, como señala Grasso,¹⁵⁹ que para las

(154) Como indica Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 126, esta indeterminación en los conceptos no es una característica exclusiva del Derecho comunitario, sino que es común en las legislaciones que regulan la competencia, dada la capacidad de los agentes de crear nuevos medios no previstos en las legislaciones.

(155) Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roche* de 13.02.1979, as. 85/76, Rec. 1979-1.

(156) Sobre este aspecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 128-130.

(157) Sentencia TJCE *Bosch* de 06.04.1962, as. 13/61, Rec. 1962.

(158) Sentencia TJCE *Regina/Kirk* de 10.07.1984, as. 63/83, Rec. 1984-7; asimismo, la sentencia TJCE *Kolpinghuis Nijmegen BV* de 08.10.1987, as. 80/86, Rec. 1987-9, la que señala: “... esta obligación está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de la seguridad jurídica y de la irretroactividad. Por consiguiente, una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan”; en la Sentencia TJCE *Fedesa*, cit. n. 36, se afirma que, si bien puede admitirse excepcionalmente la retroactividad de las leyes extrapenales, ello no está permitido en el ámbito de lo penal.

(159) Grasso. *Comunidades...*, p. 131.

eventuales lagunas en la previsión de las conductas ilícitas no puede recurrirse al método analógico. Sólo cabe sancionar las prácticas graves y claramente prohibidas.¹⁶⁰

5.2.2 Causas de justificación

Su análisis debe realizarse en un doble aspecto, a saber, desde la propia normativa comunitaria, y por otro lado, considerando aquellas que están establecidas en los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros.

En lo que dice relación al primero, cabe señalar que el art. 85.3 del TCE regula una serie de conductas, que si bien están prohibidas, bajo determinadas circunstancias son permitidas. En efecto, dicho artículo, que en general prohíbe las prácticas que pueden afectar la competencia, las autoriza en la medida que “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”. Además, no se debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, y que el acuerdo no ofrezca a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos. Ahora bien, para lo anterior es necesario que la Comisión autorice el acuerdo, debiendo, por ello, ser notificada. Por tanto, no es posible la imposición de multas por actuaciones posteriores a la notificación y anteriores a la determinación de la Comisión.

Considerando que las circunstancias previstas en el art. 85.3 están supeditadas, en definitiva, a una notificación previa, se hace suponer que más que una causa de justificación, constituyen una condición que excluye la punibilidad, pues las notificaciones, y por lo tanto la supresión de la multa, se han establecido para que el control que la Comisión ejerce sobre los acuerdos sea más eficaz.¹⁶¹

Ahora bien, la duda surge si concurriendo alguna de las circunstancias del art. 85.3 y no mediando notificación, es posible invocar tales acuerdos como causas de justificación. Al parecer no. La notificación –para el posterior pronunciamiento de la Comisión– se presentaría como requisito indispensable, para que lo dispuesto en el artículo en cuestión tenga algún efecto.

En lo referente a las causas de justificación genéricas, éstas han sido invocadas ante el TJCE. En efecto, como se examinará a continuación, causas como la legítima defensa y el estado de necesidad son plenamente válidas en el ordenamiento comunitario. Si bien es ésta última la que encuentra un mayor espacio para su invocación, hay que recalcar que no siempre tienen una buena recepción.

Es así que, con respecto al estado de necesidad –conforme a los pronunciamientos del TJCE–, es posible delinear cuáles son los elementos para su

⁽¹⁶⁰⁾ Vid. Tiedemann. “El derecho penal económico...”, p. 247.

⁽¹⁶¹⁾ Asimismo, Grasso. *Comunidades...*, p. 147-148.

configuración: a) presencia de un peligro grave, que amenace seriamente la existencia de la empresa; b) que no haya sido creado por ésta; c) infracción de la norma comunitaria sea el único medio para garantizar la supervivencia de la empresa.¹⁶²

Ha sido por aplicación del art. 58 del TCECA, cuando mayores veces se ha invocado la presente causa. En efecto, conforme a dicho artículo, se establecen cuotas de producción, cuando se está ante períodos de contracción de la demanda. El exceso por parte de alguna empresa es castigado con multas. Precisamente, son en estas etapas de crisis cuando las empresas invocan la situación de necesidad para justificar su exceso en el régimen de cuotas. Empero, el TJCE ha sido bastante cauto en estos casos, pues justamente lo que pretende el TCECA al regular las cuotas, es garantizar la supervivencia de todo un sector productivo, más que de una sola empresa.¹⁶³

Como señala Dannecker, "El Tribunal de Justicia considera al respecto que se dañaría seriamente la regulación de las cuotas de producción si cada empresa pudiera eludir las restricciones bajo la invocación de un estado de necesidad a causa de serias dificultades económicas y rebasar a su arbitrio la cuota de producción que se le ha atribuido. La reacción en cadena que provocaría conduciría al desmoronamiento del sistema. En la participación en el tráfico económico rige el principio de que las dificultades económicas que tienen su causa en los peligros generales del mercado no pueden ser trasladadas a un tercero o a la generalidad bajo la invocación de un estado de necesidad. (...) Sólo peligros que existen fuera del mercado pueden conducir a una justificación".¹⁶⁴

En cuanto a la legítima defensa, su esfera de aplicación es más bien reducida, por lo que resulta improbable su configuración. Se pueden citar dos sentencias del TJCE que se han pronunciado al respecto, *Acciaie di Modena* y *Valsabbia*,¹⁶⁵ aunque en ambas se rechazó la concurrencia de la causa. Es así que, en el primer asunto, el Tribunal apuntó que la legítima defensa supone la realización de una actividad necesaria para eludir el peligro que amenaza al sujeto que actúa; además, la amenaza debe ser directa, el peligro inminente y que no exista otro medio lícito para eludirlo. En el asunto *Valsabbia*, en cambio, se habló de un ataque ilegítimo y no de una simple amenaza de peligro.

Generalmente se argumenta, para no admitir su configuración, que siempre está la vía de denunciar ante los organismos de la UE —que dice relación con el tercero de los requisitos—, las agresiones ilegítimas, como lo son, por ejemplo, las prácticas de *dumping*.

(162) Al respecto, cfr. Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 555; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 183; Grasso, *Comunidades...*, p. 149-150.

(163) Vid. Grasso. *Comunidades...*, p. 151; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 184.

(164) Dannecker. "Sanciones y principios...", p. 555-556.

(165) Sentencias TJCE *Acciarie di Modena* de 12.07. 1962, as. 16/61, Rec. 1962; *Valsabbia* de 18.03.1980, as. 154/78 y otros, Rec. 1980-2.

5.2.3 Principio de culpabilidad

Si bien en el Derecho Penal *stricto sensu* constituye un requisito indispensable de imputación, en el Derecho Administrativo su concurrencia no parece tan clara. En efecto, en el Derecho comparado, sólo algunas legislaciones de los Estados miembros —como las de Alemania, Italia, Portugal y España— exigen la culpabilidad como condición esencial para la imposición de una sanción administrativa. En cambio, en países como el Reino Unido, Dinamarca o Grecia, se admite la responsabilidad objetiva.¹⁶⁶

Por lo tanto, no es de extrañar que en el ámbito comunitario haya cierta confusión y que el principio no esté lo suficientemente consolidado.

Si bien en el ámbito de aplicación de las multas que establece el TCE, es necesaria la concurrencia de dolo o imprudencia,¹⁶⁷ lo anterior no aparece tan claro tratándose del TCECA. Así pues, en lo que se refiere a las sanciones que impone dicho tratado, tras un período de cierta incertidumbre, se ha estado imponiendo la noción de exigir la concurrencia de este principio.¹⁶⁸ En este sentido, se puede citar el asunto *Thissen*,¹⁶⁹ pues en él se planteó, precisamente, la necesidad de que debe concurrir la culpabilidad para la imposición de la sanción, como se desprende de las conclusiones del Abogado general Verloren Van Themaat.¹⁷⁰ Aun cuando el TJCE en definitiva condenó a la empresa, rechazando

(166) Vid. Tiedemann. "Reglas y garantías...", p. 264-265, que apunta que el principio *nulla poena sine culpa* se halla menos afianzado en los ordenamientos nacionales que el principio de legalidad.

(167) El art. 15 del Reglamento 17/62 exige que la infracción sea cometida deliberadamente o por negligencia.

(168) Así, entre otros, Tiedemann, 'Reglas y garantías...', p. 266.

(169) STJCE *Thissen* de 16.11.1983, as. 188/82, Rec. 1983-5.

(170) En sus conclusiones sobre el asunto *Thissen*, el Abogado general señala: "El texto de las disposiciones citadas del tratado CECA no indica si una culpa o propósito deliberado son siempre necesarios para poder imponer una multa y tampoco resulta que sea un obstáculo la ausencia de culpa. Solamente el artículo 65, § 5, menciona expresamente una condición de culpa, mientras que en los artículos 47, § 3, y 66 puede deducirse esta condición de los comportamientos que se describen allí. Para las disposiciones en materia de competencia del TCEE, esta condición se formula explícitamente en el artículo 15 del Reglamento 17/62. Teniendo en cuenta el hecho de que en la mayoría de los Estados miembros se aplica el principio 'nulla poena sine culpa', como el demandante lo ha expuesto con detalle a la audiencia, este adagio debe también valer, según nosotros, para las multas previstas en las disposiciones CECA que hemos citado. Nosotros reenviamos igualmente esta tema al artículo de J. J. Jescheck, "Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 65 (1953), p. 510, y a R. Winkler, *Die Rechtsnatur der Geldbusse im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Tübingen, 1971, p. 87 y ss. La misma Comisión ha reconocido que si las multas tienen un carácter penal, el principio citado es aplicable".

las alegaciones de la Comisión —en cuanto a que las multas sólo dependen de la trasgresión de las cuotas de producción—, redujo la cuantía de las multas a niveles muy bajos, considerando para ello componentes subjetivos. De lo anterior, se desprendería en este ámbito un reconocimiento por parte del TJCE del principio de culpabilidad.¹⁷¹

Sin embargo, decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias hacen dudar si efectivamente el principio de culpabilidad es asumido plenamente en el ámbito comunitario. Así pues, en el caso *Hansen*, el TJCE no estimó contrario al Derecho comunitario el régimen de responsabilidad objetiva que contempla la legislación danesa. Por otro lado, la Directiva sobre blanqueo de capitales autoriza a los Estados miembros a implantar un sistema de responsabilidad objetiva.¹⁷²

Un aspecto digno de atención es que, muchas veces, tanto la Comisión como el TJCE, al fundamentar sus resoluciones, no distinguen entre conductas dolosas o imprudentes a la hora de imponer las sanciones, basta que los delitos hayan sido cometidos “a menos por negligencia”. El propio Reglamento 17/62 incurre en este error, pues señala que las infracciones deben cometerse deliberadamente o por negligencia, sin precisar una u otra modalidad. Esta es una situación que no se puede seguir sosteniendo, ya que en la determinación de la sanción se debe diferenciar si la acción ha sido dolosa o sólo imprudente. Además, el sistema sancionador comunitario admite que determinadas infracciones sólo pueden ser cometidas con dolo, así por ejemplo, el art. 47 del TCECA, que sanciona a las empresas que suministran conscientemente información falsa.¹⁷³

5.2.4 Autoría y participación

Si se considera que las empresas son los destinatarios de la mayor parte de las normas comunitarias —así, los arts. 85 y 86 del TCE, que además exigen abuso de posición dominante—, al restringirse el círculo de autores, la naturaleza de estas infracciones comunitarias presentarían las características propias de los delitos especiales.¹⁷⁴ El problema que se presenta entonces es, ¿qué sucede con la participación?, ¿es posible castigar a empresas que han colaborado en acuerdos prohibidos, pero que no forman parte de él? Estimo que no. La normativa comunitaria nada ha previsto al respecto, por lo que sólo debiera sancionarse a aquellas empresas que realicen los comportamientos prohibidos. Actuar en sentido contrario violentaría el principio de legalidad.

Precisamente, así lo ha expuesto Dannecker: “Contra la aplicación de normas de prohibición del Derecho de la Competencia a las acciones de participación

(171) Así, Dannecker, “Sanciones y principios...”, p. 558.

(172) Vid. *supra*, n. 106.

(173) Vid. al respecto, Grasso, *Comunidades...*, p. 140; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 192.

(174) En este sentido, Dannecker, “Sanciones y principios...”, p. 549; Tiedemann, “El derecho penal económico...”, p. 252.

existen objeciones desde la perspectiva del Estado de Derecho. Ya el tenor literal habla en contra de la punibilidad de la participación, y este obstáculo no puede ser superado a través de la interpretación sin colisionar con el principio de legalidad. Con ello se plantea la cuestión de la delimitación entre autoría y participación. Esta demarcación, normalmente difícil, se facilita por el hecho de que los delitos de competencia son delitos especiales. De ahí que sea decisivo determinar con más precisión la condición de los deberes. Únicamente las empresas que sean competidores, oferentes o demandantes en el mercado en cuestión, o que adopten cláusulas complementarias limitadoras de la competencia, son empresas en el sentido del art. 85, TCEE".¹⁷⁵

Ahora bien, si es la empresa la destinataria de la norma comunitaria, importante será, entonces, precisar cuáles son los elementos que la individualizan.

En el Derecho comunitario, tanto originario como derivado, no se hallan definidos por lo que será necesario recurrir a las precisiones, que para este efecto haya realizado el TJCE. En un primer momento, los factores determinantes de una empresa eran la independencia jurídica y la participación en la vida económica. Más tarde, el concepto fue derivando hacia uno más amplio, de manera que pudieran comprenderse las llamadas *unidades económicas*.¹⁷⁶ Tal construcción ha permitido imputar las infracciones cometidas por una sociedad a otra, en la medida que entre ellas exista una relación de dependencia. En efecto, las características fundamentales de las unidades económicas son que existe una sociedad matriz que posee todo o casi todo el capital de una sociedad filial, de forma que aquélla puede influir decididamente sobre las políticas a seguir por la filial.¹⁷⁷ Así, el TJCE en el asunto *ICIc. Comisión*¹⁷⁸ ha señalado que la circunstancia de poseer la sociedad filial una personalidad jurídica diferente a la matriz, no es suficiente para excluir la responsabilidad de ésta por la conducta de aquélla. Además agrega que, aun siendo una sociedad con personalidad jurídica distinta, no determina autónomamente su comportamiento, sino que sigue las directrices que le ordena la matriz. Por último, concluye que la relación existente entre la sociedad filial con la matriz permite aseverar que ambas conforman una unidad económica.

(175) Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 551-552; asimismo, Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 252- 253, apunta que en el Derecho comunitario no existe ninguna cláusula de extensión de la punibilidad, como sí se contempla en el art. 14, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG). Además, señala: "De *lege lata* hoy en el Derecho comunitario al no existir una declaración expresa al respecto, y ser más conforme con el Estado de Derecho un concepto restrictivo de autor, es dudosa la sanción de aquellas personas que no realizan el tipo"; en contra, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 215, quien sostiene que el Derecho comunitario admite un concepto unitario de autor y que es el mismo adoptado por el art. 14, OWiG.

(176) Vid. al respecto, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 549.

(177) Para mayor detalle sobre el concepto de unidad económica, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 216-225.

(178) Sentencia TJCE *ICI c. Comisión* de 14.07.1972, as. 48/69, Rec. 1972.

Lo determinante debe ser, entonces, para responsabilizar a la matriz, no si esta posee el capital de la filial, sino *el ejercicio efectivo de una dirección que realiza la sociedad principal sobre la controlada*.¹⁷⁹

Cabe señalar, por último, que la circunstancia de que en Derecho comunitario se emplee el término empresa, en vez de persona jurídica, puede haber ayudado, dada su cierta indeterminación, a una mayor eficacia. En todo caso, tampoco es lo óptimo, pues indudablemente plantea problemas de seguridad jurídica.¹⁸⁰

6. Efectos negativos del Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales

6.1 Introducción

Supra se explicó de qué manera la actividad legislativa comunitaria podía importar un incremento de la normativa penal de los Estados miembros. Pues bien, así como ejerce una influencia positiva, también lo puede hacer en sentido inverso, esto es, las disposiciones comunitarias pueden obligar a los Estados a despenalizar determinadas conductas. En efecto, el desarrollo de la UE ha supuesto también un aumento de las esferas de libertad, lo que conlleva a considerar lícitos determinados comportamientos que antes no eran estimados así. Los países miembros que no son, por supuesto, ajenos a esta situación, deben adecuar sus legislaciones en esta nueva dirección que impone el Derecho comunitario.

Cuerda Riezu llama *obligatio non puniendi* a esta nueva exigencia que recae sobre los Estados miembros. Esta adecuación que deben hacer de su legislación penal, es otra manifestación de que los países de la UE han perdido parte de su autonomía en materia penal, pues ya no son libres de elegir las conductas que desean incriminar.¹⁸¹

En esta nueva tarea, además del poder legislativo, juegan un papel importante —quizá mayor aún— los tribunales de justicia nacionales, pues muchas veces son ellos, a través de sus pronunciamientos, los que *deben* dejar de aplicar las normas penales nacionales cuando éstas son estimadas contrarias al ordenamiento comunitario. Aquí hay, pues, una muestra palpable de la primacía del Derecho comunitario, de la que no se puede sustraer tampoco el Derecho Penal.

Así también, la jurisprudencia del TJCE tiene una participación importante en esta *nueva* influencia del ordenamiento comunitario, y no sólo a través de las sentencias. En efecto, el TCE establece el procedimiento de las cuestiones

(179) Vid. Grasso, *Comunidades...*, p. 136.

(180) Así también, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 550; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 216.

(181) Cuerda Riezu, "*¿Ostentan ius puniendi...*", p. 626.

prejudiciales, regulado en el art. 177,¹⁸² que constituye una importante fuente de interpretación del Derecho comunitario, y de aplicación uniforme. En términos generales,¹⁸³ se puede decir que a través de este mecanismo el juez nacional, cuando surge una cuestión de Derecho comunitario, puede recurrir al TJCE¹⁸⁴ a fin de obtener de éste la correcta interpretación de una norma. Estas cuestiones no tienen por objeto resolver el problema de fondo, sino que configurar un medio de comunicación de los jueces nacionales con el Tribunal de Luxemburgo, de forma que permita una adecuada aplicación del Derecho comunitario.¹⁸⁵ Es el juez nacional el que resuelve el asunto, tomando como referencia *obligada* las indicaciones del Tribunal europeo. En definitiva, es el juzgador interno quien debe decidir si la norma nacional es o no contraria al ordenamiento comunitario, pero en su determinación estará obligado a lo que haya decidido el TJCE. De no ser así, se estimará como infracción al Derecho comunitario, atribuible al Estado, aplicándose lo dispuesto en los arts. 169 a 171 del TCE.

Interesante me parece citar aquí el asunto *Pretore di Saló c. X*,¹⁸⁶ pues en él se establecieron algunos fundamentos de como deben entenderse las cuestiones prejudiciales. Es así, pues, que el juez nacional puede, en cualquier momento del juicio, recurrir de prejudicialidad, aunque el inculcado no sea conocido y por tanto no pueda defenderse, ya que la cuestión no es un procedimiento contradictorio,

(182) Así también, los arts. 41, TCECA y 150, TCEEA, aunque el primero sólo se refiere a la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo.

(183) Para mayor detalle, cfr. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, 1987, p. 280 y ss.; Isaac, *Manual...*, p. 334 y ss.

(184) Por regla general, el juez nacional no tiene que recurrir al TJCE para aplicar e interpretar el Derecho comunitario. Si estima que una norma nacional es contraria, debe sin más no aplicarla. Sin embargo, existe un caso en que obligatoriamente se debe recurrir al TJCE, y es cuando la cuestión se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Vid. la última parte del art. 177, TCE.

(185) La jurisprudencia francesa ha elaborado, para su Derecho interno, la teoría del "acto claro", esto es, que el juez ante quien se plantea una excepción prejudicial, está obligado a elevarla al órgano competente sólo cuando exista una auténtica dificultad de interpretación o validez. Si el sentido del acto es claro, el juez lo puede aplicar inmediatamente. Al respecto, vid. Isaac, *Manual...*, p. 350. En este sentido, Mangas Martín, *Derecho comunitario...*, p. 287, indica que el juez nacional no está obligado a plantear la cuestión, si la aplicación del Derecho comunitario aparece con tal evidencia que no da lugar a duda razonable. Si el juez considera, para un nuevo litigio, idónea una sentencia adoptada conforme a la interpretación del TJCE, puede aplicarla, no siendo necesario plantear la cuestión prejudicial. Del carácter obligatorio de una decisión prejudicial deriva una autoridad general, no absoluta, respecto de otro asunto sobre el que no existe duda razonable acerca de la aplicación de la norma comunitaria. Lo anterior no impide, claro está, recurrir al TJCE si, en ese nuevo litigio, se derivan cuestiones de interpretación no suficientemente aclaradas.

(186) Sentencia TJCE *Pretore di Saló c. X* de 11.06.1987, as. 14/86, Rec. 1987-6.

sino sólo interpretativo. Es el juez interno el único llamado a decidir el momento más conveniente para plantearla. Además, nada impide que éste vuelva a recurrir al TJCE, si se presentan nuevas cuestiones de Derecho, o también cuando –y si las circunstancias del proceso lo justifican– sean identificados los acusados, de manera que se garantice así el derecho de defensa.¹⁸⁷

Las partes en un juicio no pueden directamente plantear la cuestión prejudicial, esta tarea sólo le corresponde al juez nacional. Sin embargo, en el supuesto de que un Tribunal nacional se negare cuando corresponda recurrir, tal actitud podría estimarse violatoria del Derecho comunitario, y dar lugar, a instancias de la Comisión, a un procedimiento que imponga, según el art. 171 del TCE, una serie de sanciones para el Estado infractor.

A continuación, se examinará de qué manera se pueden resolver los conflictos que se presentan *cuando una norma penal nacional contradice lo dispuesto en el ordenamiento comunitario*. Cabe apuntar que las diferencias que se pueden presentar, no sólo nacerían de la directa relación entre norma penal nacional y norma comunitaria, sino también puede acontecer que la disposición europea regule materias extrapenales, que a su vez también son normadas en el Derecho Penal. En este último caso, la incidencia que la normativa comunitaria pueda ejercer sobre sectores extrapenales, también recaerá en las disposiciones penales.¹⁸⁸

Es preciso resaltar que la influencia negativa del Derecho comunitario no se limita sólo en el ámbito de tipo, sino también se la ejerce sobre las sanciones. En efecto, el TJCE ha considerado, en diversos fallos,¹⁸⁹ que se viola el principio de proporcionalidad cuando el legislador nacional, pudiendo elegir medios menos gravosos en la tutela de un determinado bien, no lo hace. La posición del Tribunal europeo ha permitido ir fortaleciendo la condición de *ultima ratio* del Derecho Penal.

6.2 *Cómo se resuelven las incompatibilidades entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal nacional*

Las características fundamentales del Derecho comunitario, especialmente las que dicen relación a la aplicabilidad directa y a su primacía sobre los ordenamientos

(187) También en esta sentencia se reitera que una directiva no transpuesta no puede generar efectos horizontales. Se reafirma lo ya dicho en la sentencia TJCE *Marshall* de 26.02.1986, as. 152/84, Rec. 1986-2.

(188) Al respecto, cfr. Grasso, “Diritto penale dell’economia...”, p. 228; Valiante, “Norme comunitarie e diritto penale. La qualifica di pubblico ufficiale”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1993, p. 109.

(189) Ejemplo paradigmático lo constituye la Sentencia TJCE *Donckerwolcke* de 15.12.1976, as. 21/76, Rec. 1976. En ella se estimó que las sanciones impuestas por el Derecho Aduanero francés resultaban excesivamente gravosas –por tanto, desproporcionadas– considerando el bien que se protegía.

nacionales, cumplen aquí un papel primordial a la hora de determinar si una disposición penal interna contradice o no los mandatos comunitarios.¹⁹⁰

Nieto Martín¹⁹¹ indica que, para que pueda tener lugar esta influencia negativa, es preciso que se den dos condiciones, a saber, que la norma penal nacional afecte al Derecho comunitario, perjudicando los fines que pretende la Comunidad, y además, que la incompatibilidad se presente con una norma comunitaria dotada de aplicabilidad directa y que goce de efecto directo. Es este último tipo de normas el que mayores conflictos plantea, pues se introduce en el ordenamiento nacional, sin que se requiera un acto normativo interno que así lo disponga, pudiendo, además, invocarse directamente ante los Tribunales de Justicia, en la medida que reúnan los requisitos pertinentes.

Cabe agregar, además, que esta influencia negativa también se presenta tratándose de normas comunitarias no directamente aplicables (directivas ya transpuestas), en la medida que sean incompatibles con una norma interna dictada con posterioridad.

Ahora bien, conflictos mayores no se generan tratándose de normas comunitarias –ya sean directamente aplicables, o en su caso, directivas transpuestas– dictadas a continuación de la norma interna, pues ésta se entiende derogada, conforme a las reglas clásicas de sucesión de normas. El problema viene dado, cuando la norma nacional es posterior a la disposición comunitaria, siendo ambas incompatibles. Es al juez interno al que le cabe resolver este conflicto –pudiendo para ello plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE–, pues no sólo debe garantizar el cumplimiento del Derecho nacional, sino también le incumbe hacer respetar los mandatos del Derecho comunitario. Bajo estas condiciones, y conforme al principio de primacía, no le cabe más que inclinarse en favor de este último ordenamiento, inaplicando la normativa nacional.¹⁹²

El punto por dilucidar ahora es saber de qué manera él juez resuelve el conflicto, una vez que ya ha constatado la incompatibilidad entre ambos ordenamientos.

Al respecto, se pueden citar dos posiciones para calificar el comportamiento de quien actúa conforme a la norma comunitaria. Una, es estimar que realiza una conducta atípica, y la otra, que concurre una causa de justificación, más concretamente la establecida en el art. 20.7 del CP, esto es, el que obra en ejercicio legítimo de un derecho.

(190) Pese a los intentos de sustraer el Derecho Penal de la esfera de influencia del ordenamiento comunitario, el TJCE desde la sentencia *Sail* (STJCE de 21.03.1972, as. 82/71, Rec. 1972) ha sido enfático en señalar que la eficacia de la normativa supranacional no varía en función del sector del ordenamiento nacional sobre el que recae.

(191) Nieto Martín, “Algunas formas...”, p. 398.

(192) Para el TJCE no basta con inaplicar la norma interna contraria, sino que los Estados tienen la obligación de derogarla o modificarla. Está claro que esta tarea no le corresponde al juez, quien sólo debe desestimar la norma interna contraria, lo que constituye una “garantía mínima” para salvaguardar los derechos que emanan de la norma comunitaria.

Respecto de la segunda, que se podría decir que es la tradicional,¹⁹³ pero no por ello la más adecuada, cabe señalar lo siguiente: se argumenta que existen supuestos en los que la norma penal nacional puede mantener su validez, en la medida que ésta no sea contraria en sí al Derecho comunitario.¹⁹⁴ Ahora bien, como del ordenamiento comunitario emanan derechos subjetivos, el ejercicio legítimo de éstos por su titular puede ser invocado como una causa de justificación (art. 20.7 del CP). Dicho en otros términos, el precepto interno mantendrá su vigencia, y por tanto, podrá ser plenamente aplicado, respecto de aquellos que no sean titulares de los derechos subjetivos que emanan del ordenamiento supranacional.

En este sentido, Grasso apunta: "El primer modo de manifestarse la influencia de la normativa comunitaria sobre la esfera de aplicación de los preceptos incluidos en los sistemas penales nacionales es la creación de causas de justificación. Conviene recordar a este respecto que tanto el Tratado constitutivo de la CEE como la normativa comunitaria derivada han introducido ciertos derechos de libertad —derecho a la libre circulación y residencia de trabajadores comunitarios, derecho al libre establecimiento de prestadores de servicios, condicionado en algunos casos a la aprobación, mediante directivas, de la normativa de desarrollo— cuyo ejercicio puede entrar en conflicto con disposiciones penales nacionales. Evidentemente, en tales supuestos el ejercicio del derecho reconocido en la normativa paralizará la aplicación de las mismas, bien en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario, bien acudiendo al principio general contenido en el art. 51, CP,¹⁹⁵ ahora bien, dichas normas no 'decaen' por ello en su vigor, siendo aplicables a aquellos supuestos no justificados por el ejercicio de las libertades introducidas por la normativa comunitaria".¹⁹⁶

(193) Así, entre otros, Grasso. *Comunidades...*, p. 287 y ss.; idem, "La protección de los derechos...", p. 303. En todo caso, admite la atipicidad en determinados supuestos; Pedrazzi, "Droit communautaire...", p. 57; Bacigalupo, *Sanciones...*, p. 82-83; Martos Núñez, *Derecho penal...*, p. 224.

(194) Existen autores que, aun admitiendo la solución de la causa de justificación, sostienen que en determinados casos, cuando existe incompatibilidad total entre ambas normas, es posible hablar de atipicidad. Vid. al respecto, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 290.

(195) El art. 51 del CP italiano establece la causa de justificación del ejercicio de un derecho.

(196) Grasso, *Comunidades...*, p. 287-288. Además, cita como ejemplo la sentencia TJCE Auer de 22.09.1983, as. 271/82, Rec. 1983-4. El señor Auer, austríaco nacionalizado francés, fue condenado por los tribunales franceses por el delito de intrusismo, pues no se encontraba inscrito para ejercer como veterinario. Cabe agregar que su inscripción le había sido negada, pues obtuvo su título en Italia. El TJCE afirmó que al negarse su inscripción se transgredió el Derecho comunitario, pues la libertad de establecimiento se encuentra establecida en el art. 52 del TCE, amén de existir directivas relativas al reconocimiento de títulos. Este sería, según Grasso, un caso típico de causa de justificación, pues de la normativa comunitaria emana un derecho subjetivo, el de ejercer una profesión, lo que impedirá configurar el tipo de intrusismo, el que sí se aplicará bajo otras circunstancias.

Para otra parte de la doctrina,¹⁹⁷ a la cual me adscribo, se deben reconducir todos los casos de colisión por la vía de la atipicidad, pues es la que más se adecua con las particularidades propias del Derecho comunitario. En efecto, no debe olvidarse que el ordenamiento comunitario es un Derecho de integración y que ha de regir el principio de primacía. Se debe tener presente, además, que el legislador comunitario, al tener competencia absoluta sobre ciertas materias, impide a los legisladores nacionales un pronunciamiento al respecto. Por lo tanto, cuando de una norma comunitaria se desprende que una determinada conducta es lícita, y como ésta se *integra* al ordenamiento nacional, al juez interno no le cabe más que aplicarla, pues es, en definitiva, la única norma vigente. El seguir sosteniendo que la conducta, aunque típica, está justificada, *supone una doble valoración* que no corresponde, pues el juzgador nacional, para estimarla típica, debe aplicar el ordenamiento nacional, cuando en realidad sólo cabe recurrir al comunitario, que en la especie es *el único llamado a pronunciarse*.

A mismo tiempo, esta vía permite evitar innecesarios trámites procesales, ya que el declarar atípica la conducta puede tener lugar al momento de estimar inadmisibles las querellas. Cosa que no ocurre con la otra solución, pues lo usual será considerar configurada la causa de justificación en fases más avanzadas del proceso.

Creo, además, que esta solución se aviene más con la postura del TJCE, en cuanto a considerar que en casos de incompatibilidad no basta con la inaplicabilidad de la norma nacional, sino que los Estados deben derogarla o modificarla. En efecto, el TJCE está dejando en claro a los Estados miembros que, en caso de colisión, la única disposición aplicable es la comunitaria, y que el mantener la normativa nacional contraria se podría estimar como infracción al Derecho comunitario. Por lo tanto, si la sola manutención atenta contra el ordenamiento supranacional, más lo será aplicarla en un juicio, aunque luego se considere justificada la conducta.

Un caso interesante de considerar es el que tiene lugar cuando se está ante una directiva que es incompatible con una norma penal interna, pero, *por no haber transcurrido el plazo de transposición, aún no produce sus efectos*. En estricto rigor, la ley nacional es la única que se debe invocar, aunque, por otro lado, es necesario considerar que, una vez transcurrido el plazo, dejará de aplicarse.

El TJCE ha tomado en consideración este aspecto y ha resuelto que el juez nacional puede interpretar las normas de su Derecho a la luz de la directiva, aun cuando no haya transcurrido el plazo de adaptación.¹⁹⁸ Conforme a lo anterior,

(197) Así, entre otros, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 291; idem, "Algunas formas...", p. 400-401.

(198) Así, por ejemplo, se resuelve en la sent. *Kolpinghuis Nijmegen BV*, cit. n. 158: "La cuestión de si las disposiciones de una directiva pueden invocarse, como tales, ante un órgano jurisdiccional nacional sólo se plantea si el Estado miembro de que se trate no ha adaptado el ordenamiento nacional a la directiva dentro del plazo, o si ha hecho una interpretación incorrecta. Teniendo en cuenta las respuestas negativas dadas a las dos primeras cuestiones, las soluciones que allí se apuntan no serían, sin embargo, distintas

creo que es posible decidir la cuestión recurriendo al *concepto de la adecuación social*.¹⁹⁹ En efecto, el legislador comunitario ha valorado una determinada conducta, estimando que ésta debe dejar de ser considerada como ilícita. Por su parte, el juez interno puede recurrir a la adecuación social como criterio de interpretación. Precisamente, estas valoraciones que se efectúan en el ámbito comunitario no le pueden ser indiferentes, debiendo interpretar el tipo conforme a la directiva. Lo anterior se traduce, en definitiva, *en restringir el alcance de los tipos*, excluyendo aquellos comportamientos que se estiman socialmente adecuados. Adecuación que, en este caso, proviene de una norma jurídica, que tarde o temprano producirá plenos efectos en la normativa nacional.²⁰⁰

Ha sido la voluntad del legislador comunitario la que ha determinado que ciertas conductas *deban ser exceptuadas del tipo penal, por considerarse adecuadas a la vida social*.

Si bien, una de las principales críticas que se dirigen a la teoría de la adecuación social, es que apela a criterios relativamente inseguros, como la costumbre o los usos sociales, en este caso, el juez se remite a una norma jurídica, lo que otorga mayor seguridad. Es una *fundamentación normativa*, la que determina qué conductas deben ser estimadas adecuadas a la vida social y por lo tanto ser excluidas del tipo penal.

si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación nacional aún no hubiese expirado en la fecha correspondiente. Respecto a la tercera cuestión, relativa a los límites que el Derecho comunitario puede imponer a la obligación o a la facultad del Juez nacional de interpretar las normas de su Derecho nacional a la luz de la directiva, este problema no se plantea de distinta manera en función de que el plazo de adaptación haya expirado o no.

Procede, por lo tanto, responder a la cuarta cuestión prejudicial que las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiese expirado en la fecha correspondiente".

(199) Sobre este concepto, cfr., entre otros, Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, 4. ed., Barcelona, 1996, p. 523-526; Jescheck, *Tratado...*, I, p. 341-344.

(200) En este mismo sentido, Nieto Martín, "Algunas formas...", p. 405.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

A DEFESA PENAL E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE PROBATÓRIA.

A vítima e o princípio de oportunidade.

Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites*

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Código Modelo para Ibero-América e a realidade processual penal da época – 3. Sua influência política – 4. A influência na legislação – 5. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória – 6. A vítima e o princípio de oportunidade – 7. Relações entre juiz e Ministério Público. Seus limites – 8. Conclusões: 8.1 Direito de defesa e atividade probatória; 8.2 A vítima e o princípio de oportunidade; 8.3 Relações entre o juiz e o Ministério Público. Seus limites.

Resumo: Após a análise do sistema acusatório introduzido pelos novos códigos e projetos na América Latina, a partir do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, o artigo trata de questões pontuais, do ponto de vista crítico, mostrando os avanços e os obstáculos à plena implementação das reformas no que se refere às garantias constitucionais, ao direito de defesa e ao contraditório, às relações entre a defesa e a atividade probatória, ao princípio da oportunidade, à posição da vítima e às funções do Ministério Público e do juiz e seus limites.

Palavras-chave: Sistema acusatório – Defesa e contraditório – Atividade probatória – Princípio da oportunidade – O juiz e o Ministério Público.

1. Introdução

Este relatório geral foi elaborado na base dos relatórios nacionais de Aníbal Quiroga León (Peru), Jaime Greif (Uruguai) e Jairo Parra Quijano (Colômbia), bem como dos relatórios sobre a vítima, de Alfredo Eduardo Isola (Argentina), e a vítima e o princípio de oportunidade, de Rita Mill de Pereira (Argentina). Agradeço a inestimável colaboração de todos.

(*) Relatório Geral da XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas no Uruguai, em outubro de 2002.

As demais informações foram retiradas dos próprios códigos e projetos, bem como dos relatórios constantes da obra gentilmente encaminhada por Julio Maier (Argentina), intitulada *Las reformas procesales penales en América Latina* (Coord. Julio Maier, Kai Ambos e Jan Woischnik, Instituto Max Plank, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000).

De grande valia foram, assim, os informes nacionais inseridos na referida obra, de autoria de:

- Fabrício Guariglia e Eduardo Bertoní (Argentina)
- Reinaldo Imaña Arteaga (Bolívia)
- Fauzi Assan Choukr (Brasil)
- Cristián Rego (Chile)
- Oscar Julián Guerrero Peralta (Colômbia)
- Daniel González Álvarez (Costa Rica)
- José Ricardo Membreño (El Salvador)
- Luis Rodolfo Ramírez García e Miguel Angel Urbina (Guatemala)
- José Maria Palácios M. (Honduras)
- César E. San Martín Castro (Peru)
- Gonzalo D. Fernandez (Uruguai)
- Sergio Brown Cellino (Venezuela).

O Relatório Geral também se serviu do “Resumen comparativo de los informes nacionales”, de autoria de Kai Ambos e Jan Woischnick, inserido no referido volume.

A metodologia utilizada no relatório geral evita conceituações e citações doutrinárias, dispensáveis num encontro de especialistas, sendo seu objetivo abordar os temas propostos à luz da atual situação dos sistemas processuais penais latino-americanos (com exclusão de Cuba, não integrada às reformas), seus avanços, suas dificuldades e suas contradições. A relatora geral, contudo, não se exime de juízos de valor.

2. O Código Modelo para Ibero-América e a realidade processual penal da época

Em 1988, quando o projeto final de Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, a esmagadora maioria dos países da América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com procedimentos escritos e secretos, as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiadas ao mesmo juiz, a compressão dos direitos de defesa, o sistema probatório articulado em torno da confissão, a prisão cautelar como regra.

As raríssimas exceções eram representadas pelo Código da Província de Córdoba, que desde sua promulgação, em 1939, havia instaurado um juízo público,

oral, contraditório e contínuo, influenciando sobre alguns outros códigos provinciais argentinos, denominados "códigos modernos"; pelo Código de Costa Rica, que tinha recepcionado o de Córdoba e pelo Código de Processo Penal unitário do Brasil, de 1940, que aboliu os juizados de instrução e adotara uma investigação prévia a cargo da polícia judiciária, com o processo desenvolvido integralmente em contraditório público.

A postura adotada pelo Código Modelo – cujos estudos haviam partido das propostas das V Jornadas Ibero-Americanas de Cartagena (1977), acolhendo as bases de Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba e as bases de Clariá-Olmedo e Velez Mariconde para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina – rompia, portanto, com a tradição anterior amplamente majoritária. E, a partir daí, começaram a disseminar-se as novas tendências do processo penal ibero-americano, configuradas no Código-Tipo da seguinte maneira: a – adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; b – supressão dos juizados de instrução; c – atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d – intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação, destinados exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público; e – processo público e oral, em contraditório; f – procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g – previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h – existência de procedimentos abreviados; i – supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j – tribunais integrados por elementos do povo; k – adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l – suspensão do processo em caso de revelia; m – preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n – jurisdicionalização da execução; o – efetivação das garantias do devido processo legal.

3. Sua influência política

Aos poucos, essas idéias foram permeando encontros de estudiosos, eventos e congressos internacionais e nacionais, conferências e debates. O que parecia distante e irreal começou a tornar-se próximo e concreto. A cultura do processo penal estava mudando. E, sob esse ponto de vista, a influência política do Código Modelo foi notável.

Como se proclamou na Exposição de Motivos, a elaboração de um Código Modelo procurava servir de base a uma imposterável política renovadora, atendendo à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana, em grande parte ainda atrelados ao processo penal antigo. E nesse aspecto o Código Modelo atingiu plenamente seus objetivos. Em toda parte começaram os movimentos de reforma. O "modelo acusatório" tornou-se um referencial e é sintomático que mesmo os países que não chegaram a adotá-lo a ele se refiram, considerando-o, bem ou mal, inspirador da reforma.

4. A influência na legislação

Se a influência política do Código Modelo é um dado de fato, caracterizando-se como elemento definidor de um novo quadro jurídico-cultural, cumpre sobretudo examinar a influência concreta que veio a exercer no plano técnico-legislativo, é dizer, nas reformas legislativas dos diversos países da América Latina.

Incorporaram integralmente as idéias fundamentais do Código Modelo os Códigos de Processo Penal dos seguintes países, promulgados a partir desta última década, por ordem de entrada em vigor:

- Argentina (códigos provinciais de Tucuman, 1991; Córdoba, 1992, e Buenos Aires, 1997);
- Guatemala (Código de 1992, com vigência a partir de 1994);
- Costa Rica (Código de 1996, em vigor desde 1998);
- El Salvador (Código de 1996, vigendo desde 1999);
- Paraguai (Código de 1998, com vigência a partir de 1999);
- Chile (entrada em vigor em 2000, nas regiões IV e IX);
- Bolívia (Código de 1999, em vigor desde 2001);
- Honduras (em vigor a partir de fevereiro de 2002).

Foram promulgados, mas ainda não entraram em vigor, os códigos dos seguintes países, profundamente influenciados pelo Código Modelo, mas onde o prazo de *vacatio legis* vem sendo prorrogado:

- Peru (código de 1991, só vigendo parcialmente);
- Venezuela (código de 1998).

Nesta mesma situação encontra-se o código da Província argentina de Chubut.

Igualmente influenciados pelo Código Modelo foram também alguns Projetos de Códigos, como os do Equador e da Província argentina de Neuquén, sendo que este último contém algumas idéias peculiares oriundas do pensamento de Julio Maier, sucessivo à concepção desenvolvida à época do Código Modelo.

– Um lugar à parte ocupam os códigos da Colômbia, o projeto do Uruguai e o Código do Brasil.

A Colômbia, com o Código de Processo Penal de 1991, instaurou um regime misto em que, embora se falasse em “tendência acusatória”, houve simplesmente a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público, o qual integra o Poder Judiciário. A instrutória formal era por ele dirigida e era ele quem investigava e determinava os provimentos cautelares. A polícia judiciária atuava exclusivamente por ordem do Ministério Público. Facultava-se ao imputado a contrariedade das provas, sendo todas as provas, da investigação e da instrução, permanentes e eficazes. Como pontos positivos, podia-se salientar o contraditório no juizado de instrução e a reserva ao juiz da função de julgar. Mas a atribuição, ao mesmo órgão (Ministério Público), das tarefas de investigar, valorar as provas e autorizar as medidas cautelares era de índole tipicamente inquisitiva.

Agora, com a aprovação da Lei 600 de 2000, foi promulgado o novo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em julho de 2001. Nele, reforçam-se os poderes da polícia judiciária na fase de investigação prévia, em que o Ministério Público ocupa função meramente supletiva, cabendo a este atuar na fase da instrução (com atuação da Corte Suprema de Justiça quando se trate de crimes praticados por funcionários). As garantias constitucionais são observadas na instrução e as providências cautelares são de competência do Ministério Público. Vê-se daí que este órgão continua acumulando a função de acusar e de determinar as medidas cautelares que, no entanto, passam a ser consideradas excepcionais. Forçoso é concluir que a Colômbia continua ligada ao sistema inquisitório.

No Uruguai, o Projeto sancionado em 1997 não entrou em vigor, sendo substituído por outro, apresentado pela Corte Suprema e pelo Instituto Uruguaio de Direito Processual, que mantém a instrutória formal, em contraditório, a cargo do Ministério Público. Pode-se afirmar que o novo projeto, ainda em discussão, embora mais fiel aos postulados do Código Modelo em relação à oralidade, publicidade e bilateralidade, ainda se filia ao sistema misto.

Finalmente, o Brasil, que já adotava um modelo de estrutura acusatória, quando da apresentação do Código Modelo, adotou francamente o referido modelo com a promulgação da Constituição de 1988, praticamente contemporânea àquela. A reformulação de vários institutos, por leis posteriores – como a supressão do processo à revelia e a introdução do consenso no processo penal – e a revisão das normas de 1940 à luz da Constituição, pela doutrina e por parte da jurisprudência, têm aproximado o Código brasileiro do Código Modelo. Atualmente, sete projetos de leis de reforma do Código de Processo Civil, em discussão no Congresso, completam a obra de convergência.

Traçado esse pano de fundo, examinaremos agora os três sub-temas propostos para essas jornadas: a) a defesa penal e sua relação com a atividade probatória; b) a vítima e o princípio de oportunidade; c) relações entre o juiz e o Ministério Público e seus limites.

5. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória

A relação entre a defesa penal e a atividade probatória é estabelecida, em primeiro lugar, pelas garantias constitucionais.

Destas são ricas as constituições políticas de todos os países da América Latina, aos quais também se aplicam as Declarações de Direitos e as Convenções Internacionais e, particularmente para a nossa região, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica). A Constituição brasileira contém expressamente a regra da observância do *devido processo legal*, desdobrado a seguir em um amplo leque de garantias.

Na grande maioria das constituições é garantido o *direito de defesa*. Na Argentina, a partir da norma constitucional correspondente, são deduzidas três garantias individuais: o direito a ser informado da imputação, uma vez que a infor-

mação é indispensável ao exercício da defesa (a Constituição de El Salvador refere-se expressamente a essa garantia); o direito à defesa técnica, incluindo o direito a um defensor de ofício quando necessário (várias constituições estruturam, em nível constitucional, as defensorias públicas, em contraposição ao Ministério Público); e o direito de obter o comparecimento de testemunhas e de contradizer (a Constituição brasileira garante expressamente o contraditório que, segundo doutrina e jurisprudência, se desdobra no direito de contradizer argumentando e no de contradizer provando).

Observa-se, no entanto, que o direito de defesa e o contraditório se atenuam em diversos países, ao menos durante as investigações preliminares (como na Argentina, no Brasil e no Chile). No Peru, a Lei Orgânica do Ministério Público atribui valor probatório à investigação policial, entendendo-se suficiente, para garantir o devido processo legal, o acompanhamento das referidas investigações pelo Ministério Público (que, a teor da lei, é órgão de acusação!). Em outros países, em número menor, o momento em que a investigação se torna contraditória, com o correspondente exercício do direito de defesa, é o da chamada “declaração indagatória” (como no Uruguai e na Colômbia), ocasião em que o investigado, interrogado, passa à condição de suspeito. Ressalvadas essas exceções, em muitos países a “declaração indagatória” (o interrogatório do sistema brasileiro) ainda é considerada exatamente como o era no sistema inquisitivo, quando o imputado era visto como objeto das investigações e do processo, e não como sujeito de direitos.

Todos os países da América Latina reconhecem a *presunção de inocência*, alguns nas constituições (Bolívia, Brasil, Guatemala, Honduras, Paraguai, Peru e Venezuela), outros nos códigos (como a Colômbia) e outros em decorrência do Pacto de São José da Costa Rica (Argentina e México). As conseqüências que diversos países extraem do princípio se referem prioritariamente à regra *in dubio pro reo* e à repartição do ônus da prova. Em outros países (como na Argentina, no Brasil e na Colômbia) o princípio é também analisado à luz da prisão cautelar, anterior ao encarceramento decorrente de condenação penal passada em julgado.

Mas aqui também, deve se observar que raramente os códigos de processo penal estruturam a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença condenatória não passada em julgado em consonância com a *presunção de inocência*. E praticamente todos os países contemplam algum tipo de prisão preventiva para “garantia da ordem pública” (segundo a fórmula brasileira) a qual não tem, evidentemente, função cautelar, de natureza processual, mas continua ligada a conceitos substanciais como a periculosidade, a gravidade do crime imputado, a exemplaridade, o clamor público, etc. Em outros países, a prisão preventiva é a regra e não a exceção (Argentina, Colômbia, El Salvador, Uruguai).

Outra constante das constituições latino-americanas é a garantia do *nemo tenetur se accusare*. A Constituição da Venezuela contém disposição particularmente extensa sobre o princípio. A Constituição brasileira aparentemente o reduz ao direito ao silêncio, mas a doutrina o estende aos meios de prova invasivos do direito da personalidade (colheita forçada de sangue ou urina, submissão a exa-

mes para apuração da embriagues etc.) O Peru, que não contempla expressamente o princípio, retira-o do Pacto de São José da Costa Rica.

Igualmente presentes em todas as constituições são a *inviolabilidade do domicílio* e o *sigilo da correspondência e das comunicações*, que somente admitem ingerências excepcionais, sujeitas a regramento legal.

No entanto, em alguns países a regulamentação legal que permite a ingerência estatal é tão ampla que, de fato, a garantia constitucional fica desvirtuada. Assim na Argentina, onde a ingerência, pelo Código de Processo Penal da Nação, é amplamente deferida ao poder discricionário do juiz, sem qualquer limitação legal.

Em vários países, além da reserva legal, está prevista a necessária autorização judicial (Argentina, Brasil), mas problemas inerentes às próprias funções do juiz de instrução – mantido em diversos códigos – e, no Brasil, ao fato de que o juiz das investigações preliminares (inquérito policial) é o mesmo da instrução e julgamento, corroem, *de facto*, a imparcialidade do juiz.

Neste tema, a imagem positiva é dada pela legislação da Costa Rica, onde se prevêem recursos contra a ordem judicial que autoriza a ingerência, incluindo a intervenção da Corte Constitucional. No Brasil chega-se ao mesmo resultado, por intermédio dos *writs* do *habeas corpus* (também utilizado contra a ameaça de lesão à liberdade pessoal) e do mandado de segurança (cabível também contra o ato jurisdicional), assim como em diversos outros países pela via do *amparo*

Diretamente ligadas à matéria probatória, são as proibições estabelecidas nesse campo por diversos países. Com relação às vedações estritamente processuais, são os códigos que fixam as regras de admissibilidade e utilização da prova. Mas, em nível constitucional, diversas cartas políticas proíbem a admissão, produção ou valoração das *provas ilícitas*, ou seja, das provas colhidas em violação a princípios ou normas constitucionais (Bolívia, Brasil, Colômbia, Guatemala, Peru). Em outros ordenamentos, como no da Costa Rica, a prova ilícita é proibida pelo próprio código, que também admite expressamente a prova ilícita *pro reo*. Argentina, Brasil e El Salvador servem-se da doutrina norte-americana dos *frutos da árvore venenosa* para também proibir a prova, em si lícita, mas derivada da ilícita. Um dos projetos de reforma do Código de Processo Penal brasileiro avança no sentido da construção norte-americana, abrindo exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, em face dos critérios da *independent source* e do estreito nexo causal entre a prova ilícita e a derivada. Quanto ao princípio alemão de proporcionalidade e ao norte-americano de razoabilidade – capazes de mitigar a proibição das provas ilícitas – a jurisprudência da América Latina ainda não fornece indicações seguras.

Também se liga à atividade probatória o princípio do *livre convencimento do juiz* (ou *sana crítica*), presente nos códigos modernos, enquanto os antigos ainda se baseiam no sistema da prova legal. Livre convencimento, entretanto, que se distingue da livre investigação da prova, e que deve basear-se exclusivamente nas provas produzidas no processo (observadas as vedações probatórias) e ser sempre motivado. A obrigação de *motivação* de todas as decisões judiciais é, aliás, princípio inscrito em muitas constituições latino-americanas (como a brasileira) e em

todos os códigos reformados. A garantia política da motivação é bastante estudada pela doutrina e amplamente admitida pela jurisprudência, também ligando-se ao contraditório, no particular aspecto que exige do juiz a referência a todas as alegações e provas relevantes produzidas pelas partes.

Os códigos processuais reformados da América Latina, via de regra, adotam o *princípio dispositivo*, retirando do juiz qualquer iniciativa instrutória, em homenagem ao sistema acusatório, que é confundido com o *adversarial system*. Posição diametralmente oposta ocupa o Brasil, que advoga a compatibilidade do sistema acusatório com o exercício de poderes instrutórios, supletivos, pelo juiz, cujo ativismo é considerado garantia de um contraditório efetivo e equilibrado, enquanto instrumento para a obtenção, não da verdade real, mas sim de um grau de probabilidade que esteja o mais próximo possível da certeza e da justiça do caso concreto. O Código brasileiro é expresso nesse ponto, intocado pelas propostas de reforma e os limites aos poderes instrutórios do juiz são fixados pela necessária motivação do provimento que determina a produção da prova, pela rigorosa observância do contraditório e pela exclusão das provas ilícitas.

Finalmente, cabe assinalar, em alguns países, a *compressão dos direitos do acusado*, quando se trata dos crimes mais graves (como no Brasil) e sobretudo da *criminalidade organizada* (como na Colômbia e no Peru e, em menor medida, no Brasil).

Em conclusão, pode-se afirmar que das constituições e dos códigos reformados exsurge um verdadeiro *direito à prova*, inserido na cláusula do devido processo legal; que somente podem ser consideradas provas, a serem valoradas pelo juiz, aquelas colhidas e produzidas em *contraditório*, ressalvadas as provas antecipadas ou irrepetíveis, submetidas a contraditório posterior; mas que o direito à prova, como todos os direitos fundamentais, *não é ilimitado*, encontrando seus lindes em outros valores constitucionais, que justificam as vedações probatórias (provas ilícitas).

No entanto, se é certo que a relação entre o direito de defesa e a atividade probatória, pautada pelo contraditório, é plenamente assegurada pelas constituições latino-americanas e pelo Pacto de São José da Costa Rica, é preciso reconhecer que em muitos casos não é fielmente observada pelos códigos. Os remédios de direito constitucional, como o *habeas corpus*, o *amparo* e o *mandado de segurança*, constituem instrumentos poderosos mas nem sempre a jurisprudência está aberta à necessária revisão ou interpretação dos códigos à luz do Pacto e da Constituição.

6. A vítima e o princípio de oportunidade

A partir do primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), que "redescobriu" a *vítima*, afirmando que deve ser esta o primeiro beneficiário da sanção imposta ao condenado; passando pelos quatro congressos seguintes (Boston, 1976; Munster, 1979; Tokyo/Kyoto, 1982 e Zagábia, 1985), foram formulados seus direitos elementares, capazes de levar a reformulações do Direito Penal e do Direito Processual, mais aderentes à dignidade do sujeito passivo do crime.

A posição da vítima viu-se particularmente reforçada nos códigos latino-americanos reformados. No passado, o ofendido tinha poderes extremamente limitados, até mesmo como querelante e praticamente nenhum enquanto *querelante adesivo* (assistente de acusação). Pelos novos códigos, possui ao contrário amplo direito de participação no processo penal, mesmo que não seja querelante exclusivo ou adesivo.

Nos ordenamentos da Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Paraguai, o ofendido pode impugnar a decisão que dá por concluídas as investigações ou a instrução, ainda que não tenha tido qualquer participação ativa ao longo do processo; deve ser informado pelo Ministério Público a respeito de seus direitos e, pelo juiz, sobre o resultado do processo; pode recorrer da sentença absolutória; eventuais soluções consensuais só podem ser adotadas após ouvir o ofendido (também no Brasil). Na Bolívia, se o ofendido não dispuser de recursos necessários para a participação no processo, pode recorrer a organizações sem fins lucrativos. Tem, ainda, a possibilidade de obter a reparação civil na própria sentença condenatória penal (Costa Rica, Projeto brasileiro de reforma ao Código de Processo Penal). Também no México houve um certo fortalecimento de seus direitos.

Sustenta-se, hoje, um conceito amplo de vítima, ultrapassando os limites da pessoa diretamente prejudicada, pois seus direitos processuais transmitem-se, em caso de morte, ao cônjuge, companheiro ou parentes próximos. Também se fala em prejudicados indiretos, que são os que sofrem consequências indiretas do delito. Se o prejudicado for pessoa jurídica, e o acusado encarregado de sua direção, administração ou controle, certos direitos são assegurados aos integrantes da pessoa jurídica. Tão pouco se distingue entre pessoa jurídica ou física ou entre os interesses a serem protegidos (individuais, difusos ou coletivos).

Objeto de preocupação é a proteção da vítima contra uma segunda vitimização (declarações em audiência privada ou na ausência do acusado ou à distância, direito de se fazer acompanhar por advogado).

Antes das reformas, os códigos latino-americanos adotavam sem exceção o princípio da obrigatoriedade da ação penal, sustentado pelos dogmas da legalidade e da igualdade. Mas a crise da Justiça e a convicção de que o sistema abrigava, na prática, diversos meios informais de seleção de casos – por obra da polícia judiciária, do Ministério Público e do próprio juiz –, frequentemente arbitrários e nem sempre decorosos, levou diversos países a aderirem ao princípio da oportunidade, por motivos essencialmente práticos e de economia processual.

Divide-se o princípio da oportunidade em oportunidade livre (como a existente no sistema anglo-saxão) e em *oportunidade (ou discricionariedade) regrada*, em que os parâmetros da escolha consensual são determinados pela lei e submetidos ao controle jurisdicional. É este último o sistema adotado pelos códigos reformados da América Latina, que prevêm seja a escolha consensual de procedimentos abreviados (*discricionariedade sobre o procedimento*), quer a conciliação/composição entre o Ministério Público e o autor ou o autor e a vítima, quer a suspensão condicional do processo (*a prueba*) (*discricionariedade sobre a pena*).

Na Bolívia, no Chile, na Costa Rica, na Guatemala, no Paraguai e na Venezuela, o procedimento abreviado pode ser iniciado por acordo entre o Ministério Público (e eventualmente o ofendido) e o imputado. Outra condição é a dos limites da pena cabível em abstrato, fixados por lei (em torno de 5 anos). O juiz pode recusar o procedimento abreviado, quando considere adequado o comum ou quando a vítima se oponha fundamentadamente, como na Bolívia; na Costa Rica, a vítima deve ser necessariamente ouvida. A base do procedimento abreviado está na confissão dos fatos pelo imputado, sendo que a pena não pode superar a solicitada pela acusação. Também o Peru prevê a chamada "terminação antecipada do processo".

A conciliação entre o autor e a vítima, mediante reparação do dano, pode levar ao arquivamento do processo penal (Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguai). Em outros países, como o Brasil, o acordo é feito entre o Ministério Público e o autor sobre a pretensão penal, mas pressupõe a reparação dos danos. Ainda no Brasil, assim como na Costa Rica, o acordo entre o autor e a vítima, na ação penal de iniciativa privada, leva à decadência do direito de querela.

Na suspensão condicional do processo (*suspensión del proceso a prueba*), o consenso do Ministério Público e do acusado, nos casos em que poderia haver afinal concessão do *sursis*, dentro dos limites de pena fixados em lei e observadas outras condições legais e judiciais, permite submeter imediatamente o imputado ao regime de prova, com prejuízo do prosseguimento do processo, que retomará seu curso caso as condições fixadas pelo juiz não sejam observadas (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguai).

A diferença entre o sistema brasileiro e o dos outros países que adotam a conciliação e a suspensão condicional do processo, é que no Brasil o autor não confessa o fato nem reconhece sua responsabilidade penal, ficando livre de qualquer antecedente penal, de modo que, doutrinariamente, o consenso no processo penal brasileiro é equiparado ao *nolo contendere* do sistema norte-americano e vigorosamente afastado de qualquer paralelo com o *plea guilty*. O mesmo parece ocorrer, em algumas províncias e cidades argentinas, através de programas-piloto de mediação (Chaco e Mercedes).

Fica bastante claro, pelo que acima se viu, inexistir qualquer incompatibilidade entre os direitos da vítima e o princípio da oportunidade (regrada por lei e submetida ao controle jurisdicional), adotado em muitos dos códigos reformados. O ofendido ocupa lugar de destaque na justiça penal consensual, respeitando-se a autonomia de sua vontade sobre a pena estatal e sua própria configuração, bem como facilitando a reparação, modernamente conceituada como a terceira via do sistema penal.

7. Relações entre juiz e Ministério Público. Seus limites

Em numerosos países da América Latina, nos últimos anos, nas constituições ou em leis, institucionalizou-se o *Ministério Público* como órgão estatal indepen-

dente e dotado de autonomia funcional e financeira (Argentina, Bolívia, Brasil, Guatemala, Honduras, Peru e Venezuela). Na Colômbia, na Costa Rica, no México e no Paraguai depende administrativamente da Justiça, mas goza de independência funcional. Diversa é a situação no Uruguai, onde o Ministério Público depende do Executivo e é ligado ao Ministério de Educação e Cultura.

A estrutura interna do órgão é de tipo hierárquico, sob o comando de um fiscal ou procurador geral da República. Em muitos países, nas diversas etapas do procedimento penal atuam diferentes *fiscais*, promotores ou procuradores. Normalmente, o promotor (*fiscal*) encarregado das investigações não intervém nas fases posteriores do processo penal. No Brasil, os membros do Ministério Público exercem suas funções com um elevado grau de independência, tanto que se reconhece a existência do princípio do *promotor natural*.

O traço fundamental dos códigos reformados consiste na transferência das investigações do juiz de instrução ao Ministério Público, que conta com a colaboração da polícia judiciária (Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai, Peru e Venezuela). No Brasil, que aboliu a figura do juiz de instrução a partir do Código de 1940, as investigações ficam a cargo da polícia judiciária, mas, segundo a Constituição de 1988, o Ministério Público exerce o controle externo sobre a polícia.

Pela nova legislação, na investigação preliminar a função do juiz está limitada às medidas cautelares. O juiz é visto, assim, como *juiz das garantias*, ficando completamente separadas as funções de investigar (Ministério Público/polícia judiciária) e as de decretar medidas cautelares. Vistosa exceção é a da Colômbia, onde ao Ministério Público são confiadas quer as investigações, quer a iniciativa das medidas cautelares, pelo que se pode afirmar que os novos códigos colombianos simplesmente substituíram as funções do juiz de instrução pelas do Ministério Público. No projeto do Peru, o Ministério Público, durante as investigações — conduzidas pela polícia judiciária —, assume também o papel de garantidor do contraditório, o que desvirtua suas funções, uma vez que se trata do órgão de acusação.

Ao longo das fases processuais, o Ministério Público exerce as funções de acusar, cabendo ao juiz as de decidir, de modo que aqui se observa plenamente o sistema acusatório, com a divisão das tarefas de acusar, defender e julgar, atribuídas a órgãos distintos. Apesar de estar institucionalmente voltado à acusação, como parte processual, o Ministério Público pode atuar em benefício do acusado, manifestando-se pelo arquivamento ou pela absolvição, também podendo solicitar providências judiciais a seu favor no processo de execução, que foi jurisdicionalizado nos novos códigos.

Diversos países, como a Bolívia, o Chile, El Salvador e o Uruguai, ainda estão em fase de organização do Ministério Público, sendo certo que da estruturação de um órgão independente e imparcial dependem, inquestionavelmente, a implementação e o êxito das reformas.

O principal atributo do *juiz*, na América Latina, é sua imparcialidade, elevada a estatuta constitucional em alguns países (Brasil, México e Paraguai) ou extraída diretamente do Pacto de São José da Costa Rica. Fala-se que a imparcialidade está ínsita no conceito mesmo de *juiz* (Argentina, Brasil).

Mas é forçoso reconhecer que nem sempre a estrutura do processo penal é consentânea com a imparcialidade: no Brasil, Honduras, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela, o *juiz* das investigações preliminares e do recebimento da acusação é o mesmo que julga a causa. No Peru, o *juiz* do *juízo sumário* é o mesmo da sentença. Isto pode contaminar, ao menos psicologicamente, a imparcialidade do *juiz*.

Na Costa Rica, pode-se recusar o *juiz* que determinou, no procedimento intermédio, a abertura do *juízo*, mas não o *juiz* que interveio nas investigações preliminares. No Paraguai, os *juizes* da etapa preliminar, que se tenham manifestado sobre fatos relevantes, não podem decidir sobre os mesmos. Na Guatemala cabe recusar todo *juiz* que tenha intervindo em qualquer fase anterior do procedimento.

Seja como for, o *juiz* do novo processo penal não pode agir *ex officio*, e em nenhum caso pode instaurar o procedimento preliminar (Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai, Venezuela) ou o processo – monofásico – propriamente dito (Brasil), devendo aguardar a iniciativa do Ministério Público ou do querelante, na ação penal de iniciativa privada.

Conforme já visto (*supra*, n. 5), a grande maioria dos códigos reformados reserva às partes a iniciativa probatória, destacando-se o Brasil que possibilita ao *juiz* atividades supletivas nesse campo, entendendo-se que a atribuição ao magistrado de iniciativas probatórias é garantia de um contraditório equilibrado e efetivo, não prejudicando sua imparcialidade.

Em conclusão, pode-se afirmar que, em sua grande maioria, os códigos reformados latino-americanos, na plena observância do modelo acusatório, separam rigorosamente as funções de investigar e acusar, de um lado, das de julgar, atribuindo-as a órgãos distintos. Mas é preciso observar que em alguns países o Ministério Público foi investido de funções anômalas, em que ao mesmo tempo investiga, expede provimentos cautelares e acusa (Colômbia) ou é elevado à posição de garantidor dos direitos do acusado, durante as investigações preliminares conduzidas pela polícia judiciária, o que não se coaduna com sua função de acusador (Peru). E, em outros países, a manutenção do mesmo *juiz* nas diversas fases do processo pode contaminar sua imparcialidade (Brasil, Honduras, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela).

8. Conclusões

É tempo de concluir, recapitulando as conclusões parciais a que o relatório chegou.

8.1 *Direito de defesa e atividade probatória*

A – Das constituições e dos códigos reformados emerge um verdadeiro *direito à prova*, inserido na cláusula do devido processo legal.

B – Somente podem ser consideradas provas, a serem valoradas pelo juiz, aquelas colhidas e produzidas em *contraditório*, ressalvadas as provas antecipadas ou irrepetíveis, submetidas a contraditório posterior.

C – O direito à prova, como todos os direitos fundamentais, *não é ilimitado*, encontrando seus lindes em outros valores constitucionais, que justificam as vedações probatórias (provas ilícitas).

D – Mas, se é certo que a relação entre o direito de defesa e a atividade probatória, pautada pelo contraditório, é plenamente assegurada pelas constituições latino-americanas e pelo Pacto de São José da Costa Rica, é preciso reconhecer que em muitos casos não é fielmente observada pelos códigos. Os remédios de direito constitucional, como o *habeas corpus*, o *amparo* e o *mandado de segurança*, constituem instrumentos poderosos, mas nem sempre a jurisprudência está aberta à necessária revisitação ou interpretação dos códigos à luz do Pacto e da Constituição.

E – Por outro lado, severas compressões aos direitos do acusado são incorporadas em alguns ordenamentos, no que se refere aos crimes mais graves ou à criminalidade organizada.

8.2 *A vítima e o princípio de oportunidade*

A – A vítima – em sentido lato – ocupa lugar de destaque nos códigos reformados da América Latina, sendo-lhe atribuídos significativos poderes processuais, mesmo quando não tenha participado do processo como querelante ou querelante adesivo (assistente de acusação).

B – Os novos sistemas processuais latino-americanos, embora guardando o princípio da obrigatoriedade da ação penal como regra geral, abrem-se a vias alternativas, próprias da Justiça consensual, adotando em várias hipóteses, reguladas por lei e submetidas ao controle judicial, o princípio da oportunidade (ou discricionariedade) regrada.

C – Inexiste qualquer incompatibilidade entre o princípio da oportunidade regrada, tal qual introduzida pelos códigos reformados, e os direitos da vítima, uma vez que lhe é assegurada ampla participação nas técnicas alternativas, encontrando facilitado o caminho da reparação, modernamente considerada a terceira via do sistema penal.

8.3 *Relações entre o juiz e o Ministério Público. Seus limites*

A – Os códigos reformados, em sua grande maioria, atribuem ao Ministério Público, com a colaboração da polícia judiciária, as funções de investigar,

reservando ao juiz as de prover sobre as medidas cautelares durante a fase das investigações.

B – O Ministério Público é órgão de acusação, cabendo-lhe instaurar o processo penal e não podendo o juiz agir *ex officio*.

C – A distinção entre as funções de acusar e julgar, com sua atribuição a órgãos distintos, é rigorosa, na maioria dos novos códigos. As exceções são representadas pela Colômbia, que, na fase investigatória, confere ao Ministério Público as funções de investigar e de determinar as medidas cautelares; e pelo Peru, que durante as investigações (conduzidas pela polícia judiciária), atribui ao Ministério Público – órgão da acusação – o papel de garantidor dos direitos do acusado.

D – A organização e a implementação de um Ministério Público, independente e autônomo, ainda em curso em alguns países, é condição *sine qua non* para o êxito das reformas.

E – O principal atributo do juiz, no novo processo penal, é sua imparcialidade que, no entanto, sofre na prática algumas limitações.

F – A quase totalidade dos códigos reformados reserva às partes a iniciativa probatória, diferentemente do que se passa no Brasil, que reconhece ao juiz poderes supletivos instrutórios, como garantia de um contraditório efetivo e equilibrado, entendendo que um moderado “ativismo” do juiz não prejudica sua imparcialidade.

Roma, maio de 2002.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

ENTRE A CIVILIZAÇÃO E A BARBÁRIE

ADAUTO SUANNES

“Humanidade: tal é a primeira figura sob a qual o homem moderno, no próprio instante em que despertava para a idéia de progresso, teve que procurar conciliar, com as perspectivas de sua inevitável morte individual, as esperanças de porvir ilimitado de que já não podia prescindir.

Humanidade: entidade a princípio vaga, mais experimentada do que raciocinada, em que um obscuro sentido de crescimento permanente se aliava a uma necessidade de fraternidade universal.

Humanidade: objeto de uma fé muitas vezes ingênua, mas cuja magia, mais forte do que todas as vicissitudes e todas as críticas, continua a atuar com a mesma força de sedução tanto sobre a alma das massas atuais como sobre os cérebros da intelligenzia.

Quer se participe de seu culto, quer se ridicularize esse mesmo culto, quem pode, ainda hoje, escapar à obsessão, ou mesmo à ascendência da idéia de Humanidade?”⁽¹⁾

“Existe algo de mágico nos filmes. A pessoa que você vê está ao mesmo tempo em algum outro lugar. Esse é um atributo de Deus.”⁽²⁾

Resumo: O artigo pretende discutir o conceito de “terrorismo”, a partir de observações de Noam Chomsky, considerando especialmente a conduta dos Estados Unidos da América do Norte ao longo da História recente em suas relações políticas internacionais. Muito embora o governo dos Estados Unidos da América do Norte se diga empenhado em derrotar o terrorismo que grassa em várias partes do mundo, a História recente demonstra que muitos dos atos praticados por aquele país em território alheio não podem deixar de ser qualificados de terroristas, o que demonstra a necessidade de um Tribunal Penal Internacional, com competência para a aferição das condutas ditas terroristas e sua exemplar punição. Por outro lado, é digno de atenção o fato de muitos dos filmes recentes produzidos naquele país conterem uma simbologia oculta, que sugere uma tentativa de escapar de um patrulhamento ideológico, ou de, ao reverso, tentar cooptar o espectador para uma ideologia marcada pelo preconceito.

(1) Pierre Teilhard de Chardin. *O fenômeno humano*. Cultrix, 1995. p. 278.

(2) Joseph Campbell. *O poder do mito*. Palas Athena, 1990. p. 16.

Palavras-chave: Civilização – Terrorismo – Guerra – Soberania – Estados Unidos da América do Norte – Direito – Crimes transnacionais – Simbologia cinematográfica.

Quando os irmãos Lumière, aperfeiçoando o antigo teatrinho de sombras, chegaram, em 1895, à invenção do cinematógrafo, estavam realizando uma revolução igual ou superior à que adviera da invenção de Gutenberg, mais de quatro séculos antes. De fato, enquanto o livro exige que o leitor conheça as convenções que regem o significado dos signos impressos, no cinema basta ao espectador abrir os olhos e ver. Ali estará a ilusão que os fotogramas, jogados na tela à razão de 24 deles por segundo, proporcionarão: o movimento. E, com ele, ali estará também a oportunidade de transmitir, tal como na escrita, algo mais do que uma história explícita: a mensagem subliminar, tão sutil, até sob a forma de *merchandising*, que os espectadores menos atentos assimilam sem o perceber.

Recordo, a propósito, que há muitos anos foi por aqui exibido o filme “O destino do Poseidon” (*The Poseidon adventure*). O filme é considerado pelos críticos apenas como o primeiro filme do gênero *disaster movie*, que teve no *Titanic*, com todos os efeitos especiais cabíveis, o seu auge. Eu, de mim, como sempre buscava nos filmes algo mais do que a primeira impressão ou o mero divertimento, via nele uma narrativa bíblica, menos pelo fato de o nome do navio corresponder ao nome grego do deus do mar. Revendo-o hoje, penso que não estava errado em minha leitura de entrelinhas: logo no início do filme, dois padres discutem até onde a vontade humana deve submeter-se cegamente à vontade de Deus. O mais velho é do tipo “orar e confiar”, ao passo que o mais novo se classificaria de ativista, aquele que vai à rua fazer a história. Ao longo do filme isso me pareceu bastante claro e o final, com um discurso semelhante ao clássico “Pai, por que me abandonaste?”, me tiraria qualquer dúvida, se eu as tivesse.

Com outros filmes sempre ocorreu o mesmo: enquanto a maioria dos meus amigos limitava-se a uma leitura linear deles, eu buscava quase sempre uma possível segunda leitura, uma mensagem subliminar que o realizador estava tentando passar ao espectador. O silêncio da maioria dos críticos a respeito dessa leitura subterrânea de obras cinematográficas (ao contrário do que ocorre com as obras literárias) jamais me abalou. Houvesse abalado e eu estaria resgatado quando Joseph Campbell, o notável estudioso da Mitologia de nosso tempo, assistindo à trilogia “Guerra nas Estrelas” (*Stars war*), de George Lucas, viu ali algo mais do que um filme de aventuras, indo além do que disseram os críticos cinematográficos. “Guerra nas Estrelas possui uma perspectiva mitológica válida. O filme encara o Estado como uma máquina e pergunta: *A máquina vai esmagar a humanidade ou vai colocar-se a seu serviço?*”³

Quantos espectadores, no mundo todo, teriam visto tal filme com esses olhos? “Quando a máscara de Darth Vader é retirada, você vê um rosto informe, de alguém que não se desenvolveu como indivíduo humano”, comenta o mitólogo na interes-

(3) Cf. Campbell, op. cit., p. 19.

sante e longa entrevista concedida ao jornalista Bill Moyers, levada ao ar pela TV em 1988 e da qual o livro é um resumo. Aliás, o nome do vilão, um anjo decaído, tal como Lúcifer, é uma corruptela de Dark Father, um pai sinistro que, qual um Saturno moderno, procura devorar os próprios filhos. Talvez a melhor imagem que se poderia conceber para representar o autoritarismo institucional. "Quando tira a máscara de seu pai, Luke Skywalker cancela o papel de máquina que o pai tinha desempenhado. O pai era o uniforme. Isso é poder, o papel do Estado".⁴

Não será, portanto, fruto do acaso que ao longo deste trabalho se faça constante alusão a filmes, cuja importância cultural hoje é indiscutível.

Para confirmar isso, reproduzamos situação cinematográfica que, em um livro recente,⁵ o autor apresenta, para reflexão de seus leitores: um homem primitivo, ao fim do dia, sentado sobre os calcanhares, volta seu olhar para o sol, que se põe por trás do morro, que lhe parece o limite do mundo. Tal qual no filme célebre de Stanley Kubrick, esse homem primitivo seminu atira ao ar um fêmur que, ao cair, nos mostra um homem contemporâneo, que, de terno e gravata, olha o mesmo sol, agora se pondo atrás de uma cadeia de prédios. O fêmur em sua mão, como símbolo fálico do poder masculino, poderia agora ser uma espada, um báculo ou uma batuta. Tão símbolos da masculinidade como aquele, mesmo porque o número de generalas, bispas e maestrinas que conhecemos pode ser indicado com os dedos de uma só mão.

Que mudou no espaço temporal entre essas duas cenas? Para Kubrick, o homem primitivo agora é um astronauta (ou cosmonauta, como preferem outros) e o comando de sua nave é um computador, de inteligência quase humana, o HAL (substitua, nessas iniciais, cada letra, considerando a ordem alfabética natural, pela letra seguinte e terá uma interessante surpresa, que não é, seguramente, fruto do acaso), que, por sinal, enlouquece, vítima da megalomania a que foi levado pelos humanos.

Certamente o sol parece ser o mesmo e mesma parece continuar sendo a terra. Como, porém, nos dizia o filósofo grego que ninguém passa duas vezes pelo mesmo rio (parafraseando-o: ninguém consegue ver duas vezes o mesmo sol), o tempo há de ter mudado tanto a estrutura do sol (que, sem resistirmos ao trocadilho, bem pode ser definido como uma estrela decadente) como a da terra (certamente naqueles tempos primitivos não havia a poluição ambiental que existe hoje, a extensão das matas era muito maior, o volume de água disponível não chegava a preocupar e o buraco na camada de ozônio não constituía o grave problema que é hoje, para citar algumas das diferenças).

O que interessa, porém, a esta reflexão é o homem, o ser humano: qual a diferença específica entre aquele primitivo e este civilizado? Poderíamos arriscar uma resposta dizendo que o homem de hoje sabe mais do que sabia seu antepassado. O conhecimento é a principal diferença entre as sucessivas gerações humanas.

(4) Campbell, op. e loc. cit.

(5) Cf. Adauro Suannes. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. RT, 1999.

Nos últimos cem anos o ser humano aprendeu mais sobre tudo o que o cerca e sobre si mesmo do que durante todos os séculos anteriores juntos. Como decorrência, a tecnologia acumulada no século que se vem de encerrar não conhece paralelo em toda a história da Humanidade.

De fato, o homem primitivo imaginava que o fim do mundo estava ali, depois do morro, ao passo que o homem de hoje sabe que depois do morro virão mais morros. Em lugar do precipício onde se despejavam os mares, as rotas navegáveis e as grandes descobertas marítimas. O manto protetor azulado, pontilhado de estrelas, é, na verdade, apenas o vazio infinito, desafiando a ousadia dos navegantes destes novos tempos.

Demais disso, o homem moderno, sabendo que a luz caminha à velocidade de 300.000 k/s, e sabendo que a distância média entre o sol e a terra é de cerca de 150 milhões de quilômetros, pode facilmente concluir que a imagem do sol leva cerca de 8 (oito) minutos para chegar ao nosso planeta. Logo, aquilo que vemos pôr-se por trás dos prédios enfileirados, substitutos dos morros dantanho, na realidade já se pusera há quase 10 minutos. O saber como sendo a eterna tentativa de fazer do quadrado um círculo (o círculo, a rigor, nada mais é do que um polígono de n lados, número tão incalculável que cada lado corresponde a um ponto).

O exemplo ilustra a diferença que existe entre barbárie e civilização: enquanto a barbárie se contenta com aparências, a civilização procura a verdade, a realidade última dos fatos. E o exemplo serve para mostrar também que a diferença entre barbárie e civilização não se pode estabelecer sob o ponto de vista histórico, mas sob o ponto de vista sociológico e cultural, mais do que antropológico ou psicológico. Ciência e tecnologia versus preconceitos e superstições. A crueza da verdade versus o manto diáfano da fantasia.

Ilustra também a diferença que pode haver entre ciência e tecnologia. Enquanto a primeira busca incessantemente a verdade, a segunda, sua diletta filha, cria, não poucas vezes, a mera ilusão, isto é, a não-verdade, ou, no limite, a mentira. Um saber que pode ser empregado, deliberadamente, para nos afastar da verdade.

Sabe-se que o termo *barbarus* era utilizado por gregos e romanos para identificar aqueles povos que não compartilhavam de suas verdades. Os estrangeiros, com seus hábitos inqualificáveis. Eram os ostrogodos, os visigodos, os saxões, os anglos, os hunos e tantos outros que, ironicamente, viriam a protagonizar invasões de conquista, graças às quais a cultura greco-romana, amalgamada com a cultura dos “bárbaros”, alastrou-se por todo o Ocidente. Da invasão da Bretanha por anglos e saxões resultou, nada obstante a barbárie (ao ver dos povos *soi disant* civilizados, é claro) em que viviam os invasores, a cultura anglo-saxônica, cuja importância histórica ninguém poderá negar. Dali ela seguiu para os Estados Unidos da América no Norte, com sua tradição pelo respeito à dignidade humana, trazida do Velho Continente pelos primeiros colonizadores.⁶ Até onde esse compromisso

⁽⁶⁾ Muito anterior ao *Bill of Rights* norte-americano, que é de 1791, é o *Bill of Rights* inglês, datado de 1689, oficialmente denominado “*Act Declaring the Rights and*

com os valores humanos resistiu, qual rochedo, às investidas dos interesses superiores do capitalismo atual é algo sobre que vale a pena refletir, mesmo porque um respeitado ministro de Estado inglês, Neville Chamberlain, teria sintetizado o pragmatismo da política internacional em frase célebre, cuja extrapolação, até mesmo para o campo interno dos países, fica por conta dos governantes: “a Inglaterra não tem amigos nem inimigos; tem interesses”.

Considerando que o processo civilizatório implica, antes e acima de tudo, uma revisão dos valores pelos quais os grupos humanos traçam sua conduta, buscando-se a evolução do homem de um “ser menos” para um “ser mais”,⁷ quais os valores que temos nas sociedades ditas civilizadas hoje em dia? Saímos, realmente, da barbárie?

A própria idéia de que o homem civilizado é aquele que sabe mais do que o homem bárbaro é discutível, pois, se é fato que a ciência tem desvendado a essência de tantos fenômenos e a natureza dos seres vivos, o fato é que quando falamos em “homem moderno” e em “homem primitivo” estamos simplificando o raciocínio, trabalhando com meras categorias. Não é verdade que o homem contemporâneo, concretamente considerado (este homem específico, vivendo neste determinado local) saiba efetivamente que a distância entre o sol e a terra é de pouco menos de 150.000.000 de quilômetros, como dito acima. Na realidade, o homem moderno, ao contrário do homem primitivo, tem apenas a mera *possibilidade* de saber que a distância entre o sol e a terra é essa. Mas quantos, concretamente considerados, efetivamente têm conhecimento disso? A quantos a sociedade permite efetivamente esse e outros saberes? Ao contrário, o direito de conhecer a realidade cósmica e os segredos da natureza (*arcana naturæ*), tanto quanto os segredos de Deus (*arcana Dei*) ou mesmo os mistérios da política (*arcana imperii*) sempre esteve reservado a uns poucos.⁸

Em outras palavras: muito embora o avanço da ciência permita a todos os seres humanos civilizarem-se, quantos efetivamente estão em condições de fazê-

Liberties of the Subject and Settling the Sucession of the Crown”, para darmos um único exemplo.

(7) “Do ponto de vista experimental, que é o nosso, a reflexão, como a própria palavra o indica, é o poder adquirido por uma consciência de se dobrar sobre si mesma, e de tomar posse de si mesma *como de um objeto* dotado de sua própria consistência e de seu próprio valor: não mais apenas conhecer, mas conhecer-se; não mais apenas saber, mas saber que se sabe” (Teilhard de Chardin, op. cit., p. 186). Justamente por isso, “pelo fato de sermos pessoais até certo ponto, não se prova que essa personalidade esteja consumada; ela deve prosseguir duplamente no esforço que fazemos para nos ultrapassarmos a nós mesmos e para nos reunirmos aos outros seres com os quais devemos constituir um grau superior de personalidade” (cf. Teilhard de Chardin. “Essai d’intégration de l’homme dans la nature”, 1930, citado por ele mesmo em *O fenômeno humano*, p. 191, nota 32).

(8) Carlo Ginzburg. “O alto e o baixo – O Tema do Conhecimento Proibido nos Séculos XVI e XVII”. *Mitos, emblemas, sinais*. Companhia das Letras, 1999. p. 98.

lo? O conhecimento propiciado pela ciência está ao alcance de toda e qualquer pessoa. Mas quantas, efetivamente, logram alcançá-lo?

Por exemplo: a precariedade do vocabulário das pessoas primitivas tornava quase impraticável a solução de seus conflitos pelo diálogo. A alguns grunhidos iniciais seguia-se o desforço físico, vencendo o mais forte. O sorriso ilógico com que recebemos alguém que desconhecemos (ilógico porque não temos motivo algum para alegrar-nos com sua chegada, pois não sabemos o que ele representa e a chegada de um estranho a um grupo de animais é sempre motivo de apreensão, dado o natural risco de quebra da harmonia ali imperante) é um resíduo do mostrar de dentes, recurso agressivo de que nossos antepassados se utilizavam para marcar seu território e que ainda pode ser presenciado no relacionamento dos símios e felinos. A advertência de antes tornou-se regra de convivência hoje. A cultura como produtora de máscaras sociais.

Chegada a Humanidade à Idade Média, muito embora o ser humano já houvesse desenvolvido sua linguagem verbal e a capacidade de argumentar para convencer, a ministração da justiça, notadamente em face da criminalidade, pagava o preço ao fato da pretensa divindade do soberano, resquício de tempos imemoriais: a *ordália*, também chamado “juízo de Deus”, aliás, de origem anglo-saxônica, comum em muitos países da Europa (na França era chamada *ordalie*, na Espanha *ordalia*, na Alemanha *ordal* e na Inglaterra *ordeal*),⁹ era basicamente a submissão do acusado aos desígnios de Deus. Pela lógica dos julgadores medievais, “ela funcionava como agente destruidor se o imputado fosse culpado, enquanto exaltava sua inocência e força se ele pudesse sustentar a prova sem dano”.¹⁰ A idéia de um xamã a representar a divindade e expressar a vontade dela pode ser aceita como expressão da cultura bárbara. Mas, terá isso cabimento nas chamadas sociedades civilizadas?

É difícil imaginar que, em nome de princípios superiores, como o da justiça ou da busca da verdade, se desrespeitasse o ser humano, notadamente quando isso era feito em nome da religião. Mas isso era assim e sempre queremos crer que tal tempo de barbárie foi superado pela ciência. Uma das características dos tempos modernos seria o respeito à dignidade humana, decorrência de longa reflexão a partir justamente das atrocidades da guerra. “Aos poucos emerge a idéia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de direito internacional. A partir desta perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional”.¹¹

(9) Cf. Amilcare Carletti. *Brocardos jurídicos*. Universitária de Direito, 3.^a parte, vol. III, p. 373.

(10) Idem, *ibidem*.

(11) Cf. Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. Max Limonad, p. 138.

Mas, hoje em dia, será isso realmente assim? Aí está o noticiário dando conta de que, em nome de princípios religiosos, pessoas se dispõem a matar vítimas inocentes, seja pelo seqüestro de aviões, transformados em bombas, seja pelo envio de bactérias a número elevado de pessoas. “Terrorismo”, brada a imprensa.

Um pensador norte-americano, de origem judaica, define terrorismo como o “uso calculado ou ameaça de emprego de meios danosos contra populações civis em nome de convicções políticas, religiosas ou ideológicas, em sua essência, sendo isso feito por meio de intimidação, coerção ou instilação do medo”.¹² Sob tal prisma, aqueles atentados não escapariam do rótulo. Mas, apenas aqueles? O próprio Chomsky afirma que ao longo do século XX muitas das ações do seu país, como acima visto, se enquadrariam também em tal rubrica. “Os EUA estão oficialmente comprometidos com o que é chamado de ‘ações de guerra de baixa intensidade’. Essa é a doutrina oficial. Se alguém lesse as definições padrão de ‘conflito de baixa intensidade’ e as comparasse com as de ‘terrorismo’, em qualquer manual do exército ou no *U.S. Code*,¹³ repararia que são praticamente iguais”.¹⁴ E, para mostrar que não está só, cita o cientista político Michael Stohl: “Precisamos reconhecer que, pelo que se tem convencionado – e devo enfatizar que se trata apenas de uma convenção – a utilização de um grande poder e a ameaça de se usar a força são normalmente descritas como diplomacia coercitiva, e não como uma forma de terrorismo”, embora usualmente envolva “a ameaça e frequentemente o uso de violência para o que seria descrito como propósito terrorista, caso não fossem grandes potências a se utilizarem de tal tática”, de acordo com o sentido literal do termo.¹⁵

Com toda razão, a Enciclopédia Larousse, depois de salientar que a palavra civilização se emprega para indicar os modos diversos de desenvolvimento intelectual, moral e tecnológico das sociedades, ressalva: “costumes grosseiros podem subsistir nas civilizações mais desenvolvidas”. Diz, porém, que “jamais un peuple n’est revenu à la sauvagerie”. Será?

Vejamos algumas situações que nos trazem sérias dúvidas a respeito.

Quando Adolf Hitler buscou alargar o território sujeito à sua autoridade imperial, contou com o apoio do governo da Itália e o do Japão, como é largamente sabido. Por motivos ainda não claramente explicados, este último praticamente

(12) Noam Chomsky. *11 de setembro*. Bertrand Brasil, 2002. p. 104.

(13) Textualmente, “ato de terrorismo quer dizer qualquer atividade que: a) envolva um ato violento ou uma séria ameaça à vida humana que seja considerado delito pelos Estados Unidos ou qualquer outro Estado, ou que seja delito assim reconhecido, se praticado dentro do território jurisdicional americano ou de qualquer outro Estado; e b) aparente (i) ser uma intimidação ou coerção à população civil; (ii) influencie a política governamental por meio de intimidação ou coerção; ou (iii) ameace a conduta de um governo por um assassinato ou seqüestro” (apud Chomsky, op. cit., p. 17, nota de rodapé).

(14) Noam Chomsky, op. cit., p. 65.

(15) Cf. Noam Chomsky, op. cit., p. 18.

convidou os Estados Unidos, até então alheio ao que ocorria na Europa, a ingressar na refrega, bombardeando Pearl Harbor. Era o dia 07.12.1941. Dos 100 navios ancorados naquele porto, 29 foram destruídos. Só o afundamento do navio Arizona produziu mais de mil mortos, que chegaram perto de 2.400 no total. Dos 380 aviões ali estacionados, apenas pouco mais de 40 ficaram ilesos, sendo completamente destruídos mais de 180 deles. Enquanto isso, os atacantes não perderam mais do que 100 homens na investida, menos de 30 dos 350 aviões empregados na ofensiva e apenas 5 minisubmarinos. Era o de que o Presidente Franklin Delano Roosevelt precisava para convencer o povo norte-americano (até então, as pesquisas de opinião pública indicavam que mais de 90% do povo não concordava com a adesão dos EUA à guerra européia, o que sugere que Roosevelt teria deixado desprotegida sua pérola do Pacífico como uma isca, sem imaginar, certamente, os enormes estragos em que isso implicaria) para mobilizar seus homens. Com tão magno reforço, a vitória dos “aliados” era só questão de tempo. Mas o bombardeio de Pearl Harbor não havia sido esquecido, donde as bombas atômicas sobre Hiroshima e Nagasaki, com claros propósitos vingativos, pois tais cidades nada representavam na economia da guerra. A justificativa para tal massacre é que ele se destinava a dissuadir o inimigo, mostrando-lhe os efeitos daquelas bombas devastadoras. Isso não resiste à mais mínima análise: em primeiro lugar, o Japão desempenhava papel secundário nos planos de Hitler, donde ser mais razoável (se se pode falar em razoabilidade no caso) que se bombardeasse alguma cidade alemã; em segundo, se era para mostrar os estragos que faria a bomba atômica, bastava despejar apenas uma só. Irracionalidade em ambos os lados da trincheira, já se vê.

Envergonhados de sua evidente barbárie, os povos civilizados do mundo resolveram criar uma Liga das Nações, que estabeleceria fórum de debates para os assuntos de interesse universal. Tal proposta, como sabido, não vingou. Daí surgir a Organização das Nações Unidas, cuja importância não necessita de ser aqui destacada. Um Tribunal Universal para julgamento de crimes contra a Humanidade seria o passo seguinte. As dificuldades de sua implantação, que implica a redução do conceito clássico de soberania, é de todos conhecida, mesmo já havendo número suficiente de Estados que tenham assinado o tratado que previu sua criação.

O rompimento entre os “aliados” Estados Unidos e União Soviética, tão bem simbolizado pela divisão da cidade de Berlim, onde até hoje os orientais e os ocidentais se estranham, como se não fossem todos alemães (na realidade, Berlim ocidental era um mero enclave no território alemão que, na partilha final, tocara aos soviéticos), porém, gerou a chamada “Guerra Fria”, uma queda de braço para estabelecimento de novos aliados, não tanto por motivos políticos mas por motivos comerciais. Ambos, como superpotências, tinham assegurado a si o direito de veto às deliberações da maioria dos componentes da ONU, direito que passaram a exercer com enorme frequência. Em nome da necessária igualdade entre os países, um grupo de desiguais ditando as regras, como é de praxe em qualquer ditadura.

O conflito interno e a divisão do Vietnã serviram de mote para que as duas grandes potências mundiais atuassem por trás dos panos, manipulando os gover-

nos locais. O aprofundamento da crise acabou agravando o envolvimento dos Estados Unidos, que, para tentar mostrar sua força, lançou mão dos mais brutais métodos para subjugar o inimigo, sem êxito. O emprego de napalm, uma gelatina incandescente que não distinguia entre coisas e seres humanos, ilustra bem essa sandice. Crianças nuas correndo em chamas pela rua é uma das mais terríveis fotografias produzidas no século passado. Francis Ford Coppola sintetizou admiravelmente o que era aquilo em filme que, sintomaticamente, está retornando, devidamente restaurado: *Apocalypse now*. O temido fim do mundo não seria pior do que aquilo.

Aquela guerra terminou sem vitoriosos, mas ainda uma vez mostrou quão discutível é a separação entre civilização e barbárie.

Aliás, ao término do século XX, as opiniões de inteligências respeitáveis não acenavam para essa separação. “Não posso deixar de pensar que este foi o século mais violento da história humana”, declarou William Golding, prêmio Nobel de Literatura. “Se eu tivesse de resumir o século XX, diria que ele despertou as maiores esperanças já concebidas pela humanidade e destruiu todas as ilusões e ideais”, confessou um dos maiores músicos do século, Yehudi Menuhin. “Lembro-o apenas como o século mais terrível da história”, concluiu Isaiah Berlin, filósofo inglês, todos citados por Eric Hobsbawn.¹⁶

Para o professor de história da Universidade de Londres e da New School for Social Research, de Nova Iorque, o “breve século XX” teve três momentos bastante distintos: a era da catástrofe, que se inicia com a I Grande Guerra e finda com o término formal da Segunda; a era de ouro, compreendendo o quarto de século seguinte, quando se supunha que o bicho homem havia atingido sua maturidade; e a era do desmoronamento, quando o sonho de uma sociedade mais justa e menos violenta ruiu estrondosamente, surgindo “uma nova era de decomposição, incerteza e crise”,¹⁷ que compreende as três últimas décadas daquele século, iniciada basicamente em face da disposição dos países produtores de petróleo de reajustar seus preços, que, de menos de US\$ 3.00 o barril em 1970, já valia US\$ 41.00 em fins de 1980.

Foi ele um século marcado pelas contradições mais gritantes, decorrentes, não poucas vezes, de um pragmatismo que não conheceu limites. Como anota o historiador sempre citado, nada obstante o comunismo tivesse surgido do inconformismo diante dos excessos do capitalismo primitivo, a vitória dos “aliados” contra as forças do “eixo” (Alemanha, Itália e Japão formaram o que se denominou *axis tripartite*) somente foi possível em face de haverem soviéticos e norte-americanos lutado lado a lado. Surgido o temível fascismo, “a democracia só se salvou porque, para enfrentá-lo, houve uma aliança temporária e bizarra entre capitalismo liberal e comunismo”, como observa o mesmo historiador.¹⁸

(16) Cf. *Era dos extremos – O breve século XX*. Companhia das Letras, 1995. p. 11.

(17) Hobsbawn, op. cit., p. 15.

(18) Op. cit., p. 17.

Essa era de guerras globais levou à revisão de tudo o que se conhecia a respeito das relações internacionais, envolvendo o campo político, econômico e até mesmo o campo da moral. Até então, havia nas guerras um código de honra, mesmo porque eram elas confrontos entre profissionais, a caracterizar, para muitos, uma autêntica arte. Um jogo de xadrez, onde a estratégia caracterizava os grandes marechais. Agora, com a introdução da aviação, uma de cujas primeiras vítimas foi nosso Alberto Santos Dumont, desgostoso de ver aonde a beligerância havia levado seu genial invento, não mais existe a separação entre militares e civis. Ao bombardeio sistemático de Londres pela *Luftwaffe* contrapõe-se a destruição de cidades japonesas pelas apocalípticas bombas norte-americanas. A ética utilitarista substituiu as velhas regras de cortesia, levando a regulamentação de tais atividades a enfatizar que “talvez se ache melhor, em vista das alegações de barbaridade dos ataques aéreos, manter as aparências com a formulação de regras mais brandas e também se limitando nominalmente o bombardeio a alvos de caráter estritamente militar, para evitar enfatizar a verdade de que a guerra aérea tornou tais restrições obsoletas e impossíveis”.¹⁹ A primeira vítima da guerra não é a verdade, como se propala, mas a ética.

A par com isso, a tecnologia trouxe, ainda na I Guerra, uma novidade, cuja incipiência não produziu os resultados esperados: a guerra química, que, embora banida pela Convenção de Genebra, de 1925, voltaria a ter largo emprego no futuro. “O acentuado declínio dos valores da civilização após a II Guerra Mundial acabou trazendo o gás venenoso de volta. Durante a Guerra Irã-Iraque, na década de 1980, o Iraque, então apoiado entusiasticamente pelos Estados ocidentais, usou-o à vontade contra soldados e civis.”²⁰ Recordemos, em parênteses, que até o presente momento não houve identificação dos responsáveis pela recente disseminação das bactérias de antraz, reconhecidamente desenvolvidas em laboratórios norte-americanos, o que se seguiu aos atentados de 11.09.2001, possivelmente realizados por terroristas estrangeiros. A História como repetição dos mesmos fatos, decorrência da conveniente amnésia dos homens.

Como quer que fosse, os números relativos a perdas humanas (a maioria, jovens no esplendor da idade) na I Guerra seriam de fazer pensar: 1,8 milhão de alemães, 1,6 milhão de franceses, 800 mil britânicos. Mesmo os Estados Unidos, que perderiam mais de 300 mil homens na II Guerra, teve ali baixa considerável: mais de 115 mil soldados mortos.

Hobsbawn vê nas feridas da I Guerra a gênese não só da Segunda como de tudo o que o *short century* XX nos trouxe. “A guerra civil iugoslava, a agitação secessionista na Eslováquia, a secessão dos Estados bálticos da antiga URSS, os conflitos entre húngaros e romenos pela Transilvânia, o separatismo da Moldavia, na realidade, o nacionalismo transcaucasiano são alguns dos problemas ex-

(19) Extraído por Charles Townshend das regras para um bombardeio aéreo, editado pela RAF, e citado por Eric Hobsbawn, op. cit., p. 29.

(20) Hobsbawn, op. cit., p. 36.

plosivos que não existiam ou não teriam como existir antes de 1914”, diz ele. “O remapeamento do Oriente Médio se deu ao longo de linhas imperialistas – divisão entre Grã-Bretanha e França – com exceção da Palestina, onde o governo britânico, ansioso por apoio internacional judeu durante a guerra, tinha, de maneira incauta e ambígua, prometido estabelecer um lar nacional para os judeus. Essa seria outra relíquia problemática e não esquecida da I Guerra Mundial”.²¹ O permanente e sangrento confronto entre terroristas palestinos e terroristas israelenses, com mortos civis de lado a lado, ocupa as páginas dos jornais diariamente em nossos dias.

Erich Fromm, já na década de 70, intuía haver nítida relação entre o culto da tecnologia e tendências necrófilas. “A fusão da técnica com a destrutividade não se mostrava ainda visível por ocasião da I Guerra Mundial. Havia pouca destruição por parte dos aviões, e o tanque era apenas uma evolução das armas tradicionais. A II Guerra Mundial trouxe uma mudança decisiva: a utilização do avião para a mortandade em massa. Os homens que jogavam as bombas mal tinham consciência de que estavam liquidando ou matando pelo fogo milhares de seres humanos, em poucos minutos. As tripulações aéreas eram uma equipe: um homem pilotava o avião, outro incumbia-se de sua navegação, outro jogava as bombas. Não estavam preocupados com o ato de matar e mal tomavam consciência de um inimigo. Estavam preocupados era com o manuseio de seu próprio avião, uma complicada máquina (construída) segundo as linhas mestras referidas em planos meticulosamente organizados. O fato de que, como resultado de seus atos, muitos milhares e, algumas vezes, mais de cem mil pessoas seriam mortas, queimadas e mutiladas era, sem dúvida, do conhecimento deles cerebralmente, mas dificilmente compreendido sob o ponto de vista afetivo. Era um fato, por mais paradoxal que isso possa soar, que não lhes competia. Foi provavelmente por isso que eles – ou, pelo menos, a maior parte deles – não se sentiram culpados por atos que pertencem à lista dos mais horripilantes que um ser humano pode realizar”.²²

Se a palavra do Professor de Heidelberg não valia nada, dada sua reconhecida formação marxista (menos sob a ótica política e mais pelo humanismo que caracterizou as preocupações do outro pensador alemão), a julgar pelo incremento da indústria bélica norte-americana na última metade do século passado, que dizer dos comentários irresponsáveis de Noam Chomsky a respeito de atos terroristas (assim ele os classifica) praticados pelo governo norte-americano, como, por exemplo, o bombardeio das instalações farmacêuticas de Al-Shifa, no Sudão, levada a efeito em agosto de 1998? “As instalações de Al-Shifa eram as únicas a produzir drogas contra a tuberculose, para mais de 100.000 pacientes, a preço de cerca de uma libra inglesa por mês. Qualquer remédio importado (mais caro) não é acessível aos sudaneses – ou aos maridos, esposas e filhos dos doentes, que serão infectados a partir de então. Al-Shifa também fabricava drogas de uso veterinário

(21) Op. cit., p. 39.

(22) *Anatomia da destrutividade humana*. Zahar Ed., p. 461.

para esse vasto país, que vive na sua maior parte da produção pastoril. A especialidade de Al-Shifa eram as drogas para matar parasitas, que passam do gado para quem cuida dele, e que são uma das principais causas, no Sudão, da mortalidade infantil”, relata, citando reportagem de James Astill, publicada no *Guardian* de 02.10.2001.²³

Tudo isso, porém, são dados estatísticos. Dados reais são os nomes dos fuzileiros navais norte-americanos mortos no Vietnã e imortalizados no panteão a céu aberto erguido por seus compatriotas. Identificássemos todas as vítimas do terrorismo norte-americano na Ásia, na América e na África, tal como registra Chomsky, e teríamos, certamente, de utilizar a muralha da China para imortalizar seus nomes.

Façamos, a esta altura, alguns *closes* com nossa câmara investigativa: Bouvanah Maneevong é plantador de arroz no Laos. Cuidadosamente ele procura, com as mãos, no local alagado, pela presença de algum artefato explosivo. Quando os encontra, leva-os cuidadosamente para um buraco aberto além, e aciona um gerador para explodir as bombas em segurança. Mas sabe que sempre haverá o risco de elas explodirem durante o transporte. Até 1993 ele e seu sócio haviam encontrado 45 desses artefatos.

Em agosto de 1993, Nag Saiko e sua filha Posua, de 13 anos, trabalhavam lado a lado no jardim de sua casa, na província de Xieng Khouang, no Laos. Posua tocou com seu instrumento de trabalho em um artefato de metal, que explodiu, matando-a. Estilhaços feriram a mãe no rosto e na perna.

Chantaly era uma moça de 18 anos, que sonhava casar-se e ter filhos. Em julho de 1993 uma explosão de um de tais artefatos causou-lhe graves queimaduras, além de cegá-la. Quando chega alguma visita, ela se esconde, envergonhada de seu aspecto. Em 1976 ela já havia perdido um irmão, quando uma dessas bombas explodiu. Ele tinha 11 anos de idade.

Em novembro de 1993, os dois filhos de Tu Va Chao, Kou Ya, de 4 anos, e Sai Ya, de 6, levavam um búfalo para o pasto. Sai Ya encontrou uma bola metálica e a apanhou, supondo fosse um brinquedo. Em seguida atirou-a na direção de seu irmão. A bomba explodiu, matando Kou imediatamente. Sai Ya morreu dois dias depois. Um ciclista que passava pelo local ficou ferido com a explosão.

Que há de comum em todos esses casos (e em muitos outros que poderiam ser lembrados), exemplos típicos de terrorismo, consoante a definição de Chomsky? De 1964 a 1973, o Laos fora submetido a um dos maiores bombardeios de que se tem notícia, pois os Estados Unidos pretendiam destruir a infra-estrutura montada naquele país, vizinho do Vietnã, pelos comunistas, bem como apoiar as campanhas militares favoráveis ao governo norte-americano, que era preciso estimular. Daí a decisão do bombardeio massivo de um país que, oficialmente, não estava participando da guerra.

(23) Op. cit., p. 55.

Estima-se que foram realizados mais de 580.000 vôos ao longo desses nove anos, que despejaram cerca de 6.000.000 (seis milhões) de bombas convencionais além de 100.000.000 (cem milhões) de “bomblets”, que eram uma espécie de granada redonda, pouco maior do que uma bola de baseball, transportada em uma bomba especial que, ao se aproximar do solo, explodia apenas para o efeito de espalhar essas granadas aleatoriamente por toda a área. Assim, essas “bomblets” transformaram-se em minas, em armadilhas mortíferas, à espera de serem detonadas quando alguém, desavisado, as tocasse. Só na província de Xieng Khouang foram despejadas mais de 300.000 toneladas de bombas, o que corresponde a duas toneladas por habitante!

Ocorre que, por força das chuvas torrenciais que costumam cair sobre aquela região, as monções, essas bombas foram levadas para outros lugares ou cobertas pela lama, ficando imperceptíveis. Somente quando tocadas por algum objeto mais duro (um instrumento agrícola, por exemplo) elas acusam sua existência, explodindo.

Mais de 11.000 pessoas foram mortas ou feridas nos vinte anos seguintes ao término da guerra do Vietnã, em razão da explosão dessas “bomblets”.

Esses dados constam de relatórios da *Mennonite Central Committee*,²⁴ organização não-governamental, sediada nos Estados Unidos e ligada à *North American Mennonite and Brethren in Christ*, e que desenvolveu, juntamente com outras entidades (como a inglesa *Mines Advisory Group*), trabalhos de assistência naquele país. Evidentemente, não há como saber quantas bombas restam para serem detonadas nem como recolhê-las todas, pois, com o passar do tempo, a própria vegetação ou os efeitos da erosão escondem ainda mais tais armadilhas, tornando-as mais perigosas.

Temos, portanto, que um propósito inicial voltado para uma causa que se dizia justa, por mais criticável que fosse, vem acarretando danos perfeitamente previsíveis e cuja ocorrência se dará sabe-se lá por quanto tempo ainda, pois é impossível calcular quantas bombas ainda não foram localizadas. Vive-se ali, literalmente, em um campo minado, sem que ali haja guerra. E sem que o país tivesse estado sob uma guerra oficial. Ironicamente, muitas das vítimas (mais de 50% são crianças e jovens com menos de 15 anos) nem haviam ainda nascido quando a guerra terminou, ao menos oficialmente.

Será diferente a situação deixada no devastado Afeganistão, onde à modernidade cinematográfica dos *universal soldiers* norte-americanos, dotados de toda parafernália tecnológica para destruir com risco de vida praticamente zero, se contrapunham fanáticos guerreiros que mais pareciam homens desertados das hostes de um Lawrence da Arábia redivo, mulheres enclausuradas (aos olhos ocidentais) em suas *burkas*, e crianças de olhos esbugalhados de horror e fome? Ou onde foram jogados armamentos reconhecidamente obsoletos (para os padrões

(24) Cf., na internet, <<http://www.mcc.org/cluster>>.

de qualidade norte-americanos) e que deveriam, cedo ou tarde, deixar os depósitos onde dormiam para dar lugar a armamentos mais sofisticados, pois a indústria bélica, como produtora de shows pirotécnicos, *must go on*?

A história de atrocidades e justiçamentos, tão constante na tradição norte-americana (recorde-se o que foi isso, no campo interno, nos episódios que marcaram a chamada conquista do oeste, com a espoliação dos índios, relegados à condição de inimigos da civilização e confinados a parcelas mínimas dos territórios antes por eles ocupados desde sempre), se repetiu, como visto, recentemente no Afeganistão, com a própria vítima buscando capturar, julgar e executar os presumidos autores de atos terroristas ocorridos em território norte-americano, sem o menor respeito pela Organização das Nações Unidas, por mais simbólica que seja tantas vezes sua atuação, mas cuja criação teve como escopo exatamente proporcionar a existência de um foro internacional para discussão e resolução de questões que, dado o evidente interesse dos envolvidos, não podem levar a pretensa vítima a arrogar-se o papel de juiz, como ali foi feito.

Não é isso a postura particular deste ou daquele governante, mas um estado de espírito que se sucede ao longo da História daquele país. Fosse presidente um homem reconhecidamente culto como Theodore Roosevelt, ou alguém notoriamente despreparado para a seriedade do cargo, como o atual presidente, o slogan poderia ser o mesmo: *"a smile in the face and a big stick in the hand"*. Para quem não se intimidar com o sorriso "amistoso", lá está o porrete pronto a persuadi-lo.

A própria palavra *terrorismo* é ali empregada de acordo com as conveniências de momento, sempre levando em conta a conduta alheia. "Devemos nos lembrar que a administração Reagan chegou ao poder, vinte anos atrás, proclamando que o *terrorismo internacional* (patrocinado em todo o mundo pela União Soviética) era a grande ameaça a ser enfrentada pelos EUA, que seriam o principal alvo do terrorismo, assim como seus amigos e aliados. Deveríamos, portanto, dedicar-nos a esse objetivo principal: erradicar esse *câncer*, essa *praga*, que estaria destruindo a civilização. Os adeptos de Reagan responderam a essa conclamação organizando campanhas de terrorismo internacional, extraordinárias tanto em sua proporção quanto na destruição que ocasionaram, levando a Corte Mundial a condenar os EUA. Além disso, prestaram apoio a inúmeras outras iniciativas terroristas, por exemplo, na África do Sul, onde, com a convivência do Ocidente, um milhão e meio de pessoas foram mortas e ocorreram prejuízos da ordem de 60 bilhões de dólares, isso apenas durante a era Reagan. A histeria em relação ao terrorismo internacional teve seu ápice em meados dos anos 80, enquanto os EUA e seus aliados estavam à frente da disseminação do câncer que alardeavam pretender extirpar".²⁵

Costuma-se invocar a mediocridade de Adolf Hitler como artista plástico (notadamente quando comparado a outro estadista, o talentoso pintor Winston Churchill), para, talvez, explicar sua necrofilia e as conseqüências dela para a humanidade. Seria descabido lembrar que Ronald Reagan também era um artista

(25) Chomsky, op. cit., p. 78.

frustrado, pois, antes de dedicar-se à atividade política e chegar à Presidência da República, foi ator de cinema, dos mais medíocres?

A propaganda do *american way of life*, realizada principalmente pelo cinema, tem-nos feito recordar o inaceitável da filosofia nazista que pregava a superioridade da raça ariana e o seu natural direito ao desfrute dos bens produzidos pela sociedade perfeita a que o III Reich a conduziria. Até mesmo os negros, outrora submetidos ao princípio do “iguais, porém separados”, hoje conquistaram um lugar ao sol, em nome de uma nem sempre real integração social, no país do norte. Desnecessário enfatizar aqui que isso se deve mais ao aumento do poder aquisitivo dos negros (e, portanto, à conveniência de serem integrados no mercado consumidor) do que propriamente a um real princípio do tipo “iguais e também juntos”. É a máquina de consumo a fazer novas vítimas.

Lewis Mumford mostrou a relação entre a destrutividade humana e as megamáquinas de potência centralizada, como ocorre hoje com os meios de comunicação e como já existiam, em escala infinitamente inferior, na Mesopotâmia e no Egito, pesasse a barbárie daqueles povos e a pretensa civilidade do nosso tempo. “Conceitualmente, os instrumentos de mecanização (existentes) há cinco mil anos já estavam desligados das outras funções humanas e (seus) objetivos, ao contrário do aumento constante do poder, da previsibilidade e, acima de tudo, do controle. Com essa ideologia protocientífica havia uma arregimentação correspondente (de pessoas) e uma degradação das atividades humanas outrora autônomas: a *cultura de massa* e o *controle de massa* faziam sua primeira irrupção”.²⁶

Transponha-se isso para os tempos da cibernética e se verá a que resultados isso certamente levará a civilização atual. “Os produtos finais da megamáquina no Egito eram túmulos colossais, habitados por corpos mumificados; enquanto que, mais tarde, na Assíria, como repetidamente em todos os outros impérios em expansão, o principal testemunho de sua eficiência técnica era um deserto de aldeias e cidades destruídas, assim como de solos envenenados: o protótipo das atrocidades *civilizadas* de nosso dias”.²⁷

O povo norte-americano pode ser considerado um povo *espetaculoso*, na medida em que sua grande vocação dirige-se invariavelmente para o exibicionismo pessoal. Suas paradas militares ou escolares não se distinguem daquelas que encerram o dia na Disneyworld e que produzem lágrimas comovidas em tantas pessoas que se acotovelam nas calçadas das ruas por onde passa o desfile. Andy Warhol sintetizou, melhor do que ninguém, essa filosofia de vida, ao afirmar o direito a cinco minutos de glória que cada um de nós buscaria ter na vida. Ele mesmo era um reles ilustrador que a mídia e a inegável capacidade de autopromoção dele transformaram em um respeitável artista plástico, graças a seus truques com reproduções de objetos do cotidiano, fossem latas de conservas ou fotografias de pessoas famosas, vendidos a preços astronômicos. E os espetáculos teatrais e cine-

(26) Erich Fromm, op. cit., p. 456.

(27) Mumford, op. e loc. cit.

matográficos em que os norte-americanos conseguem transformar os fatos mais banais do cotidiano também nos mostram isso. Nem que seja necessário atropelar a História (o endeusamento de Evita Perón e de outros tantos heróis que jamais o foram estão aí para testemunhar isso), a máxima *the show must go on* preside o cotidiano dos norte-americanos e, por influência de sua avassaladora mídia, boa parte do globo terrestre.

Ilude-se, no entanto, quem imaginar que tudo isso seja apenas síndrome de um infantilismo que dominaria grande parcela daquele povo. Ou do espírito paroquial que rege muitas de suas comunidades, cujos membros têm sua atenção voltada para os problemas que chegam até a próxima esquina apenas. Muito pelo contrário, há por trás de muitas dessas manifestações culturais, fruto de evidente manipulação, claros propósitos de envolvimento de corações e mentes em prol de ideologias que nada têm a ver com a promoção do ser humano. O veículo mais utilizado para canalizar isso (paralelamente aos *comics*, ou histórias em quadrinhos, como comprova o prestígio de *Superman*, nascido precisamente na época da grande crise econômica que antecedeu a II Guerra Mundial, qual encarnação de algum deus resgatador) é, sem sombra de dúvidas, tal como o era no III Reich e seu Ministério da Propaganda, o cinema, e, atualmente, sua irmã caçula, a televisão, nos quais, graças aos recursos tecnológicos, a fantasia vem a confundir-se com a realidade, sem que saibamos onde termina o real e tem início o chamado mundo virtual. A guerra, como se fosse um mero *videogame*, produzindo vítimas meramente virtuais.

E tudo isso seria apenas isso, não tivesse o cinema o poder mágico de reescrever a História, como denunciou recentemente um historiador norte-americano, censurando a leviandade com que foram tratadas em filmes as vidas de Kennedy e Nixon, para citarmos figuras mais recentes. Voltássemos ao passado e muito haveria que escrever sobre os vilões impostos pelo cinema aos menos avisados (Silvester Stallone massacrando um loiro russo em uma de suas inúmeras encarnações de Rocky tem muito a ver com a queda do muro de Berlim e o esfacelamento da União Soviética, da mesma forma como seu Rambo era, aos olhos dos membros da geralmente acrítica *audiência*, para os nefandos comunistas o mesmo que era John Wayne, ao ver dos mesmos espectadores, para os carnicheiros sioux e apaches, ou para os japoneses, nos filmes em que o eterno *cow boy* trocava o chapéu de aba larga pela boina verde: o resgatador da lei e da ordem).

A identificação política desse ator com a ideologia de muitos dos heróis por ele encarnados no cinema é fato sobejamente sabido. Como sabido é o empenho do governo norte-americano, logo após a II Guerra Mundial, no sentido de impedir que o cinema fosse utilizado como difusor de idéias “politicamente incorretas”, para usarmos uma expressão de hoje, instituindo uma “delação patriótica”, de discutível moralidade.

De fato, em 1947 o Senado norte-americano constituiu uma comissão fiscalizadora das obras cinematográficas e televisivas, a *House on Unamerican Activities*, que por mais de 20 anos infernizou a vida de muitas pessoas ligadas ao cinema e à televisão. Um desses perseguidos, o roteirista Carl Foreman, teria utilizado um

testa de ferro (em 1976, Woody Allen fez um de seus poucos filmes dramáticos, focalizando precisamente esse tema, *The Front*, ou, no Brasil, “Testa de Ferro por Acaso”, no qual, como homenagem, trabalharam diversos *blacklisted*), para realizar *High Noon* (no Brasil, “Matar ou Morrer”), em 1951, uma parábola na qual aparece a solidão daqueles que, como o personagem vivido por Gary Cooper, se dispuseram a enfrentar o vilão McCarthy e seus apaniguados. Amigos e parentes simplesmente desaparecem em uma hora dessas, deixando o herói na situação de ter de duelar sozinho com os inimigos de todos. O fato de o filme passar-se em tempo real (o relógio é uma constante na tela, cronometrando explicitamente as ações) seria a indicação de que tudo ali é real. Em compensação, quando o grande diretor Elias Kazan foi homenageado pela Academia de Cinema de Hollywood, muitos dos presentes ficaram de costas para o palco, para recordar os tempos em que ele se curvara diante das exigências da comissão investigadora do Senado, delatando colegas de profissão. Logo ele que fizera “Sindicato de Ladrões” (*On the Waterfront*), uma denúncia da corrupção imperante nos sindicatos norte-americanos, aquilo que no Brasil foi conhecido como “peleguismo” (os diretores do sindicato estão mais interessados em fazer acordos, em seu interesse pessoal, com os patrões do que lutar pelos interesses dos trabalhadores que representam).

A vida real confunde-se com a vida de ficção, em uma integração que o próprio cinema tem denunciado em vários filmes, como em *The Truman Show*, ou, entre nós, “O Show da Vida”: alguém (um homem autêntico, ou *true man*), sem o saber, é exposto pela televisão em seu dia-a-dia a todos os que se proponham a ligar o aparelho. O nefando *big brother*, do livro clássico de George Orwell, paradigma do totalitarismo governamental, torna-se, sintomaticamente, o nome de um programa de entretenimento, cujo propósito é a exaltação do voyerismo mais grosseiro. Uma “Casa de Artistas” que se penetra pelo buraco da fechadura. Que poderá vir, no futuro, mais obscuro do que isso?

Um desses fazedores de mágicas é Steven Spielberg, cuja “Lista de Schindler” conterà, seguramente, alguns de seus antepassados, vítimas da ignominiosa atuação do nazismo e sua disposição de aprimorar a raça humana. A ingenuidade de seu feíssimo E.T. (e seu desesperado bordão *phone home*, repetido à exaustão quando toma conhecimento da maldade dos terráqueos), à simpática criminalidade de seus Gremlins (figurinhas naturalmente boas, que, talvez por força dos efeitos do meio ambiente, se tornam capazes dos atos mais atrozes) e à pacífica visita de seres extraterrestres e sua mensagem de paz (“Contatos imediatos do 3.º grau”) seguiu-se, porém, um curioso MIB (*Men in black*), que, embora não dirigido por ele, foi por ele produzido, o que vem a dar na mesma.

Resumamos a aparente comédia: considerando que a Terra (isto é, os Estados Unidos) estão sendo invadidos por extraterrestres (isto é não-nascidos naquele país, estrangeiros e, portanto, *bárbaros*), cria-se um grupo de elite (os tais “Homens de Preto”, ou MIB), com poderes superiores (se isso for possível) aos dos membros da CIA e do FBI. Compete-lhes fiscalizar esses seres que, assumindo a forma humana, tanto podem ser benéficos para a humanidade (leia-se Estados Unidos da América do Norte), trabalhando, por exemplo, na própria sede dos MIB

(o número de pesquisadores estrangeiros arregimentados por *brain hunters* e regamente remunerados que trabalham naquele país é simplesmente incontável) como prejudiciais a ela, traficando armas e/ou drogas proibidas (a máfia e as quadrilhas de traficantes de drogas mostrados no cinema e na televisão não são compostas de norte-americanos típicos, pois não?). Com pouco tempo de filme descobre-se que esses extraterrestres são, na verdade, enormes baratas (ou, em castelhano, *cucarachas*, que é como são chamados, depreciativamente, nos EUA os americanos nascidos em terras situadas abaixo do rio Grande), que somente podem ser destruídos se um dos *black men* se infiltrar (literalmente, ser devorado pela barata) entre eles. E esses guardiões da sociedade contam com um elemento relevante para que sua atuação não seja exposta ao público: apagam da memória das pessoas todas as suas atividades, que se caracterizam essencialmente pela arbitrariedade. Lição certamente aprendida de Hitler, Mao e Stalin e o sistemático cancelamento do registro de nascimento dos inimigos do regime.

E basta recordar o início do filme para verificar que não se trata de uma visão deturpada de uma obra cinematográfica sem pretensões. Nele, um grupo de mexicanos é detido pela polícia exatamente quando tentava ingressar (no meio deles havia, sem que soubessem, um extraterrestre) no território norte-americano.

Compare-se essa história fictícia com a realidade. O mesmo espírito que tem levado os Estados Unidos a não assinar tratados internacionais ou, quando os assinam, não os cumprir, já se manifestava no declarado propósito de contribuir para a criação de um Liga das Nações, logo após o encerramento da I Grande Guerra e a assinatura do Tratado de Versalhes. Inúteis foram os esforços do presidente Wilson, que não conseguiu demover os senadores norte-americanos, representantes, como sempre o foram, das oligarquias locais, a ratificar o tratado que criava a Liga. “Assim, ao passo que a Sociedade das Nações preconizava o desarmamento, assiste-se ao rearmamento intensivo; e enquanto (a SDN) condenava a anexação violenta de territórios, esta era praticada na Europa e na África. Incapaz de se opor eficazmente à anexação da Etiópia pela Itália, a SDN viu seu papel muito diminuído nos anos que imediatamente antecederam a II Guerra Mundial, para deixar praticamente de existir com o deflagrar desta”.²⁸

Hoje, além de boicotar a atuação da ONU, transformada em mero agente placitador de suas decisões, com negar-lhe verbas fundamentais para sua manutenção, recusam-se os Estados Unidos a reconhecer a jurisdição de um Tribunal Internacional, ao qual seriam, mais adequadamente, submetidas questões como as que envolvem belicosamente tantas nações nos dias de hoje, definíveis como atos de terrorismo, uma das quais precisamente a grande potência do norte.

Eis um dos inúmeros exemplos citados por Chomsky, quando alude aos Estados Unidos como “reincidentes no terrorismo internacional”:²⁹ “Nos anos 80, a

(28) André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Almedina, p. 465.

(29) Op. cit., p. 49.

Nicarágua foi vítima de um violento ataque conduzido pelos EUA. Dezenas de milhares de pessoas morreram. O país sofreu uma substancial devastação e jamais pôde se recuperar. O ataque terrorista internacional foi acompanhado por uma arrasadora guerra econômica, que um pequeno país, isolado do mundo por uma vingativa e cruel superpotência, dificilmente poderia enfrentar, como revelaram em detalhes os principais historiadores que estudam a Nicarágua, como Thomas Walker, por exemplo. Os efeitos sobre o país foram muito mais severos do que a tragédia ocorrida recentemente em Nova York. E eles não retaliaram bombardeando Washington. Eles recorreram à Corte Mundial, que deliberou em seu favor, ordenando aos EUA que voltassem atrás e pagassem uma reparação substancial. Os EUA desdenharam da Corte e de sua sentença, respondendo com nova onda de intensificação dos ataques à Nicarágua. O país, então, recorreu ao Conselho de Segurança, que, em consequência, passou a discutir uma resolução determinando aos Estados Unidos que observassem as leis internacionais. Os EUA, e tão-somente eles, vetaram a resolução”.³⁰ Um julgamento no qual o acusado tem decisivo poder de veto seria algo para rir, não fosse para se apavorar.

Nada mais adequado a esta altura do que as palavras de Flávia Piovesan: “No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou (?) assim a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade da reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”.³¹

Estes são tempos de justificadas preocupações, pois a interdependência dos países em termos comerciais é um fato que traz como consequência uma influência inimaginável de um conflito localizado sobre países alheios ao que ali se passa. De outra parte, a limitada capacidade de produção de petróleo no mundo e sua coincidente localização, quase exclusivamente, em solo de países não identificados com a cultura ocidental, pode sugerir que o emprego de força nessa região tenha o propósito de mera advertência, à custa de boa parte da população civil. Por fim, a aprovação, em prazo curtíssimo, de lei que considera todo estrangeiro (*barbarus*) suspeito, pelo só fato de sê-lo, sujeito a prisão sem qualquer elemento mínimo de prova, como acaba de ser feito nos Estados Unidos, rompendo-se tradição que remonta à própria fundação das colônias inglesas em terras do Novo Mundo, nos leva a reiterar a indagação: onde a civilização e onde a barbárie?

Compare-se tudo isso com a lição de Alberto Silva Franco, ao falar dos efeitos da globalização na criminalidade (ou vice-versa): “os crimes transnacionais abrangem um amplo espectro de comportamentos lesivos que incluem, além dos crimes

(30) Op. cit., p. 27.

(31) Op. cit., p. 140.

econômicos e financeiros, que cresceram de forma preocupante, os crimes ligados à tecnologia informática, os crimes contra o ambiente, os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, o conúbio entre o mundo político e o mundo dos negócios, o terrorismo, o contrabando e comércio de pessoas ou de partes do corpo, as contrafações, a espionagem industrial, a evasão fiscal etc. Tais formas de criminalidade não decorrem freqüentemente da ação visível de uma pessoa ou de um grupo bem caracterizado de pessoas, o que dificulta sobremaneira a apreensão e captação das atividades postas em prática. Tornam-se perceptíveis, no entanto, em qualquer delas dados comuns representados por uma sofisticada estrutura organizacional, por uma finalidade geral de obtenção de lucros ilimitados, por uma grande dificuldade na determinação territorial e por uma capacidade de criar uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito”.³²

Quando vem à tona um dos esperáveis efeitos terríveis desse conúbio entre política e interesses comerciais, como no recente escândalo envolvendo a Enron, empresa responsável pelo custeio de campanha de senadores, deputados e do próprio Presidente da República dos Estados Unidos,³³ além de jornalistas que, regamente remunerados por ela, jamais se empenhariam em investigá-la com a profundidade que empregariam em se tratando de empresa outra, e cuja falência afetou a vida de número incalculável de famílias que ali haviam depositado seu dinheiro e suas esperanças, invoca-se justamente o caráter transnacional da empresa para justificar o interesse do governo norte-americano no êxito de suas atividades além-fronteira.

Será mera coincidência que o ataque às torres gêmeas de Nova York, tanto quando aquele a Pearl Harbor nos anos 40, venha a significar incremento para a economia norte-americana, notadamente no que diz com a aparentemente desnecessária indústria bélica, a julgar pelos termos do orçamento enviado recentemente pelo presidente norte-americano ao Congresso solicitando verbas astronômicas para tal finalidade, a causar estupor a tantos quantos vêm com real preocupação os rumos da política externa daquele país, que parece orientada por outro personagem de Stanley Kubrick, o sinistro Dr. Strangelove? Não poucas vezes a vida imita a arte, mesmo quando esta se aproxime de um pesadelo surrealista.

Dir-se-á que os efeitos do imperialismo inglês na Ásia, ou do francês na África ou do espanhol naquilo que se tornou a América latina, não foram diferentes. A civilização nada mais seria do que a barbárie sob nova roupagem. Ocorre, porém, que naqueles tempos o homem não havia chegado ao poder de destruição que

(32) Alberto Silva Franco, “Globalização e criminalidade dos poderosos”. *RBCCrim*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, RT, p. 102 et seq.

(33) Segundo a revista *Veja*, edição de 06.02.2002, dos 248 congressistas dos comitês que investigam o escândalo, 212 receberam dinheiro da Enron ou da Arthur Andersen (auditora que encobriu informações a respeito da real situação da empresa auditada). O Presidente Bush, por sua vez, recebeu, entre 1993 e 2001, cerca de US\$ 623.000 como financiamento de campanha.

apresenta hoje, o que certamente inspirou as nações que se pretendem civilizadas a abrir mão de parte de sua soberania para que essa força não esteja nas mãos de uma potência hegemônica. À alegada ilegalidade do Tribunal de Nuremberg, por exemplo, como tribunal de exceção, por isso que instituído pelos “aliados” após o término da II Guerra (violando, portanto, a regra segundo a qual a competência deve ser estabelecida *ante facta judicanda*), argumentou-se que, muito embora não houvesse ainda de fato tratados regulando sua atuação específica, cuidava-se de crimes reputados tais pela consciência de todos os povos, donde entender-se que o tribunal aplicou “o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade, previstos pelo Acordo de Londres, de 1945”.³⁴

Era de esperar, pois, que o fortalecimento da Organização das Nações Unidas e de um Tribunal Internacional fossem do interesse de todos os povos civilizados, como meio e modo de impedir aquela hegemonia, ainda que isso implicasse numa redefinição “do âmbito e do alcance do tradicional conceito de soberania estatal”.³⁵ Ou isso, ou a hecatombe, especialmente quando decisões de extrema gravidade, que podem comprometer a sorte do planeta, estejam nas mãos de pessoas guiadas por interesses não muito claros.

De fato, Steve Hatfield descreve, em livro recente, *A Fortunate Son: George W. Bush and the Making of an American President*, segundo notícia Frei Betto, o grau de envolvimento entre as famílias Bush e Bin Laden, ambas, como sabido, enriquecidas à custa do petróleo.

Segundo ali se lê, George H. Bush, em meados dos anos 60, se tornou amigo de um empreiteiro árabe que viajava com frequência para o Texas, introduzindo-se aos poucos na sociedade local: Muhammad Bin Laden. Em 1970, fundou sua própria empresa petrolífera, a *Bush Energy*. Graças aos contatos internacionais que o pai mantinha desde os tempos que fora diretor da CIA, George H. buscou os investimentos de Khaled Bin Mafouz e Salem Bin Laden, este o mais velho dos 52 filhos gerados por Muhammad. Mafouz era banqueiro da família real saudita e se casara com uma das irmãs de Salem. Esses vínculos familiares permitiram que Mafouz se tornasse o presidente da *Blessed Relief*, a ONG árabe na qual trabalhava um dos irmãos de Salem, Osama Bin Laden.

Curiosamente, anota o mesmo autor, tanto o pai de Osama Bin Laden, em 1968, como seu irmão Salem, vinte anos depois, faleceram em desastres de avião, aquele ao sobrevoar os poços de petróleo de Bush.³⁶

Jamais se saberá em que circunstâncias pai e filho faleceram nem qual é efetivamente o grau de envolvimento dos interesses privados nas ações públicas tomadas recentemente pelo governo norte-americano, empenhado, a todo custo, em vincular o outrora aliado Osama aos atentados contra as torres gêmeas de Nova

(34) Flávia Piovesan, op. cit., p. 144.

(35) Flávia Piovesan, op. cit., p. 132.

(36) Cf. Frei Betto. “Laços de família”. Jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 31.10.2001.

York, mesmo não havendo mais do que meros e remotos indícios a respeito dessa atribuída autoria intelectual. O mínimo que alguém indaga quando procura identificar o autor de um crime é: "a quem aproveitaria?" Obtido o suspeito, surge nova pergunta: "que motivos o teriam levado a fazer isso?" Bastaria isso para demonstrar a necessidade de conferir-se a uma entidade internacional, se possível descomprometida com o tema, a competência para apreciar essas *evidences* e concluir se estão elas *beyond a reasonable doubt*, tal como se exige para a responsabilização criminal de alguém, máxime diante de algo tão nefando como aquele atentado terrorista.

Uma derradeira referência ao cinema: em *Wag the dog* (no Brasil, "As aparências enganam"), Robert De Niro é um "assessor especial" da Casa Branca, chamado a solucionar uma questão delicadíssima. É que o presidente dos EUA envolveu-se com uma funcionária e a oposição ameaça explorar tal escândalo, o que comprometerá a reeleição dele. Algo deve ser feito para evitar esse desastre político. É contratado, então, pelo "assessor especial" um renomado produtor de Hollywood, interpretado por Dustin Hoffman, que realiza um "documentário", no qual demonstra a iminência de uma guerra tramada no Oriente e envolvendo aquele país. Graças à firme atuação do presidente no episódio, "o perigo" que ameaçava os norte-americanos é afastado e a reeleição dele praticamente garantida. O problema é que o produtor de cinema, entusiasmado com a qualidade de sua obra, dispõe-se a proclamar a farsa, sendo inúteis os argumentos usados para dissuadi-lo. Antes de realizar seu propósito, ele morre em circunstâncias misteriosas e é enterrado com toda a honra de que sua condição de cidadão exemplar, com enorme folha de serviços prestados à pátria, o faz merecedor. Dizer que *ridendo castigat mores* é muito pouco. Há que perguntar o que leva um realizador a esse tipo de divagação.

Seria leviandade extrema suspeitar que os interesses de pessoas, grupos econômicos ou mesmo de uma nação levasse a situações como aquela denunciada no filme. Uma coisa, porém, é historicamente indesmentível: os EUA lucraram amplamente com as duas guerras mundiais. "Em ambas os EUA se beneficiaram do fato de estarem distantes da luta e serem o principal arsenal de seus aliados, e da capacidade de sua economia de organizar a expansão da produção de um modo mais eficiente que qualquer outro. É provável que o efeito econômico mais duradouro das duas guerras tenha sido dar à economia dos EUA uma preponderância global sobre todo o breve século XX".³⁷

O proveito advindo aos EUA com transformar o Afeganistão em uma ponte semelhante ao que foi, no passado, o canal do Panamá, colocando-o agora em privilegiado posto de fiscalização sobre os principais produtores mundiais de petróleo, seiva insubstituível de sua economia, permite todas as ilações. Enquanto, pois, não houver um foro internacional com competência e liberdade para apurar eventuais denúncias em tal sentido, a síndrome da conspiração continuará a ser

(37) Hobsbawn, op. cit., p. 55.

uma presença constante na cultura norte-americana, com seus reflexos em todo o mundo, como ocorreu tantas vezes no século passado. Veja-se, por todas, a que envolveu a morte de John F. Kennedy, ocorrida, por sinal, no Estado do Texas, sede do petróleo norte-americano.

Nada sugere, no entanto, que isso se tornará diferente em curto prazo. Na civilização deste novo século, ao que tudo indica, continuará a prevalecer nas relações internacionais, tal como ocorria nas tribos mais primitivas, o direito da força e não a força do Direito. "O mundo do terceiro milênio quase certamente continuará a ser de política violenta e mudanças políticas violentas. A única coisa incerta nelas é aonde irão levar".³⁸ Não será, pois, de estranhar se, daqui a cem anos, ao fim de mais uma centúria, devamos repetir as palavras desesperançosas de Hobsbawn, quando se referiu ao seu breve século XX: "o velho século não acabou bem".³⁹

A menos que triunfe a invejável esperança de Silva Franco: "É bem possível que ainda custe muito tempo para que, em nível externo, surja um Direito Penal internacional com poderio suficiente para impor-se sobre os Estados-nações e as empresas transnacionais. Para alguns, trata-se de mais uma utopia. Mas, o que é a utopia senão algo que tem a visibilidade à distância?"⁴⁰

(38) Eric Hobsbawn, op. cit., p. 446.

(39) Op. cit., p. 26.

(40) Alberto Silva Franco, op. cit., p. 136.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL*

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

SUMÁRIO: 1. A utilização do mandado de segurança no âmbito criminal – 2. O uso do mandado de segurança pelo Ministério Público – 3. A utilização do mandado de segurança pelo ofendido – 4. O uso do mandado de segurança por terceiros – 5. O uso do mandado de segurança por advogados – 6. O uso do mandado de segurança pelo investigado ou acusado – 7. Reflexões sobre o uso do mandado de segurança – Bibliografia.

Resumo: O artigo trata do mandado de segurança no âmbito criminal, trazendo breves considerações sobre sua evolução, comparando-o com o remédio do *habeas corpus* e destacando os principais aspectos de sua utilização, pelo Ministério Público, pelo investigado ou acusado, pelo ofendido, por terceiros e por advogados. Faz-se ainda uma análise do uso do mandado de segurança em desfavor do acusado ou investigado, principalmente no que se refere à concessão de liminares.

Palavras-chave: Mandado de segurança em matéria criminal – Liberdade de locomoção – Direitos individuais – Sigilo bancário – Comissão Parlamentar de Inquérito.

1. A utilização do mandado de segurança no âmbito criminal

O fato da comemoração dos cinquenta anos da Lei do Mandado de Segurança, Lei 1.533, de 31.12.1951, tornou oportuno refletir sobre a utilização do mandado de segurança no âmbito criminal.

O mandado de segurança surgiu, entre nós, depois do *habeas corpus*. Quando ainda inexistia previsão de mandado de segurança, prestava-se o *habeas corpus* para amparar situações que vieram a se constituir mais tarde no âmbito de proteção do mandado. Tudo isto porque, embora o *habeas corpus* tenha se destinado em sua origem e evolução a proteger o indivíduo preso, serviu no Brasil para resguardar a pessoa de atos que, de maneira remota ou indireta, constringiam a sua liberdade de locomoção, ou a atingiam com violações a outras liberdades fundamentais. Previsto no Código Criminal do Império de 1832, foi elevado o *habeas*

(*) Artigo extraído de palestra proferida na “Semana Comemorativa dos 50 anos da Lei do Mandado de Segurança”, em 13.03.2002, promovida pelo TRF da 3.ª Região.

corpus ao plano constitucional em 1891. Em virtude de estar previsto no art. 72, § 22, da Constituição de 1891, como remédio amplo para a proteção do indivíduo que sofresse ou se achasse *em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder*, houve a formação de orientações doutrinárias diversas sobre a abrangência de sua proteção, desde a que o limitava à superação do constrangimento decorrente da prisão,¹ até a que o estendia para proteger direitos diversos do direito de ir e vir.² Com a reforma promovida pela Emenda Constitucional de 1926, o *habeas corpus* voltou a preservar apenas a liberdade de locomoção, tendo em vista a alteração na redação do art. 72, § 22, do qual passou a constar que o *writ* protegia o indivíduo de *violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção*. A tutela de outras liberdades ou direitos fundamentais passou a ter diversa proteção, com a introdução, pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), do mandado de segurança,³ no ordenamento brasileiro,⁴ similar do amparo mexicano.⁵

- (1) Assim, Lúcio de Mendonça. "Limitações ao *habeas corpus*". *Revista de Jurisprudência* 3/357, 1898. Afirma que "não se concede *habeas corpus* senão depois de prisão ilegal, ou ameaça desse constrangimento, e não de todo e qualquer constrangimento ilegal de toda e qualquer violência à liberdade, como falsamente depreendem alguns da generalidade dos termos do art. 72, § 22, da Constituição". Segue-o: José Tavares Bastos. *O habeas corpus na República, história e prática do habeas corpus*.
- (2) Houve orientação intermediária. Entendia possível o uso do *habeas corpus* para o resguardo de direitos que, para serem exercidos, exigiam deslocamento do indivíduo de um local a outro, como o direito de votar, de ir ao culto religioso (Pontes de Miranda, *História e prática do habeas corpus*). Contudo, houve posição mais abrangente, que admitia o remédio para proteção de outros direitos, além do direito de liberdade de locomoção (Aureliano Guimarães. *O habeas corpus: doutrina e prática – Jurisprudência*; Luiz Moraes Correia. *O habeas corpus e os interdictos*; Benjamin do Carmo Braga Júnior. *Manual do habeas corpus*). O STF, mostrando de início resistência à ampliação do uso do *habeas corpus*, admitiu a extensão preconizada pela doutrina, representando, para isso, importante papel o Min. Pedro Lessa.
- (3) A expressão mandado de segurança, segundo informa Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, n. 2.3, veio da *pena de João Mangabeira*.
- (4) Antes da Constituição de 1934, aponta-se como antecedente do instituto a Lei 221, de 1894, a Lei da ação anulatória dos atos administrativos, como lembra Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 2.1, com citação de José de Moura Rocha. *Do mandado de segurança*, Aide, 1982, e Adhemar Maciel, "Observações sobre a autoridade coatora", em obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Mandado de segurança e mandado de injunção*, Saraiva, 1990. Salienta Tucci. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*, n. 5, p. 11, que essa ação especial, cuja "característica fundamental residia, não só na sumariedade do rito processual nela disciplinado, tendente à mais pronta e eficaz solução do direito ameaçado ou violado, como também na possibilidade da suspensão do ato ou da medida ilegal, *initio litis*, se a tanto não se opusessem razões de ordem pública, viu muito cedo desvanecerem-se as esperanças que despertara".
- (5) Sobre o amparo, salienta Cogan. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*, p. 1, que "é criação original do direito mexicano, contando com mais de

Separaram-se, então, os dois remédios, ficando o *habeas corpus* restrito à proteção da liberdade, cabendo ao mandado de segurança a salvaguarda de outros direitos individuais, assumindo feição residual. Foi este regulado pela Lei 191, de 1936, revogada com a disciplina trazida pelo Código de Processo Civil de 1939. Não figurou na Carta de 1937, mas readquiriu *status* constitucional com a Constituição de 1946. Depois, foi regulado pela Lei 1.533, de 31.12.1951, que permanece em vigor, sendo recepcionada pela Constituição de 1988, a qual previu o mandado de segurança em seu art. 5.º, LXIX, inovando ao possibilitar também o mandado de segurança coletivo (inc. LXX).

Como a Constituição vigente também previu o *habeas data*, com os fins de assegurar o conhecimento de informações pelo indivíduo a seu próprio respeito, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como o de retificar tais dados, o mandado de segurança, cuja atuação é residual, presta-se agora a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*.

Em todos esses anos, algumas posições afirmadas pela doutrina e admitidas pelos tribunais, tiveram relevância na fixação dos contornos atuais do mandado de segurança.⁶ Assim, foi altamente significativo o fato de ser admitido o mandado de segurança contra ato jurisdicional⁷ e, em caso de inexistir efeito suspensivo para eventual recurso, servir para suspender os efeitos da decisão impugnada até ser reapreciada pelo tribunal.

Em matéria criminal, porém, a utilização do mandado de segurança tem sido restrita, consistindo o *habeas corpus* no grande remédio do sistema criminal, conforme mostra estatística do TACrimSP.⁸ Pode-se, então, perguntar se haveria interes-

século de existência. Goza de nítida prioridade sobre institutos idênticos ou assemelhados, existentes na América". Conforme esclarece Heráclito Antonio Mossin. *Mandado de segurança em matéria penal*, 1.8, p. 16; o *juicio de amparo* foi previsto na Constituição do Estado de Yucatán, em 1840.

- (6) Acentua Paganella Boschi, em Prefácio à obra *Mandado de segurança criminal*, de Eduardo Appio, que a "fórmula, timidamente apresentada na Constituição de 1934, obteve melhores contornos na legislação ordinária e, depois, na prática dos tribunais".
- (7) Ver a respeito a importante obra de Kazuo Watanabe. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, e, ainda, na obra que escrevemos com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho. *Recursos no processo penal*, no Título XIV, Cap. II, a análise do assunto referente ao mandado de segurança contra ato jurisdicional. Também Rogério Lauria Tucci, na obra *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*, cuida da admissibilidade do mandado de segurança contra ato de autoridade judicial, bem como ato jurisdicional penal, p. 287-296. Heráclito Antonio Mossin. *Mandado de segurança em matéria penal*, 4.2., p. 61-73, refere a dissidência travada a respeito do assunto, citando os autores que admitiam, ou não, mandado de segurança contra ato jurisdicional.
- (8) Conforme estatística do TACrimSP, apresentada pelo seu digníssimo presidente, o Dr. Alceu Penteadado Navarro, em exposição feita no TRF no dia 13.03.2002, foram impetrados, no ano de 1998, 154 mandados de segurança, enquanto o número de *habeas*

se no exame do mandado de segurança em matéria criminal. Apesar do uso mais acentuado do *habeas corpus*, o mandado de segurança tem servido, com eficácia, para cobrir o espaço deixado em aberto pelo *habeas corpus*.⁹ Vale, por tudo isso, refletir sobre o seu uso no sistema criminal, após seus longos anos de existência.

2. O uso do mandado de segurança pelo Ministério Público

Importa ressaltar, inicialmente, que o maior uso do mandado de segurança, no processo criminal, é feito pelo Ministério Público. Quando o acusado ou o sentenciado, durante a execução da pena, sente-se violado em seu direito de locomoção, serve-lhe o *habeas corpus*, de ampla utilização no direito brasileiro, pois alcança até ameaças remotas ao direito de ir e vir. Não há, portanto, para ele, com raras exceções, interesse no mandado de segurança. Maior interesse tem o Ministério Público.

Há duas razões principais para o Ministério Público invocar a seu favor o mandado de segurança. A primeira é a falta de recurso para impugnar decisão interlocutória. Diferentemente do processo civil, no processo penal, vigora a regra da irrecurribilidade das interlocutórias, estando arroladas as decisões atacáveis pelo recurso em sentido estrito, no art. 581 do CPP. Não lhe prestando, como ao acusado, o remédio do *habeas corpus*, para superar a ausência do recurso, o Ministério Público, se não cabível a correição parcial,¹⁰ deverá se utilizar do mandado de segurança. Além dessa hipótese em que não existe recurso previsto para ser impugnada uma decisão interlocutória, ainda é útil o mandado para o Ministério Público quando a lei não atribui efeito suspensivo a recurso que possa interpor.

São, assim, duas as hipóteses principais em que o Ministério Público utiliza o *mandamus*: 1.^a) quando inexistente recurso para impugnar uma decisão; 2.^a) quando, apesar de ser previsto recurso, atribui-se-lhe apenas efeito devolutivo.

Em relação à primeira, é inegável a importância do mandado de segurança para o Ministério Público. Quase sempre é o único meio possível para reverter

corpus, no mesmo ano, foi de 6.393. No ano de 2001, a relação foi de 342 mandados de segurança para 9.728 *habeas corpus*.

(9) Indica a importância do mandado de segurança em matéria criminal o fato de ter sido objeto de estudos específicos de doutrina: Rogério Lauria Tucci. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*; Heráclito Antônio Mossin. *Mandado de segurança em matéria penal*; José Damiano Machado Cogan. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*; Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*; Ada Pellegrini Grinover. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*.

(10) Cita Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.3.4, p. 99, o fato de o TJRS ter conhecido três correições parciais como mandado de segurança. Por outro lado, conforme jurisprudência trazida por Cogan. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*, p. 75, serviu o mandado para ser obtido, por liminar, efeito suspensivo em caso de interposição de correição parcial, afirmando-se que seria ineficaz a correição se não concedida a liminar.

uma situação processual que lhe é prejudicial. A correição parcial tem uso restrito e só pode ser invocada quando houver tumulto no processo ou inversão da ordem processual.

Normalmente, quando surge lei com normas processuais penais, acompanha-a premente questão a respeito dos recursos cabíveis contra decisões nela previstas. Para o acusado, haverá o remédio do *habeas corpus*. Prestam-se a resolver boa parte das dificuldades do Ministério Público a apelação, prevista no art. 593, II, do CPP, possível contra decisões com força de definitivas, e o recurso em sentido estrito do art. 581 do CPP, desde que seja aceita interpretação extensiva em relação ao rol de decisões impugnáveis. É comum, contudo, haver decisões não impugnáveis por esses recursos. Há também a dificuldade de se convencer juízes e tribunais a respeito da viabilidade de serem incluídas, no rol do art. 581, decisões que guardam com as nele previstas alguma similitude, ou de se admitir que a decisão tem força de definitiva e comporta apelação.

Para bem ilustrar essas dificuldades para o Ministério Público, servem os debates a respeito do recurso cabível para impugnar a decisão que, apesar da manifestação em contrário do Promotor de Justiça, suspende o processo com base no art. 89 da Lei 9.099/95.

Defendeu-se o cabimento de apelação, com base na previsão ampla do art. 593, II, do CPP. Por esse entendimento, se o Ministério Público não recorresse da decisão que suspende o processo, com o decurso do período previsto para o cumprimento das condições nela estabelecidas, a situação do acusado no processo seria definitiva, com a extinção de sua punibilidade (art. 89, § 5.º, da Lei 9.099/95) e o Ministério Público não teria mais como revertê-la.¹¹

Outros sustentaram ser possível admitir o recurso em sentido estrito com base no art. 581, XVI, do Código, o qual prevê o recurso contra a decisão que ordena a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial. Por analogia, seria cabível o mesmo recurso para impugnar também a decisão semelhante, de suspensão condicional do processo.¹²

Para os que não aceitaram uma ou outra solução, restou ao Ministério Público invocar o mandado de segurança e demonstrar, no caso concreto, que a suspensão em face da Lei 9.099/95 atingia-lhe direito líquido e certo à continuação da causa até final sentença, principalmente porque, segundo a orientação que prevaleceu, o juiz não podia, contra a vontade do Ministério Público, suspender o processo.¹³

(11) Neste sentido, a posição defendida no livro *Juizados Especiais Criminais*, escrito em conjunto com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes.

(12) Ver sobre a divergência quanto a ser cabível apelação ou recurso em sentido estrito o tópico 10.2, Seção VI, Capítulo III, Segunda Parte, do livro *Juizados Especiais Criminais*, escrito com Grinover, Magalhães e Luiz Flávio Gomes.

(13) Conferir o acórdão do STJ, ROMS 8.719, rel. Min. José Arnaldo, RT 760/578 ou JSTJ 2/363.

Outra questão, surgida com a redação dada ao art. 366 do CPP, pela Lei 9.271/96, mostra também a importância do mandado de segurança para o Ministério Público. De acordo com o novo art. 366, o processo será suspenso se o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, nem constituir defensor. O artigo possibilita ao juiz a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Em um caso concreto, se o promotor de justiça requer a produção da prova e o juiz indefere a sua pretensão, surge a seguinte questão: de que modo pode o promotor obter junto ao tribunal a reforma dessa decisão. Não há previsão de recurso para a hipótese. Não cabe afirmar que seria apelação porque não há, no caso, decisão com força de definitiva. Também não há como enquadrar a hipótese nos incisos do art. 581 do CPP. Restaria a ação de mandado de segurança, sustentando o Ministério Público ter um direito líquido e certo à produção de determinada prova, que pode, com o passar do tempo, desaparecer e levar a que o fato não seja mais demonstrado.¹⁴

Os dois exemplos, da suspensão condicional do processo prevista na Lei 9.099/95 e da produção antecipada de prova testemunhal durante a suspensão em virtude da revelia, mostram a importância da utilização, pelo Ministério Público, do mandado de segurança quando falta recurso para impugnar decisão que lhe é contrária.

Como antes referido, além dessa hipótese de falta de recurso, em outra o Ministério Público tem se servido do mandado de segurança, dele se valendo para obter efeito suspensivo em recurso em sentido estrito. Para esse objetivo, o emprego mais comum do mandado tem ocorrido em decisões que concedem liberdade provisória para pessoas acusadas da prática de crimes hediondos ou assemelhados, pois, segundo a Lei 8.072/90, não é possível liberdade provisória para estes crimes (art. 2.º, II). O promotor ingressa com o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, V,¹⁵ e, ao mesmo tempo, dirige-se ao tribunal, por meio de um manda-

(14) Houve reiterado uso do mandado de segurança com o fim de ser produzida a prova testemunhal, afirmando-se ser sempre urgente, tanto em virtude da forma como é tratada nos arts. 92 e 93 do CPP, como em virtude de sua natureza. A esse respeito, ver as considerações constantes do item 27.5, no capítulo da ampla defesa constitucional, da obra *Processo Penal Constitucional*, de nossa autoria. Tourinho Filho sustenta ser a prova testemunhal sempre de natureza urgente (*Código de Processo Penal comentado*, 4. ed., vol. 1, art. 366). Em São Paulo, o Ministério Público obteve razoável êxito nas ações exercidas perante os tribunais, aceitando-se o cabimento do mandado de segurança e afirmando-se, ainda, o direito à antecipação da prova testemunhal (TACrimSP, MS, rel. Eduardo Pereira, *RJD* 37/489; TJSP, MS, rel. Marcondes D'Ângelo, *RT* 758/552). Encontrou apoio também do STJ, admitindo-se a natureza urgente da prova testemunhal. Ver STJ, RHC 6.343, *DJU* 29.09.1997, p. 48.236; RHC 7.101-MG, *DJU* 27.04.1998.

(15) Sustenta Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.3.4, p. 96, que a "parte não precisa (...) interpor o recurso nominado, para logo em seguida obter um efeito suspensivo que, a rigor, não o tem". Por ser, contudo, orientação que encontra resistência da doutrina e dos tribunais, é mais conveniente, além da impetração do mandado de segurança, interpor o recurso, para evitar afirmação de preclusão em relação à questão decidida.

do de segurança, com pedido de liminar, para evitar a soltura do acusado ou investigado preso até o julgamento do *mandamus*.¹⁶ Além desse exemplo atinente à liberdade provisória, outros podem ser lembrados: a impetração de mandado de segurança para obter efeito suspensivo em apelação interposta contra sentença que admitiu albergue domiciliar não autorizado pela legislação¹⁷ ou possibilitou progressão de regime em crime hediondo ou assemelhado; a invocação do mandado para manter recolhido acusado que, estando preso preventivamente, havia sido liberado por força de decisão de pronúncia, contra a qual se interpôs recurso, com o argumento de que estavam mantidas as razões da custódia cautelar;¹⁸ o socorro do mandado de segurança para o fim de obter efeito suspensivo na interposição de agravo contra decisão do juiz da execução.¹⁹

Finalmente, o Ministério Público vem se socorrendo do mandado de segurança para corrigir situações que envolvem o uso de prerrogativas decorrentes da sua atividade profissional. Em certo caso, o juiz não permitiu ao promotor acesso a livro de registro de sentença. Como não havia recurso para resolver o impasse criado, serviu-lhe o mandado de segurança para garantir o seu direito de acesso ao livro, necessário para o exercício de sua atividade profissional.²⁰

Portanto, conforme se infere das hipóteses tratadas – superação da falta de recurso para impugnar uma decisão; obtenção de efeito suspensivo para o recurso interposto e asseguaração de prerrogativa essencial para exercício funcional – bem como de outras eventualmente ocorrentes, representa o mandado de segurança eficaz remédio em favor dos interesses do Ministério Público.

3. A utilização do mandado de segurança pelo ofendido

O mandado de segurança é importante também para o ofendido em diversas situações. Pode, como o Ministério Público, usá-lo quando ajuizar queixa criminal em crime de ação penal privada, para proteger direitos decorrentes de sua posição, tal como o direito à prova. Quando requer seu ingresso como assistente do Ministério Público, em processo instaurado mediante denúncia, sendo o pedido inde-

(16) Ver citações de jurisprudência por Cogan. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*, p. 73-74.

(17) Neste sentido, mandado de segurança contra sentença que admitiu cumprimento de pena em regime de prisão albergue domiciliar fora das hipóteses autorizadas pela Lei de Execução Penal. O STF, ao julgar *habeas corpus*, entendeu que o Ministério Público podia impetrar o mandado para obter efeito suspensivo nesse caso (HC 66.794, j. 07.04.1989). Ver também em caso semelhante citação de Cogan. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*, p. 75-76.

(18) Ver acórdão do TJRS citado por Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.3.5, p. 108.

(19) Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 4.21., p. 154-156.

(20) TJSP, rel. Rocha de Souza, *JTJ-LEX* 167/342.

ferido pelo juiz, conforme previsão expressa do art. 273 do CPP, não cabe recurso contra essa decisão, mas, conforme orientação pacífica na doutrina e na jurisprudência, o ofendido pode utilizar-se do mandado de segurança para reparar eventual ilegalidade decorrente do ato jurisdicional.²¹ Durante o inquérito policial, o ofendido pode usar do mandado para garantir direitos que lhe são restringidos pela autoridade policial.

Quando se trata de crimes contra a propriedade imaterial, o CPP, nos arts. 525 a 527, prevê como condição para exercício da ação penal a realização de perícia destinada a provar a materialidade da infração, sendo ela precedida, necessariamente, de busca e apreensão de produtos que sirvam para evidenciar a prática delituosa. Tornou-se pacífico, na jurisprudência, que a finalidade da apreensão é colher material probatório para a realização da perícia, não podendo, por isso, ir além do necessário para o exame dos peritos, evitando-se que a apreensão possa paralisar a empresa.²² Em certas diligências, a polícia ou os peritos acabam apreendendo grande quantidade de produtos, desnecessária para a prova da materialidade do crime. Nestes casos, o mandado de segurança tem sido útil para se obter a devolução do que constitui o excesso desnecessário da apreensão.²³ Prestou-se, ainda, para afirmar a ilegalidade da apreensão feita por peritos e não por oficial de justiça.²⁴

4. O uso do mandado de segurança por terceiros

O mandado pode servir também para terceiros, com o objetivo de resguardar seus interesses civis e patrimoniais em relação às medidas chamadas de assecuratórias pelo Código de Processo Penal. Também é proveitoso, em outras situações, como as de quebra de sigilo bancário, requisição de informações a médico ou hospital, em que, de alguma forma, direitos de terceiros podem ser violados por atos praticados em processos criminais.

Entre as medidas assecuratórias previstas no Capítulo VI do Título VI (arts. 125 a 144), há a apreensão, o seqüestro e o arresto.²⁵ Quando, por meio destas

(21) Adotam essa orientação: TJSP, RT 481/299, rel. Cunha Bueno; TJSP, RJTJSP 36/317; TACrimSP, MS 117.524, rel. Camargo Sampaio, JUTACrim-SP 74/179. É este o ensinamento da doutrina: Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.3.5, p. 111, Tourinho Filho. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed., art. 273; Mirabete. *Processo penal*. 8. ed., tópico 9.5.4; Greco Filho. *Manual de processo penal*. 6. ed., vol. 1, p. 254; Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 15. ed., art. 273.

(22) Assim: TJSP, JTJ-LEX 116/440; TJSP, JTJ-LEX 126/435.

(23) Em sentido contrário à restituição da coisa apreendida por meio do mandado de segurança, TACrimSP, MS 240.268-3, rel. Silva Rico, RJD 19/198.

(24) RT 561/348.

(25) Sobre as medidas cautelares civis no processo penal, ver Scarance Fernandes. *O papel da vítima no processo criminal*, Terceira Parte, Título II.

medidas, atinja-se direito de terceiro, presta-se o mandado de segurança para a devolução do bem apreendido, arrestado, ou seqüestrado.²⁶

Como aumentaram as decisões que determinam a quebra de sigilo bancário, para produção de prova criminal, passam a ser questionadas nos pretórios, visando-se coibir eventuais ilegalidades. Ocorre que, às vezes, na quebra do sigilo são incluídas as contas de pessoas diferentes daquela investigada ou acusada, a ela ligadas por laços familiares, comerciais. Nestes casos em que a quebra do sigilo bancário atinge terceiras pessoas, o remédio, para corrigir a eventual ilicitude decorrente do excesso do provimento jurisdicional, é o mandado de segurança.

Para a apuração de um crime, quando há necessidade do conhecimento de fichas clínicas constantes de consultórios ou hospitalais, pode o juiz ou a autoridade policial deferir pedidos de requisição desses documentos ou requisitá-los diretamente. Caso o médico ou o hospital entenda que não está autorizado legalmente a encaminhar o documento requisitado, deve se utilizar do mandado de segurança para a proteção do sigilo de seus registros, porque envolvem terceiras pessoas, seus clientes.²⁷

5. O uso do mandado de segurança por advogados

Os advogados de quaisquer dos sujeitos processuais podem impetrar mandado de segurança para a garantia do seu exercício profissional, como, por exemplo, para ser assegurado o acesso aos autos do inquérito policial, quando recusado por autoridades policiais,²⁸ para acompanhar perícia²⁹ ou outra diligência policial, ainda que sigilosa,³⁰ para impedir o desentranhamento de documentos do inquérito policial.³¹ Quando o advogado pretende que os autos do inquérito sejam desarquivados para a eles ter acesso e retirar cópias, a recusa da autoridade dá ensejo à utilização do mandado de segurança.³² Se a Ordem pleiteia o seu ingresso no processo como assistente do acusado, conforme a autoriza o art. 49, par. ún., do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mas o juiz entende não ser possível

(26) Salienta essa possibilidade de utilização do mandado de segurança para resguardar terceiro: Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.3.2., p. 82, com citação jurisprudencial. Ver ainda: RT 646/284; RT 677/396; TJSP, RT 424/318; TACrimSP, JUTACrim-SP 32/1340; TJSP, RT 594/333; TARS, RT 677/396; TARS, MS 294224712, RT 721/520; TACrimSP, JUTACrim-SP 26/206; TJSP, RT 637/249; TRF 5.ª Reg., RT 738/724; TACrimSP, RJD 25/109.

(27) TJSP, rel. Denser de Sá, JTI-Lex 132/533.

(28) Ver RT 592/311, RT 611/362.

(29) RT 543/392.

(30) RT 603/302.

(31) RT 531/329.

(32) Assim a decisão constante da JTI-Lex 134/539, TJSP, rel. Di Rissio Barbosa, fundamentada no art. 89, XIV, da Lei 4.215/63.

porque inexistiria, no ordenamento jurídico nacional, previsão dessa forma de assistência, também é o mandado o veículo que servirá para assegurar o seu direito.³³ Ainda, cabe o mandado para garantir ao advogado vista dos autos fora do cartório.³⁴

6. O uso do mandado de segurança pelo investigado ou acusado

A ampla utilização do *habeas corpus* por acusado ou investigado cria dificuldade operacional para quem opera na área criminal, gerando dúvida, em determinados casos, sobre a via adequada, *habeas corpus* ou mandado de segurança, pois não há uma linha divisória nítida para o uso dos dois remédios. Embora os advogados prefiram, normalmente, o *habeas corpus*, os tribunais, em vários casos, rejeitam sua utilização, entendendo ser cabível o mandado de segurança. Isso enseja, por vezes, dificuldade na escolha do remédio mais ajustado para corrigir determinada situação concreta de ilegalidade.

O indeferimento de pedido de produção de prova, como uma perícia, pode cercear o direito à prova das partes. Diferentemente do Ministério Público, o qual deve usar o mandado de segurança, o acusado deve servir-se do *habeas corpus*, porque, se houver ofensa ao direito à prova, haverá desrespeito à garantia do devido processo legal, com ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, ante o risco de condenação e prisão em processos nulos. Encontram-se, porém, decisões afirmando que, nesses casos, deveria o acusado socorrer-se do mandado de segurança.³⁵

Outra hipótese em que é difícil a escolha do remédio ajustado está relacionada com decisões que autorizam interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, buscas e apreensões, ora se entendendo que a pessoa investigada deve se utilizar do mandado de segurança para se defender de eventual ilicitude decorrente da autorização, ora se afirmando ser o *habeas corpus* o remédio adequado para tais situações.³⁶

(33) Neste sentido o MS 378.226/8, do TACrim, j. 22.03.2001, com citação de acórdão do STF (HC 72.324-SP).

(34) RT 586/205, 481/369.

(35) Afirmado caber mandado de segurança para *reclamar cerceamento ao exercício do direito de defesa plena*: STJ, rel. Vicente Cernicchiaro, RSTJ 60/155.

(36) Conforme se infere dos acórdãos citados na obra *As nulidades no processo penal*, de Grinover, Scarance e Magalhães, Capítulo IX, Seção VI, n. 5, a discussão sobre a possibilidade de interceptação, antes da Lei 9.296/96, ora era trazida por meio de mandados de segurança dirigidos ao TJRS, ora por *habeas corpus*, como ocorreu no writ impetrado perante o STJ, de n. 3.982. O STJ afirmou que, quando se trata de alegação de ofensa ao direito à intimidade, ao direito ao sigilo, o remédio é o mandado de segurança (STJ, HC 4.536, rel. William Patterson, DJU 21.10.1996, p. 40.272, RMS 2.265-1, rel. Vicente Cernicchiaro, DJU 12.04.1993, p. 6.084). Também o STF afirmou, em busca e apreensão de supostas contrafações, ser o mandado de segurança, e

Deve-se ter em conta que o *habeas corpus* é, em nosso sistema, um remédio bastante amplo, pois a Constituição Federal permite o seu uso para qualquer situação de ameaça à liberdade de locomoção, ainda que futura e remota. Ele é, por isso, em regra, o veículo mais adequado, mesmo nos casos de quebra de sigilo bancário, de interceptação telefônica, quando incidente sobre conta ou comunicação relacionada com pessoa indiciada ou acusada.

Há, entretanto, situação de maior dificuldade, decorrente do fato de não existir previsão legal sobre o momento em que se deve definir a situação jurídica da pessoa investigada e sobre os requisitos necessários para seu indiciamento. Para aprimoramento do Código de Processo Penal, neste ponto, o Projeto de Lei 4.209/2001 apresentado ao Congresso Nacional, juntamente com outros destinados à reforma parcial do Código de Processo Penal, pretende regular o ato de indiciamento, exigindo seja motivado.³⁷ Contudo, por enquanto, devido à falta de normas a respeito da definição da situação jurídica da pessoa submetida a investigação policial ou de outra natureza, tudo tem ficado na dependência da discricionariedade das autoridades encarregadas da apuração dos fatos. Houve ocorrências no funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito que bem evidenciaram a necessidade de ser o assunto objeto de melhor tratamento legislativo. Assim, alguém era chamado para ser ouvido como testemunha, perante uma Comissão, mas, para o país todo, era apontado como responsável pela prática de crimes gravíssimos e que causavam até mesmo indignação nacional. Apesar de a pessoa ser chamada como testemunha, era, na realidade, tratada como autora de crime. Todavia, por ter sido intimada para comparecer perante a Comissão como testemunha, sofria ameaça de prisão se não respondesse às perguntas e, ao mesmo tempo, era-lhe negada a possibilidade de exercício do direito ao silêncio. Em casos como este, quando a situação da pessoa investigada ainda não está bem definida, melhor a utilização do mandado de segurança para garantir à pessoa direitos decorrentes do postulado constitucional de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio.

Há, ainda, outra hipótese de utilização do mandado de segurança por investigado ou acusado. Quando houve o arquivamento do inquérito policial ou absolvição, pode haver o cancelamento dos registros criminais, o apagamento das informações existentes nos sistemas de identificação, mas a pessoa interessada em alguma destas providências encontrará, na maioria das vezes, resistência dos órgãos

não o *habeas corpus*, o instrumento hábil para corrigir eventual afronta ao direito da parte, pois não se identifica na busca e apreensão qualquer constrangimento à liberdade individual (rel. Francisco Rezek, RT 629/413).

(37) Em 2001, foram apresentados, ao Congresso Nacional, sete projetos de lei, visando à reforma do Código de Processo Penal. Entre eles, há o Projeto 4.209/2001, que trata da investigação criminal e prevê para o art. 8.º do CPP a seguinte redação: "Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes".

policiais. Alguns juízes entendem que não pode permanecer nenhum registro relativo à pessoa investigada ou acusada se um inquérito foi arquivado ou se houve absolvição, embora haja também entendimento de que o inquérito arquivado ou o processo com absolvição constitui elemento importante para a apuração dos antecedentes. De qualquer forma, será pelo mandado de segurança que o interessado poderá pleitear o apagamento dos registros criminais relativos à sua pessoa.³⁸

Cita-se, ainda, a impetração de mandado de segurança pelo investigado ou acusado em virtude de decisão que determina o seqüestro de seus bens, porque não caberia recurso para impugná-la, ou em casos de apreensões de bens, principalmente veículos, em inquéritos policiais.³⁹ No caso de apreensão indevida, está previsto o pedido de restituição com fundamento no art. 120 do CPP, mas também se admite o mandado de segurança, quando patente a violação ao direito líquido e certo ao bem apreendido.⁴⁰

7. Reflexões sobre o uso do mandado de segurança

Em relação à impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público, tem havido posição restritiva em recentes acórdãos do STJ. Não atingem o uso do mandado de segurança dirigido ao resguardo do direito à prova da acusação, de direito relativo a prerrogativa funcional do promotor de justiça, mas limitam sua utilização para, mediante concessão de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto, ser mantida a prisão ou determinada a prisão de acusado liberado por decisão judicial.

No julgamento do HC 4.252, *DJU* 24.02.1997, p. 3.416, o STJ afirmou ser o mandado de segurança “inidôneo para impor prisão, pois visa a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, (...), compondo o elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Afirmou em outro acórdão que a “jurisprudência desta corte tem proclamado entendimento de ser incabível mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória” (HC 6.124, *DJU* 21.09.1998,

(38) Ver a respeito desta questão Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 4.1.1., p. 137, José Henrique Pierangelli. *Mandado de segurança em matéria criminal*, p. 222-228, e Heráclito Antônio Mossin. *Mandado de segurança em matéria penal*, p. 162, com citação de acórdão contido na *RT* 598/309.

(39) Ver Eduardo Appio. *Mandado de segurança criminal*, 3.2.1., p. 59, e 4.1.2, p. 145, quando menciona o exemplo do seqüestro, e 4.1.1, quando refere haver “um sem-número de julgados dando conta de Mandado de Segurança impetrado contra ato de Delegado de Polícia, que determinou a apreensão de veículos em inquérito policial”. Em outro caso, o TARS concedeu a ordem porque o seqüestro fora decretado por autoridade incompetente (*RT* 677/396).

(40) Ver a respeito Heráclito Antônio Mossin. *Mandado de segurança em matéria penal*, p. 161, com citação de acórdãos.

p. 230). Ainda, em outro julgamento, reiterou que é “inadmissível emprestar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, para restabelecer prisão preventiva por meio de liminar em mandado de segurança” (HC 6.242, *DJU* 11.05.1998, p. 133), ou, ainda, que não “cabe conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito para restabelecer prisão preventiva por meio de mandado de segurança”. Quando há admissão do mandado para dar efeito suspensivo a recurso interposto pelo Ministério Público, normalmente para fins diversos daqueles de revogação de decisão concessiva de liberdade provisória, salienta-se que deve ficar reservado a hipóteses excepcionais, para prevenir “dano de difícil ou incerta reparação (HC 1.834-4, *RSTJ* 50/37; RMS 3.757-6) ou para ataque a decisão judicial ilegal ou teratológica e para evitar dano de difícil ou impossível reparação” (RMS 6.229, *DJU* 02.03.1998, p. 121).

Suscita, então, o Tribunal Superior interessante questão: até onde se pode utilizar de um remédio que representa garantia individual contra o próprio indivíduo? O assunto é complexo e merece maior reflexão. Quando o mandado de segurança se desprende do *habeas corpus*, surgiu no direito brasileiro como remédio para proteger o indivíduo contra abusos de poder por autoridades. No entanto, quando um juiz, ao interpretar a Lei dos Crimes Hediondos, procura, com base em posições doutrinárias e jurisprudenciais, corrigir eventuais excessos da acusação na classificação do crime,⁴¹ concedendo a liberdade provisória, utiliza o Ministério Público de um remédio destinado a proteger o indivíduo contra o próprio indivíduo, para que ele retorne à prisão. Ainda que seja correto, em regra, servir o mandado de segurança ao Ministério Público, porque ele tem o direito líquido e certo a invocar a lei para exercer plenamente a sua missão social, apresenta-se, no caso de concessão de liberdade provisória, a estranha situação do uso de uma garantia individual em favor de uma maior repressão social, substituindo-se a via recursal.

Mais grave a situação quando há concessão de liminar para determinar a prisão, revogando ou se suspendendo a eficácia do ato judicial que havia concedido a liberdade provisória. Admitindo-se, em tese, a viabilidade de tal solução, tudo deve ser bem sopesado, porque, para a concessão da liminar, é necessário, além da indicação dos fundamentos jurídicos e de fato do pedido principal, mostrar ao tribunal a necessidade da medida liminar de natureza cautelar, a qual acaba representando antecipação da tutela, com total substituição do recurso interposto. É necessário ficar evidente que há uma situação de perigo e que, se não houver a concessão da liminar, certamente o resultado final a ser obtido com o mandado de segurança não terá nenhuma eficácia.

Para ilustrar a situação, pode ser citado caso concreto. Tratava-se de acusação por tráfico de entorpecentes, quando tudo indicava configurar uso. Por se entender que houve excesso na classificação do delito, foi deferida a liberdade provisória.

(41) A respeito da possibilidade de ser, em casos especiais, superada a vedação da liberdade provisória pela Lei dos Crimes Hediondos, ver nosso *Processo penal constitucional*, tópico 32.4 e a obra *A reação defensiva à imputação*, n. 6.3.

Com a impetração de mandado de segurança, houve concessão da liminar, apresentando-se o acusado à autoridade policial, logo que teve ciência da liminar, para ser recolhido à prisão. Levada a situação a conhecimento do tribunal, manteve-se a liminar, afastada, contudo, por outra liminar concedida pelo STJ (HC 21.223, 19.03.2002). Este caso leva a que se reflita a respeito da necessidade da liminar no caso e em outros semelhantes. O argumento normalmente utilizado de que, se não fosse mantida a prisão, o acusado iria fugir, não encontrava nenhuma sustentação fática, evidenciadora do risco de fuga, mesmo porque se cuidava de pessoa que residia e trabalhava na comarca onde estava sendo processada. Nada justificava, então, a liminar. Faltava o requisito essencial do perigo da demora.

O exemplo serve para mostrar a necessidade de se avaliar a pessoa envolvida, sua residência, seu comportamento anterior, seus antecedentes, o crime praticado, a gravidade do que está sendo apurado. Sem isso, poderão ser cometidas, por meio de liminares, injustiças difíceis de serem reparadas, porque o tempo para julgar um mandado de segurança é normalmente próximo ao que leva, em média, o julgamento de um processo criminal de acusado preso. Em virtude dessa demora, a pessoa permanecerá presa durante todo o processo, quando o caso não justificava a manutenção da prisão, tanto que, na sentença, houve a desclassificação. De nada ou pouco adiantaria a posterior negação do mandado de segurança.

Outra questão importante em relação ao uso do mandado de segurança pelo Ministério Público. Os tribunais nem sempre se dão conta de que, toda vez em que o Ministério Público utiliza o mandado de segurança contra ato jurisdicional favorável ao acusado, este é litisconsorte passivo necessário, devendo ser chamado para integrar o processo. No exemplo citado de uso do mandado contra decisão que concedeu liberdade provisória, em que o acusado pode ser preso, tem ele interesse jurídico na decisão que vai ser proferida, pois poderá afetar a sua liberdade, devendo, portanto, ser notificado para integrar a relação jurídica. A falta dessa providência tem levado a anulações das decisões proferidas pelos tribunais.

Bibliografia

- APPIO, Eduardo. *Mandado de segurança criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BASTOS, José Tavares. *O habeas corpus na República, história e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Livreiro Ed., 1911.
- BRAGA JÚNIOR, Benjamin do Carmo. *Manual do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Ed. do Escriptório de Direito Internacional, 1917.
- COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CORREIA, Luiz Moraes. *O habeas corpus e os interdictos*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.
- GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal". *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- ; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- GUIMARÃES, Aureliano. *O habeas corpus: doutrina e prática – Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1925.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MACIEL, Adhemar. "Observações sobre a autoridade coatora". *Mandado de segurança e mandado de injunção*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MENDONÇA, Lúcio de. "Limitações ao habeas corpus" *Revista de Jurisprudência* 3/357, 1898.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. *Mandado de segurança em matéria penal*. São Paulo: Atlas, 1994.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Mandado de segurança em matéria criminal*.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002.
- . *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- . *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.
- . "Mandado de segurança contra atos judiciais". *RT* 498, 1977.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

A REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

GERALDO PRADO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da reforma possível à reforma real: processo penal x sistema de justiça criminal – 3. Um novo Código de Processo Penal é necessário? – 4. As leis processuais especiais – 5. As leis processuais especiais e algumas inconsistências – 6. Continuar vivendo: a Lei 10.409/2002 regula procedimentos penais? – 7. A título de conclusão.

Resumo: O artigo trata da dinâmica que se pretende imprimir à reforma do Código de Processo Penal brasileiro.

Coloca-se em dúvida o êxito da empreitada, uma vez que as forças políticas não se harmonizam em torno de princípios e fins comuns, o que é necessário para evitar contradições na aplicação futura da lei. A chave para a transformação democrática do Código de Processo Penal passa por sua completa reformulação, que está a demandar um outro Código de Processo Penal. Finalmente, o artigo chama atenção para a Reforma processual (e penal) que está sendo processada à margem do Código de Processo, produzindo pelo menos dois efeitos nocivos: o Código perde a sua condição de referencial; e há profundas contradições no tratamento dispensado por diferentes leis a matérias semelhantes. O exemplo dado é o da Lei 10.409/2002.

Palavras-chave: Reserva de Código de Processo Penal – Reforma processual penal.

1. Introdução

Não é recente o movimento de Reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Nas últimas décadas alguns anteprojetos foram idealizados e por motivos variados terminaram sendo colocados de lado. Desde o início dos anos 90 do século passado a estratégia de modificação e atualização da principal lei processual penal sofreu substancial alteração: no lugar de um Código novo surgiram propostas de reformas pontuais. Na maioria das vezes, como chama atenção Fauzi Hassan Choukr,¹ a iniciativa partiu do Executivo Federal e terminou esbarrando em resistências e acomodações no Congresso Nacional. Apesar disso, o processo penal brasileiro mudou bastante nos últimos anos e mudou tão essencialmente

⁽¹⁾ *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

que a exigência de reformulação do Código de Processo há de ser pensada em outros termos e há de ser confrontada com demandas que retiram dos juristas o aparente privilégio de discutir as linhas mestras do instrumento básico de efetivação do direito penal e de defesa da cidadania ameaçada durante a persecução criminal.

Os limites de espaço impedem que o tema seja abordado com a profundidade que está a merecer. A qualidade do público, todavia, facilita a adoção de premissas que permeiam o discurso jurídico visando conferir-lhe coerência e compreensão (pré-compreensão).

De todo modo ao final exemplifica-se a atualidade do debate submetendo-se a teste, em sua linha principal, de vigência e validade, a Lei 10.409/2002, que cuida do processo por crimes relacionados à circulação ilícita de substâncias entorpecentes.

2. Da reforma possível à reforma real: processo penal x sistema de justiça criminal

Quando se cogita modificar completamente o Código de Processo Penal certamente se tem em mente algum objetivo, determinado pelos fins que são atribuídos ao processo penal.

Creio que antes mesmo de diligenciar sobre que fins podem ser legitimamente extraídos da ordem constitucional em vigor é necessário por em destaque que um Código de Processo Penal exerce função privilegiada no cenário do controle social mas não atua espontaneamente, assim como nenhuma lei ou Constituição tem sua validade social ditada, nos termos cunhados por Habermas,² senão pelo nível de aceitação e implementação cotidiano.

É a integração cultural que chancela a validade social de determinadas formas jurídicas de resolução de casos, especialmente quando se trata de casos criminais. Fazer parte da cultura da sociedade é essencial para que os instrumentos processuais penais sejam manejados por sujeitos processuais legítimos e o resultado atenda às expectativas justas, imanentes aos contemporâneos Estado e sociedade democráticos.

Ao se afirmar que um Código de Processo Penal – novo ou antigo – deve integrar-se à cultura da comunidade brasileira o que se quer deixar claro é que por cultura há de se entender, conforme Luis Alberto Warat,³ *o coquetel fantástico resultante de uma especial combinação da ciência, da ética e da arte*. Não se trata obviamente de tomar como imperativo todo e qualquer desejo demonstrado ainda que de forma quase unânime pela população, principalmente naqueles casos em

(2) Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

(3) *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

que tais *desejos* estão despojados de conteúdo ético e configuram manifestação de intolerância e desrespeito para com a natureza plural de qualquer grupo social. Assim, propostas de reforma do processo penal que se afastem das pautas de proteção aos direitos fundamentais consagrados na Constituição ou em Convenções Internacionais não são acolhidas como alternativas válidas. Da mesma maneira, práticas rotineiras de perseguição criminal despidas de valor ético (emprego da tortura, admissibilidade da prova ilícita em prejuízo dos imputados etc.) significam tão-só que os fins não justificam os meios e devem ser abolidas.

Neste contexto o peso da cultura serve para acentuar que deficiências funcionais do processo penal atual (processos infundáveis, fonte permanente de nulidades e de descrença da população acerca de sua não seletividade intencional) não são eliminadas apenas com a mudança de uma lei. É preciso que o conjunto dos atores que atua permanentemente nesta área, que denominarei de Sistema Judicial Penal, compreenda que um novo Código introduz, obrigatoriamente, novas posturas e reivindica também novos comportamentos processuais, sob pena de tornar-se letra morta, à luz de interpretações retrospectivas denunciadas com frequência pelos constitucionalistas no seu âmbito de pesquisa e estudo.

Questões tormentosas como a duplicidade de polícias (polícia militar e civil), muitas vezes implicando justaposição de atuações e desconfiças recíprocas, a forma de seleção de juizes e membros de tribunais, o modo como concretamente são asseguradas as prerrogativas da magistratura e a influência dos modernos meios de comunicação social na constituição de um *processo criminal paralelo* jogam papel decisivo quando se trata de prognosticar as chances de *sucesso* de qualquer reforma processual. Uma reforma do processo penal que deixe de lado estas questões, ainda que promova a integral substituição do Código de Processo Penal, será incompleta e tenderá a repetir, sob nova roupagem, os desvios, erros e inconsistências verificados no atual sistema.

Há ainda a se considerar, previamente, os motivos por que se pretende tal Reforma. Acredito que esse ponto preliminar tem sido escamoteado nas principais discussões acerca da mencionada Reforma.

Com efeito, quando as corporações de Delegados de Polícia, Defensores Públicos, membros do Ministério Público e Juizes se reúnem para discutir a natureza da Reforma o fazem limitadas a seu ambiente corporativo e têm em mente estabelecer a melhor estratégia, objetivando influenciar os rumos da nova lei.

Para alguns é fundamental não perder os espaços de poder conquistados na Constituinte de 1987 e 1988. Para outros, além disso, é muito importante ampliar sua área de influência na determinação da política criminal concreta que, à semelhança das demais políticas de governo, é relevante na distribuição de *status* social e peso político. Todas as corporações na prática dirigem sua atuação ao que supõem tratar-se do bem comum e muitas vezes identificam na estratégia da(s) outra(s) os reais obstáculos à consecução deste imaginário *bem comum*.

A coisa não se passa diferente nos gabinetes governamentais onde são gerados os anteprojetos oficiais. Ali também são nítidas as tendências corporativas dirigidas pelo propósito *salvacionista* de produzir a reforma processual penal pos-

sível, que atenda ao bem comum e seja fiel aos princípios que a Constituição de 1988 consagrou.

O espaço de diálogo fora das corporações é bastante limitado. Na maioria das vezes cuida-se de um monólogo em que o domínio da fala está entregue aos *representantes oficiais* de cada grupo, que tantas vezes *representam* sem estarem legitimamente autorizados a fazê-lo. São as exposições mais ou menos públicas do teor dos projetos, produzidas a título de recolher sugestões que pela própria característica fragmentada raramente podem ser incorporadas a textos que postulam consistência interna e racionalidade.

O Congresso Nacional, sede por excelência do espaço social de definição das regras de solução dos conflitos, age quase à margem destas iniciativas e ora incorporando idéias de um grupo, ora do outro, mas partindo principalmente de noções de senso comum e repercussão midiática, procura também oferecer à praça seus *projetos* (vide o conjunto produzido pela Comissão Mista de Segurança Pública).

Com isso perde-se a oportunidade criada pelo advento de uma nova ordem constitucional, no sentido de produzir um Código de Processo Penal inteiramente conformado aos princípios republicanos e democráticos, feito que seria inédito no Brasil colônia, Império ou República, como sublinha Fauzi.

A realidade é que projetos e anteprojetos parciais estão sendo analisados e poderão transformar-se em lei, mudando a feição do Código de Processo Penal brasileiro. Os efeitos da supressão do diálogo democrático serão sentidos na prática, a vingar quaisquer dos projetos, e terão de ser resolvidos pelo STF.

3. Um novo Código de Processo Penal é necessário?

Novamente recorrendo a Fauzi⁴ é imprescindível compreender a função do Código para responder a pergunta.

Com efeito, o código é antes de tudo uma chave, *instrumento de acesso e interação com uma determinada realidade*.⁵ Um código de processo penal é também um recurso para decifrar a realidade dos conflitos, reais ou hipotéticos, subjacentes à persecução criminal. De posse do código os sujeitos dispõem das informações indispensáveis para situar-se e atuar. Com base nele, por exemplo, o Ministério Público sabe que tem o domínio exclusivo da ação condenatória pública e frente a isso a Defesa nutre a expectativa de reconhecer na atuação do juiz a imparcialidade que autoriza e justifica a própria existência da Defesa. Os sujeitos conhecem seus respectivos estatutos jurídicos e também os dos demais sujeitos. Têm ciência da natureza dos atos que podem ser validamente praticados e, portanto, sabem que conseqüências advém dos atos imperfeitos. Finalmente, dominam a

(4) Fauzi Hassan Choukr. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

(5) Choukr. *Processo penal de emergência*, p. 26.

esfera de comportamentos processuais, reconhecendo que a diversidade de propósitos de cada um dos sujeitos não é, necessariamente, obstáculo a que se emita uma decisão de mérito, que em realidade representa o poder político do Estado, dando a última palavra sobre aquela controvérsia.

O código fornece a chave, indica o caminho e é, pois, o mecanismo elementar para ordenar este conjunto de atos teleologicamente vinculados, que caracteriza o processo.

O que singulariza o processo penal é que as linhas mestras que compõem o Código vêm dadas pela Constituição da República e pelos convênios internacionais sobre direitos fundamentais, firmados pelo Brasil.⁶

Assim, as principais orientações acerca do funcionamento do processo penal e do *standard* procedimental estão na Carta de 88: presunção de inocência, contraditório, publicidade, estatuto ético de atuação do poder público (impossibilidade de avaliação das provas obtidas ilicitamente, por exemplo), inércia da jurisdição, garantias de ação e defesa e exigência de motivação das decisões judiciais.

Como é rico o rol de infrações penais e a Constituição da República impõe o devido processo penal para que alguém sofra as consequências de ser considerado penalmente responsável, cumpre estabelecer alguma ordem no caos das modalidades possíveis de investigação dessa responsabilidade. O papel do Código é esse: ordenar o caos, determinando o predomínio de uma racionalidade compatível com os valores que a Constituição assumiu como essenciais e intocáveis.

Daí que os fins do processo penal, quaisquer que sejam, só devem ser alcançados conforme a trilha ditada pelo Código. A se admitir vários caminhos não se conseguiria explicar, apenas para ilustrar, porque em determinadas hipóteses o contraditório é indispensável condição de validade de atos processuais e em outras pode ser limitado ou suprimido. Que diferença existe, substancialmente, entre o dever de fundamentar uma decisão condenatória por crime de baixa potencialidade ofensiva e outra por crime de especial gravidade?

Ao unificar o tratamento processual o Código faz mais do que cumprir uma tarefa supletiva, atualmente reconhecida pela doutrina tradicional como de fonte subsidiária de integração e aplicação de normas jurídicas instrumentais (no caso das diversas leis especiais). O Código chama a si, como assinalam Luigi Ferrajoli⁷ e Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich,⁸ todo processo penal. Oferece coerência e racionalidade e deduz os passos para a instauração, suspensão e extinção dos processos, revelando em cada caso as fronteiras constitucionais de ação dos sujeitos processuais, o que em síntese significa precisar o eixo metodológico em

(6) A respeito, Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

(7) *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 2000.

(8) No *Editorial do Informativo* 2, ano 1, jul.-set. 1999, do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, no Rio Grande do Sul.

torno do qual todos os atos processuais, sujeitos, institutos e instituições haverão de girar em órbita.⁹

Somente por isso um novo Código de Processo Penal já estaria justificado.

4. As leis processuais especiais

Quando afirmei de início que a Reforma processual penal tem sido feita à revelia de um novo (ou renovado) Código de Processo Penal, quis dizer com isso que principalmente desde o começo dos anos 90 as bases do processo penal estão sendo alteradas através de mudanças implementadas por leis que regulam *especialmente* determinado tipo de matéria.

A título de exemplo e recorrendo outra vez a *Processo penal de emergência*, está claro que os aparentes extremos do circuito de infrações penais estão se tocando. Leis que regulam a apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo manifestam igual desprezo pelas garantias constitucionais como aquelas orientadas às infrações de maior gravidade (crimes hediondos e os praticados por organizações criminosas).

Sem embargo de discutir aqui as políticas criminais indutoras de tais tratamentos e admitindo, para argumentar em consenso alargado, que é válido esperar de um processo penal reais condições de efetividade do direito penal (que, aliás, deve tutelar os interesses vitais das pessoas) sem o sacrifício dos valores igualmente protegidos por normas constitucionais, a simples visão do atual quadro demonstra como a falta de um Código de Processo conformado à Constituição retira dos operadores jurídicos os referenciais de ação processual.

É razoável que as partes do processo digladiem sobre se determinada prova é de fato convincente, afinal isso pode decorrer da perspectiva de cada um. Não é, todavia, razoável discrepar acerca do cabimento da suspensão condicional do processo sem proposta do Ministério Público (é possível ou não, indagam perplexos os profissionais do direito?).

Ora, a inexistência de um princípio unificador, como destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, torna quase inútil o atual Código de Processo Penal e cada lei processual *particular* oferece à matéria o tratamento que seu idealizador preconiza para o caso, com absoluta independência das soluções tantas vezes antagônicas encontradas em leis que cuidam de outras espécies de *casos particulares*.

É visível neste torvelinho de *leis especiais* o desencontro a respeito de alguns pontos que reputo fundamentais: como destacado, não há coerência no que se refere à determinação do estatuto jurídico dos sujeitos processuais; os atos processuais carecem de nova e mais atualizada configuração; pesa sobre os ombros da

(9) Ver por todos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* 28, Curitiba, 1999.

prova penal a responsabilidade, fundada no senso comum de que é possível alcançar a verdade (ir)real, de reproduzir fielmente o fato histórico e para isso princípios caros à democracia, como o contraditório, a oralidade e publicidade processuais e, especialmente, a reserva jurisdicional de função, são marginalizados, quando não paradoxalmente acusados de serem os responsáveis pela *impunidade*.

O registro desta incoerência sistêmica é necessário até porque na realidade a *Reforma penal e processual penal* está sendo levada a frente a cada dia pela combinação desastrosa da edição das mencionadas leis especiais e da impregnação dramática de mensagens de conteúdo antidemocrático através de alguns meios de comunicação.

5. As leis processuais especiais e algumas inconsistências

Correndo o risco de parecer repetitivo é indispensável destacar que no quadro atual de desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, marcado pelo caráter instantâneo das comunicações e pelo predomínio da imagem, não raramente aceleramos o ritmo da nossa vida e as nossas expectativas se tornam mais *urgentes*, carecendo de serem atendidas cada vez mais rapidamente. Além disso, a convicção formada pelo aparato tecnológico, que transmite a imagem e, portanto, nos faz *participar* da realidade (os atuais *reality shows* e os programas interativos do tipo “Linha direta” e “Você decide”), configura um aparentemente novo paradigma cultural: enfim, chegou a época em que é possível alcançar a verdade!

É evidente para aqueles que se dedicam ao exame da história dos Sistemas Penais que a pretensão de descoberta da verdade é tão antiga quanto os próprios sistemas organizados de adjudicação de decisões na área criminal. Levada a extremos no passado, a pesquisa da verdade absoluta legitimou e legalizou a tortura e construiu os alicerces do emprego das penas e castigos para fins de dominação política.

Contra isso ergueram-se os iluministas e os vários movimentos engendrados a partir do século XVI terminaram por derrubar o dogma da verdade indiscutível, eterna e imutável, capaz de ser alcançada pelo gênio humano.

Pois bem, para conter os abusos e erradicar em definitivo o projeto de um sistema penal que no plano do discurso se intitulasse perfeito e infalível, ao melhor estilo *Minority Report*¹⁰ – daí por suposição aceitável socialmente ainda que ao preço da limitação dos direitos das pessoas – cunhou-se um modelo básico de processo.

⁽¹⁰⁾ Dramatização cinematográfica dirigida por Steven Spielberg, baseada em conto de ficção científica no qual três mutantes precognitivos profetizam crimes brutais e sua autoria, permitindo à polícia intervir antecipadamente e prender e isolar os agentes, punindo-os por crimes que supostamente ainda iriam cometer.

Segundo este modelo, os atos processuais aptos a serem considerados em uma decisão criminal devem ser praticados publicamente e precisam oferecer às partes do processo (autor e réu/defensor) condições de contraditoriedade. Quando há a possibilidade de invadirem a esfera de privacidade ou de intimidade das pessoas ou afetarem os direitos fundamentais dos imputados,¹¹ têm de ser ordenados por juiz imparcial, que pesará em cada hipótese a real necessidade de limitar o exercício dos citados direitos.

Somente aí já é possível notar a necessidade de alguns estatutos jurídicos uniformes, invariáveis independentemente da espécie de infração penal que se quer apurar. Regras claras, por exemplo, que assinalem quem pode provar, que tipo de provas são inaceitáveis, como as provas válidas devem ser produzidas e como o juiz haverá de se posicionar diante das inúmeras demandas processuais das partes.

A análise das leis especiais tem demonstrado que o critério de decisão judicial prévia e motivada a respeito da limitação de direitos fundamentais durante investigação criminal ou instrução processual penal (reserva jurisdicional de função) está sendo substituído pela decisão pessoal de cada *agente infiltrado*, que assim recebe das leis carta branca para violações domiciliares e em outros âmbitos da intimidade das pessoas, em um nível que sequer é facultado aos Ministros do STF.¹²

Por outro lado, a eficácia repressiva, que é perseguida por meio destes artifícios de fundamento ético duvidoso e de inconstitucionalidade, a nosso juízo indiscutível, não consegue produzir resultados práticos porque há lacunas legais claramente expostas no trato da prova produzida (até hoje não existe regra satisfatória relativa ao exame das provas extraídas de computadores), da publicidade limitada quando não completamente suprimida (volta-se ao processo secreto compensado pelo recurso cada vez maior ao jornalismo dito de investigação) e da organização dos procedimentos, instituindo-se critérios de prevenção e conexão que facilitem o desenvolvimento regular de processos com grande número de acusados.

O estágio da desordem é tal que passam como normais (inserem-se em um processo de *normalização*) as regras jurídicas que neutralizam a presunção de inocência e invertem o ônus da prova.

6. Continuar vivendo: a Lei 10.409/2002 regula procedimentos penais?

Enquanto não dispomos de um Código de Processo Penal que corporifique a ideal reserva de Código (tudo no Código de Processo Penal, nada fora dele!) e que

(11) Termo pelo qual designo tanto o sujeito à imputação formal (denúncia ou queixa) como aquele que está sendo investigado porque é suspeito da autoria de uma infração penal.

(12) A respeito comentei a Lei 10.217/2001, em artigo veiculado no livro *Escritos de direito penal e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

forme o tripé fundamental do Sistema Judicial Penal, juntamente com a Constituição e com os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (que estão, Constituição e tratados, em um ponto superior da escala hierárquica relativamente ao Código mas que, em conjunto com ele, ditam as regras de funcionamento processual que não poderiam ser derogadas por simples leis ordinárias) é preciso resolver os problemas cotidianos e definir que procedimentos são juridicamente válidos no caos a que está submetido o universo jurídico brasileiro.

Como se sabe, a Lei 10.409, de 11.01.2002, foi editada para regular toda a matéria concernente à prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas. Prevendo em seu Capítulo III as infrações penais ("Dos crimes e das penas") terminou vetada neste ponto e naquele relativo à revogação da Lei 6.368/76, que até então disciplinava quase integralmente a mesma matéria. Ficaram a salvo do veto presidencial os Capítulos IV e V, que cuidam dos procedimentos de investigação, processo e julgamento.

Daí a dúvida que assola o cotidiano dos tribunais: que procedimento será aplicado aos crimes previstos na Lei 6.368/76? O que está descrito nesta lei ou aquele introduzido pelo novo diploma, que todavia em seu art. 27 dispõe que o procedimento de investigação criminal (inquérito policial) para os crimes da Lei 10.409 (vetados) será o previsto no mencionado Capítulo IV?¹³

À primeira vista a solução pode parecer inclinar-se para a permanência do procedimento da lei antiga. Afinal, se a nova lei instituiu procedimento para apurar delitos que foram objeto de veto presidencial é intuitivo que nada há a apurar conforme tal procedimento. Não é tão-só um caso de inutilidade legal ou de interpretação literal. A prevalecer a lógica de instituição de procedimentos especiais, aceita-se a existência deles justamente porque o direito material que será controvertido no processo guarda características tão peculiares que sua real aferição demanda técnica específica. Com isso, acredita-se que uma certa interpretação sistemática está amparando a decisão de não aplicar o novo procedimento, pois não existe a matéria especial a demandar sua atuação! Há decisão do E. TJRJ no sentido da manutenção do procedimento da Lei 6.368/76 para apurar crime de tráfico de drogas.

A percepção de que uma semelhante solução é (também) sistêmica serve como extraordinário exemplo dos efeitos nocivos da ausência de um Código de Processo Penal que reúna em si os elementos definidores de um procedimento.

É eloquente o fato de que se tome por sistema apenas um recorte do mais amplo sistema judicial penal, compreendendo-se a Lei 6.368/76 (ou a Lei 10.409/2002, o

(13) É necessário sublinhar que no tocante ao crime do art. 16 da Lei 6.368/76 há posição quase unânime de que hoje se trata de infração penal de menor potencial ofensivo e que está sujeito ao procedimento da Lei 9.099/95. Isso apenas reforça a idéia central do texto a respeito do estado caótico de interpretação e aplicação das Leis Processuais Penais à margem do Código de Processo Penal e da Reserva de Código.

que para o exemplo é indiferente) como totalidade autônoma, sistema auto-referente, diferenciado dos demais pelo seu próprio tipo de operação estruturada.¹⁴ Assim torna-se fácil fundamentar uma interpretação *pseudo-sistemática* que trata tão-somente de comparar as duas leis em questão e optar por uma delas.

Como o Código de Processo Penal atual não nos salva do labirinto é necessário recorrer diretamente à Constituição da República para, por meio da denominada *filtragem constitucional*,¹⁵ definir que técnica utilizar para encontrar uma interpretação sistemática conforme à Constituição.

Sem a mediação, a chave e a senha que o código porta para nos dar acesso ao caminho seguro, vale mesmo encontrar na Constituição os requisitos de estruturação do procedimento e complementá-los, quando possível, com os dados das Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário e pelas quais está vinculado (no caso, principalmente, o Pacto de São José da Costa Rica introduzido entre nós pelo Dec. 678/92).

E aí na comparação entre os procedimentos de ambas as Leis percebe-se claramente que o da segunda, com todas as suas deficiências e aparentes perplexidades (suspensão do processo de réu revel, duplo interrogatório etc.), é de fato aquele mais afinado com as disposições constitucionais e convencionais de natureza processual penal.

Com efeito, ambos os procedimentos estão voltados para a apuração da mesma espécie de delitos. Entre os crimes vetados facilmente são identificados seus similares, da Lei 6.368/76 (arts. 14 a 16 da Lei nova). Portanto, cai por terra o argumento da adequação/inadequação procedimental!

A se ficar preso ao critério literal, evidentemente impróprio, é a literalidade do art. 27 da Lei 10.409/2002 que apresenta a saída, notada já com percuência por outros estudiosos, pois que situado o artigo em questão no capítulo da investigação criminal, a restrição quanto à aplicação aos crimes previstos na Lei 10.409/2002 não incide sobre o capítulo V, que trata do processo jurisdicional e não contém a mesma limitação. Neste caso, lei posterior estaria a revogar a anterior naquilo em que são incompatíveis.

No entanto, creio que o principal argumento está ligado à interpretação consoante à Constituição, cujo sistema está baseado no contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação das decisões judiciais, além do respeito à dignidade da pessoa humana, com reflexos processuais penais inegáveis (art. 1.º, III).

É incontestável que o processo condenatório afeta a dignidade da pessoa humana. Por essa razão não se admite como válido quando a ação penal é proposta sem justa causa ou fundada em prova inaceitável.

(14) Isso é salientado por mim em *Sistema acusatório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 70.

(15) Ver por todos, Paulo Ricardo Schier. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

Ora, nestes termos o contraditório prévio ao recebimento da denúncia cumpre a função constitucional de oferecer ao réu, pessoalmente e por meio de seu defensor, a oportunidade de contestar a acusação e até de demonstrar que as evidências que a informam são inválidas, por exemplo porque foram adquiridas mediante interceptação telefônica clandestina ou tortura.

Também fixa para o juiz o dever de fundamentar as decisões de recebimento da denúncia, garantindo a todos a certeza de que o suporte mínimo de provas contido no inquérito policial foi objeto de exame efetivo pelo magistrado.

A audiência única, prevista igualmente no rito da lei anterior, vem acrescida de um novo interrogatório por meio do qual reafirma-se a vocação que este ato tem de ser instrumento de autodefesa e não fonte de prova (por esse motivo cabe que seja realizado ao fim da instrução probatória, antes das alegações finais orais das partes).

A revelia impedindo o prosseguimento do processo – medida de política criminal não de todo isenta de controvérsia – reafirma a vocação do interrogatório de ser meio de defesa e, dada a sua posição na ordem dos atos, procura assegurar a identidade física do juiz, garantindo que a causa seja decidida por quem teve contato direto com as provas e argumentos.

Tudo isso está a demonstrar que em seus aspectos principais, que determinam o eixo do procedimento, definem a ordem dos atos e os papéis dos sujeitos processuais, a Lei 10.409/2002 andou melhor que a antecedente. Além disso, os mais importantes princípios reitores do procedimento são compatíveis com os constitucionais processuais em nível superior ao experimentado pela Lei 6.368/76 e convergem com os modelos idealizados nos diversos projetos de reforma e com o procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, reconhecidamente mais adequado à dinâmica processual inspirada na Constituição da República.

É verdade que nem todas as técnicas empregadas pela nova lei são constitucionais. O mesmo ocorria quanto à anterior e a solução para o caso está em não aplicar as regras jurídicas inconstitucionais. Como o sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro admite o controle difuso, as regras inconstitucionais simplesmente não serão aplicadas pelo juiz.

Por conta disso, a infiltração policial descrita no art. 33, I, e a inversão do ônus da prova, tratada no parágrafo único do art. 44 da nova lei são a meu juízo inaplicáveis.

7. A título de conclusão

De todo modo está evidente, pelo exemplo colhido, que o estágio atual da Reforma do processo penal e a opção pelas alterações pontuais priva os operadores jurídicos e os demais usuários do sistema judicial penal (que são também principais interessados em conhecer claramente as regras do jogo) de um referencial seguro.

Quando se trata de restrição ao exercício de direitos fundamentais, principalmente quando se cuida de prisão e liberdade e de proteção de bens jurídicos, o

devido processo legal não pode ser uma *caixinha de surpresas*, como no jargão do futebol. Aqui com muito mais motivos que no esporte, *a regra deve ser clara* e esta certeza está balizada por valores constitucionais que, à mercê da atividade legislativa desencontrada e errática, raramente encontram a ocasião de cimentar uma nova cultura.

Carlos Morales de Setién Ravina, analisando a racionalidade jurídica em Bourdieu e Teubner, constata o papel do domínio cultural, que define como domínio das forças de um campo determinado. Assinala que as formas de um determinado campo somente se consolidam mediante a criação de uma tradição e essa tradição está ligada à existência de um conjunto de normas fixas e cognoscíveis e por isso passíveis de interpretação e aplicação.¹⁶

Para que os valores constitucionais se consolidem e conformem uma *tradição* distinta daquela historicamente experimentada, torna-se necessário produzir as normas jurídicas e sociais que propiciarão essa transição (no caso brasileiro por demais tardia). A chave principal é sem dúvida a Constituição da República, como são também os tratados internacionais. Porém, sem um novo Código há sério risco de nunca configurar-se o ideal republicano e democrático que deve dirigir o sistema de responsabilidade criminal.

(16) *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000. p. 72.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS OU *DIREITO PENAL DA SEVERIDADE*:

12 anos de equívocos e casuísmos

JOÃO JOSÉ LEAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Legislação dos crimes hediondos repousa em fonte constitucional de valor discutível – 3. Assembléia Nacional Constituinte e a opção por uma política criminal conservadora e repressiva – 4. Art. 5.º, *locus* normativo inadequado para fixar restrições à liberdade individual – 5. Crime hediondo erigido à condição de cláusula pétrea – Duplo equívoco – 6. Lei 8.072/90 é filha natural da “indústria do seqüestro” dos anos 80 – 1.ª lei de ocasião – 7. Crimes rotulados de hediondos – 8. Equívocos e contradições da Lei dos Crimes Hediondos: 8.1 Rejeição da doutrina à severidade da Lei dos Crimes Hediondos; 8.2 O equívoco de um conceito legal de crime hediondo por simples etiquetamento; 8.3 Aumento desmesurado da pena mínima de alguns crimes hediondos; 8.4 Uma lei marcada pelo compromisso com proibições e restrições à liberdade individual – 9. O assassinato da atriz Daniela Peres e a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos – 2.ª lei de ocasião – 10. O episódio da Favela Naval como fator determinante da Lei contra a Tortura – 3.ª lei de ocasião: 10.1 Tortura no Direito Penal brasileiro: inexistência de um tipo penal autônomo até 1997; 10.2 Lei 9.455/97 e a incriminação da tortura; 10.3 Tortura como crime hediondo especial; 10.4 Regime inicial de execução da pena em regime fechado e progressão de regime prisional; 10.5 Argumentos do art. 2.º, § 1.º, da LCH em favor da tese derogadora – 11. Síndrome da insegurança medicamental como fator determinante da Lei 9.677/98 – 4.º casuísmo: 11.1 Onda de medicamentos falsificados, sensacionalismo da mídia e reação passional da opinião pública; 11.2 A Lei dos Crimes Hediondos e o crime de falsificação de produto medicinal ou terapêutico – 12. Crime de extorsão mediante seqüestro e o benefício da delação premiada: 12.1 Lei 9.269/96 e nova redação do § 4.º do art. 159 do CP; 12.2 Revogação do § 4.º do art. 159 do CP; 12.3 A nova figura da colaboração ou do arrependimento premiado prevista na Lei 9.807/99 e seu campo de incidência: 12.3.1 Aplicação apenas aos participantes de crimes de extorsão mediante seqüestro; 12.4 Lei 10.409/2002 e a figura do acusado-colaborador: 12.4.1 Texto promulgado é penalmente inócuo; 12.4.2 Ineficácia dos §§ 2.º e 3.º do revogado art. 32 da Lei 10.409/2002; 12.4.3 Benefícios da delação premiada continuam disciplinados pelos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 – 13. Conclusões.

Resumo: Análise dos fatores político-sociais determinantes da aprovação das leis penais que visam ao controle e à repressão institucional dos denominados *crimes hediondos*. Verificou-se que essas leis, a começar pela Lei 8.072/90, foram votadas pelo Congresso Nacional sob o impacto de forte pressão da opinião pública e dos meios de comunicação social, diante de trágicos acontecimentos do cotidiano criminal brasileiro. Votadas em regime de urgência, representam elas verdadeiras *leis de ocasião* ou *leis de paixão*.

O estudo examina os equívocos das propostas normativas positivadas nas diversas leis formadoras desse subsistema punitivo marginal ao Código Penal, cuja origem repousa numa discutível fonte constitucional, que é o próprio art. 5.º, XLVII, da CF, no qual ficou proclamado, em nível de hierarquia jurídica suprema, um pacto com o *Direito Penal da severidade*.

São também examinadas questões jurídico-penais relevantes e polêmicas da Lei dos Crimes Hediondos: conceito formal de crime hediondo, por simples etiquetamento legal; aumento desmesurado das penas mínimas de alguns crimes hediondos; proibição de progressão de regime prisional; a figura do acusado-colaborador da justiça criminal e a questão da tortura como crime hediondo especial.

Palavras-chave: Direito penal – Sistema penal – Crime hediondo – Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 – Liberdade provisória – Regime prisional fechado – Progressão de regime – Crime de tortura – Acusado colaborador – Delação premiada.

1. Introdução

A Lei 8.072/90, aqui denominada pela sigla LCH – Lei dos Crimes Hediondos –, completou 12 anos e o saldo, em termos de política criminal e de efetiva justiça criminal, não pode ser considerado positivo. São doze anos de equívocos e de casuísmos normativos, marcados por *leis de ocasião* ou *leis de paixão*, que acabaram por construir um contraditório subsistema punitivo marginal, ao qual podemos denominar *Direito Penal da severidade*. São 12 anos marcados por profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais manifestadas em torno de alguns de seus mais polêmicos dispositivos, como é o caso da proibição de progressão de regime prisional, de concessão de liberdade provisória e do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade para concessão do livramento condicional. Enfim, são doze anos de tragédias pessoais vivenciadas nas sombras do interior das celas de nossos estabelecimentos penais, pelos destinatários dessa tão discutida quanto criticada Lei dos Crimes Hediondos.

No presente trabalho, pretendemos realizar, numa primeira parte, uma abordagem dos equívocos e casuísmos que marcaram a breve, porém dura história das leis criminais que formam hoje esse subsistema punitivo marginal dos crimes hediondos. Num segundo momento, faremos uma análise de alguns pontos da LCH que ainda permanecem polêmicos e, em especial, da Lei contra a Tortura, cujas normas mais brandas, a nosso ver são também aplicáveis aos demais crimes hediondos. Além disso, este estudo abordará, ainda, a figura do acusado colaborador da justiça criminal, em face das normas penais que tratam confusamente da matéria e da própria LCH.

2. Legislação dos crimes hediondos repousa em fonte constitucional de valor discutível

A nosso ver, toda a legislação dos crimes hediondos, em termos política criminal e de técnica jurídica, repousa numa fonte constitucional de valor bastante discutível. A análise da origem da legislação ordinária sobre crimes hediondos demonstra que o Constituinte de 88 não foi feliz quando desviou o foco de sua preocupação com as questões maiores e relativas à organização político-jurídica do Estado brasileiro, para discutir questões microscópicas relativas à incriminação de determinadas condutas e para positivizar, numa norma constitucional, como o fez no inc. XLIII do art. 5.º da CF, restrições à liberdade individual. E, o que é mais grave, para instituir, em nível de hierarquia jurídica máxima, uma categoria especial de crimes e atribuir-lhes, de forma absoluta e apriorística, o rótulo da hediondez (são os que denominamos de *crimes hediondos constitucionais*). Porém, foi mais além o constituinte: no mesmo dispositivo reservou ao legislador ordinário a tarefa de livremente atribuir o rótulo da hediondez jurídico-penal a outras infrações, conforme veio a acontecer, mais tarde, através da Lei 8.072/90.

Parece-nos que o Constituinte de 1988 preocupou-se desnecessariamente com um tema que, a rigor, não deve integrar o espaço normativo destinado à matéria de *reserva de constituição*. Esta, segundo Canotilho, surge no âmbito da Teoria Constitucional como “o conjunto de matérias que devem e não podem deixar de estar normativamente contempladas no texto constitucional”, esclarecendo que esta “essência constitucional” é representada pelos princípios fundamentais estruturantes do governo e dos poderes políticos e “pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 1.066-1.067).

Como podemos ver, o constituinte esqueceu-se de que o conteúdo normativo de uma Constituição deve limitar-se ao ordenamento das questões fundamentais relativas ao sistema político-jurídico, sócio-econômico e cultural e agora, também, ambiental da Nação. Deve, também, estabelecer o elenco dos princípios ético-políticos fundantes dos direitos e garantias individuais e que constituem a marca inalienável do Estado democrático de direito contemporâneo.

Assim, no entanto, não pensou e não se conduziu o constituinte de 1988. Inseriu, no texto da Carta Magna, um dispositivo essencialmente repressivo, como é o caso do inc. XLIII do art. 5.º e que não se enquadra em nenhum dos espaços normativos reservado às matérias de reserva de constituição. Lamentavelmente, optou o Constituinte de 1988 por uma alternativa ético-penal conservadora e, em termos de técnica legislativa, por normatizar no varejo.

3. Assembléia Nacional Constituinte e a opção por uma política criminal conservadora e repressiva

Hoje, com o apoio do filtro clarificador do processo histórico, parece evidente que a opção do Constituinte em favor do endurecimento do sistema punitivo re-

presentou um lamentável equívoco. Se, conforme acabamos de ressaltar, a Constituição de um povo deve ser a carta normativa dos princípios e normas programáticas estruturadoras da ordem política, econômica e social da Nação e, também, a carta dos direitos e garantias individuais, em face dos poderes do Estado, não deveria ela ser utilizada para fixar restrições normativas de dimensão microscópica à liberdade individual. Infelizmente, em oposição a consagrados princípios penais humanísticos, como o da presunção de inocência, da personalidade da pena, da reserva legal e do próprio princípio da humanidade, a Carta Constitucional acabou sendo utilizada em 1988, para positivar também a opção por uma política criminal conservadora e de compromisso com as idéias puramente repressivas do Movimento da Lei e da Ordem.

O paradoxo normativo ressalta com acentuada evidência e criou um difícil problema de hermenêutica jurídica. Afinal, como harmonizar ou compatibilizar, no plano da prática judiciária, a aplicação dos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, com as regras de absoluta proibição de concessão de fiança de liberdade provisória e de progressão de regime prisional? Para os operadores jurídicos, a tarefa hermenêutica de se buscar o verdadeiro sentido do direito em meio a esse denso cipoal de contradições tem se constituído num verdadeiro drama e as divergências emergiram de forma radicalizada, principalmente, entre doutrinadores e as posições assumidas pelos tribunais superiores.

4. Art. 5.º, *locus* normativo inadequado para fixar restrições à liberdade individual

Entendemos, ainda, que o equívoco do constituinte de 1988, ao tratar da matéria relacionada com os crimes hediondos, não se limitou apenas à questão de política criminal, embora seja esta a questão verdadeiramente relevante. Na verdade, mesmo que se admitisse a necessidade e a conveniência de se adotar as referidas medidas repressivas, parece-nos que o constituinte não acertou ao eleger, justamente o art. 5.º, onde estão consagrados os direitos e garantias individuais, para ali inserir um dispositivo que, de forma contraditória, proibiu certos direitos como a anistia e a fiança, além de criar a categoria criminal das infrações hediondas.

Parece elementar que o art. 5.º da CF, que trata de assegurar direitos individuais, não é a sede ou o *locus* normativo adequado para dispor sobre tipos penais, nem para agravar-lhes a carga punitiva, por mais graves e sórdidos que possam ser. Admitida, e apenas por hipótese, a conveniência de positivação em nível constitucional dessas normas proibitivas ou repressivas da liberdade individual, outro deveria ter sido o *topus normativo* escolhido para sua inserção no texto de nossa Carta Magna e não o título referente às Garantias e Direitos Fundamentais.

5. Crime hediondo erigido à condição de cláusula pétrea – Duplo equívoco

Por isso, é possível afirmar que o subsistema penal dos crimes hediondos, construído ao longo desses últimos 12 anos, carrega consigo o pecado original de

ter sido a expressão de um infeliz equívoco do Constituinte de 1988. Primeiro, por firmar, em nível constitucional, um inconveniente e desnecessário pacto com o *Direito Penal da severidade*. Em segundo lugar, esse grave equívoco, consistiu, ainda, em macular o *locus normativo* de nossa Carta Magna destinado à proclamação dos direitos e garantias individuais com a inserção, no corpo do art. 5.º, de um inciso que ressuscitou a velha pedagogia criminal da pura retribuição pelo castigo.

Entendemos, por isso mesmo, que toda a problemática relacionada à questão dos crimes hediondos tem sua origem numa equivocada norma constitucional, lamentavelmente erigida à condição de uma discutível *cláusula pétrea*.

A partir dessa impropriedade normativa positivada na própria Carta Constitucional, instaurou-se um processo de produção legislativa alimentado de verdadeiros casuísmos da criminografia brasileira, que resultou na aprovação de *leis de ocasião* ou de *paixão* e que apresentam em seus textos graves contradições e impropriedades jurídico-penais.

6. Lei 8.072/90 é filha natural da “indústria do seqüestro” dos anos 80 – 1.ª lei de ocasião

Do ponto de vista de sua fonte substancial, o intenso clima de violência, que vem marcando o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros nas últimas décadas, responsável por uma generalizada e indisfarçável síndrome do medo e da insegurança coletiva, contribuiu seguramente para o surgimento da lei repressiva em exame. Sem esta sinistra realidade humana e social das últimas décadas, marcada por assassinatos, estupros, tráfico de drogas, assaltos a mão armada, latrocínios e execuções sumárias – fenômeno este gerador de um sentimento generalizado de pânico entre os habitantes dos grandes aglomerados urbanos deste país – e dificilmente haveria vontade e condições político-jurídicas para a aprovação desse discutível diploma legal.

Mesmo assim, em termos de sua fonte substancial, todos sabemos que a Lei 8.072/90 somente foi aprovada em decorrência de uma intensa onda de extorsões mediante seqüestro que eclodiu no final dos anos 80, principalmente na cidade do Rio de Janeiro. Quadrilhas com elevado grau de organização passaram a operar nessa área da atividade criminal e o número de seqüestros alcançou níveis insusportáveis. Implantou-se, então, naquela cidade, uma verdadeira operação de guerra contra o que se chamou de “indústria do crime de seqüestro”. O clima de insegurança intensificou-se a tal ponto que se chegou a cogitar de intervenção federal naquele Estado.

Com a manipulação desse fenômeno criminal pelos meios de comunicação, o terreno da política criminal de ocasião estava devidamente adubado para a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos, já prevista ou requisitada pela própria Constituição Federal. Entretanto, era necessária, ainda, a ocorrência de um fato criminal de forte impacto, o que veio efetivamente acontecer com o seqüestro do empresário carioca Roberto Medina. Esse caso do cotidiano criminal brasileiro, manipu-

lado de forma sensacionalista pela mídia, forjou um sentimento popular em favor de medidas penais de maior severidade e representou a *verdadeira gota d'água* no processo de motivação parlamentar para a aprovação da Lei 8.072/90.

O processo legislativo foi de tal forma atropelado e desvirtuado que praticamente não houve discussão da matéria. Alberto Silva Franco, com autoridade de quem escreveu excelente obra sobre a matéria, chamou a atenção para o impacto causado pelo grande número de seqüestros, fato esse que, superdimensionado pelos meios de comunicação, acabou atuando “como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir” (*Crimes hediondos*, 3. ed., São Paulo, RT, 1994, p. 44).

Por isso, podemos afirmar que a Lei dos Crimes Hediondos constitui a expressão de um autêntico casuismo normativo e pode ser considerada como a *filha natural* da intensa onda de seqüestros ocorrida no Rio de Janeiro e em outros grandes centros urbanos brasileiros.

7. Crimes rotulados de hediondos

Motivado pelas idéias do Movimento da Lei e da Ordem, o Constituinte de 1988 havia aprovado o inc. XLIII do art. 5.º da CF, inserindo-o no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, para estatuir que a “lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Verifica-se que o Constituinte de 1988 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa (inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia). Essas infrações podem ser chamadas de *crimes hediondos constitucionais*.

Ao mesmo tempo, a Carta Magna facultou ao legislador ordinário a iniciativa de rotular outras infrações penais com a marca jurídica da hediondez presumida (são os que denominamos de *crimes hediondos ordinários*). Em decorrência desse mandamento constitucional, o legislador ordinário aprovou a Lei 8.072, de 25.07.1990 (LCH) que, em seu art. 1.º (texto original) classificava como hediondos os seguintes crimes: “latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1.º e 2.º), estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, c/c o art. 285), todos do Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 07.09.1940), e, ainda, o crime de genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 01.10.1956), tentados ou consumados”.

Com a referida lei, todas essas infrações penais portam consigo a presunção absoluta de hediondez jurídico-penal. Pela primeira vez, o sistema punitivo brasileiro passou a distinguir, entre as inúmeras condutas criminosas que constituem o vasto espectro de nossa tipologia criminal, algumas delas com o *nomen juris* de crime hediondo.

8. Equívocos e contradições da Lei dos Crimes Hediondos

8.1 Rejeição da doutrina à severidade da Lei dos Crimes Hediondos

Nenhuma lei criminal foi objeto de tantas restrições e críticas quanto a LCH. Da doutrina, recebeu ela a condenação praticamente unânime de tantos quantos se preocuparam em estudá-la e interpretá-la em suas diversas normas repressivas. As restrições mais graves, assinaladas pela doutrina, referem-se às seguintes questões: conceito legal de crime hediondo mediante simples colagem ou etiquetamento apriorístico de certos tipos penais; aumento desnecessário das penas mínimas cominadas a alguns dos crimes rotulados de hediondos; proibição absoluta de concessão de fiança, indulto, graça e anistia e de progressão no regime prisional para os autores de crime hediondo; aumento excessivo do tempo de cumprimento da pena aplicada aos condenados por essa espécie de crime, para fins de obtenção do livramento condicional. Essa gama de normas de maior rigor penal e redutoras do espaço de liberdade física, criou uma profunda fissura no sistema punitivo, que se tornou acentuadamente assimétrico em sua escala de pesos e medidas repressivas.

A partir daí, o Direito Penal brasileiro passou a conviver com dois sistemas de controle repressivo paralelos: o primeiro constituído pelas normas penais contidas no Código Penal e nas leis esparsas que expressam o compromisso com uma filosofia punitiva mais branda e liberal, e o segundo marcado pelas normas penais contidas na LCH, que formam o que podemos denominar *Direito Penal da severidade*, um autêntico gueto de rigor punitivo à margem do sistema penal geral.

8.2 O equívoco de um conceito legal de crime hediondo por simples etiquetamento

Ao classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu o legislador do pressuposto de que, seja quem for seu autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime; seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes serão sempre profundamente repugnantes e sórdidos. Em consequência, deverão merecer sempre uma resposta punitiva acentuadamente mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais. Trata-se, portanto, de um critério puramente formal, que utilizou um procedimento de mera colagem e que contraria a própria natureza das coisas, pois a lei criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado: *de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas crimi-*

nosas, já tipificadas na lei positiva, com o rótulo da hediondez absolutamente obrigatória.

Esse critério meramente formal é inaceitável, porque parte de uma premissa cientificamente falsa, ao presumir que as condutas assim rotuladas legalmente carregam necessariamente em suas entranhas o caráter de hediondez indiscutível. Do ponto de vista ético-jurídico, em muitos casos não será possível aceitar esse presumido maior grau de repugnância de um crime hediondo, assim conceituado aprioristicamente, em relação a outros crimes também graves, por circunstâncias as mais diversas. Qual, por exemplo, seria a diferença substancial entre um homicídio simples, praticado contra criança de cinco anos de idade, ou com a agravante de ser a vítima o filho do próprio sujeito ativo e uma extorsão mediante seqüestro, ou um estupro, nestes dois últimos casos, sem que a vítima tenha sofrido violência física de maior consequência? Nenhuma! Numa escala mais apurada e rigorosa de valores éticos, as duas hipóteses de homicídio, dependendo das circunstâncias, talvez possam ser mais graves e repugnantes e, no entanto, não são legalmente consideradas hediondas.

Na prática, não será rara a hipótese de crime hediondo, assim definido na LCH, que deixe de apresentar o caráter de presumida hediondez. Onde poderemos encontrar elementos convincentes para afirmar esse juízo de reprovação extrema, em relação ao estupro cometido por um jovem de dezoito anos, contra sua namorada, no interior de um automóvel, sem a utilização de violência física grave; ao traficante do primeiro crime, preso em flagrante com pequena quantidade de maconha, ou em relação a um estupro, também praticado sem violência grave, contra uma mulher que, com seu comportamento lascivo, acabou por provocar a ação do estuprador? São apenas exemplos entre infimos que demonstram a relatividade da natureza repugnante das condutas delituosas e o equívoco de se pretender rotular algumas delas como obrigatoriamente hediondas.

Apenas por hipótese, admitida a necessidade de adoção dessa categoria de crimes, pensamos que a alternativa aceitável seria a de se trabalhar com um conceito judicial de infração hedionda. Assim, caberia ao juiz a competência para fixar, em cada caso concreto e diante de circunstâncias profundamente reprováveis, o caráter de hediondez do crime praticado. A judicialização do conceito de crime hediondo, mesmo que possa gerar casuísmos, seria preferível ao critério adotado pela LCH.

8.3 Aumento desmesurado da pena mínima de alguns crimes hediondos

Com a promulgação da LCH, que aumentou as penas de alguns crimes hediondos, a balança do sistema penal ficou seriamente desequilibrada. Os crimes de latrocínio e de extorsão com resultado morte tiveram suas penas mínimas aumentadas de 15 para 20 anos de reclusão; o crime de extorsão mediante seqüestro, em todas as suas modalidades típicas, teve também aumentadas suas penas mínimas (no caso de morte, a pena mínima passou de 20 para 24 anos de reclusão, maior pena cominada a um crime); já os crimes de estupro e de atentado violento ao

pudor, tiveram suas penas mínimas aumentadas, respectivamente, de três e dois anos para seis anos de reclusão. Indiscutivelmente, o sistema perdeu o equilíbrio necessário para punir com equidade os infratores da lei penal.

A escala punitiva perdeu sua uniformidade e simetria no tratamento das condutas delituosas e passou a trabalhar com categorias de pesos e medidas repressivas quantitativamente bem mais severas para certos crimes, enquanto, para outros, a resposta punitiva continua relativa ou proporcionalmente bem mais branda. Basta atentar para o fato de que o homicídio simples continua punido com pena mínima de seis anos de reclusão; o homicídio culposo comum com um ano de detenção; o homicídio culposo de trânsito, com dois anos; a lesão corporal gravíssima, com dois anos de reclusão. A disfunção do sistema penal aparece hoje como uma intolerável fratura exposta, que precisa ser devidamente sanada e recomposta.

8.4 Uma lei marcada pelo compromisso com proibições e restrições à liberdade individual

Conforme assinalamos acima, a LCH emergiu de uma vontade política de ocasião, inspirada no Movimento da Lei e da Ordem. Portanto, é explicável o seu compromisso político-jurídico com o princípio da severidade, baseado na discutível premissa de que é válido, eficaz e legítimo combater a delinquência sempre com maior rigor legal. E o resultado foi a aprovação de uma lei vocacionada para proibir e restringir situações jurídico-penais relacionadas com os autores de infrações penais rotuladas de hediondas.

É verdade que ao proibir, de forma apriorística e absoluta, a concessão de fiança, de graça e de indulto ao autor de crime hediondo (art. 2.º, I e II), a LCH proibiu o que, em regra, já era proibido. Mesmo antes dessa lei repressiva, o autor dos crimes mais graves, aí incluídos com maior razão os classificados como hediondos, já não usufruía do benefício da fiança e era sistematicamente excluído do rol dos beneficiados pelos decretos de graça ou de indulto. No entanto, deve ser assinalado que a proibição de concessão deste último instituto, é inconstitucional por contrariar o disposto no art. 84, XII, da CF, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para conceder os benefícios do indulto e de comutação de penas.

Quanto ao benefício da anistia, por ser em regra destinada a extinguir a punibilidade de certos crimes, geralmente de natureza política ou praticados durante determinado período da vida política do país, também não é comum ser utilizada para beneficiar o autor de uma infração classificada como hedionda. Porém, é possível que, em circunstâncias muito especiais, seja aconselhável o recurso à anistia para extinguir a punibilidade de determinados crimes, mesmo se hediondos, praticados num passado político que se pretenda passar a limpo. Com a proibição expressa prevista na LCH (art. 2.º, I) e na própria Constituição Federal (art. 5.º, XLIII), essa hipótese embora remota não será mais possível.

A LCH proibiu, também, e de forma absoluta, a concessão de liberdade provisória aos autores de crime hediondo (art. 2.º, II). A doutrina tem entendido que

essa proibição é insustentável em face do princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF) e também do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF). A jurisprudência não respaldou essa posição doutrinária e, em consequência, admite a validade dessa regra proibitiva. No entanto, não são raras as hipóteses de concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante ou aos condenados em primeiro grau pela prática de crime classificado como hediondo.

A proibição de progressão de regime prisional ao condenado por crime hediondo (art. 2.º, § 1.º) é a que despertou a crítica mais acirrada e causou maior divergência entre doutrinadores e a jurisprudência dos tribunais. Trata-se de proibição geradora de graves consequências práticas. Todos os condenados por crime hediondo estão submetidos a esse processo de execução penal bem mais rigoroso, pois são obrigados a cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado.

Os tribunais, ao contrário dos doutrinadores, mesmo após a promulgação da Lei 9.455/97, que admite a progressão de regime prisional para condenados por crime de tortura, firmaram entendimento no sentido de que o § 1.º do art. 2.º da LCH, que fixa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, não afronta a Constituição Federal e nem foi derogado pela Lei contra a Tortura. Em consequência, recepcionaram a validade e legitimidade dessa norma proibitiva, que torna o processo de execução da pena bem mais rigoroso para os condenados por qualquer uma das infrações hediondas.

Diante destas rápidas considerações a respeito de alguns pontos mais relevantes, verifica-se que a LCH foi aprovada pelo Congresso Nacional com um escopo bastante claro e definido: reprimir mais severamente, proibir a concessão de determinados benefícios penais e fixar certas restrições aos autores de crimes rotulados de hediondos. Sua aprovação surgiu como resposta a um movimento ocasional dos meios de comunicação social e da opinião pública em favor da intolerância e de maior rigor punitivo contra a figura do delinquente, vista como o estereótipo da maldade e da insegurança coletiva.

Embora aprovada em decorrência de um equivocado movimento de idéias envolvido pela passionalidade, a LCH surgiu para cumprir uma proposta bem definida: lançar as bases de um subsistema punitivo de maior intolerância e marginal ao Código Penal. Este subsistema foi sendo gradativamente ampliado com a edição de leis posteriores, conforme veremos em seguida.

9. O assassinato da atriz Daniela Peres e a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos – 2.ª lei de ocasião

O texto original da Lei 8.072/90 não incluía o homicídio doloso, principalmente o qualificado, no rol dos crimes hediondos. Tratava-se de uma omissão injustificável e representava uma enorme janela da contradição por onde se vislumbrava o grande – talvez o pior – equívoco da LCH: a mais grave das infrações, “o ponto culminante na orografia dos crimes”, no dizer de Hungria, não havia recebido o rótulo legal da hediondez.

Era preciso, portanto, dotar a LCH do mínimo de lógica e coerência punitiva e incluir o homicídio na relação cinzenta das infrações legalmente hediondas. A omissão, que constituía um intolerável paradoxo, acabou sendo suprida com a aprovação da Lei 8.930/94, fruto de mais um casuismo normativo. A primeira lei modificadora do rol dos crimes hediondos teve sua origem imediata num fato notório e de grande repercussão nacional: o assassinato da atriz de televisão Daniela Peres. Objeto de intensa e sensacional manipulação pela mídia, o fato, entretanto, não deixava de ser um caso a mais do cotidiano criminal brasileiro. Sua mãe, escritora de novelas, com o apoio dos meios de comunicação social, principalmente, dos *bustos falantes* dos jornais televisivos, expressão empregada por Alberto Silva Franco, conseguiu articular um forte movimento de manipulação e de motivação da opinião pública em favor da inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

Esse artificial movimento social, criado em cima de um fato do cotidiano criminal, indiscutivelmente, representou o fator político determinante para motivar o Congresso Nacional a aprovar a Lei 8.930/94.

Por outro lado, não se pode negar que, ao incluir o homicídio no rol dos crimes hediondos ordinários, o legislador de 94 também pretendeu dar uma resposta punitiva mais severa aos autores dos assassinatos e das chacinas, responsáveis por esse sinistro quadro de *matança urbana* que ainda toma conta de algumas cidades brasileiras, principalmente Rio de Janeiro e São Paulo. As execuções sumárias de “bandidos” e “criminosos perigosos”; os ajustes de conta entre traficantes; as “queimas de arquivo”; a simples eliminação de vidas humanas por vingança ou “espírito justiceiro”, enfim, a banalização da ação homicida geralmente praticada por quadrilhas, bandos ou grupos de extermínio, que marcam de forma sinistra o cotidiano dos grandes aglomerados urbanos de nosso país, indiscutivelmente, contribuíram também para motivar politicamente os autores da Lei 8.930/94.

Entendeu o legislador que era preciso estancar esse morticínio desenfreado e cruel, essa verdadeira guerra urbana que se trava à margem da ação controladora do poder do Estado. E o fez, mais uma vez, de forma casuística e através de medidas puramente repressivas, inserindo o homicídio qualificado e uma estranha forma de homicídio simples – o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio – na rigorosa relação dos crimes hediondos.

10. O episódio da Favela Naval como fator determinante da Lei contra a Tortura – 3.ª lei de ocasião

10.1 Tortura no Direito Penal brasileiro: inexistência de um tipo penal autônomo até 1997

No Brasil, até a promulgação da Lei 9.455/97, a prática da tortura não constituía em si mesma uma espécie de crime. Inexistia, na legislação repressiva,

uma conduta autônoma definida com o *nomen juris* de tortura. Era prevista apenas como uma circunstância agravante (art. 61, II, *d*), incidente em relação a certos crimes de violência (lesão corporal, estupro, roubo, por exemplo), ou qualificadora do homicídio (art. 121, § 2.º, III), ambos os dispositivos do Código Penal. Como circunstância agravante ou qualificadora, a tortura estará presente num destes delitos, quando praticados mediante atos reiterados de extrema perversidade e com o propósito previamente deliberado de causar profundo sofrimento na vítima.

Quanto à inexistência de um tipo penal comum e autônomo, com o *nomen juris* de tortura, a doutrina manifestou-se de forma unânime nesse sentido: a prática da tortura, não obstante a referência constitucional e da própria lei ordinária específica, não constituía até então crime autônomo. Pode-se dizer que convivíamos com uma situação jurídico-penal inusitada, marcada pela existência de uma *ilicitude penalmente atípica*.

10.2 Lei 9.455/97 e a incriminação da tortura

Não podemos esquecer, no entanto, que a Constituição Federal de 88 (art. 5.º, XLIII) e, posteriormente, a LCH referem-se à tortura como um crime cuja prática está sujeita aos gravames ali estabelecidos. Se a simples referência ao *crime de tortura* era insuficiente para criar um tipo penal que respeitasse todas as garantias exigidas pelo princípio da legalidade, especialmente a regra da taxatividade, é inegável que a existência de uma disposição legal e constitucional explícita impunha ao legislador a iniciativa de incriminar a tortura, por meio de um tipo penal com todos os elementos legais indispensáveis. Isto veio a acontecer com a aprovação da Lei 9.455, de 07.04.1997.

A primeira observação crítica, que deve ser feita a essa norma repressiva, refere-se ao atropelo que, mais uma vez, marcou o processo de discussão e de votação de uma lei integrante desse subsistema punitivo marginal ao Código Penal. Embora existissem, há muito tempo, projetos em tramitação no Congresso Nacional, a verdade é que a Lei 9.455/97 foi discutida sumariamente e votada de forma acelerada, sob o impacto emocional causado pelo episódio da Favela Naval, em Diadema, no qual policiais militares constrangeram, espancaram inúmeras pessoas, abusaram da autoridade e causaram a morte de uma delas, durante um blitz policial. Amplamente noticiado pelos meios de comunicação de massa, o fato causou enorme repercussão em todo o país e acabou motivando os congressistas a agilizarem o processo legislativo que culminou com a aprovação dessa lei.

A respeito desse fator episódico e imediato determinante da Lei contra a Tortura, o advogado criminalista José Carlos Dias observou que a mesma foi “promulgada quando a nação se encontrava em estado de choque com a cena de brutalidade” verificada na mencionada favela (*Revista Consulex* 8/10, ago. 1997). A mesma opinião foi manifestada por Miguel Reale Júnior: “É lamentável que no Brasil as leis sejam elaboradas sob o impulso de fatos. Se não fosse a violência

ocorrida em Diadema, não seria aprovada e sancionada esta lei, que o foi do dia para a noite, em clima emocional" (idem, p. 14).

10.3 Tortura como crime hediondo especial

Com a promulgação da CF de 88 e, posteriormente, da LCH, passamos a contar com duas categorias normativas de crime hediondo. A primeira é representada pelas infrações assim consideradas pela própria Constituição Federal (inc. XLIII do art. 5.º): a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de drogas (*crimes hediondos constitucionais*). Os demais constituem o rol dos *crimes hediondos ordinários*, por terem sido assim denominados através de lei ordinária (LCH).

Não obstante a distinção de origem normativa, todos esses crimes hediondos estavam sujeitos às mesmas medidas de maior rigor penal previstas na LCH. Esta não admitia qualquer distinção de tratamento penal, em razão da diferença existente entre as diversas infrações criminais ali relacionadas.

A Lei 9.455/97, no entanto, deu tratamento próprio e consideravelmente mais brando ao crime de tortura, a começar pela quantidade de pena cominada para as diversas modalidades típicas descritas em seu artigo primeiro. Ao fixar pena mínima de dois anos e máxima de oito anos de reclusão para os casos de *tortura simples*; de um a quatro anos de detenção para os casos de *tortura por omissão*, e de oito a dezesseis anos de reclusão para os casos de *tortura qualificada pelo resultado morte*, o legislador de 97 abandonou o barco da severidade capitaneado pelo Movimento da Lei e da Ordem, cuja filosofia penal orientou o legislador de 90.

Basta assinalar que, com a LCH, as penas mínimas, cominadas em abstrato para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, saltaram de três e dois, respectivamente, para seis anos de reclusão. Se considerarmos as penas cominadas para as formas qualificadas (art. 223 do CP) dessas infrações contra a liberdade sexual, verificamos que a diferença de tratamento é ainda muito maior. A mitigação do rigor punitivo dispensado à tortura fica também evidenciada se compararmos as quantidades das penas previstas para esta espécie de infração hedionda, com aquelas cominadas aos demais crimes hediondos classificados pela LCH.

A flexibilização do rigor punitivo dispensado ao crime de tortura não se limitou apenas ao plano da quantificação da pena cominada em abstrato. Manifestou-se, também, em relação a outras medidas penais aplicáveis aos demais crimes hediondos: a Lei contra a Tortura não proíbe expressamente a progressão no regime prisional, nem estabelece certas restrições de natureza penal como o faz a LCH.

Diante desse quadro repressivo mais brando, podemos classificar a tortura como um *crime hediondo especial*, ou seja, um crime hediondo constitucional, como é o caso do terrorismo e do tráfico ilícito de drogas, mas sujeito a um tratamento repressivo especialmente mais brando. Esse tratamento diferenciado para reprimir autores de crimes de uma mesma categoria, tem gerado sérias controvérsias, tanto na doutrina quanto no campo da jurisprudência.

10.4 Regime inicial de execução da pena em regime fechado e progressão de regime prisional

Diferentemente das demais infrações hediondas, o autor de um crime de tortura não será obrigado a cumprir a pena integralmente em regime fechado. Prevê a nova lei repressiva que o “condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2.º, *iniciará* o cumprimento da pena em regime fechado” (art. 1.º, § 7.º). Como se vê, a Lei contra a Tortura, no tocante ao regime de execução da pena, adotou um tratamento punitivo bem menos rigoroso do que a LCH.

A partir da Lei 9.455/97, criou-se uma fissura no sistema de extremo rigor estabelecido pela LCH, que não admite a progressão de regime no processo de execução da pena dos condenados por crime hediondo. Ao dispor que o condenado *iniciará* o cumprimento da pena em regime fechado, a Lei contra a Tortura deixa implícito que, se o condenado tiver mérito suficiente, poderá passar do regime fechado ao semi-aberto e deste ao regime aberto. Assim, o condenado por um crime de tortura, desde que apresente um desempenho prisional meritório, terá, em tese, direito à progressão de regime. Quanto a essa possibilidade jurídica, não há qualquer dúvida ou divergência doutrinária.

É indiscutível, portanto, o fato de que a Lei contra a Tortura trouxe consigo uma alteração significativa, em termos de abrandamento do regime prisional, a ser aplicado ao condenado por um dos crimes hediondos, que é o caso da tortura. A inovação legislativa mais favorável trouxe também incerteza ou insegurança jurídica e uma interminável polêmica, a respeito da possibilidade de aplicação desse dispositivo mais benéfico (§ 7.º do art. 1.º da Lei contra a Tortura) aos condenados pelos demais crimes hediondos

Na doutrina, há uma corrente majoritária entendendo que o § 7.º do art. 1.º da Lei contra a Tortura, revogou tacitamente o § 1.º do art. 2.º da LCH. (Ney Moura Teles. “A Lei 9.455/97 revogou o art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos”. *Revista Consulex* 5, maio 1997, p. 18-24. Sérgio Salomão Shecaira. “Algumas considerações sobre a nova Lei de Tortura”. *Boletim IBCCrim* 54/2, maio 1997. Oswaldo H. Dueck Marques. “Breves considerações sobre a criminalização da tortura”. *Boletim IBCCrim* 56/6-7, jul. 1997. Alberto Silva Franco. “Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9.455/97”. *RBCCrim* 19/68-69, jul.-set. 1997. Ver, ainda, do mesmo autor: “O regime progressivo em face das Leis 8.072/90 e 9.455/97”. *Boletim IBCCrim* 58/2, (ed. especial), set. 1997).

No entanto, não é esse o entendimento do STF, que reconheceu plena vigência ao dispositivo legal que impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado aos condenados pelos demais crimes hediondos. Essa leitura hermenêutica do STF foi aplicada em diversos julgamentos e acabou por consolidar a posição da Suprema Corte sobre a matéria, nos seguintes termos: “A possibilidade de progressão do regime prisional facultada pela Lei 9.455/97 para os crimes de tortura, não se estende aos demais crimes hediondos” (HC 80.804-SP, *DJU* 01.06.2001, p. 78).

No STJ, também prevalece a tese de que a Lei contra a Tortura não derogou o § 1.º do art. 2.º da LCH, que impõe aos condenados por crime hediondo o

cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, os quais permanece sem direito, portanto, à progressão de regime.

No julgamento do REsp 205.472-RS, assim se manifestou a 6.^a Turma daquela Corte Superior de Justiça: “A Lei 9.455, de 1997 não revogou, por extensão, o art. 2.^o, § 1.^o, da Lei 8.072/90. Esta não autoriza a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes etc. Já aquela, consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura” (*DJU* 08.03.2000, p. 167). Essa posição hermenêutica firmada pelo STJ, acerca do sentido do direito contido no § 1.^o do art. 2.^o da LCH, foi reiterada nos seguintes julgamentos: REsp 280.304-SP, 6.^a T., *DJU* 23.04.2001, p. 195; HC 15.223-SC, 5.^a T., *DJU* 23.04.2001, p. 175; HC 20.955-SP, 5.^a T., *DJU* 23.09.2002, p. 372; REsp 398.057-RS, 5.^a T., *DJU* 23.09.2002, p. 375; HC 22.094-SP, 6.^a T., *DJU* 16.09.2002, p. 236; e REsp 299.664-MG, *DJU* 09.09.2002, p. 249.

10.5 Argumentos do art. 2.^o, § 1.^o, da LCH em favor da tese derogadora

Embora sejam respeitáveis os entendimentos do STF e do STJ, cremos que a tese da derrogação do § 1.^o do art. 2.^o da LCH é a mais correta e a que melhor se compatibiliza com os princípios da boa hermenêutica jurídica. É preciso não esquecer que a matriz jurídica da categoria criminal rotulada de hedionda encontra-se positivada no art. 5.^o, XLIII, da CF, que fixou os marcos do espaço de competência do legislador ordinário. Nessa função específica, em se tratando de lei predeterminada ou demarcada pela Carta Magna, não poderia o legislador extrapolar os limites restritivos indicados pelo próprio Constituinte. Se este estabeleceu taxativamente que os autores de crime hediondo não terão direito à anistia, graça ou fiança, entendemos que a norma infraconstitucional não poderia criar outros gravames para esses infratores. Assim sendo, é possível afirmar que o dispositivo da LCH, que proíbe de forma absoluta a progressão de regime prisional, choca-se com a própria Constituição e isto seria suficiente para sustentar a tese de sua invalidade jurídica.

Além disso, com o advento da Lei contra a Tortura, dois outros argumentos de hermenêutica e de lógica jurídica podem ser alinhados para reforçar a tese da revogação do § 1.^o do art. 2.^o da LCH. O primeiro deles diz respeito à regra elementar que estabelece que a lei posterior revoga tacitamente a anterior, quando com esta é incompatível, ou quando disciplina a matéria de forma diferente daquela até então vigente. Não há dúvida de que a Lei 9.455/97 é lei posterior à Lei dos crimes hediondos. Também parece-nos não haver dúvida de que disciplinou a matéria de forma contrária àquela prevista na LCH. E o que é importante: a Lei contra a Tortura tratou da mesma matéria disciplinada na LCH, ou seja, tratou de disciplinar questões jurídico-penais relacionadas com um dos crimes hediondos, conferindo-lhe tratamento penal bem mais brando do que o previsto na norma anterior. Parece-nos que esse argumento, por si só, já seria suficiente para admitir a revogação do referido § 1.^o do art. 2.^o da LCH.

Um segundo argumento em favor da tese revogadora fundamenta-se nos princípios constitucionais da igualdade (art. 5.^o, I) e da individualização da pena (art.

5.º, XLVI). Hoje, já não se discute mais: as normas infraconstitucionais não podem ser corretamente interpretadas sem o necessário exame dos princípios consagrados pela fonte suprema de todo o sistema jurídico, que é a própria Constituição. Um desses princípios fundamentais é o da igualdade, que não deve ser entendido apenas no plano meramente formal. É preciso dar-lhe um sentido verdadeiramente material, para garantir a sua efetividade diante de situações jurídicas assimétricas e evitar que um processo interpretativo, meramente formal e assistêmico do sentido do direito contido na norma, possa conduzir o operador jurídico a adotar soluções geradoras de desigualdades inadmissíveis, porque contrárias ao princípio da igualdade. É o que ocorrerá se o autor de um crime hediondo de tortura for beneficiado com o direito à progressão de regime e os demais autores de outros crimes também rotulados de hediondos (alguns deles menos graves!), permanecerem proibidos de receber tal benefício.

Quanto ao princípio da individualização da pena, é sabido que o mesmo deve orientar o juiz da aplicação da pena, mas também, e principalmente, todo o processo de execução penal. Se uma lei proíbe expressamente e *ex ante*, como é o caso da LCH, a possibilidade de progressão de regime prisional, cremos que essa norma fere o princípio constitucional em tela.

Desta forma, não obstante a posição adotada pelo STF e STJ, cremos que a melhor hermenêutica aponta no sentido de que o § 7.º do art. 1.º da Lei 9.455/97 revogou o § 1.º do art. 2.º da LCH e, em consequência, os autores das demais infrações hediondas deveriam ser também beneficiados com a progressão de regime prisional. No entanto, o desencontro hermenêutico prossegue por conta de um cipoal de leis conflitantes, aprovadas sem a necessária discussão e maturação acerca do efetivo interesse, da conveniência política e da correta adequação técnico-jurídica de suas normas ao sistema penal vigente.

11. Síndrome da insegurança medicamental como fator determinante da Lei 9.677/98 – 4.º casuísmo

11.1 Onda de medicamentos falsificados, sensacionalismo da mídia e reação passional da opinião pública

Mais um casuísmo marcou o tortuoso processo de construção do subsistema repressivo dos crimes hediondos. A Lei 9.677, de 02.07.1998, que deu nova redação ao texto do art. 273 do CP e inseriu o crime de falsificação de substância ou produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol das infrações hediondas, constituiu-se em mais um exemplo de lei repressiva aprovada pelo Congresso Nacional, sem o necessário processo de discussão e maturação do conteúdo de sua proposta repressiva. O projeto de lei foi votado sob o impacto causado por notícias alarmantes sobre medicamentos falsificados.

Na verdade, o primeiro semestre do ano de 1998 havia sido marcado por uma série de denúncias sobre falsificação de produtos medicinais. Veiculadas com intenso sensacionalismo pela mídia, essas ações falsificadoras de medicamentos

chocaram a opinião pública e acabaram gerando um forte sentimento de repulsa popular que, mais uma vez, influenciou a vontade parlamentar no sentido de votar medidas penais mais severas, a fim de combater aquele surto episódico e artificial de criminalidade contra a saúde pública.

Indiscutivelmente, a Lei 9.677/98 foi fruto jornalístico criado por aquele episódio da recente história da criminalidade brasileira. Os meios de comunicação social, através de reportagens onde os possíveis casos de falsificação de medicamentos eram divulgados com enorme carga de emoção e de exagero, conseguiram criar uma verdadeira síndrome da insegurança medicamental. A reportagem de capa da Revista *Veja* 27, de 08.07.1998, com o título "O paraíso dos remédios falsificados", é suficiente para demonstrar a carga de sensacionalismo e de des-tempero com que foi tratado esse grave fato. O ministro da saúde, embora sem competência em matéria de justiça penal, ameaçou de cadeia os falsificadores de remédio, acusando-os de *assassinos de doentes*.

Foi nesse ambiente de tensão social, agudizado pelos meios de comunicação social, principalmente pelos telejornais brasileiros, que os parlamentares aprovaram a Lei 9.677/98 e que inseriu o crime de falsificação de medicamentos no rol cinzento das infrações penais hediondas. Conforme assinalou Andrei Koerner, ao se referir a essa questão, lamentavelmente "o sistema político passou a funcionar segundo o tempo da mídia, e a atuar de forma reativa às suas demandas" ("Desordem legislativa, distribuição de poder e desigualdade social – Reflexões a propósito da Lei 9.677, de 2 de julho de 1998". *Boletim IBCCrim* 71/2, out. 1998).

Os equívocos foram tão evidentes e grosseiros que, menos de um mês após, o texto original teve de ser retificado por meio de uma nova Lei, a de n. 9.695/98, para excluir da categoria de crime hediondo a conduta de falsificação de substância ou produto alimentício, descrita no art. 272 e seus parágrafos do CP.

Com essa nova lei, ficou acrescentado o inciso VII-B ao art. 1.º da LCH, para rotular mais uma conduta criminoso (que é o tipo penal descrito no art. 273 e seus parágrafos do CP), como crime hediondo. O dispositivo legal em referência está assim redigido: "O art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, alterado pela Lei 8.930, de 06.09.1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos: 'Art. 1.º (...) VII-A – (Vetado). VII-B – *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais*' (art. 273, *caput* e § 1.º, § 1.º-A e § 1.º-B, com a nova redação dada pela Lei 9.677, de 02.07.1998)". (Grifo nosso.)

Não obstante suas imperfeições de técnica legislativa, a Lei 9.677/98 está em vigor e deve ser aplicada aos autores do crime hediondo descrito no art. 273 e seus parágrafos do CP. Na verdade, em matéria de crime hediondo, as alterações resultantes da aprovação desta Lei, com a retificação introduzida pela Lei 9.695, foram as seguintes: completa reformulação da descrição típica da conduta criminosa prevista no art. 273, com a utilização de novos parágrafos e incisos, inclusive de dois § 1.º, identificados com as letras A e B; classificar como crime hediondo, unicamente, a conduta de falsificar de *produto medicinal ou terapêutico*, excluindo desta categoria o crime de falsificação de produto ou substância alimentícia, tipificado no art. 272 do CP; e aumento da pena para dez anos, no mínimo e quinze anos de reclusão, no *máximo*.

11.2 *A Lei dos Crimes Hediondos e o crime de falsificação de produto medicinal ou terapêutico*

A inclusão do crime de falsificação ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais na relação dos crimes hediondos acarretou consequências jurídico-penais graves para os seus autores. A primeira, e indiscutivelmente a mais grave delas, está relacionada com o aumento dos limites mínimo e máximo das penas cominadas em abstrato. A Lei 9.677/98 reformulou a descrição dos tipos previstos nos arts. 272 e 273 do CP. Com a nova redação, o primeiro passou a tratar apenas da falsificação de substância ou produto alimentício e o segundo da falsificação de produto destinado a fins medicinais. Para ambos os tipos penais, as sanções foram significativamente aumentadas.

No caso do crime de falsificação de produto terapêutico, que é o que nos interessa, por ser classificado como hediondo, a pena mínima foi aumentada de um para dez e a máxima de três para quinze anos de reclusão. Essas penas, agora majoradas, aplicam-se tanto ao tipo penal descrito no *caput*, quanto às formas assemelhadas descritas no §§ 1.º e 1.º-B do art. 273. É preciso esclarecer que a pena anteriormente cominada não se referia propriamente ao crime de falsificação de produto medicinal, mas a uma figura criminosa bifacetada que tinha a seguinte rubrica: "alteração de substância alimentícia ou medicinal". De qualquer modo, não se pode deixar de reconhecer que o aumento chegou às fronteiras do exagero.

A majoração dos marcos penais insere-se na trilha punitiva aberta pela LCH e é até explicável, em se tratando de conduta dolosa que pode colocar em sério risco ou causar irreparável dano à saúde pública. No entanto, é preciso reconhecer que, principalmente no tocante à pena mínima, o aumento foi realmente exagerado. Pode-se dizer que, com o expressivo aumento das penas cominadas em abstrato, o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais recebeu a indispensável armadura de repressividade para ingressar no clube da severidade, cujo estatuto penal é fixado pela LCH.

Por estar catalogado na categoria das infrações hediondas, além do aumento das penas, este crime está sujeito às demais consequências penais e processuais penais previstas na LCH: proibição da concessão de fiança, graça, anistia, liberdade provisória etc. Nesse ponto, é preciso frisar que, para esse tipo de crime hediondo, o legislador afastou-se da linha repressiva, bem mais branda, adotada na elaboração da Lei contra a Tortura, promulgada um ano antes.

12. Crime de extorsão mediante seqüestro e o benefício da delação premiada

12.1 *Lei 9.269/96 e nova redação do § 4.º do art. 159 do CP.*

Ao instituir uma nova causa de diminuição de pena, específica ao crime de extorsão mediante seqüestro, a LCH criou um grave problema de hermenêutica

jurídica que ainda perdura, por conta de normas posteriores que procuraram retificar equívocos ou estender o benefício a outras infrações. Por meio de seu art. 7.º a LCH, em seu texto original, acrescentou ao art. 159 do CP o § 4.º e criou uma causa de redução de um a dois terços da pena, com o objetivo de favorecer o co-autor que, voluntariamente, viesse a colaborar com a polícia ou com a justiça criminal na libertação da vítima encarcerada. O referido dispositivo tinha a seguinte redação original: “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

A redação do dispositivo em análise era indiscutivelmente deficiente. Numa interpretação literal, o mero partícipe não teria sido contemplado pela minorante prevista no novo dispositivo legal, que somente se refere ao *co-autor*. É sabido que, com a Reforma Penal de 1984, o Código abriu espaço para a teoria dualista em matéria de concurso de agentes. Com isto, não somente a doutrina, como também o direito positivo brasileiro, distinguem hoje o co-autor do partícipe. Ora, se este é o que tem participação secundária na prática do crime, jamais poderia ser excluído do benefício legal. O dispositivo referia-se ao crime cometido por *quadrilha ou bando*, o que poderia conduzir à interpretação – também equivocada – de que todos os agentes seriam necessariamente autores e a crítica, por isso, não teria procedência, uma vez que não haveria delação possível senão de um co-autor.

Esse lamentável equívoco acabou sendo corrigido pela Lei 9.269/96, que deu nova redação ao § 4.º do art. 159 do CP. A causa de redução de pena passou então a ter a seguinte redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá a pena reduzida de um a dois terços”. A nova redação do dispositivo era indiscutivelmente mais adequada e permitia sua aplicação tanto ao autor ou co-autor, como ao partícipe de um crime de extorsão mediante seqüestro. Além disso, o novo dispositivo não se referia mais ao crime cometido por quadrilha ou bando, como fazia o texto original (art. 7.º da LCH).

Com a nova redação dada ao dispositivo, a minorante passou a beneficiar qualquer dos concorrentes que tivesse contribuído efetivamente para a libertação da pessoa seqüestrada.

12.2 Revogação do § 4.º do art. 159 do CP

No entanto, o novo texto legal dessa causa especial de redução da pena durou pouco, pois acabou revogado pela Lei 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas. Em seu lugar, o art. 13 criou uma nova figura de perdão judicial para beneficiar acusados-colaboradores da justiça criminal, enquanto o art. 14 criou uma nova causa geral de redução de pena.

Entendemos que esses novos dispositivos, mais abrangentes e mais favoráveis ao infrator, acabaram revogando tacitamente o § 4.º do art. 159 do CP.

12.3 A nova figura da colaboração ou do arrependimento premiado prevista na Lei 9.807/99 e seu campo de incidência

12.3.1 Aplicação apenas aos participantes de crimes de extorsão mediante seqüestro

Com a promulgação da Lei 9.807/99, surgiu um problema de hermenêutica. Consiste em saber qual o campo de incidência dos dois institutos despenalizadores, previstos nessa nova lei. Esta, em momento algum faz remissão à LCH, mas é evidente que amplia e aprofunda um benefício penal que ali já era previsto.

Por isso, um processo interpretativo meramente literal poderia conduzir ao entendimento de que o campo de incidência dos dois novos institutos despenalizadores fica restrito apenas aos casos de autores ou partícipes do crime de extorsão mediante seqüestro, descrito no art. 159 e seus parágrafos do CP. Na verdade, a redação dos incisos I a III do art. 13 e do *caput* do art. 14, que estabelece as condições para a concessão do perdão judicial e da causa de redução da pena, parece indicar que tais benefícios somente podem ser concedidos ao acusado que tenha colaborado para “a identificação dos demais co-autores ou partícipes”, para “a localização da vítima” e para “a recuperação total ou parcial do produto do crime”. Ou seja, para obtenção do benefício, a ação do acusado-colaborador deverá satisfazer obrigatória e cumulativamente os três requisitos legais.

Adotado este entendimento meramente literal, é evidente que as novas hipóteses de perdão judicial e de redução da pena somente teriam incidência no caso de crime de extorsão mediante seqüestro. Não seriam elas cabíveis em qualquer outra hipótese de crime, porque seria praticamente impossível, por exemplo, ocorrer uma hipótese de homicídio, de tráfico de entorpecentes ou de roubo, em que os três requisitos legais possam ser cumpridos cumulativamente por qualquer participante arrependido e sinceramente disposto a colaborar com a justiça criminal.

12.3.2 Aplicação aos participantes de crimes em geral

Creemos que a melhor interpretação do texto legal em exame não poderá trabalhar com elementos hermenêuticos tão restritos e inadequados. Nas hipóteses dos benefícios previstos nos arts. 13 e 14, entendemos que basta um simples exercício de lógica jurídica para constatar que os requisitos ali contidos não devem ser exigidos de forma cumulativa. O primeiro argumento em favor de uma interpretação extensiva reside na forma indeterminada ou genérica utilizada pelo legislador para disciplinar a matéria. Se o objetivo fosse o de restringir o campo de incidência destas duas novas figuras à hipótese exclusiva do crime de extorsão mediante seqüestro, o legislador teria feito remissão expressa a esta hipótese de infração criminal e simplesmente alterado a redação do § 4.º do art. 159 do CP.

Em segundo lugar, vale ressaltar que as condições descritas nos três incisos do art. 13 não estão ligadas pela conjunção aditiva *e*. É verdade, também, que o texto

legal não utiliza a conjunção alternativa *ou*. Em termos gramaticais e diante da omissão no uso da conjunção indicadora de qual teria sido a intenção do legislador, cremos que tanto o sentido cumulativo quanto o alternativo, no tocante à exigência das referidas exigências, seria admissível. Mas não em matéria penal, porque nesta área da ciência jurídica a interpretação deve sempre levar em consideração o *jus libertatis* do cidadão, que somente deve ser atingido, total ou parcialmente, quando a lei assim estabelecer de forma expressa e o interesse público o exigir de forma indiscutível e inafastável. Daí decorre uma regra de hermenêutica penal elementar: não cabe ao intérprete restringir a incidência de solução mais benéfica, quando a lei expressa e claramente não o fizer.

Além disso, a exigência cumulativa dos três requisitos inviabilizaria, na prática, a aplicabilidade dos novos benefícios penais, salvo em relação ao crime de extorsão mediante seqüestro e, mesmo assim, os casos seriam de difícil configuração. É preciso reconhecer que a exigência cumulativa da identificação dos demais concorrentes do crime, da localização da vítima e, ainda, da recuperação do produto do crime, excluiria a aplicação prática do perdão judicial e da causa de redução da pena aos demais crimes, tais como o homicídio, tráfico de entorpecentes, roubo, quadrilha ou bando, pelo simples fato de que, em regra, nessas infrações não há necessidade de localização da vítima, nem de recuperação do produto do crime.

Na verdade, tudo indica que o legislador, ao aprovar a norma em exame, trabalhou com a idéia de motivar os participantes de todos os crimes graves, mas acabou redigindo um texto legal colado ao âmbito da figura já existente e descrita no § 4.º do art. 159 do CP. Daí a dificuldade de interpretação, porque a Lei 9.807/99 disciplina a matéria em sentido amplo, referindo-se ao réu colaborador de forma genérica, mas utilizou uma forma lingüística confusa, que pode conduzir a uma interpretação gramatical restritiva e que somente admitiria a aplicação dos benefícios a determinado tipo penal. Porém, entendemos que não será esta a melhor interpretação do direito contido nos dois dispositivos legais em exame.

A doutrina pesquisada sobre a matéria converge para afirmar que os requisitos devem ser exigidos de forma alternativa e não cumulativamente (Damásio de Jesus. "Perdão judicial. Colaboração premiada". *Boletim IBCCrim* 82/5, set. 1999; David Teixeira de Azevedo. "A colaboração premiada num direito ético". *Boletim IBCCrim* 83/6, out. 1999).

No entanto, a imprecisão e a dúvida persistem, em face da inexistência de decisões jurisprudenciais sobre a matéria.

12.4 Lei 10.409/2002 e a figura do acusado-colaborador

12.4.1 Texto promulgado é penalmente inócuo

Após vinte e cinco anos de vigência, a Lei 6.368/76 parecia superada e ineficaz para os fins a que se propunha: *prevenção, tratamento e repressão aos usuá-*

rios e traficantes de substância entorpecente. A partir de 1991, uma série de projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional e o resultado foi a aprovação e promulgação da Lei 10.409/2002. Esta, ao contrário de trazer consigo a solução para as questões jurídico-penais e processuais relativas à matéria, acabou se constituindo num grande problema de hermenêutica jurídica.

O projeto aprovado trazia consigo uma nova pauta incriminadora e sancionatória, além de normas fixadoras de um novo procedimento, que garantiam prazos mais dilatados para o cumprimento dos diversos atos processuais integrantes da instrução criminal. Previa também a possibilidade de não aplicação de pena ou de redução desta, para beneficiar o autor do crime de tráfico de substância entorpecente, que viesse a colaborar com a justiça criminal. Por outro lado, continha ao menos duas inovações polêmicas: admitia a concessão de anistia e, principalmente, de progressão de regime prisional, para o condenado por crime de narcotráfico.

Esta última inovação representava mais uma enorme fissura no subsistema punitivo mais severo e marginal ao Código Penal, estabelecido pela Lei 8.072/90. Isto desencadeou uma forte reação de entidades (principalmente a Confederação Nacional do Ministério Público – Conamp) contrárias ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional.

Embora tenha sido reivindicado o veto integral do projeto aprovado pelo Congresso, o Presidente da República decidiu vetá-lo parcialmente e sancioná-lo com um grande número de vetos (entre artigos, parágrafos e incisos, foram 85 os dispositivos vetados). Consideradas apenas as normas de natureza penal (capítulo III), pode-se dizer que a incidência do veto presidencial foi total. Isto fez com que essa lei fosse promulgada com uma série de contradições, de omissões e de impropriedades técnico-jurídicas.

Após uma década de debates e de estudos, acabou sendo aprovado um texto legal deformado, desfigurado, lacunoso e com muitas imperfeições técnico-legislativas. Diante da extensão e profundidade dos vetos apostos ao projeto de lei aprovado pelo Congresso, estamos convivendo com um texto penalmente inócuo. Na verdade, teria sido preferível o veto total do projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

12.4.2 Ineficácia dos §§ 2.º e 3.º do revogado art. 32 da Lei 10.409/2002

Esquecendo-se de que os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 já permitem a concessão de perdão judicial e de redução de pena para os acusados que colaborem com a justiça criminal, a nova Lei de Entorpecentes veio a conceder benefícios semelhantes aos acusados de tráfico ilícito de drogas. E o fez de forma tecnicamente deficiente e confusa, porque o *caput* do art. 32 e seu § 1.º foram vetados e a matéria continuou disciplinada nos §§ 2.º e 3.º. Como o parágrafo é dispositivo legal complementar do principal, que é o artigo, se este é vetado, é compreensível que a matéria tratada no dispositivo como um todo, perderá parte significativa de seu conteúdo jurídico. Um dispositivo legal representado apenas por parágrafos re-

manescentes de um veto que atingiu o *caput* do artigo, apresentará indiscutivelmente uma dificuldade muito grande de interpretação, por falta de objetividade, de clareza e de completude jurídica. Esses dispositivos complementares ou secundários ressentir-se-ão da necessária autonomia normativa, que têm sua origem num comando principal que deixou de existir juridicamente.

Há, realmente, um conflito de normas de difícil solução. Pode-se entender que os §§ 2.º e 3.º, remanescentes de um dispositivo cujo *caput* (art. 32) e seu § 1.º foram vetados, estão em plena vigência e devem ser aplicados ao indiciados e acusados por crime de tráfico, que venham a colaborar efetiva e eficazmente para com a justiça criminal. Afinal, são dois dispositivos que asseguram benefícios aos participantes dessa espécie de infração hedionda e há uma regra de hermenêutica que determina a aplicação da norma especial em detrimento da geral. Assim, aos participantes de crime de tráfico de drogas, que venham a colaborar com a justiça criminal, seriam aplicadas essas regras específicas disciplinadoras das questões relacionadas com a delação premiada e não aquelas de caráter geral previstas nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99.

Não nos parece aceitável essa posição hermenêutica. Cremos que os referidos §§ 2.º e 3.º constituem uma espécie inusitada de dispositivo legal juridicamente inócuo ou ineficaz. Assemelham-se a meteoros errantes e perdidos no espaço normativo que lhes deu vida jurídica, onde permanecem sem qualquer função, a qual se perdeu no momento em que o corpo principal de onde se originou (art. 32, *caput*) foi vetado.

Apesar da dificuldade de hermenêutica para se estabelecer o direito aplicável a essa matéria, cremos que os casos de redução de pena, de sobrestamento do processo (figura processual inusitada) e de não aplicação da pena não podem ser tratados com base nos referidos §§ 2.º e 3.º do vetado art. 32 da Lei 10.409/2002.

12.4.3 Benefícios da delação premiada continuam disciplinados pelos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99

Cabe ressaltar que não foi somente o *caput* do artigo que foi vetado, deixando o dispositivo ferido de morte em termos de completude de seu comando ou de suas normas, o que já seria suficiente para afastar a aplicação dos dois parágrafos aos casos de participante colaborador da justiça criminal. É preciso não esquecer que os capítulos IV e V da Lei 10.409/2002 têm a função disciplinar matéria de direito substantivo que deixou de existir, em razão de veto presidencial ao texto aprovado pelo Congresso Nacional. Esse fato, parece-nos, reforça a tese de inaplicabilidade dos novos e específicos parágrafos aos participantes de crimes de tráfico de entorpecentes que pretenderem usufruir dos benefícios permitidos no caso de delação premiada.

Na verdade, se o Capítulo IV da Lei 10.409/2002 dispõe sobre o procedimento para julgamento dos crimes definidos no Capítulo III dessa mesma lei, capítulo este que foi integralmente vetado, cremos que a melhor solução é considerar ineficazes todas as normas procedimentais do referido Capítulo IV. Essas normas

foram promulgadas de forma equivocada pelo Chefe do Executivo para instrumentalizar um direito material que não chegou a ter existência jurídica. O veto integral das normas incriminadoras e descritivas dos novos tipos penais sobre narcotráfico, a nosso ver, implicou na derrogação implícita das respectivas normas processuais, aí incluídas aquelas positivadas nos §§ 2.º e 3.º do vetado art. 32. Essas normas podem até ter vigência formal, mas não dispõem de eficácia por falta do necessário direito material que lhes deu origem. São dispositivos legais que podem ser acoimados de *mulas sem cabeça*.

A posição que estamos sustentando não significa, em absoluto, negar o direito do indiciado ou do acusado por tráfico ilícito de drogas aos benefícios do perdão judicial ou da redução de pena. Ao contrário, entendemos que esse condenado, como qualquer outro, tem o direito a um destes dois benefícios, nos termos e observadas as condições estabelecidas pelos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 (sobre este tema ver nosso artigo "A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação". RT 782/443-458).

13. Conclusões

Concluindo, podemos afirmar que a legislação sobre crimes hediondos constitui hoje um verdadeiro labirinto de normas punitivas e restritivas da liberdade individual. Esse denso cipoal normativo, construído ao longo dos últimos 12 anos, por meio de *leis de ocasião* ou *leis de paixão*, acabou por consolidar um subsistema marginal ao Código Penal, ao qual podemos denominar *Direito Penal da severidade*.

Essas alterações constantes e de natureza pontual, realizadas por meio de remendos normativos que nem sempre atendem aos melhores princípios de técnica e de política criminal, têm gerado sérios problemas de interpretação e, o que é mais grave, têm dificultado a aplicação aos casos concretos. A cada nova lei repressiva extravagante, o Direito Penal perde sua identidade de verdadeiro ordenamento jurídico, cujas normas devem guardar entre si a indispensável relação de equilíbrio, de reciprocidade e de mútua complementariedade, de proporcionalidade, de coerência e de harmonia sistêmica. Em síntese, o Direito Penal, como ordenamento jurídico, acaba atingido em seus princípios ético-políticos, de técnica e de lógica jurídicas.

Após doze anos de *Direito Penal da severidade*, os resultados em termos de prevenção e repressão à criminalidade são indiscutivelmente frustrantes: a violência urbana continua com maior intensidade e de forma ainda mais assustadora. Em consequência, aumentou a descrença nas instâncias formais de controle e nos seus mecanismos de prevenção e repressão da criminalidade. Nas grandes cidades brasileiras, os índices de criminalidade atingem cifras elevadíssimas e a população se sente cada vez mais insegura, mais intranquilha e sem esperança de autêntica paz social.

Esta triste realidade de hoje demonstra o grande equívoco político-jurídico de se pretender combater a delinquência violenta por meio de uma medida simplista

e, até certo ponto, ineficaz ou inócua: a promulgação de uma legislação que visa apenas reprimir e castigar com maior severidade.

É preciso repetir sempre a crença numa idéia há muito demonstrada no campo da investigação criminológica: a efetiva redução dos elevados e intoleráveis índices da criminalidade brasileira somente ocorrerá em consequência de uma profunda transformação da estrutura socioeconômica e política da nossa sociedade, tão desajustada e, ainda, tão desigual.

Por tudo o que foi exposto, entendemos que, diante das graves contradições e imperfeições apresentadas pela legislação dos crimes hediondos; diante das afrontas aos princípios constitucionais penais e aos princípios básicos do Direito Penal contemporâneo; diante dos casuísmos que marcaram a aprovação de suas leis; enfim, diante da inutilidade da carga punitiva contida nesse subsistema marginal ao Código Penal, a melhor solução seria a revogação pura e simples da legislação dos crimes hediondos, pelo Congresso Nacional.

Finalmente, cremos que seria aconselhável que a revogação das normas que integram esse subsistema punitivo marginal venha a ocorrer no espaço reservado a uma ampla discussão nacional acerca da reforma do próprio sistema penal brasileiro.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

DERECHOS HUMANOS Y RESPUESTAS A LA DELINCUENCIA – Reflexiones desde una ética de valores máximos

ANTONIO BERISTAIN

SUMARIO: 1. Evolución imparable de los paradigmas científicos – 2. Derecho básico de los victimarios: Código Penal con sanciones, pero sin castigos – 3. Derecho básico de las víctimas: protagonismo desde la “A” hasta la “Z” – 4. Derecho y deber básico de los operadores de la justicia: ciencia y praxis ética de valores máximos – 5. Anexo: las mujeres luchan para vencer el miedo – Bibliografía.

Resumen: Ante la urgencia internacional de establecer un Derecho Penal radicalmente nuevo en su teoría dogmática (más atenta a los derechos humanos y a las ciencias criminológicas) y en su praxis (más de acuerdo con las sanciones alternativas que “vacíen” las prisiones), se insiste en la inadmisibilidad de la impunidad, pero también de la venganza y del castigo; se aboga por el innovador protagonismo de las víctimas, antes, durante y después del proceso. Finalmente se patentiza el enriquecimiento que la ética y la axiología deben brindar a los operadores de la justicia restaurativa.

Palabras-clave: *Amnesty International* – Ética – Repersonalización, trabajo en beneficio de la comunidad – Victimización femenina.

*A las personas que trabajan como Voluntarias
en las Cárceles, A Amnesty International,
A los victimarios y a sus víctimas,
con respeto, profunda comprensión
y afecto fraternal.*

1. Evolucion imparable de los paradigmas científicos

El especialista en la teoría de la ciencia, Thomas Kuhn, fallecido el mes de junio de 1996, nos convenció a todos los científicos que nuestros paradigmas de ayer no tienen vigencia hoy, y que los hodiernos deben ceder su plaza a los de mañana. Por eso, actualmente los teóricos (y los prácticos) de la Justicia (penal) y la sociedad no se contentan con el *respeto* de los derechos humanos, sino que exigen su constante y creciente *desarrollo*. Su meta, añadimos nosotros, no está en

el mínimo ético de las leyes punitivas (del Derecho penal tradicional) sino en la ética de los valores máximos.

En esta ponencia comentaremos la necesidad de la evolución dinámica, imparable, de los derechos humanos de los tres lados del triángulo de la justicia penal: los victimarios, las víctimas y los operadores del Poder judicial. Comenzamos nuestra reflexión estudiando el derecho fundamental de los *delinquentes* a un Código Penal con sanciones, pero sin castigos y sin venganza (primera parte); seguimos con el derecho no menor de las *víctimas* a no ser meras convidadas de piedra desde el inicio de su victimización hasta el momento de haber sido totalmente asistidas y repersonalizadas (segunda parte). Al final (tercera parte), consideraremos el derecho (y deber) elemental, en cierto sentido *nuevo*, que tenemos los *operadores de la Justicia* de conocer y practicar una Ética de *máximos*, que supere nuestra actual ceguera, que abra nuestras pupilas a eutonológicos horizontes más generosos, más responsables, más gratificantes para todos. Que incluya el sentido del vivir y del morir, el *mysterium tremendum* (*sic*) del que hablan Karl R. Popper y John C. Eccles.¹

2. Derecho básico de los victimarios: Código Penal con sanciones, pero sin castigos

En nombre de la Justicia más elemental exigimos que ya hoy se respete y se desarrolle el derecho humano básico de las personas autoras, cómplices o encubridoras de un delito: el derecho a ser *sancionadas*, pero no a ser *castigadas*, no a ser objeto de venganza (aunque sí de sanción). El derecho a que el Código Penal les imponga una sanción, pero no les imponga castigo alguno, ni mal trato, ni tortura. Por desgracia, este derecho muchas veces no se respeta ni de obra, ni de palabra; ni en la práctica, ni en la teoría (lo cual merece mayor crítica).

Con excesiva frecuencia, de hecho, (además de sancionar) se castiga a los condenados. Y, lo que considero más reprochable: legalmente, de derecho, se escribe y se dice que es justo castigar a los delinquentes. En concreto (ésta es la cuestión que vamos a tratar ahora), algunos Códigos penales, como el nuevo Código Penal español, que entró en vigor el día 25.05.1996, emplean una semántica ambivalente, imprecisa y criticable, pues hablan de *castigar* (e incluso algunas veces de *castigo*) a los autores de delitos y faltas. Así, en los 18 primeros artículos del actual Código penal hispano aparece 13 veces el verbo *castigar*; en el Libro II, el mismo verbo se encuentra en casi todos los artículos; concretamente, 31 veces en los arts. 138 al 168. Dos artículos hablan de *castigo* como equivalente a pena: el 171. 3. "para facilitar el castigo de la amenaza", y el 612. 3.º "el que con ocasión de un conflicto armado (...) imponga castigos colectivos".

(1) Karl R. Popper; John C. Eccles (1993). *El yo su cerebro*. Madrid: Labor.

Lógicamente, algunos Magistrados hablan también de castigar y de castigo. Así Vicente Ortega Llorca, al estudiar la individualización y determinación de la pena² escribe (...) “las penas con que podía ser castigado por un determinado delito, dejando libremente en manos de los jueces la fijación del castigo que debía imponerse (...)”.

Creo que, aunque excepcionalmente, también el Código penal mejicano, hace algunos años, hablaba alguna vez de “castigar”, por ejemplo en el art. 195 (cfr. Decreto del 28.12.1974): “Se castigará con prisión de seis meses a un año (...)” (Hoy ha mejorado radicalmente la formulación de éste y otros artículos).

Consideramos importante y urgente que el Código penal y todas las leyes policiales, procesales, penales y penitenciarias destierren de su articulado los vocablos “Castigar” y “Castigo”. Si no lo hacen, se debe a que en el fondo conservan todavía una cosmovisión retributiva, en el sentido negativo de la palabra, y talional; peor aún, vindicativa. Opinamos que el tema no es baladí.³

Actualmente la teoría de los fundamentos y los fines de la pena y de las medidas penales (de seguridad y de reeducación) difiere radicalmente de la doctrina de siglos pasados. Hoy nadie propugna ni admite la expiación, la venganza, la *Sühne*, el “*malum passionis propter malum actionis*”, de Boecio (480-525). Hoy, la doctrina penal no permite, ni a la ley, ni al Juez, responder con un daño y un dolor al daño y al dolor que produjo el delincuente. Ya nadie admite el criterio talional del “ojo por ojo y diente por diente”. Hoy, todos los teóricos en Derecho Penal, como en Filosofía y en Teología, rechazan la doctrina retributiva de san Anselmo, arzobispo de Canterbury (1033-1109). Ningún jurista propugna hoy la venganza irracional, ilimitada. Ni la racional, ni la limitada.

Si las penas y las medidas penales se han transformado tan radicalmente en la teoría y también (aunque muchísimo menos) en la praxis, lógicamente debe cambiarse también su denominación, su nombre. Cuando, en siglos pretéritos, los códigos y los jueces y los funcionarios de Instituciones penitenciarias pretendían castigar y afligir y atormentar a los delincuentes, era lógico que se hablase de castigos.

Pero, en nuestros días, cuando los Convenios internacionales, las Constituciones nacionales, los catedráticos de Derecho penal, los códigos y los jueces y las Instituciones penitenciarias, proclaman que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (...)” (Constitución Española de 1978, art. 25), y que “La actividad penitenciaria

(2) Vicente Ortega Llorca (1993). “Individualización y determinación de la pena (Aspectos jurídicos)”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 18.

(3) Cfr. Ludwig Wittgenstein (1993). *Tractatus logico philosophicus*. 4. reimpr. Traducción e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Madrid: Alianza, p. 35: “3.22. En la proposición el nombre hace las veces del objeto”.

tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad (...)” (Reglamento Penitenciario español de 1996, art. 2), parece lógico y obligado que los Códigos penales y las otras leyes correspondientes no continúen hablando de castigos y de castigar. (Ya el año 1989, Lorenzo Morillas, en su monografía sobre la “Pena”⁴ reconoce que “La pena ha sido considerada frecuentemente como castigo”. Pero rechaza que deba mantenerse tal consideración, rechaza que la pena sea “venganza social contra el que delinque”).

Parece exigible que no se empleen estas palabras. Resultan más idóneos los vocablos “sancionar” y “sanción”. Deseable parece llegar más adelante, y crear palabras nuevas pues las realidades, las instituciones, que regulan y a las que se refieren son nuevas. Por ejemplo, el trabajo en favor de la comunidad es una creación, una innovación, jurídico-social que antes no existía.

Quizás incluso las palabras sanción y sancionar deban dejar su sitio a otros vocablos más de acuerdo con las teorías hodiernas. Quizás se debe hablar de *respuestas* al delito, de *consecuencias sociales*, de *creaciones criminológicas* etc.⁵

Estas afirmaciones entrañan contenidos de amplia y profunda transcendencia porque toda palabra manifiesta y/o engendra ideas, y toda idea manifiesta y/o engendra acciones.

A comienzos de 1995, hablando con una de las personas que preparaban el nuevo Código Penal español, le pedí que eliminasen del articulado estas dos palabras: castigar y castigo. Me contestó que no pensaban hacerlo porque, según los diccionarios más autorizados, esas palabras equivalen a sancionar y sanción y pena etc. Le respondí que los especialistas en cada tema –aquí Derecho penal y Criminología– debemos abrir caminos novadores y brindar vocablos nuevos a los señores Académicos de la lengua; debemos caminar delante de ellos; lo contrario equivaldría a poner el carro delante de los bueyes.

Por motivos más o menos conocidos, los diccionarios no tienen en cuenta la fontal diferencia que, según la doctrina jurídico penal hodierna, separa el castigo

(4) Lorenzo Morillas (1989): *sub voce*: “Pena”. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIX, Barcelona, p. 347. En sentido parecido, Carlos García Valdés (1987). *Teoría de la pena*. 1. reimpr. Madrid: Tecnos, p. 167 et seq.

Enrique Gimbernat, más en general, habla de “un revolucionario cambio en la concepción de nuestra disciplina” (E. Gimbernat, B. Schünemann, J. Wolter (Edit.) (1994). *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, p. 118). El considera que “el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea –en absoluto o en su rigor– innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible” (E. Gimbernat (1990). *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, p. 153).

(5) Antonio Beristain (1994). *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 337 et seq.

de la sanción penal. La inmensa mayoría de los diccionarios equiparan ambos vocablos; prescinden, desconocen o se olvidan de su distinto contenido. Al leerlos, se corre el peligro de ignorar que, como hace ya cuatro siglos escribió Francisco Suárez (1548-1617), una cosa es sancionar y otra muy distinta vengarse: "Aliud est punire, aliud vindicare". Por desgracia, los diccionarios no lo han tomado en cuenta todavía.

El *Diccionario de la lengua española*⁶ ofrece cinco acepciones de la palabra *sanción*: "Estatuto o ley. / 2. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. / 3. Pena que la ley establece para el que la infringe. / 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su *castigo* o pena. / 5. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre". (Subrayado mío).

De hecho, en el lenguaje popular la palabra *sanción* se emplea en todos estos sentidos, pero como penalista y criminólogo tengo que criticar que se equipare la *sanción* o la pena al *castigo*. Lo critico por múltiples motivos. Uno de ellos porque, según el mismo *Diccionario* de la Real Academia (p. 435), "castigar" equivale a "mortificar y afligir".

Sigamos leyendo el Diccionario. Del vocablo "castigo" ofrece seis acepciones (p. 435). Nos interesa la primera: "Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta". Y, por fin, de la palabra "castigar" brinda nueve acepciones, de las cuales nos interesa sobre todo la segunda (que acabo de citar): "mortificar y afligir".

María Moliner⁷ entiende por *castigo*, en primer lugar, "Acción de castigar" y, en segundo lugar, "Tormento". Al definir las múltiples acepciones del verbo "castigar", la primera coincide con la mayoría de los diccionarios, pues dice "Infligir un daño a alguien que ha cometido un delito o falta o que ha ofendido o causado algún daño a quien le castiga"; y entre los inmediatos sinónimos escribe "ahorcar, atormentar, azotar, lapidar, linchar, expiar, vindicta pública" etc. Resulta difícil creer que los especialistas en el control penal de la criminalidad admitan que cuando sancionan pretenden ahorcar, atormentar etc.

En el *Diccionario manual de sinónimos y antónimos*,⁸ "castigar" significa: "Penar, sancionar. 2 Mortificar, afligir. 3 Corregir, enmendar (tratándose de escritos)." A continuación, al comentar el vocablo "castigo" transcribe el comentario de José Joaquín de Mora en su *Colección de sinónimos de la lengua castellana*, del año 1855: "Castigo es el acto de imponer la *pena*; es el género, y *pena* es la especie. El castigo que se impone es la *pena*. El *castigo* que la ley impone al asesinato es la *pena* de muerte".

(6) Real Academia Española (1992). *Diccionario de la lengua española*. 20. ed. Madrid, 1839.

(7) María Moliner (1986). *Diccionario del uso del español*. Madrid, p. 551.

(8) José Manuel Blecua Perdices. Miembro Correspondiente de la Real Academia Española (Dir.) (1992). *Diccionario manual de sinónimos y antónimos*. 8. ed. Barcelona, p. 136.

De modo semejante, para el *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico*,⁹ “castigar” significa en primer lugar “ejecutar algún castigo en un culpado”; y en segundo lugar “mortificar”. En este mismo diccionario (p. 229), la palabra “Sanción” sólo en su tercera y cuarta acepción se refiere al Derecho penal: “3. Pena que la ley establece para el que la infringe, 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como un castigo”.

El abogado argentino Manuel Ossorio, en su *Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales*¹⁰ escribe: “Castigo. Pena o represión / Enmienda o represión”.

En resumen, según todos los mejores diccionarios de nuestra lengua castigar y castigo equivalen a afligir y causar daño; también equivalen a sancionar y sanción, a penar y pena etc.

Así, dan pie a pensar que afligir y causar daño es lo que pretende la ley penal cuando, al señalar las penas correspondientes a los autores de delitos y faltas, emplea los vocablos *castigo* y *castigar*.

Lejos de mí el pedir a los autores de los diccionarios que modifiquen sus textos. Pero, como catedrático de Derecho penal, sí me compete exponer respetuosamente mis críticas a quienes elaboran y redactan las leyes penales, policiales, procesales y penitenciarias, si emplean los vocablos castigar y castigo.

Salta a la vista que algunas acepciones que aparecen en los diccionarios como equivalentes de sancionar, sanción y pena o medida penal, difieren radicalmente de lo que actualmente piensa la teoría y hace (o pretende hacer) la praxis del derecho penal. Por lo tanto, urge que los textos legales y los tratados doctrinales y jurisprudenciales no continúen usando las palabras castigar y castigo.

Ha llegado ya el momento de eliminar las expresiones vindicativas del derecho penal medieval. Se ha de superar la etapa que, por incuria del poder político, judicial, económico, religioso y académico, llega hasta hoy, como indica G. Radbruch.¹¹ Concretamente, afirma: “Hasta hoy en día, las leyes criminales conservan rasgos de su origen en el castigo esclavista (...) Ser castigado significa ser tratado como un esclavo. Esto fue destacado simbólicamente en los viejos tiempos cuando al azote se le agregó la tonsura porque la cabeza rapada era la marca del esclavo”.

Basta lo hasta aquí indicado para concluir que los nuevos códigos penales y los jueces, policías, criminólogos, victimólogos y penalistas no debemos emplear la palabra castigar y castigo en nuestros temas pues nadie tiene derecho hoy a

⁽⁹⁾ *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico* (1993). Madrid, p. 287.

⁽¹⁰⁾ Manuel Ossorio (1984). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, p. 115.

⁽¹¹⁾ Gustav Radbruch (1950). “Der Uprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien” en Idem, *Elegantiae iuris criminalis*. Basilea: Editorial für Recht und Gesellschaft.

seguir conservando la mentalidad primitiva, premedieval, de que la Justicia penal pretende mortificar y afligir.

Por desgracia, como he constatado antes, el nuevo Código Penal español que entró en vigor el 25.05.1996 continúa hablando de castigar y de castigo, lo mismo que en la Edad Media, lo mismo que cuando se quemaba a las brujas en la hoguera y se torturaba a los condenados por herejía o por una blasfemia.

En el umbral del siglo XXI los victimarios tienen un derecho elemental a que no se les *castigue* y a que no se *combata contra* ellos. La guerra no debe tener cabida en nuestra cultura. Los juristas hemos de implantar la paz y desterrar el combate (como ya, en el siglo XVI a.C., proclamó el profeta Zacarías:¹² “El hará desaparecer de la tierra de Efraín los carros de guerra, y de Jerusalén, los caballos de combate. Romperá el arco del guerrero y anunciará la paz a las naciones”). El legislador no debe olvidarlo. Menos lo olvidará cuando redacta una Ley Orgánica del máximo rango, como una *Constitución negativa*.

3. Derecho básico de las víctimas: protagonismo desde la “A” hasta la “Z”

El Código Penal español de la Democracia introduce importantes mejoras en su nueva normativa. Especial mención laudatoria merecen los artículos que crean las nuevas sanciones de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. (Después veremos su cuestionable puesta en práctica).

Pero resulta lamentable la poquísima atención que presta a las víctimas. Prácticamente desconoce la que hoy, en la doctrina internacional, es la piedra sillar de la justicia penal: *el escuchar, entender y atender a las víctimas* de la criminalidad. El reparar todos los daños que se les han causado; la mediación entre el delincuente y sus víctimas. Y, todo ello, desde la perspectiva de un nuevo e innovador concepto de víctimas que va más allá de la tradicional noción del sujeto pasivo del delito. Muchas personas perjudicadas por el crimen mediata y/o indirectamente también son víctimas.¹³

Por ejemplo, las víctimas de cualquier delito terrorista son muchas más personas que la persona concreta asesinada y sus familiares/amistades. Víctimas son (y debía reconocerlo el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal), además del sujeto pasivo de la infracción, todas las personas físicas y/o jurídicas que directamente sufren un daño *notable* como consecuencia inmediata o mediata de la infracción.

En anteriores publicaciones he demostrado, o intentado demostrar, que el nuevo Código debía hacer referencia expresa a las víctimas en muchos de sus

(12) Zacarías, cap. IX, versículos 9-10.

(13) Antonio Beristain (1993). “¿La sociedad/judicatura atiende a ‘sus’ víctimas/testigos?”. Consejo general del poder judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. La victimología*, t. XV. Madrid, p. 161 et seq.

artículos.¹⁴ Baste recordar un par de ellos: El 66 pide al Juez o Tribunal que en la aplicación de la pena observen diversas reglas; entre otras, que tenga en cuenta "las circunstancias personales del delincuente y (a) la mayor o menor gravedad del hecho". Y, aunque parezca increíble, nada dice de las circunstancias personales de las víctimas. Algo similar puede criticarse, aunque en grado menor, respecto al art. 88, 1. En el art. 106 parece vergonzoso que se preceptúe "(...) el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al (infractor) sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad", y, en cambio, nada se diga de las atenciones o ayudas que corresponden a las víctimas.

Pero, también merece críticas, y mayores aún, el Real Decreto del 26.04.1996, que entró en vigor el mismo día que el nuevo Código Penal (25.05.1996). Este Decreto establece las circunstancias de ejecución de las nuevas penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana (arts. 49 y 37 del Código).

La sanción de los fines de semana es privativa de libertad. Salvo supuestos excepcionales, tan sólo podrán imponerse, como máximo, 24 fines de semana. Cada uno podrá durar 36 horas y equivaldrá a dos días de privación de libertad.

Se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado o en el depósito municipal de detenidos, en caso de que no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado. Dado que en muchos partidos judiciales no hay centro penitenciario, esta norma exigiría la construcción de "calabozos" municipales, en todos (que son muchos) los municipios que carecen de ellos.

En cambio, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad es privativa de derechos. Pretende que el penado colabore personalmente en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo. La victimología pide al victimario que ese su trabajo se esfuerce en acciones que reparen los daños y perjuicios causados a las víctimas. Esta reparación a las víctimas debe proclamarse como la primera finalidad de ésta y otras sanciones penales. En este punto deseamos transcribir, y lamentar, las respuestas de 884 jóvenes de San Sebastián (España) y Bayona (Francia) a los que, dentro de una investigación acerca de "Las representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad", se les interrogó sobre cuál creen que es la finalidad de la sanción penal. Sus contestaciones aparecen resumidas en el cuadro siguiente que patentiza la poca importancia que conceden a la reparación (9,4 %)¹⁵ frente a la mucha que les merece el castigo (51,7 %) como venganza y/o expiación.

(14) Antonio Beristain (1997). "El Código Penal de 1995 desde la victimología". *La Ley* n. 4302 y 4303, año XVIII, 4 y 5 de junio, p. 1-5 y 1-7, respectivamente.

(15) Manuel Gonzalez Audicana; Jocelyne Castaignede; Iñaki Dendaluze; Pedro Larrañaga (1995). "Representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad. Investigación transfronteriza". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Uned), Madrid, p. 441.

Finalidad actual de la pena

Pregunta 30. *Cuando a un delincuente se le juzga y se le condena, ¿cuál crees que es la finalidad de la pena?*

Tabla V.5
Fines que tienen en la actualidad las penas

	TOTAL		LUGAR		EDAD		ESTUDIOS	
	N	%	S. Sebast.	Bayona	18	+18	FP	COU
Castigarle por lo que há hecho (...)	451	51,7	56,9	35,4	46,8	58,5	55,5	49,8
Castigarle para no reincidir (...)	197	22,6	20,5	29,2	28,2	15,6	15,4	26,2
Reparar a la víctima	69	7,9	7,5	9,1	8,3	6,5	8,9	7,4
Escarmiento para que otros no hagan lo mismo (...)	82	9,4	8,7	11,5	8,3	11,1	9,9	9,1
Oportunidad de rehabilitación (...)	73	8,4	6,3	14,8	8,3	8,2	10,3	7,4
En blanco (...)	12	0	—	—	—	—	—	—
Total (...)	884	100	673	211	511	365	296	588

Sí después de esta breve valoración, volvemos a considerar nuestra legislación, llama la atención que ni el preámbulo ni los 24 artículos de este Decreto hagan una sola referencia a las víctimas del delito. Por desgracia, se mantiene la cosmovisión decimonónica que dentro del Derecho y de la Justicia Penal incluye y tiene en cuenta únicamente al delincuente y a la sociedad, es decir al Estado o a la comunidad; pero no a las personas concretas que sufren el daño y las consecuencias del crimen.

El artículo uno habla de "interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada"; pero nada dice de las personas concretas, que, según la doctrina contemporánea, deben ser los primeros protagonistas y beneficiarios de la justicia penal merecedora del nombre de justicia humana.

Este olvido de las víctimas vicia y debilita radicalmente esta nueva legislación penal española. El Estado no puede seguir siendo el único interlocutor con los delincuentes. Tampoco la comunidad. Tampoco basta con que el Juez o Tribunal escuche a las víctimas. Estas deben ser mucho más que convidados de piedra. Por justicia (no por caridad), podrán participar eficazmente durante el proceso; y no menos cuando se determine la sanción, la respuesta, al delincuente.

Las víctimas han de intervenir activamente también en la ejecución de las penas y las sanciones. Tanto en las privativas de libertad, por ejemplo en los arrestos de fin de semana, como en las privativas de derechos, por ejemplo el trabajo en

beneficio de la comunidad. Quizás esta sanción debía denominarse trabajo en beneficio de las víctimas.

Bien está que el artículo dos establezca que "el penado podrá proponer un trabajo concreto, aun cuando no esté convenido con la Administración penitenciaria". Pero, la Criminología y la Victimología exigen que se reconozca a las víctimas el mismo derecho, y aun mayor. Por ejemplo, el derecho de controlar la ejecución de la sanción (junto con la Administración, el Juez o el Tribunal).

Merece alabarse el art. 4 cuando pide que se tenga en cuenta "el entorno social, personal y familiar" del penado. Pero debía pedir también que se tengan en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de las víctimas. Algunas veces deberá prohibirse que el condenado trabaje en lugares próximos a la residencia de las víctimas.

Termino este apartado con una interrogación. Los artículos diez y veinticuatro establecen que se envíe información de cómo se cumplen estas penas a diversas personas e instituciones (autoridades judiciales y fiscales etc.). ¿No sería exigible que se envíe información a las víctimas? ¿No sería de justicia y de equidad que éstas participen, más o menos, y que estén informadas de "las vicisitudes ocurridas durante la ejecución (de estas sanciones), a efectos de la liquidación definitiva de la pena"?

Por la ley del Jurado, del 22.05.1995, el Leviatán del Estado ha cedido algo de sus omnímodos poderes en favor de los ciudadanos y ciudadanas, pero debe ceder todavía muchos más en favor de las víctimas. Y debe atenderlas con más respeto y con más inteligencia. Por favor, que supere la miopía y se entere de lo que ya está cansada de proclamar la más elemental ciencia victimológica.

4. Derecho y deber básico de los operadores de la justicia: ciencia y praxis ética de valores máximos

Ha llegado el momento de preguntarnos ¿admitimos hoy los operadores de la Justicia nuestro derecho a (y correspondiente deber de) conocer y practicar la Ética? ¿Es la Ética importante para nuestro cotidiano quehacer? ¿Es imprescindible?

¿Debemos ejercer el Poder judicial sobre una base antro-po-ética que abarque la totalidad del ser, su pasado y su futuro?, ¿que ubique en ese cosmos al hombre activamente?, ¿con horizonte del más allá, integrador y *superador* de la sociedad tecnócrata centrada en la economía unidimensional?

Dicho de otro modo: ¿pueden alcanzarse todas nuestras metas a través de sólo una reactivación del Derecho penal y de su uso creativo? Para alcanzar la sensibilización necesaria, ¿tenemos que incluir realidades éticas (y místicas) más allá de las tradicionales dimensiones de ley, delito, expiación, pena, retribución, compensación...? ¿Puede el operador de la Justicia dar por satisfechas sus pretensiones sociales y políticas sólo con dosis "cartesianas" de Derecho penal y Criminología y Victimología? Releyendo a Radbruch, ¿buscamos un Derecho penal mejor, o necesitamos algo mejor que el Derecho penal?

Permítanme que responda a estas preguntas también con sentimientos, y no sólo con argumentos racionales.

Empezaré por el concepto de Ética para explicar después los enriquecimientos que puede aportar la Ética a la Justicia penal. Creo que el lugar, el *topos*, de la Ética en el Poder judicial debe ser redefinido.

Para nosotros, la Ética es como un rayo de luz procedente de otro reino y que penetra en el oscuro y frío mundo de la Justicia y la Equidad. Este rayo de luz viene a recordar que la consideración racional de las cosas con respecto a un fin no es la única posible y que, a la par y por encima de la Administración de la Justicia, que también quiere ser razón y fin, existen otros muchos sistemas de valores muy distintos y más elevados, más eutonológicos (en acertada terminología de Henri Laborit).

Para nosotros, la Ética se patentiza como una *luz* especial, maravillosa, como valor, *deber* y *fuerza*. La Ética es una especie de luz muy clara.

Si pudiéramos preguntar a Goethe qué es la Ética, probablemente respondería “más luz”. Por eso, el artista vasco Eduardo Chillida ha construido en Frankfurt su “Casa de Goethe” sin tejado. Le parece que Goethe no soportaría el tejado de su casa, ya que él necesitaba más luz, directa desde el cielo.

La Ética es también un valor suprracional, ni irracional ni confesional, que abarca y abraza a todo el mundo, todas las galaxias.

Esta Ética exige (al tiempo que posibilita) la tendencia en todo tiempo y lugar hacia la solidaridad, la paz, la justicia, la comprensión, la felicidad, el amor y la responsabilidad (más que a la mera reparación de la culpa).

Nuestra Ética no es sólo una Ética del deber, sino también una fuerza gratificante, una esperanza, un camino para la personal autorrealización, hacia la alteridad, la Otredad. Desde y hacia la experiencia personal, profunda, del silencio de lo espiritual, del “gozo pleno” que postula y promete Jesús, en el momento más solemne de su vida.¹⁶

Una Ética que aporta notables enriquecimientos al Derecho penal, a la Criminología y a la Victimología por su fuerza formadora y transformadora del sistema de control social porque incluye ideales de perfección y felicidad, religión, moral, iglesia (en cuanto comunidad fraternal, servicial/gozosa).

A este respecto, pregunta Horacio: *Quid leges sine moribus?* (“¿Qué es la Administración de la Justicia sin Ética?”), si las buenas costumbres fueran eficaces, no serían necesarias las leyes y, si las buenas costumbres perdieran su vigencia, las leyes serían igualmente inútiles.

Muchos sociólogos mantienen que actualmente, en todo el mundo, la Ética religiosa está perdiendo su fuerza de control social; también a los subsistemas ético y moral les falta una paralela claridad normativa y una institución de apoyo al estilo de las comunidades religiosas.

(16) *Evangelio de San Juan*, cap. XV, versículo 11: “Ut gaudium vestrum sit plenum”.

En la hodierna situación sociológica y espiritual de anomía y desencantamiento¹⁷ surge la pregunta de quién establece con nitidez los valores y los hace obligatorios e ilusionantes. Según Kaiser, son los propios ciudadanos con su interrelación o también la opinión pública y los medios de comunicación. Con esto queda patente que los valores de nuestra sociedad serían menos universales, más fortuitos y probablemente más arbitrarios. Las orientaciones sólidas para la joven generación serían entonces menos creíbles y mucho menos convincentes aun a la hora de ser transmitidos. Aquí, al reconocer y señalar semejantes consecuencias, parece vislumbrarse una importante laguna ética en la cultura y cosmovisión contemporánea.

Concretamente, en España la situación es problemática. A este respecto, Tomás Calvo Buezas, profesor de antropología social en Madrid, ha estudiado la vivencia de 5.188 jóvenes.¹⁸ Concluye que, en España, el control social es ejercido principalmente por la familia (73%); le siguen la escuela (24%), los amigos (17%), los medios de comunicación (11%), y, por fin, la iglesia (8%). Sin embargo, según este mismo estudio, la iglesia ofrece más confianza que instituciones públicas tales como el ejército, la justicia, el gobierno, los partidos y el parlamento. Por eso, la Ética es la última posibilidad de control social en general y, especialmente, la última posibilidad de control social penal. Por decirlo con palabras del Prof. Kaiser, como última posibilidad de control nos queda "la esperanza y la confianza en la conciencia moral de la sociedad, quizás también en la consolidación de los valores religiosos fundamentales".

Otro enriquecimiento que puede y debe aportar la Ética a los operadores de la Justicia es la superación del maniqueísmo.

El Nuevo Testamento con su relato de la mujer adúltera¹⁹ nos ofrece una lección importante: todos somos culpables. Dicho de otro modo, todos delinquimos porque todos somos delincuentes. Por lo tanto, es falso pensar que sólo los que cometen delitos son delincuentes. Toda persona es limitada, imperfecta y culpable (como demuestran Paul Ricoeur, Kahlil Gibran, Raúl Zaffaroni y tantos especialistas (...)) y los periódicos de cada día).

Hasta los "ciudadanos modelos" cometen delitos y no sólo delitos de bagatela, tal y como Friedrich von Spee señala en su *Cautio Criminalis*:²⁰ "15.ª pregunta: ¿Qué clase de gente es la que verdaderamente hostiga siempre a los soberanos en contra de las brujas? (...) El primer grupo está compuesto por teólogos y prelados, que cómoda y ricamente sentados en sus gabinetes, ocupados siempre en sus propios

(17) Max Weber (1968). *Soziologie. Weltgeschichtliche Analysen, Politik*. Stuttgart, p. 190; Idem (1987). *Ensayos sobre sociología de la religión*. 2. ed. Versión castellana de José Almaraz y Julio Carabaña, Madrid: Taurus, t. I, p. 102-194 et seq.

(18) Cfr. el diario *El País*, Madrid, 07.01.1994.

(19) *Evangelio de San Juan*, cap. 8.

(20) Friedrich von Spee (1632). *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas. Liber ad magistratus*, 2. ed. Frankfurt.

pensamientos, andan en las nubes. De lo que sucede en los tribunales, de los horrores del calabozo, del peso de las cadenas, de los instrumentos de tortura, del desamparo de los pobres, no saben nada. Por lo visto es incompatible con sus dignidades y obligaciones científicas el visitar cárceles, hablar con los miserables, escuchar las quejas de los desfavorecidos (...). El segundo grupo es el de los juristas (...)"

Una dificultad contra esta tesis de que todos somos delincuentes objeta que "si todos somos delincuentes, en el fondo nadie es delincuente". En realidad lo somos, aunque entre unos y otros medie una importante diferencia cuantitativa, pero no cualitativa.

Demos un paso más, veamos otra aportación de la Ética: la superación de la cosmovisión retributiva.

No se debe entender el control social del Derecho penal como expiación o sólo como pena retributiva: *Malum passionis propter malum actionis* ("El daño que se sufre por el daño que se causó"). Sin embargo, de hecho, en todos los países a la mayoría de los delincuentes condenados se les impone la pena como expiación o respuesta retributiva.

La Ética enseña y pide a los operadores de la Justicia que critiquen con energía este orden de cosas, para transformar esta situación a través de nuevas alternativas más humanas.

En 1993, en el último Congreso internacional de Criminología de Budapest fueron muchos los criminólogos que propusieron como alternativa las penas y medidas restauradoras. Muchos colegas ven la finalidad humana del Derecho penal y de la Criminología en la reparación, la compensación del daño, el acuerdo restaurador entre autor y víctima. Esta tendencia presenta grandes ventajas en comparación con la expiación y la retribución. No obstante, opino que el Derecho penal y la Criminología actual, constituida sobre la base de la Antropología y la Sociología científicas, tiene la capacidad cognitiva, el deber y la energía necesarias para imaginar y elaborar otras alternativas más humanas, más dinámicas: las sanciones recreativas.

Las personas, tanto hombres como mujeres, son activas, prometeicas y tienen la mirada puesta en el futuro. La respuesta al delito debe ser también creativa. Nada de expiar, rechazar o retribuir; en su lugar, generar y regenerar, reconstruir.

En la Capilla Sixtina, la *Creación del hombre* de Miguel Angel muestra la mano de Dios en el momento de la creación del hombre, pero muestra también la mano del hombre, que debe seguir haciendo, forjando, otros hombres como él. Mejor dicho, como Dios.

Por todo ello, la sanción, incluso la privativa de libertad, debe suponer algo más que una simple compensación de la culpa y/o del daño (Ausgleich). Tiene que dar lugar a una reconciliación (Versöhnung).²¹ Nuestra ciencia y praxis de la Justicia

(21) Evangelische Kirche in Deutschland (1990). *Strafe: Tor zur Versöhnung? Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Strafvollzug*, Gütersloher Verl.-Haus Mohn, Gütersloh, p. 122 et seq.

no deben únicamente preservar, conservar, el hombre y el mundo, sino que deben desarrollarlos más y más. El hombre, a la luz de la Ética actual, no puede limitarse a conservar el mundo, sino que tiene la obligación de contribuir a su evolución y maduración. La sanción del futuro impone al autor del delito una tarea rebosante de sentido humano creador y una labor de reconciliación social.

Llego al final, aunque no pretendo llegar a una conclusión. Hemos reflexionado sobre la Ética utópica, de valores máximos. Preguntémonos, inspirados en Karlfried Graf Dürckheim,²² ¿se ha quedado reducido el operador de la Administración de la Justicia a funcionario de una prolifera sociedad de consumo, producción y competitividad con leyes propias como última instancia soberana? ¿Ha errado en su camino interno de manera que, ahora, los más profundos estratos de su alma comienzan a rebelarse, a forzar un giro radical y de gran envergadura para su desarrollo espiritual a escala planetaria?

Hasta ahora hemos hablado de ética civil o secular. ¿Conviene reflexionar ahora, muy brevemente (de un modo general), sobre la ética mística?

La mística, como indica K. Dürckheim,²³ no puede describirse, quizás tenga algo que ver con el alejamiento, el desapego, el raptó, algo parecido a lo numinoso, la cualidad que anuncia de forma infalible y clara la presencia de *otra* realidad en la conciencia humana. Ella es algo totalmente diferente. No es el superlativo de una percepción de lo bello o lo bueno (...); es algo que nos arrebató y nos vence con el poder de lo atractivo y peligroso al mismo tiempo, que nos hace salir del ámbito de nuestro universo propio y nos lleva a otro cosmos, que trasciende la dimensión de nuestro propio horizonte, donde algo nos espera, algo con fuerza para destruir o salvar, encadenar o liberar.

Los operadores de la Administración de la Justicia podemos aprender algo de los místicos, como también los místicos pueden aprender algo de los operadores de la Administración de la Justicia.

Como resumen de todo lo anteriormente comentado, permítasenos proclamar que en el umbral del tercer milenio la sociedad y la Justicia necesitan cultivar más el respeto y el desarrollo de los derechos/deberes humanos (de la axiología cumbre) de los victimarios, de las víctimas y de los operadores del Poder Judicial.

5. Anexo: las mujeres luchan para vencer el miedo²⁴

“Desde la una de la mañana uno por uno nos fueron sacando. (...) ahí si me golpearon, tenía ya todavía morados los brazos y la cara y aquí en esta parte de las

(22) Karlfried Graf Dürckheim (1982). *Hacia la vida iniciática. Meditar ¿Por qué y cómo?.* Versión española por Concha Quintana de la obra francesa titulada *Méditer. Pourquoi et comment.* Bilbao: Mensajero, p. 255 et seq.

(23) Karlfried Graf Dürckheim (1983). *Vom doppelten Ursprung des Menschen. Als Verheissung, Erfahrung, Auftrag.* 7. ed. Herder, Freiburg in Breisgau, p. 12 et seq.

(24) *Amnistía Internacional*, n. 19, jun. 1996.

piernas. Y ahí fue que me hicieron unos toques eléctricos. Ellos me preguntaban 'quién es el que viene a organizar a la gente', que si es el EZLN (...). Pero yo desconozco de todo eso, lo único que decía yo, que me mataran, que mejor no me tuvieran haciendo tortura."

Julieta Flores, la narradora de estas palabras fue violada, le aplicaron corriente eléctrica en los pezones y en las piernas, casi fue asfixiada introduciendo su cabeza en una tina llena de agua, le introdujeron por la fuerza agua mineral con gas y polvos de chile por la nariz y le golpearon todo el cuerpo.

Durante los últimos veinte años, Amnistía Internacional - AI ha documentado con preocupación la situación de los derechos humanos en México, haciendo hincapié en los efectos que sobre la población mexicana tiene la persistencia de la impunidad.

La violación de los derechos humanos de las mujeres está estrechamente relacionada con su militancia política, sindical o en movimientos de defensa de los derechos humanos. Con frecuencia son jóvenes o indígenas que no hablan español, lo que las hace más vulnerables.

Compromiso oficial

México se ha comprometido, sin reservas, a poner en práctica la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, aprobada en Pekín, así como otras normas internacionales relacionadas con la mejora de la situación de la mujer. Sin embargo, sigue prevaleciendo la impunidad para los autores de violaciones de los derechos humanos.

Una delegación de AI visitó México entre el 28 de octubre y el 18.11.1995 y expresó su preocupación por el creciente número de violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Entre los casos que más inquietud suscitaron a la delegación figuraban el de las tres hermanas indígenas tzetal violadas y torturadas por miembros del ejército mexicano en Chiapas en junio de 1994, y el de la violación de una niña indígena nahatl de catorce años por miembros de la policía municipal de Cuetzalán, en el estado de Puebla, en noviembre de 1995.

AI ha documentado también violaciones de los derechos humanos tras la represión del ejército mexicano contra el ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), después de su levantamiento en enero de 1994. Entre ellas se cuentan mujeres detenidas a las que se ha acusado, entre otros, de los delitos de rebelión, terrorismo, y tenencia ilícita de armas de fuego.

Agresiones por la tierra

También son frecuentes las agresiones relacionadas con los conflictos por disputas sobre la propiedad de tierras, como fue el caso de Julieta Flores Navarro, antes citado.

Las amenazas y agresiones contra las defensoras de los derechos humanos se han incrementado enormemente desde el pasado año; la mayoría de ellas trabaja en favor de minorías indígenas, mujeres y otros grupos precariamente representados en la sociedad mexicana.

Los partidos de la oposición mexicana también son objeto de agresiones: el 14.10.1995, dos hombres sin identificar mataron a la dirigente del opositor Partido de la Revolución Democrática (PRD), Martha Morales Vásquez.

Muchas violaciones de derechos humanos ocurridas anteriormente en México siguen sin resolverse. La mayoría de los autores de estos delitos continúan en libertad y no se ha compensado debidamente a las víctimas ni a sus familias.

A pesar de la puesta en práctica de programas y cambios legislativos encaminados de forma específica a mejorar la situación de la mujer en México, AI considera que éstos deberían ir acompañados del compromiso político o de acabar de forma efectiva con la impunidad para los autores de abusos como los mencionados.

Bibliografía

- BERISTAIN, A. *Epistemología penal-criminológica hacia la sanción reparadora*. México: Sinaloa, 1996.
- . *Nueva criminología desde el Derecho penal y la victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- . *De leyes penales y de Dios legislador*. Madrid: Edersa, 1990.
- BERISTAIN, A.; NEUMAN, E. *Criminología y dignidad humana (Diálogos)*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- CARIO, R. (Comp.). *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*. Madrid: Edersa, 1996.
- COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual*, México, mayo 1995-mayo 1996.
- CUESTA, J. L. de la. *El delito de tortura*. Barcelona: Bosch, 1990.
- CUESTA, J. L. de la; DENDALUZE, I.; ECHEBURUA, E. (Comps.). *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.
- FERNANDEZ, D. *Malabareando. La cultura de los niños de la calle*. México: Centro de Reflexión Teológica, Universidad Iberoamericana, Centro de Reflexión y Acción Social, 1993.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- GARCIA RAMIREZ, S. *Temas de México*. México: Asociación Nacional de Abogados, 1996.
- GARCIA VALDES, C. *Teoría de la pena*. 1. reimpr. Madrid: Tecnos, 1987.
- GIMBERNAT, E. *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- GIMENEZ-SALINAS, E. "La formación criminológica del funcionario de prisiones". *Eguzkilore* 3/287-292, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1990.
- GRACIA MARTIN, L. (Coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- KAISER, G. *Kriminologie. Ein Lehrbuch*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1996.
- LIMA, M. de la L. *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*. México: Porrúa, 1988.

- MARI, E. E. *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*. Buenos Aires: Hachette, 1983.
- MUÑOZ CONDE, F. "El papel de la Criminología en la formación del jurista". *Eguzkilore* 3/173-182, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1990.
- NEUMAN, E. *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. 2. ed. reestructurada y ampliada, Buenos Aires: Universidad, 1994.
- RABOSI, E. A. *La justificación moral del castigo. El tema del castigo, las teorías tradicionales, sus limitaciones, un nuevo enfoque jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- RODRIGUEZ MANZANERA, L. *Criminología*. 5. ed. México: Porrúa, 1986.
- . *Victimología. Estudio de la víctima*. México: Porrúa, 1988.
- RUIZ VADILLO, E. *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho penal*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996.
- SANCHEZ GALINDO, A. "La victimización de los menores infractores en América Latina". *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50.º Curso Internacional de Criminología, México, 1995, p. 147-170.
- URRA, J. *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1995.
- ZAFFARONI, E. R. "La enseñanza universitaria de la Criminología en América Latina". *Eguzkilore* 3/59-71, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1990.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

AZUL CASI NEGRO: LA GESTIÓN POLICIAL EN BUENOS AIRES. Notas para una política de seguridad ciudadana¹

JUAN FÉLIX MARTEAU

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Lo policial y lo político: la policía y el uso de la violencia legítima – 3. El Gallo, sus canas y su fuerza: una caracterización de la Policía Federal Argentina en su actividad en la Ciudad de Buenos Aires – 4. La actividad policial y la participación social – 5. La percepción ciudadana de la actividad policial en Buenos Aires – 6. La actividad policial y los derechos civiles fundamentales – 7. La problemática policial frente a la autonomía política de Buenos Aires – 8. Hacia la formulación de una Política policial democrática para la Ciudad de Buenos Aires: la necesidad de construir una nueva racionalidad policial – 9. Conclusión – Bibliografía.

*"Lo que ocurre en las juntas.
Las grandes batallas, decía el General X,
se libran casi siempre en los puntos de intersección
de los mapas del Estado mayor"* –
ROBERT BRESSON, *Notes sur le cinématographe*.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es presentar sumariamente algunos de los rasgos más característicos de la gestión policial que se desarrolla en la Ciudad de Buenos

⁽¹⁾ No se trata de otra cosa que de un diagnóstico de superficie. La principal carencia de este documento se refiere al hecho de que el análisis empírico acerca la fuerza policial que actúa en Buenos Aires es todavía débil, lo que permite que el presupuesto ideológico se mantenga demasiado fortalecido y con capacidad para enmarañar el problema de base dejándolo oscuro. El origen del trabajo se encuentra en la Consultoría sobre Seguridad Ciudadana que el Ministerio del Interior de la Nación (2000) organizó bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo y que abortara antes de que fueran presentadas sus conclusiones. El interés por terminarlo surgió con motivo de mi participación en el programa de intercambio académico sobre políticas de seguridad ciudadana que auspicia el *Canadian Council of Studies*, y en ese contexto puedo ver su utilidad: ordenar las fuentes dispersas, encontrar algunos parámetros para un análisis

Aires. En consideración de ese objetivo mi interés se localiza en el problema de la racionalidad policial, esto es, en el problema de la relación entre los fines institucionales que persigue la policía y los medios de que dispone para alcanzarlos. En esa línea, el marco de referencia inexcusable del análisis será el orden democrático o, más específicamente, el conjunto de principios que un gobierno democrático utiliza para dar legitimidad a la policía, esto es, la política policial democrática.²

La atención al tema policial en Buenos Aires desde esta perspectiva se justifica en un doble sentido: por un lado, el incremento reciente de los niveles de inseguridad ciudadana ha puesto en evidencia los profundos déficits del sistema de seguridad pública local; por otro, la particular debilidad que presenta hoy en día el proceso de democratización en la Argentina ha comenzado a exigir una urgente revisión de los tipos y formas de decisión gubernamental en aquellas esferas que tienen incidencia directa en la vida de los ciudadanos.

Por ambos motivos, lo policial se ha convertido en un escenario privilegiado para entender las posibilidades que realmente existen en el país para revitalizar la legitimidad del orden democrático y consolidar la condición ciudadana de sus habitantes.

En un primer momento, me ocuparé del concepto de policía y de su vínculo con lo político. Luego, describiré los rasgos institucionales y profesionales de la policía que presta servicios en la Ciudad y su actividad en la detección de hechos ilícitos. En un tercer momento, me referiré a los vínculos que la policía mantiene con su entorno social. Enumeraré después los núcleos problemáticos de la policía en relación a los derechos fundamentales. Seguiré luego con las cuestiones que plantea la autonomía política de Buenos Aires. Por último, me referiré a los caracteres de una política policial democrática que pueden servir de horizonte a una nueva racionalidad policial. Cerraré finalmente con una breve conclusión.

2. Lo policial y lo político: la policía y el uso de la violencia legítima

Lo policial presupone la existencia de lo político. El concepto de *policía* tiene su etimología ligada a la palabra griega *politeia* que hace referencia a lo que es propio de la organización y cuidado de la ciudad.

comparativo; dar los primeros pasos para encapsular el problema de una política policial democrática para el país y, en especial, para la Ciudad de Buenos Aires.

- (2) El problema de racionalidad policial está ligado estrechamente al problema de la legitimidad policial. El primer problema dice respecto a la orientación institucional de la policía y a cómo la misma sopesa los fines elegidos con los medios disponibles, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí. El problema de la legitimidad dice respecto a la capacidad de la policía de orientar la conducta de los individuos en función de un modelo de acción posible. En ese sentido, una institución policial que no consigue promover un sistema de creencias sobre la legitimidad de sus prácticas es irracional (Weber: 1920).

En las lenguas latinas la palabra *policía* hace referencia a, por los menos, tres cosas: primero, al buen orden establecido por el Estado para la seguridad y comodidad de los ciudadanos; segundo, al poder reglamentario que ejerce el Estado cuando quiere dirigir una determinada esfera de la actividad; tercero, al cuerpo institucional que, bajo las órdenes de la autoridad política tiene por fin velar por la seguridad pública y el cumplimiento de las leyes.³

Es posible verificar así que lo policial –ya sea en tanto orden público, actividad reglamentaria o organización institucional– en sí mismo nada dice respecto al modo, oportunidad y contenido en que habrá de presentarse en la realidad, lo que dependerá en última instancia de una decisión de tipo político.

La imposibilidad de aprehender un campo policial *en sí* se percibe cuando uno se detiene a analizar a lo policial en su tercera acepción, esto es, como cuerpo organizado del Estado. Como ha dicho Egon Bittner (1970; 1990), uno de los pioneros de los estudios sobre la policía, uno de los rasgos salientes de esta institución es su carácter instrumental: *la policía no sería otra cosa que un instrumento estatal de aplicación de la fuerza en un caso concreto*. Bittner compara a la policía con un martillo: ella no tiene un finalidad propia y específica; ella distribuye violencia de una manera no negociable cuando quien la dirige ordena su acción (Monjardet: 1996).

Para dotar de sentido a la actividad policial los Estados modernos han debido encapsular una serie de saberes y prácticas destinados a definir el carácter, forma y circunstancias en que el uso de la fuerza policial puede acontecer. Ha nacido así la política policial que no es otra cosa que una arte de gobierno específico destinado a organizar, controlar y incluso problematizar la actividad policial en un momento y lugar determinados. Si la policía es un instrumento del Estado; la política policial es la que orienta ese instrumento en un marco de legitimidad.

• *Corolario*: El sentido y alcance de la actividad policial en una sociedad determinada estará en directa relación con la consistencia de la política policial.

Cuando un gobierno renuncia a definir una política policial, y por tanto, declina su capacidad de marcar la pauta acerca de la distribución de la violencia legítima en la sociedad, lo policial se transforma en un objeto oscuro y la institución policial se cierra sobre sí misma y corre el riesgo de perder todo su sentido. Sin política policial, lo policial se convierte en una pura práctica de fuerza ilegítima.

(3) En español contamos sólo con el sustantivo *policía*. El portugués conserva el verbo *policar* que significa vigilar. El verbo francés *policer* denota bien el sentido político de la palabra: significa pulir las costumbres bárbaras, civilizar. Entre las lenguas germánicas el inglés es muy rico en este campo: además del sustantivo *police*, con sentido similar al descripto arriba, tiene el verbo *to police* del que construyen el sustantivo *policing* que hace alusión a la actividad de mantener el orden sin que esto significa que sea la policía quien lo haga, sino también la comunidad o las organizaciones privadas.

3. El Gallo, sus canas y su fuerza: una caracterización de la Policía Federal Argentina en su actividad en la Ciudad de Buenos Aires*

• Aspectos de la organización funcional.

La fuerza policial que presta servicios en Buenos Aires es la Policía Federal Argentina; una institución creada el 24.12.1943 en virtud de la normativa dictada por un Acuerdo de Ministros del gobierno autocrático que dirigía el General Pedro Pablo Ramírez (Dec. 17.750). El nacimiento de la institución fue justificado en la necesidad de dotar al sistema político de un servicio capaz de coordinar la acción policial en todo el país y de lograr una acción más efectiva en los llamados delitos federales. Fue, sin embargo, bajo la posterior conducción militar del General Edelmiro Farrell que este proceso fundacional fue consolidado: mediante otro decreto del 09.12.1944, fue aprobado el Estatuto de la Policía Federal que extinguía la antigua Policía de la Capital al convertirla en uno de los apéndices de la naciente fuerza federal (Dec. 33.255).

Baste recordar que la *Policía de la Capital* había sido creada en 1880 como consecuencia de la federalización de Buenos Aires, que en ese año dejaba de ser la sede del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires para convertirse en la Capital del país. El nacimiento de la fuerza se inscribía, así, en el importante proceso de modernización de las instituciones públicas argentinas; un proceso que es necesario tener en cuenta ya que, en referencia al problema policial, fue el marco en que se produjo el primer paso hacia la nacionalización de la policía y, por tanto, de la transfiguración del componente específicamente local que la misma había poseído desde que se constituyeron en el territorio de la ciudad las primeras fuerzas policiales.⁴ A partir de 1880, entonces, las autoridades policiales que actuarán en Buenos Aires –como “policía local”– serán designadas por el Gobierno Nacional y atenderán innegablemente intereses que son propiamente nacionales.

• *Corolario*: Si bien la PFA es una institución nacional relativamente joven, su tradición se enraiza en la organización política de la Ciudad de Buenos Aires. Ello hace que los policías invoquen el atributo de su pertenencia y conocimiento del ámbito local

Institucionalmente, la PFA es una fuerza civil armada que depende del Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Secretaría de Seguridad Interior.⁵ Sus funciones

(*) El gallo es el símbolo onomástico de la PFA.

(4) La historiografía policial indica como primer antecedente de las funciones denominadas policiales las actividades que desempeñó el *Intendente de Policía* a fines del siglo XVIII. Se trataba de tareas que tenían un fuerte rasgo local: impulsar el empedrado, limpieza e iluminación de las calles de Buenos Aires y, subsidiariamente, cuidar el mantenimiento del orden público (Rodríguez: 1999, p. 28).

(5) En el año 2002 esta secretaría ha pasado de la órbita del Ministerio del Interior a la órbita presidencial.

están prescriptas básicamente por la Ley Orgánica (Dec.-ley 333/58 ratificado por Ley 14.467). y su Decreto Reglamentario (Dec. 6.580/58), dos disposiciones dictadas en 1958 por el Gobierno de la llamada Revolución Libertadora que había depuesto al Presidente Juan Domingo Perón 3 años antes.

Actualmente, la Policía Federal Argentina desarrolla, en la jurisdicción de Buenos Aires, las funciones de *policía de seguridad*⁶ y de *policía judicial*⁷ que son definidas por el sistema de justicia criminal (relativa a los delitos de tipo federal y de tipo ordinario) y por el sistema de justicia contravencional (relativa a las contravenciones o faltas).⁸ Además de cumplir en Buenos Aires las demás funciones que tiene como fuerza federal (policía de seguridad de estado, policía miembro de Interpol, policía auxiliar migratoria y aduanera, policía fiscal, policía a cargo de la identificación personal) la PFA opera exclusivamente allí como *policía de tránsito vehicular y peatonal* y como *policía de emergencia*.

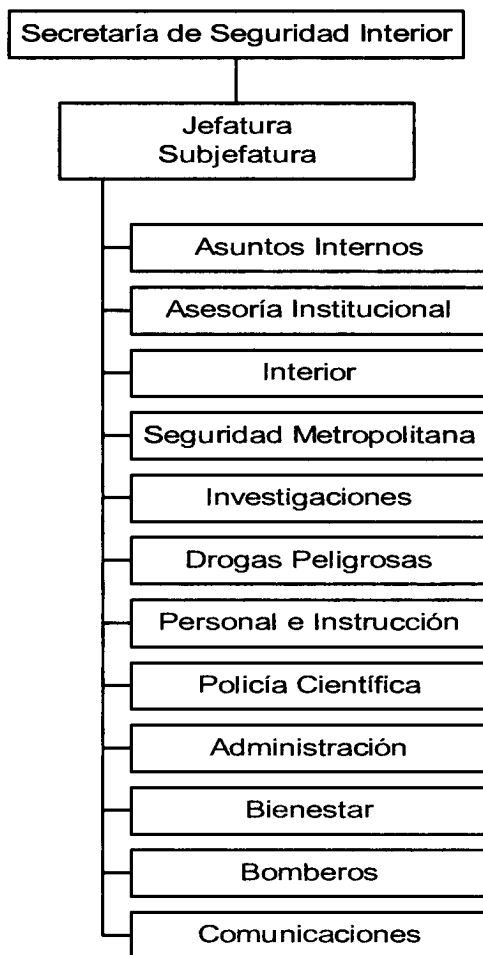
• *Corolario*: la normativa que programa la actividad policial, dictada bajo un gobierno de ipso, alimenta una racionalidad orientada básicamente al mantenimiento del orden público –soberano y nacional– más que al resguardo de la seguridad ciudadana.

Orgánicamente, la PFA cuenta con una Jefatura, una Sub-jefatura y once Superintendencias que, a su vez, se subdividen en Direcciones, Departamentos y Divisiones. Debido al carácter estrictamente federal que posee la fuerza resulta muy engorroso delimitar que recursos humanos y materiales la fuerza destina a la Ciudad de Buenos Aires.

(6) Como policía de seguridad la PFA debe realizar las actividades de prevención de delitos, contravenciones o accidentes.

(7) Como policía judicial, la PFA es auxiliar de la justicia y debe cumplir con las actividades que dispongan las autoridades judiciales o fiscales federales y nacionales. Esto no implica una subordinación permanente de la policía a los órganos de la Justicia y el Ministerio Público, sino sólo una apoyatura funcional en los casos específicamente prescriptos.

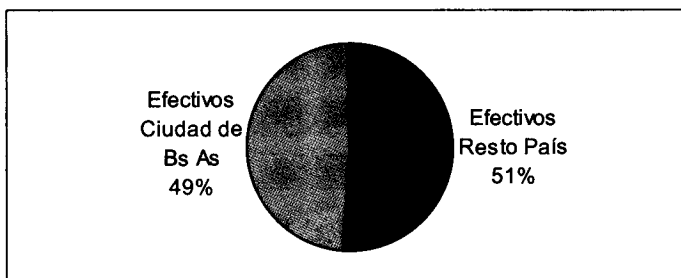
(8) Esta actividad de la policía se encuentra regulada desde 1998 por Código Contravencional (Ley 10) y la Ley de Procedimientos Contravencionales (Ley 12) que puso fin a la antigua facultad policial de definir las faltas y el procedimiento de actuación por medio de Edictos dictados por la Jefatura. Pasado un par de años desde la vigencia del Código de Convivencia Urbano, habría que volver a examinar con más profundidad lo que sucedió cuando este instrumento legislativo fue sancionado: la reacción corporativa de la institución policial que anunciaba el comienzo de una grave crisis de seguridad urbana, la catarsis colectiva de ciertos vecinos que reclamaban más policías en la calle y más facultades para reprimir las faltas y los delitos y la actitud dubitativa de muchos de los actores políticos que habían permitido que el tema de la seguridad ingrese a las campañas electorales de forma mercantilizada y, por tanto, vaciado de sentido, constituyen acontecimientos más que significativos para entender el nuevo curso que han tomado el debate y las prácticas públicas de la seguridad urbana en Buenos Aires.



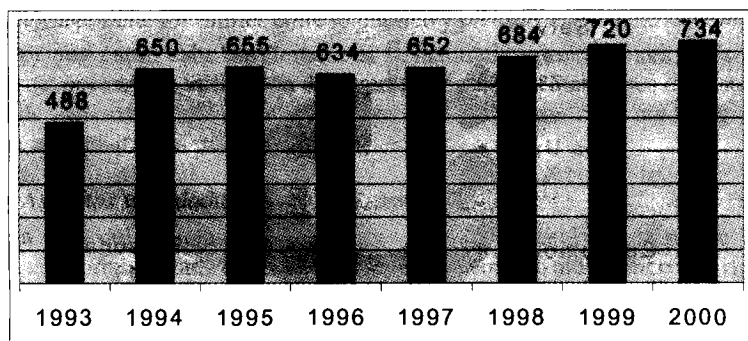
Sin embargo, se puede señalar que el organismo que mayor ingerencia tiene en la esfera local en lo que se refiere a la planificación de la seguridad urbana es la Superintendencia de Seguridad Metropolitana. Recientemente reformada, este segmento ha quedado conformado por cuatro Direcciones: Comisaría General Norte, Comisaría General Sur, Operaciones y Seguridad en el Transporte.⁹ Bajo la dependencia funcional de esta Superintendencia se encuentran los dispositivos institucionales que mayor influencia tiene sobre la seguridad local, las comisarias: en el territorio de 205 Km² y para atender la demanda de sus 3

⁽⁹⁾ La reforma fue dispuesta en la Orden del Día 09.10.2000.

millones de vecinos,¹⁰ la PFA tiene apostadas 53 de las mismas. En las comisarías interactúan los aproximadamente 17.500 policías que la PFA destina a realizar tareas vinculadas directamente a la seguridad local (un número importante si se considera que en su totalidad la fuerza cuenta con 35.000 hombres).¹¹

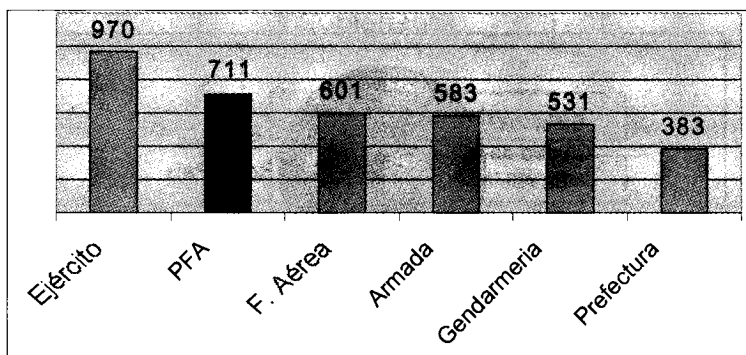


La PFA gasta actualmente más de 700 millones de pesos por año. Esto marca una evolución en el presupuesto efectivamente ejecutado que va de \$488.544.722 correspondiente al ejercicio 1993 a \$734.655.703 relativo al ejercicio 2000 (Ministerio de Economía de la Nación).¹² El gráfico muestra la evolución en millones de pesos.

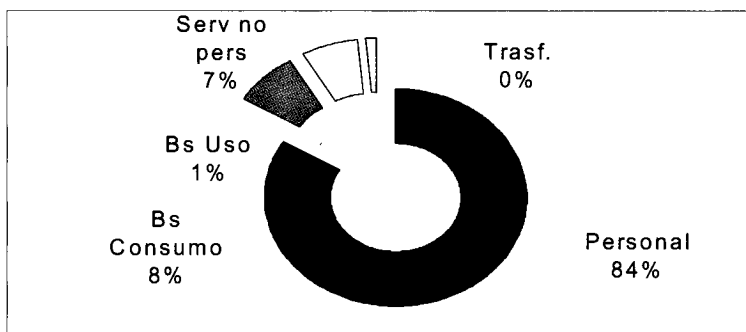


- (10) Considérese que diariamente más de 1 millón y medio de personas, llegan a Buenos Aires a trabajar, provenientes la mayoría de la Provincia de Buenos Aires.
- (11) La PFA detenta aproximadamente el 16% del personal policial de Argentina, donde hay alrededor de 210.000 efectivos. Este total está constituido por el personal de las instituciones del Esfuerzo Nacional de Policía que junto a la PFA forman la Gendarmería Nacional (20.000), La Prefectura Naval Argentina (15.000) y las policías provinciales (140.000).
- (12) Para cualquier cálculo comparativo, téngase presente que por el sistema de convertibilidad monetaria vigente en la Argentina hasta febrero de 2002 1 Peso equivalía a 1 Dólar.

Si se tiene en cuenta el Presupuesto 2001 se puede ver que la PFA recibe una masa de dinero importante si se la compara con las otras instituciones armadas nacionales. Aquí se redondean los valores en millones de pesos del crédito vigente 2001 (Ministerio de Economía de la Nación <www.mecon.gov.ar>).¹³



Como es característico de las instituciones públicas argentinas, pero también de la mayoría de las instituciones policiales del mundo la masa más importante de los recursos se destinan a cubrir gastos relativos al personal (Ministerio de Economía de la Nación <www.mecon.gov.ar>).

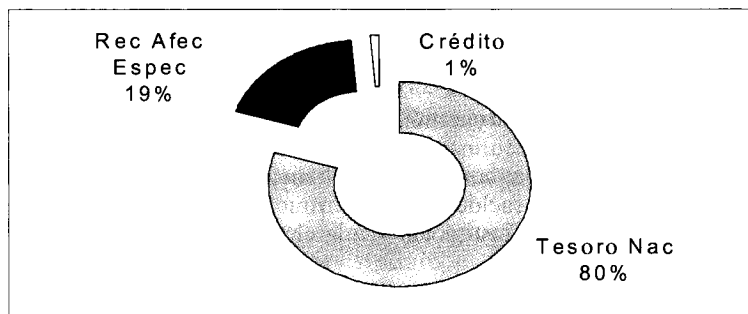


• **Corolario:** Resulta extremadamente difícil saber exactamente que cantidad de recursos la PFA utiliza en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires. Podía estimarse que el monto que requiere una fuerza para funcionar en Buenos Aires se aproxima a los \$500 millones.

Una de las particularidades del presupuesto de la PFA está en que una importante masa de recursos ingresa a la fuerza en concepto de los llamados *servicios adicionales de seguridad* que la fuerza policial ofrece a instituciones oficiales o

(13) La ley de presupuesto fijó una masa de gastos de \$51.232.366.227 para el año 2001.

particulares –generalmente bancos y clubes de fútbol localizados en la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires- y *servicios vinculados al uso de alarmas*. Para tener una idea de la magnitud de estos recursos basta observar el Presupuesto 2001 (\$711 millones-crédito vigente) donde se establece que el 19% del mismo, esto es, \$135 millones, provendrá de este tipo de actividades. En el presupuesto oficial, esta fuente de financiamiento recibe la denominación de “recursos de afectación específica” ya que los mismos tienen un destino definido como es, entre otros, el pago de los adicionales a los policías que han realizado el servicio.



• *Corolario*: la prestación de servicios adicionales y eventuales muestra como en materia policial los límites entre lo público y privado se encuentran debilitados.

Por una parte, cabe preguntarse si la institución podría funcionar sin estos recursos; por otra, la utilización de recursos humanos y materiales del Estado por parte de sectores privados (clubes, bancos etc.) parece contradecir a la lógica de la buena administración de lo público.

• *Aspectos vinculados a la organización profesional*

La vida del policía federal en tanto profesional está regida por la Ley de Personal; norma dictada en 1979 por el último gobierno autocrático que rigiera el país entre 1976 y 1983 (Ley 21.965). Su operatividad fue reglamentada ese último año, antes del retorno a la democracia (Decreto 1866). A través de estas normas se determina que técnicamente *es* policía quien goza de *estado policial*, una condición que se adquiere gracias a la formación en los institutos policiales y que tiene como componentes básicos la disciplina, esto es, la subordinación y respeto a las jerarquías, cargos y antigüedades que están legitimadas por la ley (Decreto 1866).¹⁴

(14) El estado policial se conserva con el pase a retiro. La superioridad por cargo deriva de la dependencia orgánica, esto significa que emana de las funciones que cada uno desempeña dentro del mismo organismo. La superioridad jerárquica es la que deriva del hecho de poseer un grado más elevado. La superioridad por antigüedad determina que, en igualdad de grado, prima el mayor tiempo en el mismo, el mayor tiempo en la fuerza, o la mayor edad.

La normativa establece tres categorías policiales: primero, el personal superior, esto es, los oficiales; el personal subalterno, esto es, los suboficiales; los alumnos, esto es, aspirantes a Cadetes o a Agentes.¹⁵ Los cadetes estudian en la Escuela Ramón Falcón durante 1 o 3 años según el aspirante tenga o no diploma universitario; el aspirante a agente estudia en la Escuela Alberto Villar por un período de 6 meses. La PFA cuenta además con la Academia Federal Superior Cesario Cardoso, donde pueden capacitarse sus oficiales, y con el Instituto Universitario donde se dicta la carrera de abogacía y numerosas licenciaturas.

• *Corolario:* la Ley de Personal, igualmente dictada bajo un gobierno de facto, propicia una brecha significativa entre oficiales y subalternos que tiene por consecuencia principal el fomento de una cultura policial segmentada, altamente excluyente y poco dinámica en el horizonte del progreso profesional.

En la profesión policial la cuestión salarial es una de las más problematizadas. Aunque imposibilitados de formar una sindicalización que ofrezca vías de acción legítimas en la mejora de las condiciones de trabajo, los policías federales no han dejado de exponer que sus sueldos son paupérrimos en relación al nivel de responsabilidades asignadas a la institución y a la elevada y constante exposición al riesgo personal.

Escala Salarial (2000)¹⁶

Personal Superior		Personal subalterno	
Oficiales Superiores		Suboficiales Superiores	
Comisario General (32)	\$2.967.68	Sargento Mayor (23)	\$1.484.03
Comisario Mayor (30)	\$2.715.68	Sargento Auxiliar (23)	\$1.242.48
Comisario Inspector (27)	\$2.445.01	Sargento Escribiente (21)	\$1.119.17
		Sargento 1.º (17)	\$916.57
Oficiales Jefes			
Comisario (25)	\$1.902.27		
Subcomisario (21)	\$1.499.06		
Oficiales Subalternos		Suboficiales Subalternos	
Principal (17)	\$1.202.24	Sargento (13)	\$842.16
Inspector (10)	\$981.06	Cabo 1.º (9)	\$746.92
Subinspector (7)	\$860.23	Cabo (4)	\$687.64
Ayudante (4)	\$753.06	Agente	\$644.84
Cadete de 3º curso	\$644.84		

(15) Para ser aspirante a Cadete de la PFA, la legislación exige tener entre 17 y 25 años, ser soltero o viudo sin hijos, tener una altura entre 1,65 y 1,95 y poseer título secundario. A diferencia de éstos, para ser aspirantes a Agentes se exige una edad de 19 a 35 años y estudios primarios completos. Desde hace algunos años se exige título universitario para ascender a Oficiales Jefes y título secundario para ascender a Sargento 1.º.

(16) Entre paréntesis se consigna los años de antigüedad aproximados. No se considera la reducción de los salarios públicos del año 2001.

La problemática salarial ha dado lugar a una práctica rutinizada de prestación de servicios extras, como adicionales, eventuales o recargas de servicio. Los *adicionales* son servicios de seguridad que la policía cubre en determinados lugares públicos o privados (empresas, comercios, bancos) por los que recibe una contraprestación monetaria que ingresa en las arcas de la institución y esta posteriormente liquida en la planilla de sueldos del agente. Los *eventuales* son servicios de seguridad que la institución presta en canchas de fútbol u otro tipo de espectáculos (conciertos).

Además de estos servicios externos, cada comisario administra *recargas de servicio*, que permiten a los agentes cubrir un turno más que el habitual. En la práctica, estos son los adicionales más codiciados debido a que el agente puede organizar mejor su día, ya que no debe salir fuera de la jurisdicción de la Comisaría. El recurso a estos servicios *extras* es una práctica ya arraigada en la cultura del agente. Si un agente consigue prestar algo más de 20 de estos servicios por mes consigue duplicar su salario, lo que resulta más que significativo.

• *Corolario*: los bajos salarios, sumados a otros factores, han contribuido a una extrema pauperización del trabajo policial y a una creciente desprofesionalización: policías mal pagos, cansados y estresados por el alto nivel de demanda de servicio, tienden a brindar respuestas rutinizadas, y poco idóneas para dar solución al problema de los ciudadanos.

• *Aspectos vinculados a la operatividad policial en el campo de los delitos y las contravenciones*

En el plano operativo, la PFA dictó en febrero de 1996 su Plan estratégico, que establece los lineamientos generales de la acción policial. El fundamento que lo organiza es el reconocimiento de que el sistema de seguridad argentino se encuentra en una crisis y, particularmente, que el sistema penal se encuentra colapsado: en ese contexto el accionar policial, asentado en viejas estructuras, no hace más que alimentar un círculo vicioso que agrava el problema del control del crimen y la violencia urbana.

El Plan se propone como tarea permanente mantener la unidad y competencia de la PFA, afianzar las relaciones con el poder judicial, mejorar la profesionalización del policía y consolidar el prestigio institucional. Como objetivo a corto plazo se propone incluir a los vecinos en la solución de los problemas, reorganizar la presencia policial en la calle y elevar el porcentaje de esclarecimiento de delitos (Policía Federal Argentina: 1996).

En la práctica, la PFA ha acentuado la vieja racionalidad de la "saturación del espacio público" mediante las Rondas Dinámicas con móvil, esto es, recorridas en coches patrulleros o motos con radio, y las Paradas Variables, esto es, los Rondines que los agentes realizan alrededor de las manzanas.

La planificación de las actividades se realizan en virtud del los llamados "Mapas del Delito" que cada comisaría realiza en función de los registros de denuncias. Estos mapas se confeccionan con el objetivo de saber que tipo de delitos y

contravenciones son cometidos en la jurisdicción, con qué intensidad y en qué lugares específicos. Sin embargo, la ausencia de un sistema de informática acorde con la creciente demanda externa que reciben las comisarías, la dificultades materiales de estos segmentos y la carencia de tiempo de los cuadros policiales hace que generalmente estas estrategias operativas obedezcan más al “olfato” o intuición del comisario que al cálculo racional de medios y fines.

• *Corolario*: teóricamente la actividad policial es un mix preventivo-represivo. Pero en la realidad no se sabe cómo se distribuye este esfuerzo. No hay indicadores disponibles para evaluar la productividad y la calidad del desempeño de los policías en la tarea de control de ilícitos.

Además de estas tareas orgánicamente prescriptas, el Código Procesal Penal de la Nación destina un capítulo de su Libro II a las funciones que la fuerza policial deber desarrollar en su apoyo a la justicia penal. Debe recordarse que en la normativa procesal argentina la promoción y ejercicio de la acción penal compete al ministerio fiscal (art. 65). Además, las tareas de investigación pueden quedar, cuando el juez de instrucción lo decida, en manos de los fiscales (art. 196) y ello ha llevado a crear una nueva relación entre los agentes del ministerio público y la fuerza policial, en la medida que el éxito de la tarea depende de la colaboración mutua.

Según lo ordenado por el código la función policial es la de

– investigar, por iniciativa propia, los delitos de acción pública, cuando haya denuncia o una orden de autoridad competente;

– impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores;

– individualizar a los supuestos culpables; y

– reunir las pruebas para dar base a la acusación.

Las atribuciones que se derivan de las disposiciones procesales muestran que la policía tiene asignada una amplia gama de funciones:

– recibir denuncias;

– conservar los rastros materiales hasta la llegada de las autoridades judiciales;

– apartar las personas mientras se lleven a cabo ciertas diligencias;

– realizar registros y fotografiar los lugares de comisión del delito,

– clausurar locales;

– realizar allanamientos y requisas autorizados por las autoridades judiciales;

– interrogar testigos –aunque no tomarles declaración–;

– incomunicar –por un plazo máximo de 6 horas– a presuntos culpables;

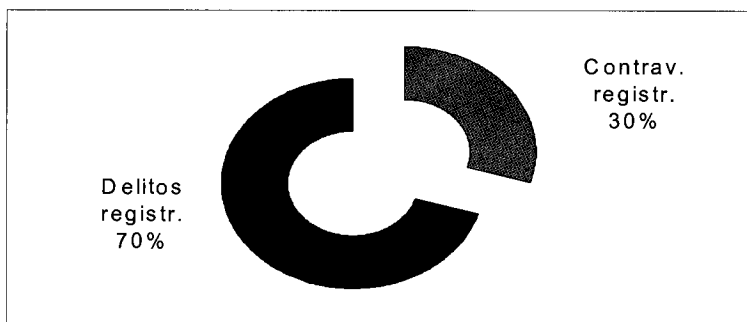
– interceptar correspondencia en casos de urgencia; y,

– usar de la fuerza pública en los casos que sea necesario (art. 184).

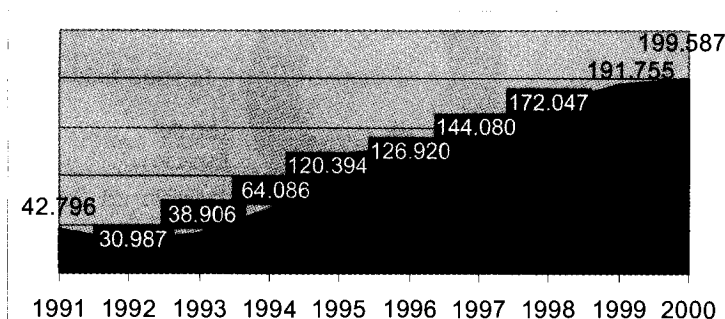
• *Corolario*: en la jurisdicción nacional no existe propiamente una “policía judicial” dependiente orgánicamente de la justicia penal, algo que durante muchos años fue considerado una de las causas de la poca efectividad de la investigación criminal.

Actualmente, el debate se focaliza en saber cómo mejorar la comunicación entre el Ministerio Público y los policías y en acelerar la intervención de los fiscales en los primeros momentos de producido el hecho ilícito.

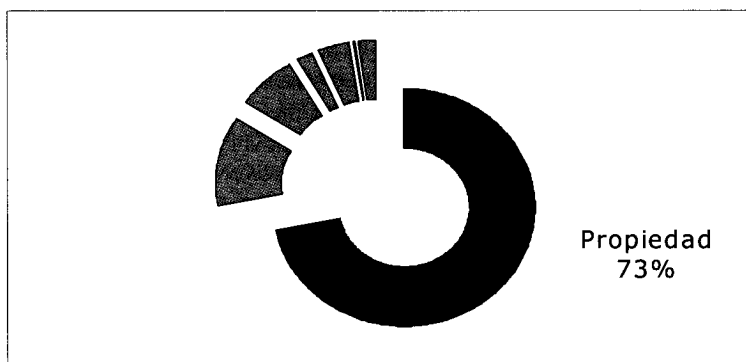
En la actividad de detección de aquellos ilícitos definidos como delitos y contravenciones por la legislación nacional y local, la PFA ha registrado en el año 2000 un total de 284.254 hechos. El registro permite ver que el esfuerzo policial se encuentra encaminado al tratamiento de los delitos en su mayor medida.



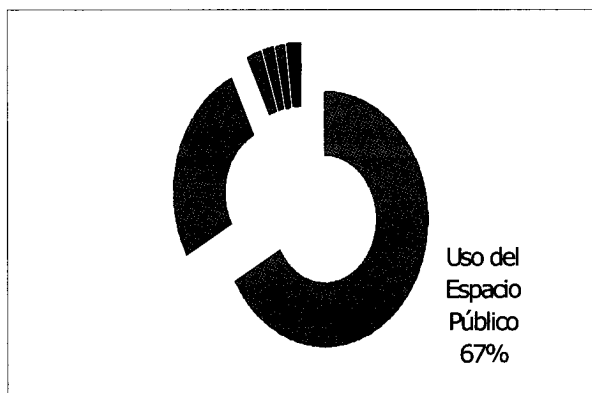
Particularmente en la esfera de los delitos, los registros de la institución muestran que la PFA ha incrementado notablemente su actividad a lo largo de la última década: los acontecimientos registrados policialmente pasaron en Buenos Aires de 42.796 en 1991 a 199.587 en el año 2000.



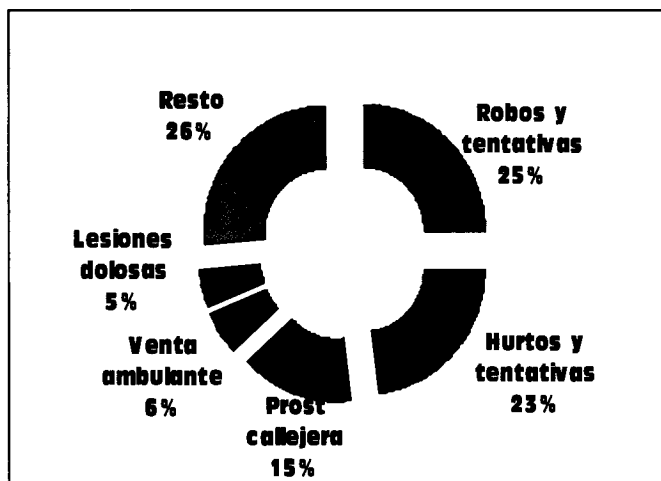
En esta actividad, el mayor esfuerzo policial ha recaído en la detección de los llamados delitos contra la propiedad, al que le dedica más del 70% de su acción. Esto implica decir que la actividad de criminalización policial está orientada hacia los supuestos delitos de robos y hurtos, y sus tentativas.



En materia de contravenciones no hay registros disponibles todavía para conocer la evolución de la década. Se sabe que en el año 2000 fueron registrados en la Ciudad alrededor de 82.642 hechos como contravenciones. En esta esfera el principal objeto de la actividad policial recae sobre el uso indebido del espacio público, lo que significa que el esfuerzo de contravencionalización la policía lo dirige principalmente hacia los supuestos hechos de prostitución en la vía pública y a la venta ambulante ilegal.



Las estadísticas policiales son, como se sabe abundantemente, un pobre instrumento para medir aquellas situaciones problemáticas que acontecen en la realidad y que la ley ha calificado de delitos y contravenciones, pero son un buen útil para comprender cómo la institución distribuye su actividad en el campo de los ilícitos: en Buenos Aires, con una policía ocupada mayoritariamente de hurtos, robos, prostitución, venta ambulante y lesiones dolosas resulta más clara y consistente el análisis acerca del tipo de actividad que la institución realiza y la relación entre estos fines y los medios disponibles para satisfacerlos.



• *Corolario:* la estadística criminal indica que la demanda de la actividad policial ha sufrido un incremento importante desde la segunda mitad de la década del noventa.

• *Corolario:* mientras el mito del buen policía indica que el mejor policía es fundamentalmente aquel que combate contra los grandes criminales y los grandes delitos, los índices estadísticos señalan que la actividad cotidiana del policía se despliega en su gran mayoría en el campo de las incivildades o de conflictos que requieren de una actividad no necesariamente violenta por parte de la policía.

4. La actividad policial y la participación social

En los últimos años se ha producido en los países centrales un proceso de reforma de las instituciones policiales en base a la estrategia llamada de "Policía Comunitaria". En el plano teórico una policía de tipo comunitario es aquella que privilegia la seguridad de los ciudadanos por sobre el cuidado del orden público. Aunque la realización práctica de esta reforma ha sido disímil y la evaluación de sus resultados todavía no permite saber hasta que punto se ha abandonado la racionalidad policial tradicional, es cierto que una de las consecuencias de este movimiento fue haber puesto en evidencia que la democratización del servicio policial depende en gran medida del mayor compromiso y participación de los vecinos y de una mejor comunicación entre estos y los policías del barrio.

Aggiornada en el lenguaje de este proceso la PFA ha promovido la creación de consejos barriales destinados a recepcionar las demandas de los vecinos, realizar diagnósticos sobre las causas de la inseguridad en el barrio y organizar las posibles soluciones del problema. De esta manera, fueron creados mediante la

Orden del Día Nro. 207 del 02.11.1998 los *Consejos de Prevención Comunitaria* bajo dependencia operativa de la Superintendencia de Seguridad Metropolitana la que debe controlar su desarrollo y mejoramiento. Se promueve que cada Comisaría interactúe con un Consejo. Estos consejos deben estar integrados por entre 7 a 12 vecinos que representen al “vecindario por su edad, etnia, nivel social y económico”. Los mismos no sólo deben exponer los temas, sino realizar votos que reafirmen sus posiciones frente a los problemas a resolver.

Algunas de las acciones que deben llevar a cabo estos Consejos son: a) proponer métodos de solución pacífica de conflictos, b) afianzar los lazos entre la policía y la comunidad, c) investigar cuales son los problemas del barrio, d) hacer uso de encuestas e indicadores para medir las variaciones del delito, e) promover el consenso para la toma de decisiones.

Además de estos consejos –y como antecedentes de los mismos–, funciona desde hace años la *Asociación de Amigos* es una asociación civil, que tiene por destino colaborar monetariamente con la operatividad diaria de la comisaría. Está integrada en su mayoría por los comerciantes de la zona y funciona como una cooperativa. No tiene el carácter de un consejo de participación comunitaria propiamente. En general, los que hacen el aporte mensual exigen que la policía tengan mayor presencia en el entorno de sus propiedades y comercios.¹⁷

• *Corolario:* a pesar de las iniciativas de la institución en abrir centros barriales, la interacción entre la policía y la sociedad civil continúa siendo deficitaria.

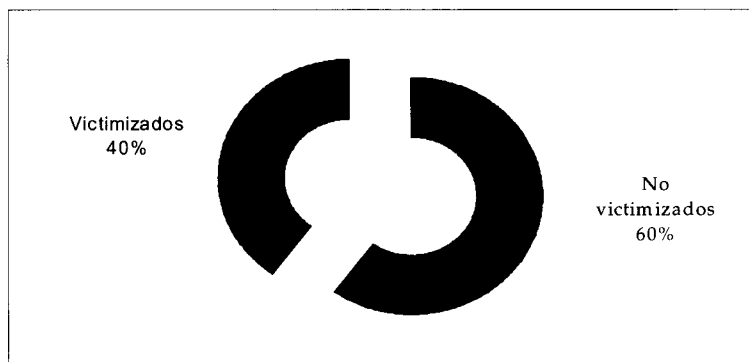
Aunque no hay ningún indicador sobre el resultado de estas actividades, se sabe que estos centros han tenido dificultades para desarrollar una verdadera práctica de participación ciudadana y los mismos han terminado funcionando como meros centros de reclamos por mayor presencia policial o por intervenciones más eficaces sobre aquellos que son percibidos como individuos peligrosos.

5. La percepción ciudadana de la actividad policial en Buenos Aires

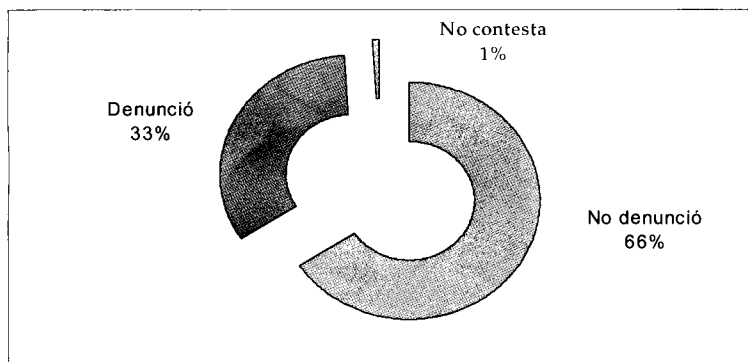
Un primer perfil de la imagen que la sociedad posee sobre la PFA y las autoridades encargadas de cuidar de la seguridad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires puede deducirse de la Encuesta de Victimización que ha desarrollado Ministerio de Justicia de la Nación durante el año 2000.

(17) Para contrarrestar los déficits de la participación ciudadana en el campo de la seguridad, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha organizado en la órbita de la Dirección de Seguridad y Prevención del Delito, un Plan de Prevención (correlato del Plan Nacional de Prevención del Delito dirigido desde la Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios de la Nación) destinado a articular las variadas esferas de la prevención con especial énfasis en las prácticas sociales y situacionales. Las relaciones entre el Plan y la PFA son todavía precarias y están lejos de obedecer a una sistema concertado de actuación.

Del total de los encuestados, el 60% manifiesta no haber sido víctima de algún atentado o hecho que pueda ser susceptible de ser sometido a un proceso de legal como contravención o delito; mientras tanto el 40% sí se considera víctima de este tipo de hechos (Ministerio de Justicia: 2001).

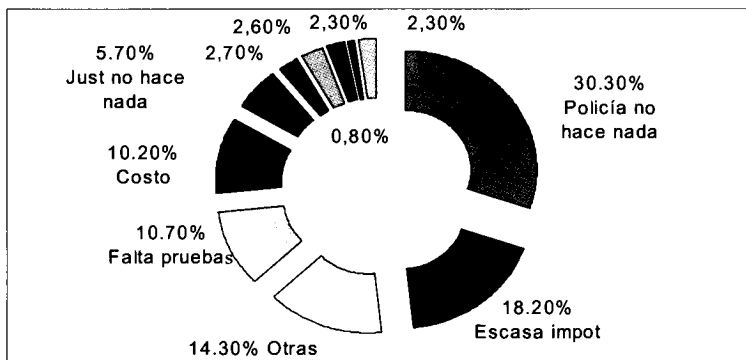


Al ser consultados aquellos que se consideran víctimas sobre la denuncia del supuesto ilícito sufrido, el 66% responde que no ha efectuado la denuncia contra el 33% que la ha hecho y el 1% que no sabe y/o no contesta (Ministerio de Justicia: 2001).

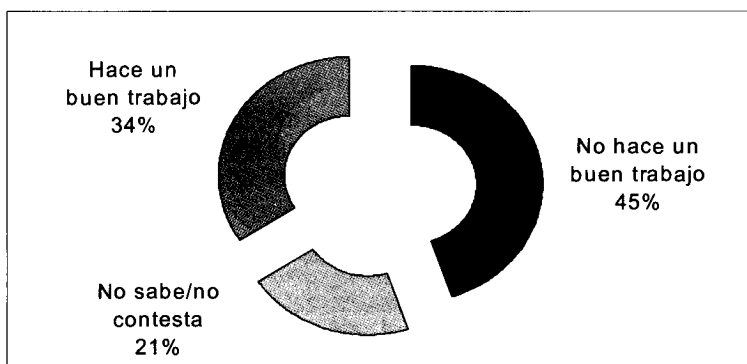


Consultados sobre el motivo por cual no realizó la denuncia, el 30,3% de aquellos que se consideran victimizados responden que no lo hizo porque la policía no hubiera hecho nada; el 18,2% porque el hecho no tenía demasiada importancia; el 14% por otras razones que no explica; el 10,7% por falta de pruebas; el 10,2% por el costo económico o pérdida de tiempo que produce

realizar la denuncia; el 5,7% porque la justicia no hubiese hecho nada; el 2,7% por miedo o temor de represalias de los ofensores; el 2,6% por miedo o disgusto a la policía; el 2,3% porque la policía desaconsejó o desalentó la denuncia; el 0,8% porque no tenía seguro; el 2,3% no sabe y/o no contesta (Ministerio de Justicia: 2001).

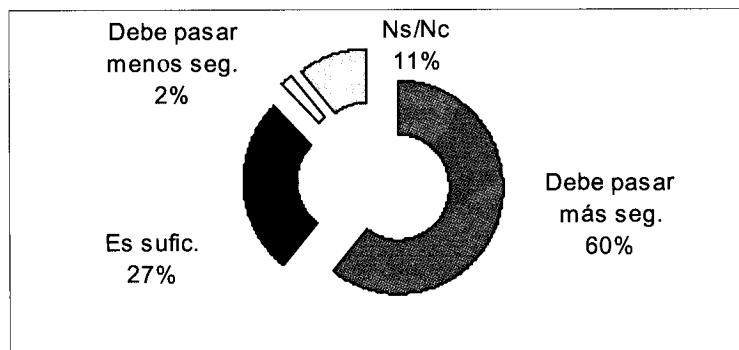


Consultados sobre la evaluación que realiza de la actuación de la policía en el barrio en el campo del control del delito, el 44,9% de los entrevistados considera que dicha institución no realiza un buen trabajo; el 32,2% que realiza un buen trabajo y el resto, el 29,9% no sabe y/o no contesta (Ministerio de Justicia: 2001).

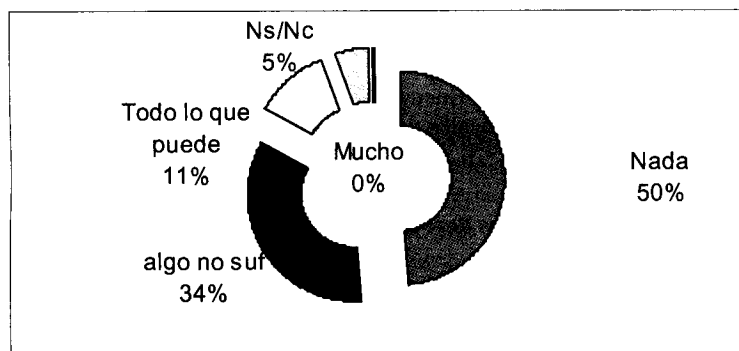


Sobre la evaluación que los entrevistados realizan de la frecuencia del paso de la policía frente a su casa, el 60,6% entiende que debería pasar más seguido contra el 26,9% que considera que es suficiente y/o está bien; el 1,9% que

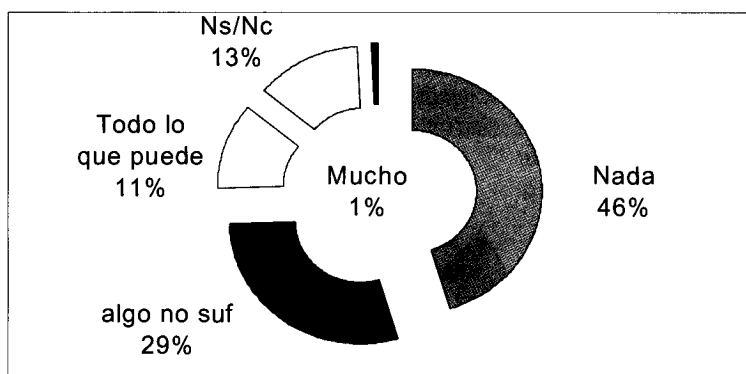
debería pasar menos seguido; y el 10,6% que no sabe y/o no contesta (Ministerio de Justicia: 2001).



Consultados sobre la actuación del Gobierno Nacional en relación al problema de la seguridad en el barrio, el 48,7% de los entrevistados considera que no está haciendo nada; el 34,3% que está haciendo algo pero no lo suficiente; el 11,3% que está haciendo todo lo que puede; el 5,2% no sabe y/o no contesta; y el 0,4% que está haciendo mucho (Ministerio de Justicia: 2001).



En el mismo tipo de consulta pero referida a la actuación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el 45,3% de los entrevistados considera que no está haciendo nada; el 29,5% que está haciendo algo pero no lo suficiente; el 11,3% que está haciendo todo lo que puede; el 13,2% no sabe y/o no contesta; y el 0,8% que está haciendo mucho (Ministerio de Justicia: 2001).



• *Corolario:* sólo un tercio de los conflictos que las personas entienden como ilícitos son denunciados a la policía, lo que muestra claramente la cantidad de hechos que no ingresan al sistema de criminalización o contravencionalización.

• *Corolario:* una las principales causas del desánimo en denunciar los hechos se localiza en la pobre confianza que las víctimas tienen en la policía, o por lo menos, en su capacidad de investigar y descubrir a los infractores.

• *Corolario:* la percepción ciudadana es que la policía no realiza una buena tarea en la actividad de prevención y control de los delitos que ocurren en la Ciudad.

• *Corolario:* aunque existe presencia policial en la zona de residencia, los vecinos de Buenos Aires evalúan que la misma debe incrementarse.

• *Corolario:* los vecinos de Buenos Aires entienden que las autoridades políticas tanto nacionales como locales tienen una amplia responsabilidad en el problema de la inseguridad.

6. La actividad policial y los derechos civiles fundamentales

La cruenta dictadura militar que detentó el poder en la Argentina entre 1976 y 1983 desplegó una política policial eficaz orientada básicamente a la neutralización y eliminación de aquellos que eran considerados enemigos internos del régimen. Basada en los principios de la Doctrina de la Seguridad Nacional esta política policial convirtió a la policía en un instrumento aceptado de consolidación del orden autocrático. Específicamente, la PFA ha tenido una participación importante en esta lógica autoritaria y en la violación de los derechos fundamentales. Este compromiso con el proceso militar ha creado una profunda brecha entre la policía y la sociedad que todavía no se ha podido cerrar completamente en la era democrática.

Actualmente, la fuerza federal, consciente de su necesidad de participar plenamente del juego democrático ha realizado importantes esfuerzos destinados a controlar las actividades que puedan contradecir las garantías ciudadanas fundamentales. Sin embargo, existen todavía bolsones de prácticas arraigadas a la lógica de la omnipotencia policial que están en constante tensión con la legalidad.

Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y algunas investigaciones judiciales han puesto de relieve que todavía queda mucho trabajo por realizar en la racionalidad policial en lo que se refiere al ejercicio democrático. Las principales conductas denunciadas son las siguientes:

- Extorsión y reclamo de comisiones dinerarias a cambio de liberar las zonas, específicamente en el caso de juegos ilícitos, prostitución organizada y la venta callejera.
- Detenciones arbitrarias y trato discriminatorio de los grupos vulnerables (prostitutas, travestis, inmigrantes ilegales, adolescentes de bajos recursos etc.).
- Fabricación de procedimientos para incriminar falsamente a algunos ciudadanos.
- Maltrato y abusos físicos con los detenidos sospechados de la comisión de un ilícito.
- Uso desmesurado de la violencia en los controles de las zonas periféricas.

Más allá de la enumeración de este tipo de hechos ilícitos, que muchas veces resultan muy difíciles de probar en sede judicial, existen otros indicadores informales sobre las dificultades que tienen los integrantes de la institución policial de aceptar la importancia de la plena vigencia de las garantías. Uno de ellos son los diferentes discursos sobre la política de mano dura que la policía deja oír a menudo.

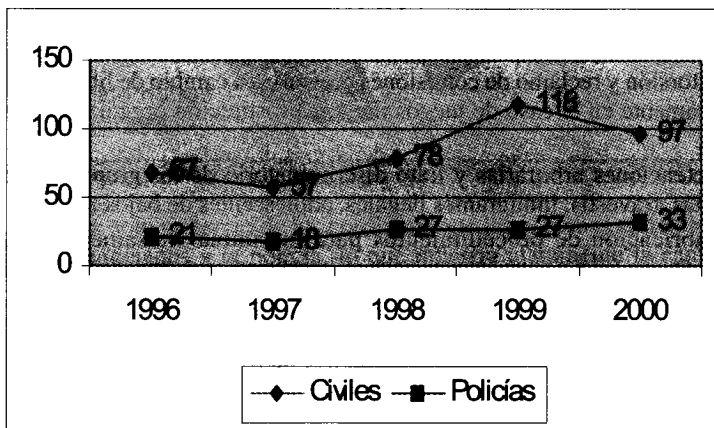
Luego de la sanción del Código de Convivencia Urbana, en el año 1998, la PFA inició un importante lobby en destinado a restituir los poderes policiales que este nuevo instrumento legal había cercenado. El centro de la controversia giró en torno a las facultades de detención e investigación de aquellos sospechados de delinquir, a la legalización de la prostitución callejera y a la desaparición de la figura del merodeador (Palmieri, Pochak & Lekerman: 2000, p. 122).

El resultado fue que la Legislatura de Buenos Aires terminó modificando el Código de Convivencia en dos de las esferas que la institución policial cuestionaba: por una parte, se sancionó la oferta y demanda de servicios sexuales en los espacios públicos con una tipología “mucho más amplia, confusa y ambigua que la contenida en los viejos edictos de principios de siglo” (art. 71) y, por otra, se facultó a la policía a detener a los contraventores que no pudiesen acreditar su identidad y a conducirlos ante el Ministerio Público (art. 36 bis) (Palmieri, Pochak & Lekerman: 2000, p. 123).

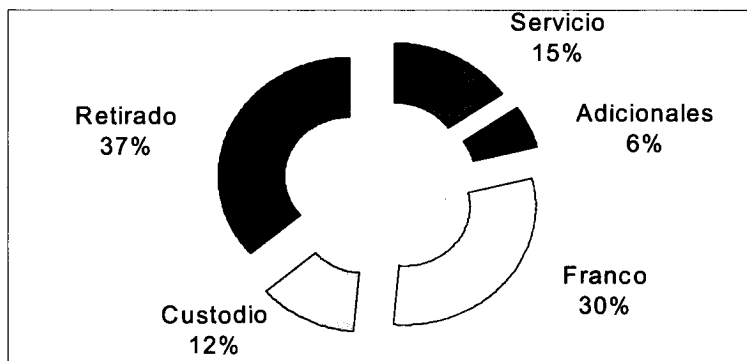
El Centro de estudios legales y sociales (CELS) analiza desde hace varios años la distribución y consecuencias del uso de la violencia en las acciones de represión y control del delito que realiza la PFA. Los indicadores que ha confeccionado, con fuente en la prensa escrita, permiten medir el número de muertos

policiales y civiles que resultan de los distintos tipos de actividad que el personal policial federal desarrolla en la Ciudad de Buenos Aires y en el Conurbano bonaerense <www.cels.org.ar>.

Civiles y funcionarios policiales muertos
en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense (Cels: 2001)



Si bien todavía no resulta posible establecer las circunstancias en que se producen estas muertes, el análisis de la condición laboral de los policías muertos deja ver que sólo un 15% se encontraba de servicio, esto es, en una situación de plena responsabilidad y competencia profesionales. Se supone que policías retirados, aun contratados para prestar servicio en la fuerza, o policías de franco no se encuentran en situación de responder óptimamente a una racional distribución de la violencia <www.cels.org.ar>.



• *Corolario*: luego de 20 años de regímenes democráticos, los derechos humanos fundamentales siguen siendo una referencia ex-céntrica a la racionalidad policial. Los policías continúan vinculando estas ideas como propias de un sistema blando, que protege abusivamente los derechos de los delincuentes, recorta indebidamente los poderes de policía y, en última instancia, favorece el desorden social.

• *Corolario*: los discursos de mano dura y los lobbys por más poderes policiales continúa siendo un recurso de tipo corporativo que nunca verifica sus resultados positivos en la práctica, aun si se toma el "orden social" como pauta de lo que debe ser el objetivo de la policía. Aún más, en el marco de un sistema de seguridad pública colapsado y con la complejidad que han adquirido los ilícitos en la actualidad, mayores atribuciones genera al mismo tiempo una mayor demanda social y política de eficacia que la institución está lejos de poder satisfacer.

• *Corolario*: El aumento de la violencia social no justifica una respuesta más violenta del aparato policial, sino una mayor capacitación y profesionalización.

7. La problemática policial frente a la autonomía política de Buenos Aires

Desde la década pasada, se han producido en el país, y en particular en Buenos Aires, una serie de importantes acontecimientos políticos que parecen encaminados a impactar en la problemática de la gestión policial de la Ciudad: la reforma de la Constitución Nacional, realizada en 1994, transformó el estatuto político de la Capital del país permitiendo que Buenos Aires se convirtiese formalmente en una Ciudad Autónoma. Este proceso, ratificado luego con la nueva constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, estableció las bases legales para que la seguridad sea provista por el Gobierno local, para lo cual debía disponer de un servicio policial propio.¹⁸

Existe, de esta manera, una problemática de orden jurídico-político que da especificidad a la llamada *cuestión policial* de Buenos Aires con relación a las cuestiones policiales provinciales; una problemática que se compone, en su formulación básica, de los siguientes elementos:

1. La institución que presta servicios policiales en Buenos Aires es una

a. fuerza federal cuya tradición enraza en los orígenes mismos de la ciudad y que, por tanto, reclama para sí el privilegio de pertenencia y conocimiento del ámbito local.

b. fuerza federal que depende de las autoridades nacionales y cuya misión es la de atender intereses nacionales.

(18) Arts. 34 y 35 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Por mandato de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Gobierno Autónomo debe proveer el servicio de seguridad y, para ello, el Poder Ejecutivo local debe disponer de una fuerza policial bajo su mando. Esto supone:

a. La creación de una *Policía de la Ciudad Autónoma*, sea a través de la organización de una nueva estructura orgánica y funcional, sea a través del traspaso de los organismos de la PFA que prestan servicios locales; sea a través de una solución intermedia.

b. La formulación de una *Política policial local* que permita al Gobierno organizar las prácticas policiales en la Ciudad de Buenos Aires.¹⁹

Teniendo en cuenta estos elementos, el proceso de autonomía de Buenos Aires ha originado una aguda paradoja en lo que se refiere estrictamente a la gestión policial en la ciudad: por un lado, el nuevo proceso político ha abierto una posibilidad histórica única para definir un nuevo campo de organización, comando y control de una fuerza policial: en una sociedad que, luego de muchas frustraciones apuesta a consolidar sus instituciones democráticas, la policía podría renovar sus prácticas, podría reencontrarse con la ciudadanía, podría jerarquizar su profesión, podría, en suma, activar su compromiso con el Estado de Derecho en pos de una mejor convivencia ciudadana.²⁰

Por otro, este proceso de autonomización de Buenos Aires ha producido una notable incertidumbre en el interior de la fuerza que no vislumbra cual será su más próximo destino: el principal problema que se avizora en el interior de la fuerza es la escisión de la PFA, considerada por sus integrantes como la institución policial más prestigiosa del país y, consiguientemente, la pérdida de estatus profesional para todos aquellos policías que pasen a depender del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Frente a este problema las dos administraciones autónomas que han gobernado la Ciudad de Buenos Aires se han mostrado indiferentes e, incluso, esquivas a cumplir con el mandato constitucional que prescribe la creación de una policía propia. Los gobernantes han renunciado así a marcar la pauta en el corazón mismo de la política –y de la reivindicación de la autonomía política: allí donde se legiti-

(19) Mediante la Ley 24.544, derivada de una exigencia de la Constitución Nacional, se ha obturado la transferencia de la fuerza policial al Gobierno de la Ciudad en virtud de que la Buenos Aires sigue siendo el asiento del Gobierno Nacional.

(20) Hay que tener presente que una de las esferas más complejas de la autonomía es la económico-financiera. Hay que considerar que la Ciudad de Buenos Aires aporta al sistema de coparticipación federal más del 28% –algo así como 10.000 millones de pesos– de los recursos que lo integran y recibe de él sólo el 1% de los mismos. La Nación y el resto de las jurisdicciones argumentan la transferencia de la policía al ámbito de la Ciudad debe hacerse sin recursos económicos ya que la policía gasta hoy en día la mayor cantidad de sus presupuesto en la seguridad local. La Ciudad argumenta que con un aporte tan significativo al sistema de coparticipación resulta más que justo que la transferencia sea con el total de los recursos (Pecce: 2001).

ma el uso de la fuerza y, por tanto, donde se define una de las relaciones más intensas que el Estado puede establecer con la sociedad.

• *Corolario*: la metrópolis más importante del país padece no sólo la ausencia de una fuerza propia sino también la ausencia de una política policial local destinada a establecer qué tipo de gestión policial es más adecuada para los habitantes de Buenos Aires.

8. Hacia la formulación de una Política policial democrática para la Ciudad de Buenos Aires: la necesidad de construir una nueva racionalidad policial

Una Política policial democrática se compone de un núcleo esencial y cuatro elementos prescriptivos (Bayley: 2001)

– Núcleo Esencial:

Es el Estado quien posee el monopolio de la fuerza pública, pero es a los ciudadanos mediante sus representantes a quien compete definir de que manera ese uso monopólico garantiza mejor la libertad, la seguridad y la justicia.

– Elementos prescriptivos:

i. La policía es garante y soporte del orden democrático.

La legalidad y, en especial, los derechos humanos fundamentales, no son sólo un límite para la actividad policial sino más bien un marco de referencia positivo.

ii. La policía debe atender prioritariamente los intereses y necesidades de los individuos.

Los conflictos humanos constituyen el objeto privilegiado de la policía y no los conflictos gubernamentales.

iii. La policía debe ser transparente en su accionar.

La institución policial debe abrir canales institucionales que incrementen la visibilidad desde la sociedad y evitar las prácticas corporativas que la obstaculizan.

iv. La policía debe ser controlada por la ley.

La responsabilidad policial deben ser juzgadas por los órganos judiciales competentes y no deben quedar libradas a meras decisiones de tipo político-partidario.

Bajo los lineamientos de una Política Policial de este tipo el futuro Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debería iniciar un proceso de reformas institucionales destinados a que la Ciudad cuente con una fuerza policial local. Considerando que ello es una obligación constitucional no negociable, pero también siendo concientes de las escasas posibilidades que existen para realizar una inversión política y financiera de tal magnitud en un momento en que el país vive una de las crisis más agudas de su historia, habría que pensar en un programa realista de corto, mediano y largo alcance:

– En un primer momento el Gobierno de la Ciudad debería realizar con la PFA un Contrato Local de Seguridad. Para la realización del mismo habría que considerar los siguientes elementos:²¹

- Realizar un diagnóstico sobre los problemas de la seguridad lo más localizada posible en los diferentes barrios o zonas de la Ciudad.
- Definir objetivos específicos de la actuación de la policía según lo que resulte del diagnóstico y en función de las necesidades específicas del Gobierno de la Ciudad.
- Favorecer una comunicación eficiente entre las agencias del Gobierno y la PFA.
- Delimitar con claridad que recursos humanos y materiales deben emplearse para satisfacer las necesidades locales.
- Fijar el aporte económico que debe realizar la Ciudad para mejorar la prestación del servicio policial.
- Fijar un sistema de rendición de cuentas de la actuación policial en la jurisdicción de la Ciudad.

– En un segundo momento el Gobierno de la Ciudad debería preparar el diseño institucional de la futura Policía de la Ciudad Autónoma. Para ello debería tener en cuenta por lo menos los 10 elementos operativos más importantes que derivan de una Política Policial Democrática:

I. Realizar una estrategia sistémica que exponga racionalmente cuales son los fines de la reforma, los medios disponibles para alcanzarlos y las etapas de su realización.

II. Identificar los cuadros policiales que liderarán el proyecto de creación y posterior administración de la Policía de la Ciudad Autónoma.

III. Realizar una consulta profunda en todas las jerarquías policiales que prestan servicios policiales en la Ciudad acerca de las dificultades que encuentran en su trabajo.

IV. Privilegiar las transformaciones en los sistemas educativos y de entrenamiento de los policías más que los cambios de organización formal y los reemplazos del personal.

(21) Estoy pensando en algo similar a los *Contrats locaux de sécurité* creados en Francia mediante la Circular del 28.09.1997, y que permite definir una estrategia más localizada de la acción de la *Police Nationale* o la *Gendarmerie*. En el sistema policial canadiense puede encontrarse otro sistema de contractualización: la policía que depende del Gobierno Federal (la Royal Canadian Mountain Police) es contratada por los Gobiernos Provinciales y Municipales para prestar el servicio policial en sus jurisdicciones. Esto se justifica en la necesidad de ahorrar expensas sobre todo en aquellas zonas de extensos territorios sin mucha densidad poblacional. El principal defecto del sistema es que las autoridades locales (provinciales y municipales) no tienen casi ningún control en materia de gobierno y rendición de cuentas de la fuerza que sólo da satisfacciones a las autori-

V. Mostrar que el proyecto redunda en una mayor profesionalización de los cuadros policiales y en una mejor integración de los mismos con el resto de la sociedad.

VI. Invertir prioritariamente en la mejora de los beneficios salariales, sociales y laborales más que en recursos materiales propiamente policiales.

VII. Fomentar el contacto profesional entre los cuadros policiales y profesionales de otras áreas, así como también la formación de redes de trabajo con instituciones policiales que recientemente ha encarado una reforma exitosa.

VIII. Supervisar con atención los resultados logrados en cada etapa de modo que puedan corregirse los errores y no se inhiba la realización de la etapa siguiente.

IX. Crear un grupo de veedores de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia con capacidad para transparentar los resultados de la reforma.

X. Evitar que la transformación institucional no cree un vacío en la prestación del servicio policial que pueda producir escepticismo dentro de la fuerza y resistencia en la sociedad sobre las posibilidades del proyecto.

– En un tercer momento el Gobierno de la Ciudad debería realizar el traspaso definitivo de los recursos humanos e institucionales necesarios para contar con una fuerza policial autónoma. Una Política Policial Democrática indica que la nueva institución debe orientarse según los siguientes parámetros organizacionales:

- Apertura institucional con la autoridad política responsable de decidir la oportunidad y formas en que corresponde reivindicar el uso de la fuerza legítima

- Proximidad pública del personal policial respecto de las demandas de los vecinos.

- Proactividad eficaz en la administración de los conflictos que evite el agravamiento de los mismos.

- Coordinación productiva con los mecanismos de seguridad no públicos (agencias privadas de seguridad o prácticas de tipo comunitario).

- Sindicalización del personal policial que permita ejercer una lucha más democrática por mejores condiciones de trabajo.

- Profesionalización y especialización en las distintas oportunidades y formas en que se debe reivindicar el ejercicio de la fuerza legítima.

- Dignidad y autoridad fundadas en de la capacidad para disminuir el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos.

- Evaluación de productividad y desempeño de la actividad policial basada más que en el esfuerzo bruto en el impacto o resultado alcanzado.

dades federales (Seagrave: 1997). En ese sentido el sistema canadiense no ayudaría *a priori* a paliar los problemas que aquí existen.

- Definición de estrategias de cuidado del orden y seguridad urbana a través de pactos locales de seguridad donde participe la comunidad e instituciones de bien público.

- Responsabilidad institucional y personal sin condicionamientos gubernamentales.

9. Conclusión

De esta primera aproximación a la gestión policial que se desarrolla en la Ciudad de Buenos Aires es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, es posible decir que, en un sentido estricto, lo policial *no existe*: lo policial no es más que un nombre que sirve para designar en un momento y lugar determinados un conjunto de prácticas destinadas a reivindicar el monopolio de la violencia estatal legítima y, de esta manera, promover un determinado orden social. En esa línea, la policía, como institución del Estado, tiene un carácter instrumental: son los gobiernos los deciden de qué manera y con qué instrumentos debe reivindicarse el uso monopolístico de la violencia legítima y cual es el sentido del orden social. Así, lo policial es un puro evento político: es la política policial la que determina que es lo que debe hacer la policía.²²

La historia de la PFA muestra bien este carácter instrumental: su sentido institucional ha variado según los vaivenes políticos por lo que ha atravesado el país y, en particular, la Ciudad de Buenos Aires. Su rica tradición en la Ciudad, muestra que la pérdida de su carácter local en provecho de satisfacer intereses nacionales estuvo ligada a la contingencia histórica de un gobierno que entendió que el país necesitaba coordinar las diversas policías provinciales.

En segundo lugar, es posible verificar que, en sus casi sesenta años de fuerza federal, la PFA ha construido una importante identidad institucional y profesional que la convierte una organización policial de referencia en el contexto policial nacional. Este prestigio le ha permitido definir un *status quo* lo suficientemente fuerte como para contener las demandas externas de cambio o aquellas reformas que pretendan mutar su tradición.

Esto no ha dejado de ser problemático si se consideran las importantes transformaciones políticas y sociales que ha vivido el país en las últimas dos décadas. Por una parte, los compromisos autoritarios con la última dictadura militar, y, por otro, la ausencia de decisiones de las autoridades democráticas destinadas a defi-

(22) Desde este punto de vista se percibe mejor que lo policial resulta lo más *inmundo* - literalmente *in mundus*: lo mundano, lo que está en mundo y no en un campo trascendental o ideal- de lo político y por tanto el lugar por excelencia para hacer jugar las decisiones destinadas a profundizar el sentido de la democracia y consolidar el estatuto ciudadano de los habitantes de Buenos Aires. Este carácter explica en parte la tensión y la incomodidad que la clase dirigente y buena parte de los académicos sienten al tratar los problemas policiales.

nir una política policial adecuada a los nuevos tiempos, han impedido que la policía satisfaga plenamente la demanda social por contar con una institución policial más transparente y confiable.

En tercer lugar, al analizar la organización profesional de la PFA se verifica que los principales nudos problemáticos son: por una parte, los rasgos autoritarios que todavía persisten en el horizonte cultural de la policía: el problema continúa siendo que la legalidad del orden democrático es pensado y actuado por los policías como un límite a su actividad y no como el fundamento que debe ser consolidado y alimentado. Por otra parte, se encuentra el problema de la profesionalización. Los bajos salarios, la prestación de servicios adicionales, sumados a la mayor disponibilidad que exige el aumento de la violencia social impiden que el policía pueda disponer siquiera de los medios educativos y de entrenamiento que los nuevos tiempos reclaman.

En cuarto lugar, la transformación del estatuto político de Buenos Aires abre una importantísima posibilidad para transformar la racionalidad policial de modo que el problema del mantenimiento del orden social adquiera un contenido sustantivo y sea definitivamente *orden democrático*. Además, entendida como reforma de estado y no como un mero traspaso institucional, la creación de la policía de la ciudad permitiría trabajar en una mejora real de las condiciones profesionales y, por tanto, en la promoción de una labor más eficiente y en una productiva integración del policía con la sociedad. En este sentido, en Buenos Aires no hay un debate por hacer, sino una prescripción constitucional que cumplir: los ciudadanos de la ciudad deben contar con una policía propia y adecuada a sus necesidades urbanas.

En suma, analizada desde el punto de vista de su racionalidad la gestión policial en la Ciudad de Buenos Aires presenta serios inconvenientes para legitimar su presencia y acción en la sociedad como instrumento de un Estado democrático o, por lo menos, de un Estado en vías de democratización.

Desde que Juan Bautista Alberdi, uno de los inventores de la nación, pensó a la Argentina como un país moderno sabemos que la apuesta por una *República verdadera* exige ciudadanos capaces de asumir las arduas obligaciones del estadio republicano, pero también políticos cuya vocación sea colocar, como le gustaba decir a Maquiavelo, "la grandeza de la patria por encima de la salvación de sus almas". Sabemos también cómo la renuncia a estas exigencias políticas por parte de unos y otros produjo en el país enormes frustraciones. Transformar la racionalidad policial es una de las vías más efectivas para dar autenticidad a la República ya que a través de aquella el poder es tomado en su acción más productiva: aquella de engendrar más poder, pero también de producir los sujetos políticos capaces de equilibrar su ejercicio.

Bibliografía

ALBRECHT, H.-J. "Transnationale Kriminalität und internationale Instrumente zu ihrer Bekämpfung". Congr s international sobre les eines per a l'an lisi de la seguret t. L'estat de la recerca. Barcelona, jun. 2000.

- BAYLEY, D. *Democratizing the police abroad: what to do and how to do it?* Washintong: Departament of Justice, 2001.
- BITTNER, E. *The funtions of the police in modern society*. Cambrige: Oerlgeslager, Gunn et Hain, 1970.
- . "Florence nightingale in pursuit of Willie Sutton: a theory of teh police". In, JACOBS, H. (Ed.) *The potential for reform of criminal justice*. California: Sage, 1974.
- BRATTON, W. "Crime is down in New York City-Blame the Police". In, NORMAN, D. (Org.) *Zero tolerance. Policing a free Sociaty*, London, 1998, p. 29-43.
- BRICEÑO LEON, R. et alii. "Comparando violencia y confianza en América Latina". *Revista Venezolana de Ciencias Sociales* 3, n. 2-3. 190 et seq., em *Tempo social*, São Paulo: USP, 1997, p. 155 et seq.
- BRODEUR, J-P. "Police et sécurité en Amerique du Nord: bilan de recherches récentes". *Cahiers de la sécurité interieure*, n. 0, Paris: IHESI, 1990, p. 203-241.
- . "La police, mythes et réalités". *Criminologie*, vol. XVII, n. 1/507-520, 1984.
- CALDEIRA, C. "Segurança Pública e seqüestros no Rio de Janeiro". *Tempo social*. São Paulo: USP, 1997, p. 115 et seq.
- CANO, I. *El control de la actividad policial: el uso de la fuerza letal en Rio de Janeiro*, 2001, Mimeo.
- CENTRO DE ESTUDIOS UNIÓN PARA LA NUEVA MAYORÍA. "La imagen de las reformas policiales", Cuaderno n. 275, 1998, Mimeo.
- . "El problema global de la seguridad", Cuaderno n. 271, 1998, Mimeo.
- CHILLIER, G. "El reemplazo de los edictos policiales por un Código de Convivencia Urbana". In, CELS. *Derechos humanos en la Argentina*. Informe anual ene.-feb. de 1998, Buenos Aires: Eudeba, p. 164 et seq.
- DAMMERT, L. "Violencia criminal y seguridad pública en Amércia Latina: la situación en Argentina". *Cepal*, oct. 2000.
- DELLASOPPA, E. "Organização como problema: estrategias e racionalidade na Policia Civil do Estado de Rio de Janeiro". IV Concurso Clacso-Asdi, 1999.
- ERIKSON, R.V. *Reproducing order: a study of police patrol work*. Toronto: University of Toronto, 1982.
- ESTÈBE, Ph. "Police, justice et politique locales: de l'antagonisme au contrat. Un liba des conseils comunaux de preventions de la deliquance (CCPD)". *Collectivités locales et sécurité. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1997. n. 16, p. 25 et seq.
- FUNK, A. "Le système policier allemand dans le cadre Européen". *Systèmes de Police Comparés et Cooperation. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1993. n. 13.
- FYFE, J. et alii. *Administración de la policía*. México: Mac Graw-Hill, 1997.
- GABALDON, L. & BIRBECK, C. "Investigación exploratoria sobre la disposición de los agents policiales de usar fuerza contra el ciudadano". Ponencia presentada en la 1.ª Reunión del Grupo Violencia y sociedad, Caracas, ene. 2000.
- GLEIZAL, J-J. "L'État, les collectivites locales et la sécurité: concepts et politiques". *Collectivités locales et sécurité. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1994. n. 16, p. 13 et seq.
- HESSE, H. "Fixing broken windows and bringin down crime. Die new yorker Polizie strategie der neuziger Jahre". *Kritische Justiz*, Jg. 32, Heft, p. 32 et seq., 1999.
- JOBAR, F. *Les violences policières. État de recherche dans le pays anglo-saxons*. Paris: L'Harmattan, 1999.

- LEVY, R. "Du flagrant délit au traitement en temp réel: 130 ans de procédures pénales rapides". VAN DER DAG, O. *Thema: Vernel recht*, Amsterdã: Hanboek, 2000.
- . "Neighbourhood versus Europe: The Dilemma of French Policing". In, HOOD, R. & COURAKIS, N. *The changing Face of crime and criminal policy in Europe*, University Oxford, 1999.
- & ZAUBERMANN, R. "La police, les minorités et l'ideal républicain français". Communication à la International Conference on Instrumens to Analise security. Current state of research, Barcelona (Police Academy of Catalonia). 13-15 juin. 2000.
- & ZAUBERMANN, R In, ROBERT, P., SOUBIRAN-PAILLET, F., VAN DER KERKOVE, M. *Normes, normes juridiques, normes pénales*. Paris: L'Harmattan, 1999.
- MAIER, J. "Breve historia institucional de la Policía Argentina". In, WALDMAND, P. *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América Latina*. Medellin: Dike, 1996, p. 127-140.
- et alii. "El papel de la policía en la Argentina y su situación actual". *Ensayos sobre la policía en América Latina*. Medellin: Dike, 1996, p. 127-140.
- MANNING, P. K. *Police work: teh sozial organization of policing*. Cambrige: MIT Press, 1977.
- MARTEAU, J-F. "¿Penas definitivamente perdidas? Problemas de legitimación del sistema penal en la era de la globalización". *¿Más derecho? Revista de Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, año II, t. II, 2001.
- MARTIN, G. & GARIBOLDI, I. *Informe final sobre el problema de la seguridad en la ciudad de Buenos Aires para el Gobierno de la Ciudad y las Naciones Unidas*. 1999, Preparado Míneo.
- MARTINEZ, J. et alii. "Detenciones por averiguación de identidad: policía y prácticas rutinizadas". IZAGUIRRE, I. (Ed.) *Violencia social y derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba, 1998.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. "Encuesta de victimización", 2001, Míneo.
- MONJARDET, D. "Étique policière, une equation à cinq inconnues". *Étique publique*, Paris, 2000a, vol. 2, n. 1.
- . "La police de proximité: ce qu'elle n'est pas". *Revue française d'administration publique*, n. 91, Paris, 1999.
- . "Professionalisme et médiation de l'action policière". In: WAHRIN, Ph. *Quelle modernization des services publiques?* Paris: La Decouverte, Automne, 1997.
- . *Ce que fait la police. Sociologique de la force publique*. Paris: La Decouverte, 1996.
- . "Le modele français de police". *Systèmes de Police Comparés et Cooperation. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1993, n. 13.
- PALMIERI, G. "Detenciones por averiguación de antecedentes en la Ciudad de Buenos Aires", in: CELS. *Informe Derechos Humanos en la Argentina – 1998*. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- ; POCHAK, A. & LEKERMANN, V. "La violencia de las políticas de seguridad". *Derechos humanos en la Argentina. Informe anual CELS*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- ; POCHAK, A. & LEKERMANN, V. "Estatísticas sobre el uso de la violencia y casos destacados de violaciones a los derechos humanos". *Derechos humanos en la Argentina. Informe anual CELS*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

- PASALAUQUA, E. "El ser o no ser de la policía comunitaria. Una mirada argentina". Buenos Aires: Milenio, Centro de Estudios de Sociedad y Seguridad. Universidad Nacional de San Martín, año 2, 1999.
- PECCE, M. *Coparticipación federal de impuestos*. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 2001.
- REINER, R. "Du mythe a la réalité: le modèle britannique". *Systèmes de Police Comparés et Cooperation. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1993, n. 13.
- . *The politics of the police*. Hemel Hempstead: Wheatsheafs, 1992.
- ROBERT, Ph. "Sur l'insecurité et la delinquance un". *Revue Française de sciences politique*, vol. 47, n. 5/630 et seq., Paris, 1997.
- RODRIGUEZ, A. *Cuatrocientos años de policía en Buenos Aires*. Buenos Aires: Ed. Policial, 1999.
- SEAGRAVE, J. *Introduction to policing in Canada*. Ontario: Prentice-Hall, 1997.
- SCHEARING, C. & STENNING, P. "Private secutity: implications for social control". *Social Problems*, vol. 30, n. 5/483 et seq., 1983.
- SHEARING, C. "Public and private policing" In, TONRY & MORRIS (Edit.) *Modern Policing*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- SIGAL, E. et alii. *¿El final de la maldita policía?* Buenos Aires: FAC, 1998.
- SKOGAN, W. "La police communautaire aux États-Unis". *Systèmes de Police Comparés et Cooperation. Cahiers de la sécurité interieure*. Paris: IHESI, 1993, n. 13.
- . *Disorder and decline: crime and the spiral of decay in American Cities*. New York: The Free Press, 1990.
- SMULOVITZ, C. *Policiamiento comunitario en Argentina, Brasil y Chile. Lecciones de una experiencia incipiente*. Buenos Aires: Universidad Torcuato di Tella, 2001.
- TAVARES DOS SANTOS, V. "A arma e a flor. Formação da organização policial, consenso e violencia". *Tempo social*, São Paulo: USP, 1997, p. 155 et seq.
- THÖLKE, E.; MARTEAU, J-F; MONTBRUN, A. "La política de seguridad de Buenos Aires. Lineamientos del Plan Estratégico". Documentos de trabajo. Secretaría de Justicia y Seguridad. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2001.
- ; ———; ———. "Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lineamientos programáticos para su creación. Hacia una nueva policía: la definición de una política policial". Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Documentos de trabajo. Secretaría de Justicia y Seguridad. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2001.
- ; ———; ———. A. "Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lineamientos programáticos para su creación. Estructura de las leyes orgánicas y de personal". Documentos de trabajo. Secretaría de Justicia y Seguridad. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2001.
- TISCORNIA, S. *Detenciones: facultades y prácticas policiales*. Buenos Aires: CELS, 2000.
- . & OLIVEIRA, A. "Estructura y prácticas de las policías en la Argentina". *CED*, Santiago de Chile, 1998, p. 157 et seq.
- ZAUBERMANN, R. "Le répression des infractions routières: le gendarme comme juge". *Sociologie du travail*, n. 1, p. 43-64, 1998.
- . "Le traitement de vols et cambriolages par la gendarmerie nationale en France". *Deviance et Société*, vol. 21, n. 4/323-363, 1997.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

INGRESSO IRREGULAR DE ESTRANGEIROS NO PAÍS.

Pedido de refúgio político. Indício de prova hábil de perseguição sofrida a autorizar a concessão de liminar*

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Habeas corpus impetrado visando à obtenção de salvo conduto permitindo o ingresso de estrangeiros sem visto de entrada no país para formalizarem pedido de refúgio. Rejeição *in limine* de *habeas corpus*. Cabimento do recurso em sentido estrito. Presença dos requisitos do art. 654, § 1.º, do CPP (indicação de autoridade coatora e das razões do receio de ameaça de coação).

Coação ilegal efetuada por policiais federais em exercício no Aeroporto Internacional de Guarulhos que impedem indiscriminadamente o ingresso de estrangeiros sem visto de entrada no país, ainda que eles se encontrem – em tese – em situação que possa ser subsumida às hipóteses da Lei 9.474/97, autorizadora da formulação de pedido de refúgio. Indício de prova hábil da perseguição sofrida hábil (*sic*) a autorizar a concessão de liminar. Pelo provimento do recurso ou, alternativamente, pela concessão de *writ ex officio*.

Colenda Turma:

Argemiro Bustamante Guil impetrou *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Yang Huacan, Huang Qiwang, Yang Longsheng e Yang Suming visando fosse permitido a eles ingressarem em território brasileiro na condição de refugiados da República Popular da China.

O impetrante afirmou que:

a) os pacientes eram membros de uma família chinesa, e estariam sofrendo perseguição política e religiosa na República Popular da China por pertencerem a um grupo religioso denominado Falun Gong;

b) tal grupo religioso, dedicado ao aperfeiçoamento humano através de exercícios físicos e meditação, havia se disseminado na China, arrebanhando milhões de adeptos, o que despertara a desconfiança do governo, que passou a considerar perigosa tal seita e seus fiéis, que, rotulados como subversivos e criminosos, passaram a sofrer toda sorte de perseguições pelas autoridades locais, culminando com atentados à integridade física e até mesmo à vida dos adeptos, fatos que vinham sendo divulgados internacionalmente;

(*) Cf., Neste volume, acórdão na Seção “Jurisprudência” (8.1, p. 297).

c) aterrorizados com a perseguição sofrida por seus semelhantes e por eles próprios, os pacientes pretendiam obter refúgio no Brasil, sendo que nele ingressariam brevemente, no dia 05.05.2000, como escala do vôo que empreenderiam para Cuba;

d) contudo, apresentavam receio de não conseguir tal intento em razão da atuação da polícia federal, que teria como prática impedir o ingresso de estrangeiros não portadores de vistos de entrada no país;

e) o direito de refúgio que pretendem ver reconhecido estaria fundamentado no art. 4.º da CF, que incluiu a prevalência dos direitos humanos e a concessão de asilo político entre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil; bem como na Lei 9.474/97 (lei que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951), que autoriza o estrangeiro que chegar ao território nacional imbuído de temores de perseguição por motivo de raça, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas a expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, sendo que nem mesmo seu ingresso irregular no território nacional constitui impedimento para a solicitação de refúgio;

f) assim, seria impositiva a concessão de salvo conduto em favor dos pacientes, para possibilitar a eles o ingresso em território brasileiro e dar início ao processo de refúgio.

Foi aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal, que, pelo órgão atuante em primeiro grau, opinou favoravelmente à concessão da liminar, consignando ser notório, no contexto internacional, a perseguição sofrida por integrantes do movimento religioso “Falun Gong”, e requerendo que os pacientes fossem apresentados às autoridades migratórias para as providências cabíveis tão logo chegassem ao Brasil (f.).

O juiz *a quo*, a f., proferiu sentença na qual rejeitou liminarmente a ação penal, afirmando em síntese que:

a) não havia sido indicada a autoridade coatora e nem a espécie de ameaça de constrangimento praticada contra a liberdade ambulatorial dos pacientes, restando desatendidos os requisitos constantes do art. 654, § 1.º, *a e b*, do CPP;

b) não foi apresentada prova documental pré-constituída da alegada perseguição política e religiosa sofrida pelos pacientes;

c) o Judiciário não seria órgão competente para conceder asilo a estrangeiros.

Inconformados, os pacientes interpuseram recurso em sentido estrito, afirmando em suas razões que:

a) na verdade, teriam sido atendidos os requisitos do art. 654, § 1.º, do CPP. Realmente, foi apontada como autoridade coatora o agente da polícia federal em exercício junto ao aeroporto internacional de Guarulhos quando da escala dos pacientes, já que cabe à polícia federal exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras, nos termos do art. 144, § 1.º, III, da CF.

Outrossim, a ameaça de coação ilegal teria sido identificada ao justo receio ostentado pelos pacientes de serem impedidos de entrar no país para ao menos

manifestarem desejo de obter refúgio, tal como lhes faculta a lei 9.474/97, pois a Polícia Federal teria como prática impedir peremptoriamente o ingresso de estrangeiros não portadores de vistos de entrada no país – o que poderia, inclusive, configurar abuso de poder.

b) as matérias jornalísticas acostadas aos autos dando conta da perseguição político-religiosa praticada na China contra integrantes da Falun Gong constituiria indício de prova hábil a ensejar a concessão do *mandamus*;

c) em cinco de maio do corrente os pacientes desembarcaram no Brasil para fazer conexão para Cuba e, naquela oportunidade, embora tivessem pretendido pedir refúgio, não lograram tal intento, já que foram abordados por policiais que não se identificaram, e que, com rispidez, os deixaram incomunicáveis em sala reservada do Aeroporto por cerca de três horas, e, em seguida, os conduziram ao avião no qual embarcaram para Cuba, e

d) como na volta da viagem a Cuba, com data prevista para 31 de maio do corrente, farão nova escala no Brasil, novamente pretendem obter salvo conduto para que seja permitido o ingresso deles em território nacional.

Os autos foram distribuídos à 1.^a Turma do TRF da 3.^a Região e à relatoria do Juiz convocado Gilberto Jordan e, após, foi aberta vista ao Ministério Público Federal.

Esta foi, em apertada síntese, o relatório dos autos.

O recurso foi tempestivamente interposto merecendo ser conhecido.

No mérito, deve ser provido.

1. Do cabimento do recurso em sentido estrito:

Inicialmente, cumpre consignar que a decisão que rejeita liminarmente o *habeas corpus* não se encontra prevista entre as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito enumeradas no art. 581 do CPP, cujo rol é, na opinião predominante da doutrina, taxativo.

Entretanto, o emprego da analogia realmente conduz à adoção do recurso em sentido estrito como uma das maneiras admissíveis para veicular o inconformismo em relação à decisão do juiz de primeiro grau que afirmou inexistentes na espécie as condições de procedibilidade da ação penal popular. É que, conforme lição de Júlio Fabbrini Mirabete, “a lei processual, como qualquer outra, admite em regra a interpretação extensiva e, na lacuna involuntária da lei a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Observada uma imprecisão ou insuficiência da lei o seu intérprete e aplicador deve obedecer os princípios da hermenêutica e, na sua omissão a respeito de hipótese em que não há razão lógica para distingui-la de outra contemplada expressamente na lei, invocar a analogia e os princípios gerais do Direito”.¹

⁽¹⁾ *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, p. 619.

Outrossim, poderia também ser invocado o princípio da fungibilidade dos recursos, consagrado pelo art. 579 do CPP, e que, conforme leciona o mesmo Júlio Fabbrini Mirabete, privilegia “o fim a que visa a impugnação, acima da legitimidade formal”, desde que observada a tempestividade e inexistente a má-fé.

Ademais, há que se ponderar que através do presente recurso se pretende, em última análise, a obtenção de ordem de *habeas corpus*. Ora, os recorrentes poderiam, caso preferissem, impetrar novo *writ* diretamente perante o Tribunal. Aliás, o *habeas corpus* poderia até mesmo ser concedido de ofício pelo Tribunal, caso detectada nos autos ocorrência de coação ilegal.

Assim é que não se vislumbra óbice a impedir o conhecimento do presente recurso em sentido estrito.

2. Da presença, na espécie, de coação ilegal sanável através de habeas corpus:

Mirabete adverte que a rejeição *in limine* da petição inicial de *habeas corpus* deve ser cercada de máxima cautela, já que em jogo a liberdade física do paciente. Alerta ele que o juiz pode inclusive lançar mão do recurso de conceder prazo para que sejam preenchidas as formalidades legais e regularizado o pedido.

Assim é que se impõe uma releitura do caso dos autos, atentando-se à situação peculiar dos recorrentes.

A perseguição sofrida pelos seguidores da Falun Gong tem sido noticiada de maneira constante e repetida pelos jornais de todo o mundo, sendo atuais os registros de homicídio e torturas sofridos por seus fiéis, divulgados recentemente pelo jornal *O Estado de S. Paulo* (dia 23 de julho e 3 de agosto, cópias apresentadas nesta oportunidade).

Consideradas as dificuldades inerentes à comunicação vivenciadas pelos requerentes – pessoas em país estrangeiro, de regime não democrático, idioma diferente, vitimados por perseguições político-religiosas, com dificuldades de acesso a informações, há que se vislumbrar no relato constante dos autos e dos documentos a ele acostados ao menos esboço de prova pré-constituída, hábil a ensejar a concessão de liminar que lhes permita o ingresso provisório em território pátrio, para o fim específico de dar início ao requerimento de refúgio – até porque no curso do processo de refúgio haverá dilação probatória, e o refúgio poderá ser, ou não, concedido ao final, observadas todas as formalidades e procedimentos previstos em lei.

Resta claro da leitura da petição de *habeas corpus* a indicação da autoridade coatora: policiais federais em plantão no Aeroporto Internacional de Guarulhos, que, em regra, impedem peremptoriamente o ingresso em território nacional de estrangeiros sem visto de entrada no país. Nítida, portanto, a indicação da autoridade coatora, cuja aferição, aliás, poderia ser inferida diretamente da Constituição Federal, que comete à polícia federal a função de exercer as funções de Polícia Marítima, aérea e de fronteiras (art. 144, § 1.º, III).

A conduta costumeira dos policiais federais em plantão no Aeroporto Internacional de Guarulhos de impedir, indiscriminadamente, o ingresso de estrangeiros sem visto de entrada, ignorando que eles – se eventualmente vitimados por per-

seguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou ainda se identificados a qualquer das outras situações descritas no art. 1.º da Lei 9.474/97 – têm o direito de expressar o desejo de obter refúgio constitui ameaça de coação ilegal. É que se efetivamente obstada a entrada de estrangeiros em tais condições, as autoridades em exercício na fronteira terão atingido direito consagrado pelo art. 7.º da Lei 9.474/97, caracterizando-se, desta forma, coação ilegal.

Pertinente se transcrever o mencionado dispositivo legal:

Art. 7.º: “O estrangeiro que chegar ao Território Nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, à qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível”.

Há que se destacar que o impetrante não pretendeu obter a concessão do refúgio aos pacientes via do *writ*, como consignado na decisão recorrida, mas apenas e tão-somente ver garantido aos pacientes – ora recorrentes – o direito de manifestarem o desejo de obtê-lo, e dar início ao requerimento de refúgio, nos moldes determinados pela Lei 9.474/97.

Com efeito, o reconhecimento da condição de refugiado é da competência do Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, que foi instituído pela Lei 9.474/97. O Conare apresenta a natureza de órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, que reúne seguimentos representativos da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas, sendo composto pelos seguintes órgãos:

- a) Ministério da Justiça, que o preside;
- b) Ministério da Relações Exteriores, que exerce a Vice-Presidência;
- c) Ministério do Trabalho e do Emprego;
- d) Ministério da Saúde;
- e) Ministério da Educação e do Desporto;
- f) Departamento da Polícia Federal;
- g) Organização não governamental, que se dedica à atividade de assistência e de proteção aos refugiados no País – Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e Rio de Janeiro;
- h) Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – Acnur, com direito a voz, sem voto.

O requerimento de refúgio segue os trâmites da Lei 9.474/97 e regulamentação posterior (Resoluções Normativas 4, 5 e 6 do Conare). Luiz Paulo Teles F. Barreto, Diretor do Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e membro suplente do Ministério da Justiça no Conare em didático artigo intitulado “Das diferenças entre os Institutos Jurídicos do Asilo e do Refúgio”² traça esboço do instituto do refúgio, enumerando suas característi-

(2) Artigo disponibilizado na internet, no site do Ministério da Justiça.

cas e esquematizando seu processo que, conforme descreve, segue as seguintes etapas:

- a solicitação de refúgio tem início na Polícia Federal, onde são tomadas por termo declarações que o solicitante presta à autoridade migratória;

- formalizadas as declarações, o solicitante é informado de que deverá comparecer à sede da Cáritas Arquidiocesana, no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde o solicitante do refúgio deverá preencher um questionário onde estarão contidos os dados relativos à identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade, bem como relatadas circunstâncias e fatos que fundamentam o pedido de refúgio, inclusive, se possível, com a indicação de elementos de prova pertinentes;

- a instrução do processo de reconhecimento da condição de refugiado cabe ao Departamento de Estrangeiros, cf. determinação do Dec. 3.698/2000 – que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça;

- no curso do processo, o estrangeiro será entrevistado por um funcionário da Coordenação-Geral do Conare;

- informado o processo, o caso é submetido à apreciação do Comitê, que decidirá quanto ao reconhecimento ou não da condição de refugiado.

Pertinente atentar para a natureza jurídica do refúgio, para o que se recorre ao conceito apresentado pelo mesmo Luiz Paulo Teles F. Barreto:

“(…) O refúgio é instituição convencional de caráter universal, que aplica-se de maneira apolítica, visando à proteção de pessoas com fundado temor de perseguição. Decorre ele do abalo da estrutura de determinado país ou região, gerando potenciais vítimas de perseguições que têm seus direitos humanos ameaçados, sendo objeto de preocupação da comunidade internacional.”

Alerta o mesmo autor que “não há obrigatoriedade do Estado em conceder asilo ou refúgio, posto que não constituem direito subjetivo do estrangeiro. São concessões do Estado no exercício do seu poder discricionário e não direitos dos indivíduos”.

Estrangeiro é aquele que não mantém vínculos com determinado país onde se encontra. Ser estrangeiro significa ser o outro, o desprovido de direitos, aquele que não é cidadão de um determinado Estado e, portanto, a quem se nega direitos que pertencem a um determinado grupo que mantém relações de nacionalidade com o Estado em questão. A idéia de cidadania como exercício pleno dos direitos encontra-se fortemente entrelaçada com a idéia de nacionalidade, portanto.

Nossa Constituição, ao versar sobre os direitos e garantias fundamentais, afirmou a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e procurou garantir a brasileiros e *estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5.º, *caput*). De outra parte, *aos estrangeiros não residentes, em regra, é negado o direito de permanecer em território brasileiro* (quando desprovido de

visto), e aquele que for expulso e retornar poderá, inclusive, sofrer uma ação penal.³

Tal regra certamente é excepcionada pela situação ensejadora de pedido de refúgio. Tanto assim que o art. 8.º da Lei 9.474/97 expressamente ressalva não constituir impedimento para a solicitação de asilo o ingresso irregular no território nacional.

Com efeito, há que se observar que o refúgio é instituição relacionada com a proteção da pessoa humana, vitimada pela intolerância de seus semelhantes, que ignora as diferenças e os direitos individuais, e afeta bens inalienáveis, como a vida e a liberdade.

Ainda, há que se ter presente que apenas a consolidação dos princípios de direitos humanos pode deter a intolerância.

Afinada com tal intento, nossa Constituição Federal elencou a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República (art. 1.º, *caput*). Estabeleceu entre os objetivos fundamentais da República o de “construir uma sociedade livre justa e solidária” (art. 3.º, I), e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3.º, IV). Ainda, elegeu entre os princípios vetores das relações internacionais do Brasil o da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4.º, II) e a “concessão de asilo político” (art. 4.º, X).

Na aplicação das normas devem preponderar os valores que se encontram assegurados na Constituição como fundamentos, princípios e objetivos de um determinado Estado.

O conceito de dignidade humana – que, como já mencionado, apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil, certamente parece passar pela aceitação de que qualquer pessoa possui um feixe de direitos inalienáveis, sem os quais sua dignidade deixa de ser respeitada.

A construção de um conceito universal de reconhecimento da dignidade humana num mundo dilacerado por conflitos raciais, culturais, econômicos e religiosos implica em reconhecer a cada um como sujeito de direitos e como um igual. É através da razão que se desenvolve a capacidade de se colocar na situação do outro, de reconhecer o outro não como um estrangeiro, mas sim como um igual, rejeitada a barbárie e a incomunicabilidade entre indivíduos de culturas diferentes.

Assim é que em prol da proteção dos direitos humanos se impõe a concessão do refúgio – verificada a hipótese de seu cabimento em processo regular, a cujos trâmites já se aludiu.

O que não se pode conceber é que seja desde logo impedida até mesmo a formulação do pedido de refúgio, pena de se negar direitos cujo reconhecimento tem sede constitucional e legal.

(3) O Código Penal brasileiro, em seu art. 338, que se encontra entre os crimes contra a administração da Justiça, estabelece pena de 1 a 4 anos de reclusão para aquele que reingressar no território nacional após ter sido expulso.

Pelo exposto, o Ministério Público requer:

a) seja dado provimento ao presente recurso, para o fim de se reformar a decisão do juiz de primeiro grau que rejeitou liminarmente o *habeas corpus*, que deve ser regularmente processado com a concessão de liminar emitindo salvo conduto a Yang Huacan, Huang Qiwan, Yang Longsheng e Yang Suming permitindo seu ingresso em território nacional para formalizarem pedido de refúgio, e prosseguindo-se o *writ* com a requisição de informações à autoridade coatora, nos termos do art. 647 e seguintes do CPP, e

b) alternativamente, seja concedida, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para determinar às autoridades migratórias (agentes da polícia federal em exercício no Aeroporto Internacional de Guarulhos) que permitam a entrada de Yang Huacan, Huang Qiwan, Yang Longsheng e Yang Suming em território nacional para dar início ao processo de refúgio, encaminhando-os, tão logo desembarquem no Brasil e manifestem o desejo de obter refúgio, à Cáritas Arquidiocesana, para que lá sejam tomadas as providências previstas na Lei 9.474/97 e Resoluções do Conare relativas ao processo de refúgio.

São Paulo, 10 de agosto de 2001.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN – Procuradora Regional da República.⁴

⁽⁴⁾ Este parecer foi elaborado com a colaboração da Analista Processual do Ministério Público Federal e Bacharel em Direito, Maria Isabel Saboya Chiaradia Maule.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.2

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO MODIFICATIVO, OPOSTOS POR ASSISTENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Consultam-me os ilustres advogados C.K. e E.V.T., na qualidade de mandatários judiciais da empresa DAI Ltda. (precedentemente denominada D), acerca da situação atual de processo relativo a ação penal em que ela figura como assistente do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Trata-se, a referida, de ação penal pública de natureza condenatória, por este aforada perante o Juízo de Direito da 11.^a Vara Criminal (Central) da Comarca de São Paulo, e respectivo Cartório, mediante proposição acusatória datada de 16.12.1992 (Processo 803/92), e julgada, em 1.^o grau de jurisdição, por sentença proferida, em 23.12.1996, pela MMA. Juíza D.C.A.O., então nela em exercício.

Acolhida parcialmente a acusação, em relação a todos os denunciados, foram interpostas, tanto por estes, como pelo órgão do *Parquet*, e adequada e tempestivamente, apelações, que, no TJSP, tomaram o n. 258.518-3/2, e culminaram com o julgamento, em 06.04.2000, pela 5.^a Câmara Criminal, que, por votação unânime, afastadas as preliminares, deu provimento ao apelo dos acusados, para absolvê-los, tendo como prejudicado o do Ministério Público.

Rejeitados a seguir, por *decisum* (unânime, também) da mesma Câmara, datado de 24.08.2000, os embargos de declaração opostos ao aludido julgado pela Procuradoria-Geral de Justiça, foi por esta interposto, contra o acórdão então complementado, recurso especial, que, no STJ, tomou o n. 302.702-SP.

Distribuído à 5.^a Turma, e sorteado relator o eminente Min. José Arnaldo da Fonseca, foi ele, por sua vez, julgado em sessão de 16.10.2001, com o seguinte resultado: “A Turma, por unanimidade, declarou extinta a punibilidade pela prescrição, julgando-se prejudicado o recurso em relação aos crimes de estelionato e quadrilha, não se conhecendo do apelo em relação ao furto qualificado”.

Embora não tenha sido publicado, ainda, o respectivo acórdão, tem-se que esse resultado corresponde aos termos do parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, de sorte a tornar-se possível, desde logo, a sua compreensão, e, por via de consequência, a determinação da forma de impugná-lo, assim como do conteúdo da impugnação.

E daí, a formulação dos seguintes quesitos:

1.^o) Delineia-se correta a conclusão do acórdão da 5.^a Turma do STJ, ante o que consta dos autos?

2.º) Em caso de resposta negativa ao precedente quesito, qual a forma de impugnação do mencionado ato decisório?

3.º) Devidamente utilizada essa via processual, tornar-se-á possível o exame, pela Turma Julgadora, do conteúdo do acórdão recorrido?

4.º) Quais as consequências, ou consequência, do acolhimento dessa alvitrada impugnação?

PARECER

I – Fatos objetivados pela consulta

1. Síntese da proposição acusatória

1.1 Assim, sucintamente, explicitado o objetivo da Consulta, e aduzindo que, com ela, foram-me apresentadas cópias de peças dos mencionados autos, suficientes à perfeita compreensão da matéria sob exame e à correspondente, e necessária, formação de convicção; passo a respondê-la, reportando-me, de logo, ao teor da acusação.

1.2 Consta da proposição acusatória de f. a imputação, a C.M.C.M. e outros (dez ao todo), da prática de crimes tipificados “nos arts. 171 (*caput*); 155, § 4.º, II (abuso de confiança e mediante fraude) e inc. IV; 288 (*caput*); 299, c/c os arts. 29 (*caput*); 69 e 71 (*caput*), todos do Código Penal”.

E isso, porque “(...) a partir do ano de 1986, até a data de 04.05.1992, em dias e horas não determinados, no interior da Empresa DPQ, sucedida pela Empresa DAI, com sede na rua Alexandre Dumas, n. 1.671, Santo Amaro, nesta Capital, os indiciados acima descritos já qualificados nos autos, na qualidade de funcionários do primeiro escalão da citada empresa, agindo de forma continuada, com abuso de confiança, previamente ajustados e unidos em propósitos, associaram-se em quadrilha estável e permanente, para a prática de inúmeros e sucessivos delitos, no decorrer dos anos acima consignados (...)”.

1.3 Do mesmo modo, que, em razão desse ilícito proceder, e por força “do controle que detinham sobre as atividades comerciais da empresa, obtiveram, para eles, a indevida vantagem econômica, no valor aproximado de Cr\$ 23.483.801.293,28 (vinte e três bilhões, quatrocentos e oitenta e três milhões, oitocentos e um mil, duzentos e noventa e três cruzeiros e vinte e oito centavos) equivalente a US\$ 9,887,197.90 (nove milhões, oitocentos e oitenta e sete mil, cento e noventa e sete dólares e noventa centavos), dólares americanos, (cf. laudo pericial contábil em anexo), em prejuízo da empresa vítima”.

2. Sentença proferida em 1.º grau de jurisdição

2.1 Após o recebimento da denúncia, às f.; o ingresso da vítima, como Assistente do Ministério Público, nos autos (cf. f.); e a tramitação regular do procedi-

mento perante o Juízo de 1.º grau, culminou este com o proferimento da sentença de f.

2.2 Como já aventado, esse *decisum* acolheu parcialmente a denúncia, condenando todos os acusados (C.M.C.M., A.F.M., J.M.P.B.C., R.T.B., M.C.N., O.A.F., D.S., J.M.O.S.N., L.R.M.F.S. e A.G.N.) às penas privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, e de multa (vinte e oito dias-multa de cinco salários mínimos cada um), pela prática dos crimes de quadrilha, estelionato e furto qualificado, e, conseqüentemente, “incursos nas sanções dos arts. 288, *caput*, 171, *caput*, na forma do art. 71 do CP e c/c o art. 29 do mesmo diploma legal e art. 155, § 4.º, II e IV, também na forma do art. 71 c/c o art. 29, todos combinados com o art. 69, todos do Código Penal” (*ut f.*).

2.3 Como visto, não foi contemplada, somente, a infração tipificada no art. 299 do CP, ao argumento de que a conduta nele descrita, tal como “inicialmente imputada aos réus”, teria sido “absorvida pelos demais ilícitos, ora como meio para os furtos qualificados, ora como meio para o estelionato” (cf. mesma f.).

2.4 Nesse derradeiro enfoque, faz por merecer complemento a referência, *in f.*, à Súmula 17 do STJ, cujo enunciado é o seguinte: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

3. Recursos interpostos pelas partes

3.1 Inconformados com esse ato decisório do Juízo monocrático, ambas as partes dele apelaram para o TJSP.

3.2 Argüíram, então, os acusados, em sede preliminar, o reconhecimento da falsidade do laudo pericial realizado pelos *experts* do Instituto de Criminalística, e, outrossim, a declaração da nulidade da sentença apelada (por deficiência do relatório, por inadequação e insuficiência da motivação, dita incompleta quanto à não-apreciação de todas as teses desenvolvidas em suas atuações defensivas, e, também, à individualização das respectivas condutas e correspondentes apenações). E, não ressaltando ao mérito da causa, pleitearam as suas absolvições.

3.3 Por sua vez, o Ministério Público, nas razões de f., profligou, não somente, a afirmada benevolência com que especificadas as penas impostas aos acusados, mas, também, a proclamada absorção do crime de falso pelos de estelionato e de furto qualificado; tal como patenteiam, dentre outros, os seguintes tópicos:

a) “(...) com a devida *venia*, entende a promotoria que o tratamento dispensado na sentença aos apelados foi demais querençoso, não se adequando a quantidade e qualidade da pena à estirpe do criminoso e gravidade da infração penal (...)” (cf. f.);

b) “(...) Outrossim, quando da aplicação da majorante relativa à continuidade delitiva, crê a promotoria que o percentual adotado pela MMa. Juíza foi demais benéfico, *data venia* (...)” (cf., logo em seguida, f.); e,

c) “(...) No que pertine ao não reconhecimento do delito de falso, também não andou bem a Magistrada, *data venia* (...)”, ao considerar que teria sido ele “meio para consecução dos estelionatos e dos furtos fraudulentos (...)” (cf. mesma f.).

3.4 E, nessa linha orientativa, ao concluir o aludido arrazoadado, pleiteou, expressamente, *verbis*:

“(...) Ante o exposto, requer esta Promotoria de Justiça o provimento deste recurso, para que seja reformada a decisão de primeira instância, condenando-se os apelados também pelo crime de falsidade ideológica, em concurso material com outros crimes já reconhecidos em 1.º grau, bem como reconhecendo-se a continuidade delitiva nessa prática criminosa, aplicando-se as penas base conforme pedimos acima, majorando-as, em decorrência da continuidade, em 2/3 (dois terços), inclusive a pecuniária.”

4. Julgamento, e seu complemento, pelo TJSP

4.1 Colhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, e distribuído o recurso (unificados que foram as apelações, na forma supra indicada, sob o n. 258.518-3/2), foram os autos conclusos ao ilustre Desembargador sorteado Gomes de Amorim, integrante da 5.ª Câmara Criminal do TJSP.

4.2 Observadas as formalidades legais, e encaminhados a julgamento, este realizou-se, como visto, em 06.04.2000, com o seguinte e proclamado resultado (constante do acórdão lavrado às f.):

“(...) Acordam, em 5.ª Câmara do TJSP, por votação unânime, rejeitada a preliminar de falsidade e nulidade do laudo pericial e prejudicadas as demais, dar provimento às apelações dos réus C.M.C.M., A.F.M., J.M.P.B.C., R.T.B., M.C.N., O.A.F., D.S., J.M.O.S.N., L.R.M.F.S. e A.G.N., a fim de absolvê-los dos crimes de que são acusados nestes autos, nos termos do art. 386, VI, do CPP, prejudicada a apelação da Justiça Pública, determinando-se a liberação de bens e valores que eventualmente ainda estejam apreendidos ou bloqueados tão somente em razão de decisões judiciais proferidas nestes autos e seus apensos” (*ut f.*).

4.3 Asserindo que o julgado em referência continha contradição e omissões, a Procuradoria-Geral de Justiça opôs-lhe *embargos de declaração*, que, todavia, foram rejeitados, também por unanimidade de votos, em 24.08.2000, e na conformidade do acórdão de f., que afirmou não terem ocorrido as “contradições e omissões referidas pela embargante”.

5. Processamento e julgamento de recurso especial

5.1 Contra esse acórdão, proferido em grau de apelação, foi interposto, pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, recurso especial para o STJ, com expresse fundamento “no art. 105, III, letras *a* e *c*, da CF, e na forma

dos arts. 255, § 2.º, do RISTJ, 26 da Lei 8.038/90, e 541, par. ún., do CPP” (cf. petição de f.).

5.2 Sintetizando o escopo recursal, asseriu a recorrente, logo ao pórdico das respectivas e alentadas razões, à f., que a Turma julgadora *a quo* teria negado vigência ao disposto nos “arts. 41, 157, 381, III, 383 e 386, IV, do CPP, e aos arts. 288 e 171 do CP, bem como instaurou dissídio jurisprudencial, por divergir de julgados”, tanto do Tribunal *ad quem*, como do STF.

5.3 Processado regularmente o recurso, que, no STJ, tomou o n. 302.702-SP, e já no âmbito desse alto Pretório, colheu-se parecer do Ministério Público Federal (n. 1.598-ZG, como já mencionado da lavra da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes).

5.4 Esse pronunciamento ministerial, encampado, como também antes aventado, pela 5.ª Turma, sugeriu o reconhecimento da prescrição (retroativa) da ação penal, em relação aos crimes de formação de quadrilha e estelionato, e conseqüente extinção da punibilidade dos recorridos, “restando prejudicado o recurso especial”, quanto a eles; e o não-conhecimento do excepcional apelo, “em relação ao furto qualificado”, dada a afirmada incidência da Súmula 283 do STF, em razão de que não teria sido enfrentado na impugnativa um dos fundamentos do julgado recorrido (*in f.*).

II – Indispensável análise prévia do julgado recorrido

6. Julgamento em grau de apelação

6.1 Pendente, ainda, de publicação o acórdão alusivo ao julgamento que o acolheu, buscam os consulentes reunir elementos para impugná-lo, indubitosa razão da solicitação deste Parecer.

6.2 Por isso que, na sua elaboração, delinea-se indispensável a verificação do conteúdo do julgado recorrido, para a devida e completa análise da situação processual em referência. E tal, destacando-se, também necessariamente, o julgamento originário, em grau de apelação, de seu complemento, provocado pela oposição de embargos de declaração.

6.3 Com efeito, percebe-se, até mesmo *primo ictu oculi*, que, em seu primeiro pronunciamento, ao decidir sobre os apelos interpostos contra o *decisum* proferido em 1.º grau de jurisdição, a 5.ª Câmara Criminal do TJSP omitiu-se, parcialmente que seja, na apreciação do recurso do Ministério Público, versado, ainda que em apertada síntese, *in* números 3.3 e 3.4, *supra*.

6.4 Basta, para tanto, cotejar-se o apelo ministerial, cujo pleito se desenrolou em três pontos ou capítulos (a- aumento da quantidade das penas impostas, dada a parcimoniosidade na sua aplicação; b- acréscimo da majoração pela continuidade delitiva, em razão das várias circunstâncias apontadas; e c- condenação, também, pela prática – autônoma – do crime de falsidade ideológica), com o *decisum*, para verificar-se de pronto, num relance, que este nenhuma referência, mínima, superficial que seja, fez ao sob letra c.

7. Nulidade e ineficácia do acórdão recorrido

7.1 Ora, redonda desse significativo fato que o referenciado julgamento efetivou-se *citra petita*, vício que, inequivocamente, o torna nulo e ineficaz (cf., a respeito, meu *Curso de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. III, p. 53; e, no mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 3, p. 23; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo, RT, 1986, vol. II, p. 444-445; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. I, p. 515; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 221; Júlio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*, 5. ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 484-485; Alberto Vilas Boas, *Código de Processo Penal anotado e interpretado*, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 1999, p. 316, – estes últimos, com farta indicação jurisprudencial).

7.2 Despiciendo o alargamento da exposição, a propósito dessa palpável e constitucionalmente afirmada nulidade, que tisa qualquer ato decisório e o torna ineficaz, vem a pelo, apenas a título de reforço da argumentação expendida, a vigorosa advertência do eminente Min. Celso de Mello, na ementa relativa ao julgamento realizado em 29.10.1996, pela 1.^a Turma do STF, do HC 74.351-0-RJ, *verbis*:

“(…) A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irreversível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes (…).” (*Diário da Justiça da União*, exemplar de 13.12.1996, p. 50.166; com destaques meus).

8. Inoperância dos embargos de declaração para sanar a nulidade

8.1 É bem verdade que, a esse acórdão, proferido em grau de apelação, foram opostos os embargos de declaração, de cuja petição, entre outros argumentos, consta, às f., o seguinte e específico tópico:

“(…) Diz o art. 599 que ‘As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação à parte dele’.

Como se vê das razões de apelação do representante do Ministério Público, o pedido de reforma por ele formulado fundava-se não só no aumento das penas impostas na sentença condenatória, relativamente aos crimes de estelionato, furto qualificado e formação de quadrilha, mas também no pedido de condenação dos acusados pela prática dos crimes de falsidade ideológica, estes cometidos autonomamente em relação àqueles, porque os autores inseriram dados falsos sobre prestação de serviços inexistentes em notas fiscais expedidas pelas empresas ‘fantasmas’. Agiram aqui não para enganar a empresa vítima, mas, sim, para dar boa

aparência ao fruto dos ilícitos penais. Ou seja, a conduta se constituiu num *post factum* para assegurar a vantagem de crime anterior.

Ocorre que o v. acórdão, ao julgar procedente a apelação dos acusados e absolvê-los dos crimes de estelionato, furto qualificado e formação de quadrilha, considerou prejudicado o apelo ministerial, sem, contudo, apreciar o pedido de condenação pelo crime autônomo de falsidade ideológica.

Por nada ter tido quanto a esta parte, o v. acórdão parece ter negado vigência ao art. 599 do CPP, na medida em que não conheceu de matéria tempestivamente devolvida para apreciação dessa C. Câmara (...)."

8.2 Isso não obstante, o acórdão subsequente, que os rejeitou, ao invés de reconhecer a omissão, geradora de nulidade inarredável, procurou, de modo até, *permissa venia*, grotesco, remendar o irremendável, retocar o irretocável, disfarçar, enfim, o indissfarçável –, expressando de modo inusitado, sofisticado e, por assim dizer (tanto que emanado, não de sujeito parcial interessado na causa, mas de órgão jurisdicional necessariamente imparcial), inaceitável, *verbis*:

"(...) Quanto ao item II, verifica-se que não houve inobservância do art. 599 do CPP.

E isso porque, quando imputou aos réus o crime de falsidade ideológica, a denúncia afirmou que eles 'fizeram inserir em documento fiscal falsa declaração sobre a origem do dinheiro por eles captado', sendo essa finalidade específica circunstância elementar do tipo penal do art. 299 do CP.

Ora, absolvidos os réus dos crimes que lhes eram imputados e não provada, assim, qualquer captação ilícita de dinheiro por parte deles em relação à DAI, à evidência que não poderiam ser condenados pelo crime do art. 299 do CP, tal como descrito na denúncia ante a impossibilidade de configuração de um de seus elementos constitutivos.

Assim, sem necessidade de maiores explicações, já que parecia de fácil compreensão a conclusão, a solução adequada ao recurso ministerial era a de estar ele prejudicado integralmente (...)."

8.3 Todavia – repita-se, – isso não poderia, nem pode, acontecer, em virtude dos angustiosos limites dos embargos de declaração, que, na realidade, jamais ostentaram o caráter de infringência; sendo – como, de fato, são, – não, propriamente (isto é, não obstante seu posicionamento legislativo, que, em nosso ordenamento jurídico, lhe outorga configuração recursal), recurso, mas, sim, em técnico e jurídico rigor, um incidente de complementação do julgamento, "cuja finalidade é a de aperfeiçoar formalmente a sentença ou o acórdão embargado. E relacionam-se, destarte, mais do que com o conteúdo deste, e precipuamente, com o modo pelo qual é exprimido" (v., a respeito, uma vez mais, meu *Curso de direito processual civil*, cit., vol. III, p. 387-388; com lastro nos magistérios de Luiz Machado Guimarães e Eliézer Rosa).

8.4. É o que, também, anota, com sua habitual acuidade, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. V, p. 546, aduzindo: "O que parece mais exato é afirmar, como fazia

o Código baiano (art. 1.341), que o provimento dos embargos se dá ‘sem outra mudança do julgado’, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão”.

E, nesse mesmo sentido, posicionam-se autorizados analistas do Código de Processo Penal, como, e.g., Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 221-222; e Júlio Frabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*, cit., p. 486 – ambos com farta indicação jurisprudencial, e este asserindo, *verbis*:

“Os embargos declaratórios da decisão não têm, evidentemente o caráter de infringentes do julgado, não modificando, corrigindo, reduzindo ou ampliando a sentença. Apenas o explicitam, o elucidam, ou fazem claros seu alcance e seus fundamentos, corrigindo erros materiais e contradições ou suprimindo suas lacunas (...).”

8.5 Daí – permito-me acrescentar, – a impossibilidade de qualquer redução ou adição do *decisum* embargado; e isso, muito menos (como *in casu*) por obra espontânea do órgão judicante, procurando complementar, de modo totalmente equivocado, algo inexistente!

Não há como, enfim, nesse derradeiro enfoque, cogitar, sequer cogitar, nem mesmo da denominada motivação insuficiente ou incompleta (v., a respeito, Antônio Gomes Magalhães Filho, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001, p. 186-187; na esteira dos magistérios de Ennio Amodio, “Motivazione della sentenza penale”, na *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 27(1977)242: Milão; e Michele Massa, “Motivazione (IV) Motivazione della sentenza – dir. proc. pen.”, na *Enciclopedia Juridica*, Treccani, 1990:7, Roma), simplesmente porque nenhuma motivação havia, no tocante ao referenciado ponto do apelo ministerial sobre o reconhecimento da prática do crime de falsidade ideológica, por último, e devidamente especificado, na denúncia, à f.

8.6. Em suma, necessariamente reconhecida, em situação como a examinada, a omissão (uma das formas de falta de motivação, como explicam Ada Pellegrini Grinover et alii, *As nulidades no processo penal*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 160), impunha-se o suprimento da falha, com a (se assim entendido) fundamentada rejeição dos argumentos expendidos pelo órgão do *Parquet* apelante; e não, em nenhuma hipótese, a utilização de manifesto subterfúgio, incompatível com a atividade judicante, de ter-se dito o que, efetivamente, não se disse!

8.7 E, por via de consequência, manifesta delineia-se a inoperância do acórdão proferido em grau de embargos de declaração para sanar a nulidade ocorrida no julgamento da apelação, nulidade essa dita absoluta, posto que o ato processual em referência, “(...) quando não juridicamente inexistente, não pode dar lugar à nulidade relativa, uma vez que as garantias processuais-constitucionais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal” (cf., ainda, Antônio Gomes Magalhães Filho, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 202).

8.8 Acrescente-se, à guisa de complemento da argumentação expendida que, como explicitado na proposição acusatória e no apelo ministerial, e ressumbra dos autos do processo, o crime de falsidade ideológica resultou de desígnios autônomos dos acusados (isto é, com as respectivas vontades dirigidas, deliberadamente, “a diversos fins”, cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: a nova Parte Geral*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 367), não podendo ser considerado, de forma alguma, como meio para a prática dos de (igualmente descritos naquela peça vestibular da ação penal) estelionato e furto qualificado.

III – Peculiaridades do recurso especial e de seu julgamento

9. Reconhecimento *ex officio*, e sobrelevação da nulidade

9.1 Assim esclarecido o julgamento realizado pelo Tribunal *a quo*, insta, já agora, a análise do caso submetido à apreciação judicial, à verificação das peculiaridades do recurso especial contra ele interposto pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

9.2 E, na consecução desse mister, há que ser enfrentada, de logo, a circunstância de, não obstante a ocorrência da apontada nulidade do julgamento recorrido, não ter sido ela, expressamente, argüida nas razões recursais.

9.3 Valho-me, nesse particular, uma vez mais, do magistério de Antônio Gomes Magalhães Filho, *A motivação das decisões judiciais penais*, cit., p. 203, *verbis*:

“(…) Isso significa, em primeiro lugar, que o seu reconhecimento não depende de provocação da parte interessada: o próprio juiz ou tribunal, percebendo a irregularidade, deve declarar desde logo a invalidade e a ineficácia da decisão proferida sem uma integral e adequada justificação, determinando, se for o caso, que outra seja pronunciada.

Ademais, dizer que a nulidade é absoluta implica também admitir que o prejuízo causado pelo vício é evidente, dispensando a demonstração de dano para a parte ou para a própria decisão. No caso de decisão judicial não fundamentada, o prejuízo fica indubitavelmente revelado pela frustração de todos aqueles objetivos políticos e processuais que determinam a exigência constitucional (...).”

9.4 Excogitável afigura-se, outrossim, em situação que tal, a demonstração de prequestionamento, até porque, como se faz curial, a *quaestio iuris* em referência resulta dos termos do próprio acórdão recorrido, que, per se, a torna óbvia (cf., e.g., *Revista do STJ* 79/279, 36/443, 3/1.107).

9.5 E, assim sendo, ainda que tardiamente argüida, impunha-se, como de fato se impõe, *concessa venia*, a cognição *ex officio* da nulidade do acórdão recorrido, seu reconhecimento, e, conseqüentemente, a respectiva declaração pela 5.^a Turma do STJ.

9.6 Nem se venha dizer que, em sede de recurso excepcional, como o Especial, seria vedada, ao órgão julgador *ad quem*, conhecer de matéria dele pró-

prio (de seu conteúdo) exorbitante, mesmo quando altamente relevante e apta a coarctar os efeitos do julgamento recorrido, como a alusiva à nulidade absoluta deste.

Mostra-se, realmente, de todo repugnante ao Direito o apego a nugas processuais, e, com maior intensidade, a regras procedimentais inibidoras da realização de Justiça, como, e.g., “a desconhecimento de coisa julgada superveniente (...) interposição do recurso, que, à evidência, não teria como ser argüida no momento da produção das razões recursais” (cf. *Revista do STJ* 102/137). E tanto isso é certo, que, como já se decidiu com exaço:

“Ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar, de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação. Não é razoável que – mesmo enxergando vício fundamental no acórdão recorrido – o STJ nele opere modificação cosmética, perpetuando-se a nulidade.” (Cf. *Revista do STJ* 103/65; com destaques meus.)

10. Falha de percepção relativa à prescrição retroativa

10.1 Admitindo-se, tão-somente para argumentar, que tal fosse possível, é de atentar-se, então, para os termos em que lançadas ditas razões, e, outrossim, para a apreciação que delas fez o Ministério Público Federal, no Parecer cujas falhas de percepção redundaram em palpáveis equívocos, determinantes, por sua vez – afixo com o máximo respeito à douta Turma julgadora do recurso especial –, de *errores in iudicando*, a serem objeto do enfrentamento pretendido pela assistente da acusação.

10.2 Com efeito, o primeiro grave erro da indicada promoção da ilustrada Subprocuradora-Geral da República, oficiante perante o STJ, diz com a suposta ocorrência da prescrição retroativa (em razão das penas impostas na sentença com que se encerrou a tramitação procedimental em 1.º grau de jurisdição), em relação aos crimes de quadrilha e de estelionato.

10.3 É que entendeu sua excelência terem transcorridos os respectivos lapsos temporais hábeis à determinação da prescrição da ação penal, em virtude de a Recorrente haver solicitado, na petição recursal, *in expressis verbis*, o provimento do seu extremo apelo “para que seja cassado o v. acórdão e restabelecida a sentença”; e, conseqüentemente, esta teria se tornado “definitiva, visto que com o apelo nobre, não pretende o Ministério Público recrudescimento das penas, mas somente a sua manutenção, já que os réus foram absolvidos em 2.º grau e pugna-se pelo restabelecimento da sentença monocrática” (cf. f.).

10.4 Trata-se, porém, como de pronto perceptível, de entendimento duplamente equivocado, posto que, como é curial, óbvio até, a Recorrente, ante o inteiro teor das razões recursais (que, por certo, não devem ser compreendidas senão em sua integridade, jamais por uma frase ou por palavras isoladas...), pretendeu, na realidade, o restabelecimento do decreto condenatório estabelecido em 1.º grau de jurisdição, sem nenhuma alusão à manutenção das penas nele impostas aos Recorridos.

E, de outra banda, como de bom e jurídico preceito (art. 586 do CPP), “O Ministério Público não poder desistir de recurso que haja interposto”; o que significa, indubitavelmente, que, incidentes as regras da indisponibilidade da ação penal e da irretratabilidade da atuação do Ministério Público, não era, como de fato não é, dado à recorrente, desistir do antes, e expressamente, pretendido “recrudescimento das penas”.

10.5 Ora, para que se aplique o disposto no art. § 1.º do art. 110 do CPP (resultante, como é notório – e expressa Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. 1, p. 487 –, do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 146 do STF), é indispensável o trânsito em julgado do julgamento condenatório para a acusação: “A prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

E isso, indubitavelmente também, até o momento não aconteceu, nos autos do processo sob exame, aos quais, nesse particular, bem se aplica um dos denominados (por Damásio E. de Jesus, *Prescrição penal*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 118-119) princípios referentes à superior orientação pretoriana acerca da prescrição retroativa: “*O recurso da acusação que visa à agravação da pena privativa da liberdade impede a prescrição retroativa*” (com destaques, novamente, meus).

11. Inexistência de dupla fundamentação do acórdão recorrido

11.1 A outra falha de percepção da ilustre parecerista, igualmente encampada no julgamento da 5.ª Turma diz com a proposta de não-conhecimento do recurso especial, em relação ao crime de furto qualificado, porque teriam sido dois os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido para absolver os acusados – “insuficiência probatória e falta de descrição na denúncia da única conduta criminosa que restou provada”, – e este não foi impugnado pela recorrente, de sorte “a incidir na espécie o verbete da Súmula 283 – STF a impedir o conhecimento do apelo” (*ut f.*).

11.2 Essa equivocada compreensão cede passo, todavia, e largamente, aos próprios termos da complementação do acórdão recorrido, em grau de embargos de declaração, à f., em que salientado ser apenas um, único, o fundamento da absolvição dos Recorridos, a saber:

“(…) No tocante ao restante do item I dos embargos, não ocorre a contradição ali referida.

O v. acórdão de f. não afirmou a inépcia da denúncia e não considerou a mesma como razão para a decisão absolutória, mesmo porque tal afirmação importaria em reconhecimento de nulidade não argüida pelos réus em seus apelos, o que seria vedado ao julgador de 2.º grau.

O que fez ele foi, como introdução para o desenvolvimento do raciocínio lógico em relação à insuficiência da prova quanto à conduta de cada um dos réus, afirmar que a própria denúncia não teve condições de fazer tal individualização.

Entretanto, verificando-se o restante da fundamentação, verifica-se que toda ela está centrada na insuficiência da prova, quer quanto à autoria, quer quanto à materialidade, para sustentar um decreto condenatório (...).”

11.3 É bem verdade que, revelando ambigüidade, em lugar da necessária clarificação do julgado embargado, contém ele, à f., a adição transcrita no analisado parecer ministerial à f., *in principio*.

Todavia, como também fácil de perceber, trata-se de adição absolutamente indevida e arbitrária, posto que o aludido julgado embargado fundamentou-se, quanto à prática do crime de furto qualificado, exclusivamente na prova, referindo-se apenas acidentalmente à denúncia, tal como consta de f. e seguintes.

11.4. E, assim sendo, não havia, como de fato não há cogitar-se da alvitrada fundamentação dupla, sendo inaplicável, portanto, ao caso sob exame, o enunciado da Súmula 283 do STF, na forma proposta pela ilustre Subprocuradora-Geral da República.

11.5 Ora, isso significa, à evidência também, que o analisado recurso especial deveria, como de fato deve, igualmente nesse focado ponto, ser conhecido e julgado pela douta Turma julgadora *ad quem*.

IV – Formas de impugnação do superior *decisum*

12. Oposição de embargos de declaração

12.1 É de verificar-se, em lógica seqüência, ante o precedentemente expendido, qual, ou quais, as formas de impugnação do superior *decisum*, prestes a ser publicado.

12.2 A primeira, e mais pronta, delas, diz com a oposição de embargos de declaração, sem o caráter de infringência do decidido, que, como já visto, a inibiria; porém visando à obtenção de efeito modificativo do julgado, que, com ela, não deve ser confundido, e se delinea perfeitamente possível, segundo correta orientação doutrinária e jurisprudencial.

12.3 Trata-se, como assere José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. V, p. 547, de medida de “particular delicadeza”, posto que, com o seu acolhimento, pode tornar-se impossível, “sem manifesta incoerência”, a manutenção de todo, ou parte do julgamento embargado.

Cogitando, outrossim, de suprimento de omissão, aduz ser lícito, em tal situação, “reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo”. E complementa, *verbis*:

“(...) Na prática judiciária, manifesta-se tendência a ampliar semelhante possibilidade, para ensejar a correção de ‘equivocos manifestos’ por meio dos embargos de declaração. É o que ocorre, por exemplo, quando o órgão julgador, por erro na contagem de prazo, deixara de conhecer de recurso que na verdade era tempestivo.”

12.4 Nesse mesmo sentido, utilizando, porém, inapropriadamente, o vocábulo infringente, assere Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, *Dos embargos de declaração*, São Paulo, RT, 1991, p. 148, que: “(...) não havendo proibição legal

de alteração do julgado, cabe ao juiz, aplicando a justiça, dar aos embargos o caráter infringente" (*rectius*: modificativo) "do julgado, pois, sabe-se que é na procura da justiça que avulta a função do juiz, que há de ser o guardião das liberdades individuais".

12.5. Assim também, a exegética orientação pretoriana, tanto dos tribunais locais, como dos superiores, indicando-se, exemplificativamente: RTJ 86/359; do julgamento, em 07.05.1998, pela 6.^a Turma do STJ, relator o eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, dos EDcl em REsp 157.984 (DJU, exemplar de 01.06.1998, p. 205); RT 606/295; RJTJESP 100/541; julgados do TACrimSP 100/260.

E, por igual, mais recentemente, nos anos de 2000 e 2001 (e, ainda, e.g.), os das diversas Turmas do STJ, assim alinhados, com a indicação de seus preclaros Ministros relatores, a saber: 1.^a T. – Humberto de Barros Gomes: EDcl em Ag 162.266-SP (DJU 01.10.2001, p. 163); 2.^a T. – Francisco Falcão: Edcl em REsp 208.476-RS (DJU 20.11.2000, p. 268); Eliana Calmon: REsp 255.486-RS (DJU 23.04.2001); 3.^a T. – Nancy Andrichi: REsp 252.851-SP (DJU 23.04.2001, p. 161); 4.^a T. – César Asfor Rocha: Edcl em REsp 165.066-RS (DJU 21.08.2000, p. 139); 5.^a T. – José Arnaldo da Fonseca: Edcl em REsp 238.540-SP (DJU 13.08.2001, p. 206); 242.034-SP (DJU 04.06.2001, p. 215); 276.352-RJ (DJU 10.09.2001, p. 409); Félix Fischer: Edcl em ROMS 11.584-SE (DJU 19.06.200, p. 159); Gilson Dipp: Edcl em REsp 45.778-SP (DJU 19.02.2001, p. 191), 238.689-DF (DJU 29.10.2001, p. 236), EDcl em Ag 214.067-SP (DJU 22.05.2000, p. 129); 6.^a T. – Vicente Leal: Edcl em REsp 239.559-SP (DJU 22.05.2000, p. 154); Fernando Gonçalves: Edcl em REsp 149.881-GO (DJU 02.10.2000, p. 185); 175.916-SC (DJU 15.05.2000, p. 209); 178.667-SP (DJU 28.02.2000, p. 128); 184.697-SP (DJU 15.05.2000, p. 209); 190.506-SP (DJU 15.05.2000, p. 209); 196.525-SC (DJU 10.04.2000, p. 134); 200.999-SP (DJU 21.02.2000, p. 202); 202.727-SP (DJU 21.02.2000, p. 202); 226.090-DF (DJU 10.04.2000, p. 139); 243.297-RN (DJU 09.10.2000, p. 210); 249.905-SC (DJU 09.10.2000, p. 211); 251.530-DF (DJU 09.10.2000, p. 211); 251.996-SP (DJU 09.10.2000, p. 211); 254.800-SP (DJU 02.10.2000, p. 191).

13. Utilização de mandado de segurança

13.1 A outra factível via judicial, caso não sejam acolhidos os Embargos de Declaração, é a do Mandado de Segurança, hábil à obstatção de ato judicial eivado de ilegalidade ou conotado por abuso de poder.

13.2 Com efeito, uma vez contemplada ilegalidade, como a sugerida no Parecer ministerial supra criticado, apresenta-se o *writ* como instrumento adequado, até mesmo, à desconstituição de atos decisórios transitados em julgado, porém passíveis de revogação.

13.3. A esse propósito, aliás, procurei deixar assentado, trazendo à colação valiosos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais (aos quais ora me reporto), na monografia intitulada Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal (editada em São Paulo, pela Saraiva, no ano de 1978), à p. 77, *verbis*:

“Nenhuma perplexidade deve causar, realmente, o fato de conceder-se a utilização do *writ* estudado inclusive nas hipóteses de atos decisórios dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, cobertos pela coisa julgada. Consoante abalizada corrente de opinião, que tem, outrossim, feito escola nos Pretórios brasileiros, com o admitir-se o mandado de segurança contra os mesmos – inobstante a preclusão dos prazos para qualquer espécie de impugnativa, que tutela sua presumível imodificabilidade, – em casos como os de incompetência absoluta, nulidade insansável ou dano irreparável, provê-se solucionamento afinado com assemelhada orientação, acalentada em matéria de *habeas corpus*, de igual filiação jurídico-filosófica; e, como exceção, aplicada, a exemplo de todas as exceções, exclusivamente em situações excepcionais, carentes, sempre, de medidas também extraordinárias”.

V – Considerações sobre a atuação recursal do assistente do Ministério Público

14. Participação do assistente do Ministério Público no processo penal de caráter condenatório

14.1 Complementando o que foi, até aqui, expandido, entendo indispensável, por fim, tecer algumas considerações acerca da atuação no processo penal de conhecimento de caráter condenatório, especialmente no procedimento recursal, do Assistente do Ministério Público.

14.2 Uma vez admitida, na forma da lei, sua participação (arts. 269, 270, 272 e 273 do CPP), e tido como “parte contingente”, “parte adjunta”, “mero auxiliar” (cf. Mariano de Siqueira Filho, *Curso básico de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 56; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, vol. III, p. 285), ou, propriamente, assistente (cf., já agora, José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., atual. por Eduardo Reale Ferrari, Campinas, Millennium, 2001, vol. II, p. 71; *Tratado de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 2, p. 305; Hélio Tornaghi, *Curso de processo penal*, 6. ed., São Paulo, 1989, vol. 1, p. 498; E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, 21. ed., atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 145), sua atuação efetiva-se, na realidade, apenas *ad adiuvandum tantum*; vale dizer, simplesmente.

E, a exemplo do que ocorre no processo civil, a assistência simples, no penal, decorre da existência de interesse do assistente do Ministério Público na pronúncia da sentença condenatória do acusado, muitas vezes colimada para obtenção de benefício de outra ordem, relacionado com o fato penalmente relevante que constitui seu objeto (v.g. a reparação do dano causado pelo crime).

14.3 Tanto isso é certo que a ele é dado propor meios de prova, atuar nas audiências, participando das inquirições de testemunhas e do debate oral, oferecer alegações finais por escrito, e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, pelo acusado e por ele próprio (cf. arts. 271, 500, II, 584, § 1.º, 598 e 600, § 1.º, do CPP).

E, indubitavelmente, também, até mesmo, às vezes, atuar com “uma ingerência mais enérgica do que a parte acusatória principal, pois, em todo o processo criminal, o objetivo preponderante é o esclarecimento da verdade, que o juiz pode considerar alcançável com as diligências pleiteadas pela parte privada, embora tenham sido esquecidas, desprezadas ou utilizadas pelo Ministério Público” (cf., uma vez mais, Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., vol. III, p. 285-286).

15. Características da atuação recursal do assistente

15.1 Na mais perfeita consecução desse desiderato – deve ser complementado, – é de se conceder-lhe, por certo, e não obstante a imaginária limitação imposta pelo art. 598 do CPP (à qual contornada a do § 1.º do art. 584), a interposição de qualquer recurso cabível, substituindo, então, o Ministério Público, no caso de inércia deste, no prazo legal (v., a respeito, Maurício Zanoide de Moraes, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, São Paulo, RT, 2000, p. 326 et seq.; julgamentos da 2.ª T. do STF – em 06.09.1994, HC 71.453-6-GO, relator o eminente Min. Paulo Brossard, *DJU* de 27.10.1994, p. 29.163); e da 6.ª T. do STJ – em 12.11.1991, REsp 13.375-RJ, relator o ilustre Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 17.02.1992; e *RT* 713/410, 681/406).

15.2 Assim é que, forte nessa correta concepção, expressa a Súmula 210 do STF que: “O assistente do Ministério pode recorrer inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598 do CPP”.

15.3 Autoriza, outrossim, esse seu enunciado, certamente de interpretação extensiva, a interposição, por ele, de Recurso Especial (cf., ainda, Maurício Zanoide de Moraes, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, cit., p. 341-342). E, no âmbito deste, obviamente, como no daquele extremo apelo, a oposição de embargos de declaração.

15.4 Isso, assim, tranqüilamente, estabelecido, resta verificar qual o momento apropriado para qualquer dessas atuações recursais, uma vez que, em linha de princípio, elas somente seriam, como são, possíveis após decorrido o prazo para o Ministério Público, e no caso deste não recorrer (cf., a respeito, a Súmula 448, também do STF, *verbis*: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo para o Ministério Público”).

15.5 Acontece, todavia, que, então, o ato decisório recorrido já teria transitado em julgado, e intempestiva seria qualquer manifestação do Assistente...

Daí porque, para que tal não ocorra, insta a este atuar no prazo conferido ao Ministério Público, como bem alvitrou, em situação parelha, a 3.ª Câmara Criminal do TJRJ, em acórdão publicado na *RT* 619/335, e a saber:

“Apelação. Assistente. Interposição. Recurso subordinado. Se o Ministério Público não apela, o assistente pode recorrer. Seu recurso deve ser conhecido, embora tenha sido apresentado antes da fluência do prazo para o recurso do Minis-

tério Público, pois seu recurso é subordinado a uma condição resolutiva, qual seja, a existência de recurso da parte principal. Inexistindo recurso do Ministério Público, o recurso prematuro do assistente subsiste.”

15.6 Nada mais é preciso acrescentar ao que dele consta, para afiançar que a atuação do assistente, em caso como o da consulta, deve ter lugar ainda no transcurso do prazo para a do Ministério Público, a fim de que ela venha a prevalecer, no caso de o órgão do *Parquet* permanecer inerte.

15.7 Aliás, essa circunstância avulta nos autos ora examinados, pela óbvia razão de que, encampado pelo acórdão em testilha, o equivocado pronunciamento ministerial, certamente a ilustre Subprocuradora-Geral da República que o subscreveu não ter mínimo interesse jurídico em opor os cabíveis embargos de declaração.

VI – Conclusão

16. Respostas aos quesitos formulados

16.1 *Ex positis*, e conclusivamente, passo a responder aos quesitos formulados pelos ilustres Consulentes, a saber:

16.2 Ao primeiro (1.º): Não se delineaia correta a conclusão do acórdão da 5.ª Turma do STJ, dada a contemplação, por ele, do equivocado pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da Justiça, cujas falhas de percepção, tanto no tocante à prescrição retroativa, como na verificação da fundamentação (única) do julgado recorrido, ensejaram a concretização de *errores in iudicando*.

16.3 Ao segundo (2.º): O ato decisório em referência poder ser impugnado, desde logo, mediante a oposição de embargos de declaração, que, em excepcionais situações, como a examinada, ostentam efeito modificativo do *decisum* embargado. E, oportunamente, se não acolhidos estes, pela via heróica do mandado de segurança, na forma exposta *in ns.* 12 e 13, *supra*.

Aduzo, por oportuno, que, como também explicitado, no precedente n. 15, a oposição dos mencionados Embargos dever ser efetivada imediatamente após a publicação do acórdão, durante o transcorrer do prazo concedido ao Ministério Público.

16.4 Ao terceiro (3.º): A utilização dos embargos de declaração ensejar, com o seu recebimento, a modificação do decidido, de sorte a tomar-se conhecimento do recurso especial e, subseqüentemente, apreciar-se o seu conteúdo, delimitado nas razões recursais.

16.5 Ao quarto (4.º): A consequência do acolhimento da impugnação ao referenciado acórdão, afigura-se óbvia, isto é, implicativa da cassação do julgado recorrido, com a ordenação de proferimento de outro, pela Câmara Criminal *a quo*.

16.6. Esse o meu Parecer, s.m.j.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2001.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

OS JUIZADOS ESPECIAIS NO SISTEMA JUDICIÁRIO CRIMINAL BRASILEIRO: CONTROVÉRSIAS, AVALIAÇÕES E PROJEÇÕES*

MARIA STELLA DE AMORIM

MARCELO BURGOS

e

ROBERTO KANT DE LIMA

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. O inquérito policial – 3. O processo judicial – 4. O julgamento pelo Tribunal do Júri – 5. Os Juizados Especiais Criminais no Brasil: filosofia e objetivos – 6. O rito do Juizado Especial Criminal – 7. Controvérsias e conflitos institucionais em torno do JECrim – 8. A natureza dos conflitos que chegam aos JECrim – 9. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: O artigo focaliza a administração de conflitos canalizados para o Juizado Especial Criminal – JECrim – na região metropolitana do Rio de Janeiro, em meio a controvérsias entre as novidades da Lei 9.099/95 e a tradição jurídica vigente, acerca da presença desta Corte no conjunto do sistema judiciário criminal brasileiro, composto de quatro partes que adotam lógicas distintas e contraditórias. Dispositivos de nosso sistema são comparados com os adotados no sistema judiciário criminal dos EUA, de modo a estabelecer diferenças de significados e de procedimentos, que levam a distintos critérios de produção da verdade. As fases do ritual adotado pelo JECrim foram objeto de observação no trabalho de campo realizado, com destaque para as Audiências de Conciliação, momento privilegiado por conceder desfecho ou continuidade aos processos apreciados. O funcionamento dos JECrim estudados é avaliado e demonstra seu importante papel na mitigação da cultura da violência, notadamente, nos conflitos familiares, para os quais vem dando respostas pontuais, mas que nem por isso devem ser descartadas.

Palavras-chave: Juizados Especiais Criminais – Sistemas de Justiça Criminal comparados – Sociologia do direito – Antropologia do direito – Etnografia comparada de práticas judiciais – Método comparativo.

(*) Versão preliminar deste texto foi publicada em francês, na *Revista Droit et Cultures*, número hors série, 2001-3, p. 199-228.

1. Considerações iniciais

Este trabalho resulta de pesquisas sobre Juizados Especiais Criminais (JECrim) localizados em municípios da região metropolitana da cidade do Rio de Janeiro e focaliza o papel desses microssistemas judiciais junto às comunidades em que atuam, a prática dos operadores que o integram e a articulação dos JECrim no conjunto do sistema judicial criminal brasileiro, o que amplia o horizonte em que se situam e permite apreciações menos pontuais de aspectos nem sempre privilegiados em estudos sobre esta agência. Como tem sido apontado com frequência, os Juizados Especiais hoje respondem por expressiva quantidade de processos em curso nos tribunais brasileiros, o que lhes confere a relevante contribuição de alargar o acesso da população à esfera institucional de administração de conflitos.¹ No entanto, tal apreciação, embora verdadeira, decorre de avaliações quantitativas, que nem sempre permitem perceber aspectos qualitativos, especialmente aqueles que se referem ao direito e a justiça neles praticados (Azevedo, 2000, 2001). Com a intenção de oferecer contrapontos à visão quantitativa, este trabalho não descarta dados quantitativos, mas concede especial destaque a coleta de dados qualitativos sobre os JECrim estudados, a fim de dispor de mais elementos que propiciem avaliações com maior refinamento sobre importância desses órgãos na sociedade brasileira, particularmente junto a camadas socialmente menos privilegiadas e antes sem acesso às instâncias oficiais de administração dos conflitos experimentados em suas vidas cotidianas. De modo a precisar o significado de algumas categorias jurídicas presentes no sistema de Justiça Criminal brasileiro é feita uma comparação entre o significado destas categorias neste sistema e no sistema de Justiça Criminal dos Estados Unidos.

Dentre as questões aqui focalizadas, o processo de administração dos conflitos em curso no JECrim, desde o registro do fato até a conclusão do processo, merece destaque, por permitir avaliação de aspectos vinculados à função social deste órgão como mitigador do potencial de conflito e de violência que tanto vem preocupando os governos e a sociedade no Brasil. Ao mesmo tempo, o modo como tais conflitos são geridos no JECrim envolve a tradição jurídica internalizada nos operadores, com práticas inovadoras estabelecidas na Lei 9.099/95, que nem sempre se ajustam à tradição e que se mesclam com outras contradições presentes em partes integrantes do nosso sistema judiciário criminal, como se verá a seguir.

Recentes transformações em curso no sistema judicial criminal brasileiro, em especial a criação de Juizados Especiais Criminais, apesar das novidades que introduzem, vêm reforçar a tradição processual deste sistema como um mosaico de

⁽¹⁾ No início de 2002 foram implantados o Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, regidos pela Lei 10.259 de 16.06.2001. Os Juizados Federais começam a funcionar em 2002 e sua criação aumenta para até 2 anos de reclusão os crimes de pequeno potencial ofensivo, fixado em um ano pela Lei 9.099/95. Essa alteração deverá oferecer novo perfil aos conflitos até então abrangidos nos JECrim vigentes nas jurisdições estatais.

“subsistemas de verdade”. Por não se reconhecer, explicitamente, que diferentes subsistemas co-existem e abrigam lógicas distintas, é comum se deixar de perceber que o sistema judiciário criminal adota formas de administração institucional de conflitos regidas por princípios contraditórios, ou melhor, paradoxais.

A naturalização dessas diferenças acaba por levar à desqualificação mútua das verdades produzidas no mosaico de subsistemas distintos, redundando em “dissonância cognitiva”, tanto para os operadores do sistema, como para a população em geral. Desse modo, ao mesmo tempo em que formalmente se apresenta como “sistema harmônico e coerente”, a administração institucional de conflitos na área criminal se constitui de partes complementares e desiguais, as quais possuem relativa autonomia. Em consequência, o sistema oferece orientações contraditórias para a conduta dos mesmos atores, dependendo do subsistema aonde desempenham seus papéis. Isto termina por engajá-los em “preferências” por uma ou outra orientação de conduta institucional de um dos subsistemas que se manifesta em outro subsistema que dele difere, sem a percepção de que estariam optando por regras de procedimento díspares na administração dos conflitos e na construção de verdades judiciais. Os subsistemas integrantes do sistema judicial criminal brasileiro são: o da polícia, o do processo judicial propriamente dito, o do Tribunal do Júri e o do Juizado Especial Criminal.

A coexistência desses diferentes subsistemas é presidida artificialmente pela chamada “dogmática jurídica”, de tal modo que as normas jurídicas nela hierarquizadas se anulam automática e reciprocamente quando entram em contradição. Para dirimir os conflitos entre elas, observa-se a rígida hierarquia teórica convencionada no escalonamento em que se encontram dispostas. Esta “doutrina” – como acontece com qualquer conhecimento dogmático –, não deixa espaço para a plena explicitação das diferentes tradições, nem de suas histórias constitutivas, que são os elementos essenciais para a compreensão dos significados distintos expressos no deslocamento dos procedimentos que transitam inadequadamente de um subsistema para o outro.

No topo da hierarquia de normas estão os *princípios constitucionais*. Estes, aparentemente, são assemelhados àqueles do *due process of law* dos EUA: asseguram a presunção da inocência, o direito à defesa – chamado, no direito brasileiro, de *princípio do contraditório* – conferindo, entretanto, um outro direito, denominado de *ampla defesa*, pelo qual os acusados podem e devem usar todos os recursos possíveis em sua defesa. Ora, este sistema traz em si algumas contradições. A primeira é que *não* é um *due process of law* – expressão equivocadamente traduzida em português de forma demasiado livre como “devido processo legal” – pois esta instituição jurídico-política dos EUA é uma *opção* do acusado, a quem é *devido* – *due* – pelo Estado, um determinado procedimento judicial, em condições estipuladas pelas quinta e sexta emendas constitucionais, sempre que o acusado não queira declarar-se culpado, fato que imediatamente interrompe o processo.²

(2) Emenda V: “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande Júri (...); nenhuma pessoa será,

Estas incluem, entre outros, o direito a um *speedy trial* – um julgamento rápido, o que não existe em nosso sistema de julgamentos obrigatórios e de temporalidade própria. Outra característica é que, não havendo no processo nem *exclusionary rules* (regras de exclusão das evidências levadas a juízo), nem hierarquia de provas, que separem os fatos provados daqueles que não o foram, dentro de um processo probatório – *evidence, fact, proof* – tudo, literalmente, pode ser alegado em defesa, ou em acusação, o que produz uma parafernália de elementos tanto mais ampla quanto mais abundantes forem os recursos do acusado e dos acusadores. Finalmente, ao assegurar, constitucionalmente, o direito do acusado não se auto-incriminar (direito ao silêncio), no Brasil não se criminaliza, como no direito anglo-americano, a mentira dita pelo réu em sua defesa, o que implica não haver a possibilidade de condenação por *perjury*, somente por falsidade de declaração por testemunha. Que configura o crime de falso testemunho.

Abaixo da Constituição, tem-se o *Código de Processo Penal*, que regula três formas de produção da verdade: a policial, a judicial e a do Tribunal do Júri. Tais formas encontram-se hierarquizadas no Código da seguinte maneira: a) o inquérito policial, onde o procedimento da polícia judiciária é, oficialmente, “administrativo”, não judicial e, por isso, inquisitorial, não se regendo pelo princípio do contraditório; b) o procedimento judicial, aplicado à maioria dos crimes e que se inicia, *obrigatoriamente*, quando há indícios suficientes de que um delito foi cometido e que sua autoria é presumida, com a *denúncia* feita pela promotoria dando oportunidade à defesa, pois se regula pelo princípio do contraditório, até a sentença do juiz, que exprime seu convencimento justificado pelo exame do conteúdo dos autos; c) no julgamento pelo Tribunal do Júri, procedimento que se aplica apenas aos crimes intencionais contra a vida humana e se inicia por uma sentença judicial proferida por um juiz (pronúncia), após a realização da produção de informações, indícios e provas, durante o inquérito policial e a instrução judicial, comum a todos os processos judiciais criminais e também regida pelo contraditório e pela ampla defesa, em processo que exige a presença do réu, inclui um prolongado debate oral e que termina pelo veredicto dos jurados.

A Exposição de Motivos que introduz o texto do Código de Processo Penal explicita ser objetivo do processo judicial criminal, a descoberta da “verdade real”, ou material, por oposição à “verdade formal” do processo civil, ou seja o que é levado ao juiz, por iniciativa das partes. Por isso, os juízes podem e devem tomar

pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); (...). Emenda VI: “Em todos os processos criminais o acusado terá o direito a julgamento rápido e público, por um Júri imparcial no estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado” (Corwin, 1986, p. 254-273).

a iniciativa de trazer aos autos tudo o que pensarem interessar ao processo, *ex officio*, para formar o seu “livre convencimento” examinando a “prova dos autos”. Assim, todos os elementos que se encontram registrados, por escrito, nos volumes que formam os processos judiciais, incluindo os inquéritos policiais, podem ganhar o mesmo “estatuto de verdade” para a sentença final.

A esses procedimentos se juntam outros, instituídos pela Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, que contempla os casos em que a pena prevista é de no máximo um ano, para contravenções ou crimes de pequeno potencial ofensivo. Discutiremos a seguir as principais características da estrutura e do funcionamento de nosso sistema judicial criminal e depois apresentaremos resultados da nossa pesquisa sobre os Juizados Especiais Criminais. Eventualmente, serão utilizados exemplos contrastivos com o sistema judicial dos Estados Unidos da América, freqüentemente invocado pelos juristas para fundamentar a adequação de procedimentos vigentes em nossas instituições judiciárias, como o Tribunal do Júri e os próprios Juizados Especiais Criminais.

2. O inquérito policial

Na expressão exemplar de um delegado de polícia, o inquérito policial é “um procedimento do Estado contra tudo e contra todos para apurar a verdade dos fatos”. Assim, o inquérito policial é um procedimento no qual quem detém a iniciativa é um Estado imaginário, todo poderoso, onipresente e onisciente, sempre em sua busca incansável da verdade, representado pela autoridade do policial, que, embora sendo um funcionário do Executivo, tem uma delegação do Judiciário e a ele está subordinado quando da realização de investigações.

O procedimento judiciário policial, portanto, pode ser inquisitorial, conduzido em segredo, sem contraditório, porque ainda não há acusação. Entretanto, embora neste nível não seja legalmente permitida a negociação da culpa, ou da verdade, é lógico que a polícia *barganha*, negocia, oficiosamente e/ou à margem da lei, em troca de algum tipo de vantagem, tanto o que investiga, como o que os escrivães policiais registram nos “autos” do inquérito policial, conforme bem expressa a categoria específica “armação do processo”, vigente no cotidiano da esfera policial (Kant de Lima, 1989, 1995).

Apesar de consideradas desvios de conduta atribuídos a funcionários inescrupulosos, as “armações do processo” estão institucionalizadas nas práticas policiais. Em pesquisa de campo realizada foram identificadas certas recorrências que apontam para a consistência de tais procedimentos como modalidade de produção de verdade de eficácia comprovada. Igualmente, a regulação da tortura de acordo com a gravidade da denúncia ou queixa e conforme a posição social dos envolvidos; a permissão da participação dos advogados nos inquéritos, também de acordo com as diferentes posições que estes especialistas ocupam nos quadros profissionais; o registro – ou não – das ocorrências levadas ao conhecimento da polícia; a qualificação e tipificação – ou não – das infrações e crimes registrados e a abertura de *investigações preliminares*, que levam, ou não, à instauração do

inquérito policial, são algumas das práticas recorrentes no subsistema policial. Todas, caracterizam práticas policiais movidas por interesse particularistas e, sem dúvida, estão institucionalizadas. Os depoimentos e confissões, registrados por escrito nos *autos* do inquérito policial, ficam *entranhados* nos autos do processo judicial, pois não há interrupção da numeração sequencial de suas páginas, podendo, portanto, essas declarações servirem para o “livre convencimento” do juiz (Kant de Lima, 1989, 1995).

Depois de registradas tais práticas no trabalho de campo, pesquisas históricas complementares mostraram que os procedimentos observados eram muito semelhantes aos da “inquirição-devassa” do direito português ou da “inquisitio” do direito canônico: procedimentos sigilosos, que preliminarmente investigam, sem acusar, visando obter informações sobre perturbações da ordem denunciadas pública ou anonimamente. No procedimento inquisitorial, se o crime é leve e o acusado confessa, é apenas repreendido; se o acusado não confessa, ou se o crime é grave, o acusado é “indiciado” e o processo é encaminhado à Justiça Criminal.

A tradição jurídica brasileira justificava esses procedimentos como próprios de sociedades onde a desigualdade substantiva entre as partes era explícita, pois não era desejável manchar a reputação de homens de honra que podiam ser injustamente acusados, nem se desejava expor os despossuídos à ira de poderosos acusadores. O Estado, então, *compensava* essa desigualdade, assumindo a iniciativa da descoberta da verdade (Mendes de Almeida Jr., 1920). Aqui, é evidente a produção de um *ethos* de suspeição sistemática motivado pelo desejo de evitar ou abafar a explicitação de conflitos, ou de punir aqueles que neles se envolvem, prejudicando a harmonia de uma sociedade de desiguais complementares, onde cada um tem o seu lugar.

3. O processo judicial

Já vimos que o processo judicial se inicia pela *denúncia* do promotor – uma acusação pública que gera defesa – seguindo-se o interrogatório do juiz singular ao acusado, agora “réu”. Neste interrogatório, em geral na primeira vez em que tanto o juiz quanto o promotor – e, muitas vezes, o defensor público – irão se comunicar com o réu em pessoa, defesa e acusação não participam, ou participam apenas como assistentes. Trata-se de procedimento que se auto-justifica como sendo em defesa do réu, cuja confissão atenua sua pena. Por isso, o juiz deve adverti-lo, preliminarmente, de que “seu silêncio poderá resultar em prejuízo de sua própria defesa”, teoria e prática que parecem colocar-se, como já se disse, em contradição com a presunção da inocência decorrente do silêncio do réu e do *direito de não incriminar-se*.³

(3) O direito de não se incriminar substituiu na tradição anglo-americana *the right to stay mute*, que era o direito de nada declarar diante das acusações formuladas publicamente e assim escapar a qualquer tipo de avaliação judicial, embora sujeitasse quem dele se

Em compensação, se o silêncio pode vir em prejuízo da própria defesa – como diz o brocardo, *quem cala, consente* – o réu pode mentir livremente, pois apenas as pessoas sinceramente arrependidas confessam a verdade. O crime de “falso testemunho”, diferentemente do crime de *perjury*, só pode ser alegado contra as testemunhas.⁴ Seguindo ainda a tradição inquisitorial, a confissão do réu é considerada atenuante da pena, pois revela arrependimento – afinal, já é uma penitência – e desejo de reintegrar-se aos valores que sua ação transgrediu.

A seguir, “reperguntam-se” todas as testemunhas que já depuseram na polícia, com a assistência oficial e legal da defesa e da acusação. A assistência advocatícia, obviamente, varia de acordo com as posses do acusado e se reflete no comparecimento qualificado – ou na ausência dele – das testemunhas do processo. Por várias circunstâncias obstaculizantes ao comparecimento de testemunhas (mudanças de residência e/ou de status social e civil, dificuldade de locomoção, doenças, mortes etc.), os réus mais pobres muitas vezes não conseguem trazer suas testemunhas ao Tribunal. Em geral, são as pessoas de melhor condição econômica ou, pelo menos, os réus que não estão presos, que conseguem trazer suas testemunhas, assim como outras novas, para depor. Esta, entre outras circunstâncias, reafirma a presença da desigualdade social no processo judicial penal, também presente na legislação estrangeira.⁵

Durante o processo judicial, o réu pode permanecer preso ou em liberdade. Nos EUA, a fiança é a forma de soltar os réus e, como lá a cultura judicial é igualitária, tem sido objeto de crítica, identificando-se nela forte discriminação econômica, pois os mais pobres, permanecendo presos, têm sua defesa prejudicada, não só em função de seu pior estado psicológico, como também por não poderem produzir provas em seu favor. Já no Brasil, se as fianças não são caras, essa desigualdade se inscreve nos autos do inquérito policial – em que se registram as investigações contra os mais pobres, feitas sem advogado, ou contra os mais ricos, “armadas” com o consentimento da polícia (Kant de Lima, 1989, 1995).

servia à “la peine forte et dure”, que terminava por, eventualmente, matá-lo. Para evitar isso, a partir do início do século XIX, quando o acusado se calava diante das acusações, convencionou-se que seu representante (o advogado) por ele, declarava-se *not guilty*, o que dava prosseguimento ao processo. Assim, o silêncio significava, formalmente, o oposto em nossa tradição, onde “quem cala, consente” e onde a mentira do réu só é punível em ações relativas a crimes contra a honra.

(4) Note-se também que a auto-acusação, quer dizer, a negociação da culpa pela admissão falsa de crime menor com o intuito de safar-se de crime maior, tradicionalmente punida pelo direito eclesástico (Boschi, 1987), também é punida pelo Código Penal, o que contrasta tanto com a *police bargain*, quanto com a *plea bargain* do sistema judicial criminal dos EUA (Kant de Lima, 1995a).

(5) É importante mencionar aqui que as investigações consideradas necessárias para esclarecer aspectos obscuros dos fatos, determinadas pela acusação, pela defesa e pelo juiz, serão conduzidas pela polícia, pois, no Brasil, nem o Ministério Público, nem a magistratura possuem pessoal especializado para realizar investigações.

Além disso, importantes dispositivos legais de diferenciação de *tratamento jurídico* dos acusados, no Brasil, são a “prisão especial”, que assegura condições privilegiadas na prisão, concedidas a certas categorias de pessoas – como, por exemplo, aquelas portadoras de instrução superior –, que vão desde a permanência em separado dos chamados “presos comuns”, em acomodações especialmente destinadas a assegurar este privilégio, até a “prisão domiciliar”, cumprida na residência do acusado. Outro privilégio é a “competência por prerrogativa de função” válida, por exemplo, para autoridades governamentais, que retira os acusados do âmbito do julgamento preconizado para os cidadãos “comuns”, pelo juiz singular ou pelo Júri, enviando-os para julgamento por órgãos judiciais colegiados de instâncias superiores, como os Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores de 2.^a instância, ou o STF. Favorecem ainda alguns acusados as chamadas imunidades parlamentares, que impõem licenças especiais dos Legislativos para processar seus membros. Essas últimas prerrogativas e imunidades eram, até há pouco tempo, válidas em qualquer circunstância, mesmo no caso de terem os acusados cometido infrações comuns anteriores ao mandato, sem relação alguma com suas atividades profissionais, como se a prerrogativa não fosse da função, mas da pessoa. Mesmo hoje, uma vez eleito, o parlamentar torna-se ungido por tais privilégios que o tornam um “cidadão acima de qualquer suspeita”, imunizado contra os efeitos do Código Penal, aplicado aos cidadãos comuns e só pode ser processado com a licença de seus pares.⁶

Trata-se assim de um sistema judicial criminal que não é aplicado igualmente a todos os cidadãos, mas que assegura privilégios, desigualdades consagradas na própria legislação penal e, como vimos, presentes nas práticas que a atualizam, como se verificam em sociedades patrimoniais estamentais (Weber, 1999: 311- 323).⁷

Finalmente, o juiz decide, de acordo com seu “livre convencimento” e fundado no conteúdo dos autos, que trazem *entranhados* os registros do inquérito policial, com os depoimentos e confissões obtidas na polícia sem a presença oficial da defesa. Os procedimentos privilegiam a escrita, a interpretação e a implicitude. É interessante notar que nesse contexto de formulação de “certezas jurídicas”, como aponta Malatesta (1911), tenta-se minimizar aquilo que poderia assegurar ao juiz e ao público o absoluto acerto de sua “sentença”: a confissão.

Nos casos dos crimes intencionais contra a vida humana, no entanto, o juiz singular não dá a palavra final. Nestes casos, formula uma sentença que “pronuncia” ou “impronuncia” o réu. Quando a sentença pronuncia o acusado, seu nome é inscrito no “rol dos culpados”, registro do qual só sairá, se absolvido no processo. Inicia-se, então, o julgamento pelo Tribunal do Júri.

(6) Diferentemente, por exemplo, dos EUA, onde o Presidente da República Bill Clinton foi recentemente processado por um juiz comum.

(7) Para uma caracterização da sociedade brasileira como patrimonial estamental ver especialmente Faoro, Raymundo (1958). *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Ed. Globo.

4. O julgamento pelo Tribunal do Júri

Embora a literatura jurídica brasileira usualmente registre equivalências entre o procedimento judicial do Tribunal do Júri brasileiro e o da tradição anglo-americana, existem diferenças abissais entre ambos. Para começar, o nosso julgamento por Júri não é uma opção do acusado, como ocorre no *trial by jury*, aplicado apenas aos que se declaram não culpados. Além disso, aqui esse julgamento é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, “pronunciá-lo” e inscrever seu nome no “rol dos culpados”. A presunção oficiosa, portanto, é de culpa, não de inocência, como ocorre no Tribunal do Júri americano. Note-se, também, que nos EUA o *due process of law* é um procedimento constitucional universalmente disponível aos cidadãos, para ser aplicado de acordo com leis locais, que devem ser igualmente aplicadas a todos os do lugar. O princípio da universalidade depende, portanto, da definição do universo e do espaço público, coletivo, sempre limitado, ao qual se aplica em todos casos o procedimento judicial que é devido pelo Estado. No caso brasileiro, o Tribunal do Júri é uma instituição judiciária obrigatória apenas para crimes intencionais contra a vida humana, quando se faz a aplicação particularizada de uma lei geral – feita pelo Legislativo Federal – a casos específicos.

No *trial by jury* o juiz é o árbitro das regras de admissão de provas ou evidências que se apresentam, todas, durante o julgamento. No Brasil, o juiz está obrigado a procurar, por sua iniciativa, a “verdade real” e se encontra compelido, pelo princípio da “ampla defesa”, à aceitabilidade de todas as evidências e indícios trazidos pelas partes ao processo. O juiz lê os autos e os relata para os jurados, sendo seu conhecimento sobre os fatos, portanto, de segunda ou terceira mão. Também diferem os procedimentos na tomada de depoimentos de testemunhas perante o Júri. Nos EUA são feitas *questions* durante a *examination* e *cross-examination* do acusado – que consentiu em depor – e das testemunhas, que não podem ser “interrogadas” – quer dizer, não podem ser perguntadas pelo que se supõe que elas sabem, ou deviam saber – nem podem ter suas respostas induzidas. No Brasil, ao contrário, há um interrogatório obrigatório do réu, baseado no que foi apurado durante o inquérito policial e a instrução judicial e não há regras para a tomada de depoimento de testemunhas.

Os árbitros – *jurors* – nos EUA são doze pessoas cuidadosamente selecionadas de comum acordo entre defesa e acusação, apenas para aquele julgamento, dentre listas amplas de todos os eleitores ou de todos os residentes. No Brasil, são sorteados de uma lista anual preparada de antemão pelo juiz, composta de pessoas de sua confiança ou a ele indicadas por pessoas ou instituições fidedignas, entre os quais se sorteiam vinte e um por mês e, destes, sete para cada julgamento. Defesa e acusação têm direito, cada uma, a apenas três recusas.

O julgamento realiza-se em uma sala especialmente preparada para acomodar uma platéia, diante da qual está o juiz, tendo suspenso na parede, geralmente atrás de si, um tradicional crucifixo católico, simbolizando a “humanização” da Justiça,

sacralizada na fé cristã católica, embora a constituição brasileira proclame a liberdade de crença religiosa para todos os cidadãos e a República tenha, juridicamente, separado a Igreja do Estado. O promotor fica ao lado do juiz, de frente para a platéia, e um escrivão senta-se do outro lado do juiz. Em duas filas, junto a uma das paredes laterais estão sentados os jurados, vestidos com uma meia beca, à moda dos serventuários da Justiça. Na parede oposta, de frente para os jurados, senta-se o advogado, acima do réu, ficando este acomodado, também diante dos jurados, no chamado “banco dos réus”. Não é raro que promotor e jurados ocupem o mesmo lado da sala, à direita do juiz, como no 1.º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro.

Embora possa apresentar variantes, dependendo das orientações particulares de cada Presidente do Tribunal do Júri e da época em que o prédio foi construído, esta disposição inquisitorial do espaço no Tribunal do Júri contrasta fortemente com disposição *adversarial* do *trial by jury* dos EUA, onde o acusado e sua defesa sentam-se lado a lado à acusação, de frente para o juiz e de costas para a platéia, tendo a um de seus lados os jurados, sentados na *jury box*. A igualdade simbólica entre as partes é representada no critério de ocupação do espaço, ficando a promotoria como uma parte igual às outras, o que reforça a presunção ideológica de inocência, só passível de alteração por uma *reasonable doubt* (dúvida razoável), reconhecida pelos jurados.⁸

No Brasil, o julgamento se inicia, após o sorteio e o compromisso dos jurados, por novo interrogatório do acusado, feito pelo juiz. Após este procedimento novas testemunhas podem ser ouvidas, o que raramente ocorre, a não ser em julgamentos muito especiais.

A parte mais importante do julgamento, portanto, é um debate, em que acusação e defesa se defrontam, durante duas horas, cada uma, com a possibilidade de prorrogação por mais uma hora. Nesta *disputatio* escolástica, os advogados e os promotores defendem “teses” opostas, que não podem encontrar-se jamais, sob pena de declarar-se “inepta” a defesa. Quer dizer, mesmo quando acusação e defesa concordam com a culpa ou com a inocência do acusado, têm que acusá-lo e defendê-lo em público, apresentando suas teses em oposição “contraditória”. Como não há, também, consenso prévio sobre quais são os fatos, sobre o que foi e o que não foi devidamente provado – distintamente do que ocorre no *trial by jury* – a verdade, assim, não se apresenta como o resultado de um processo de construção por consenso, mas aparecerá como o resultado de um duelo, em que vencerá o mais forte, tal como estabelecia a antiga tradição do sistema de “provas legais”, vigente no Ocidente até o Antigo Regime.

Os advogados não costumam se ater aos autos e não ficam registros escritos de suas falas, diferentemente do procedimento dos EUA, onde a fala é registrada. Deste modo, os advogados podem mentir, pois estão sustentando a versão de um acusado que tem direito de continuar a mentir em causa própria durante seu novo

(8) Garapon (1997) também aponta para estas diferenças na disposição espacial dos operadores judiciais nos tribunais franceses e dos EUA.

interrogatório. Por isso, o conteúdo dos autos, resumido em *relatório* e lido em voz alta pelo juiz é posteriormente manipulado livremente tanto pela acusação quanto pela defesa.

Sem que lhes tenham sido esclarecidos oficialmente quais os fatos efetivamente provados do processo, nem as suas implicações legais, como é obrigatório nos EUA, os jurados se recolhem a uma sala secreta, na companhia do juiz, de um serventuário da Justiça – que os acompanhou durante todo o tempo do julgamento para que não se comunicassem entre si, nem com o público –, de representantes da defesa e da acusação – o que difere da reunião secreta para discussão do processo e negociação do *verdict* dos doze jurados nos EUA, à qual ninguém pode assistir. No Brasil, os jurados são *proibidos de discutir entre si* e votam, secretamente, de acordo com sua consciência, colocando cédulas marcadas com *sim* ou *não* em uma urna, em resposta a uma série de perguntas extremamente técnicas, que incluem o exame de agravantes e de atenuantes, formuladas pelo juiz, com a anuência da acusação e da defesa (a quesitação), diferentemente da alternativa *guilty/not guilty* usada na arbitragem dos EUA, onde os jurados discutem entre si e votam abertamente a opção pela decisão que expressa o consenso – muitas vezes obrigatoriamente unânime – dos jurados, o que caracteriza um ritual de produção de verdade distinto do Júri brasileiro.

5. Os Juizados Especiais Criminais no Brasil: filosofia e objetivos

Os Juizados Especiais Criminais – JECrim – foram criados pela Constituição de 1988, e regulamentados pela Lei 9.099, de 1995, que também trata dos Juizados Cíveis. Ao encerrar em uma única lei os dois microssistemas, o Legislativo Federal subordinou a área cível e a criminal a um mesmo conjunto de princípios norteadores do processo legal: oralidade, simplicidade e informalidade, celeridade, economia processual, conciliação e transação. A par desse conjunto de princípios comuns às áreas cível e criminal, a Lei 9.099 apresenta inovações específicas em cada uma delas. Mas é sobretudo na parte criminal que se observam inovações mais importantes. Na verdade, a inovação já estava presente na Constituição de 1988, art. 98, I, que insere na dinâmica dos Juizados Especiais as figuras da conciliação e da transação penal, estranhas à tradição jurídica brasileira, como de resto aos demais ordenamentos jurídicos dos países de *civil law tradition*. Além disso, reserva ao juiz a atribuição de dirigir o processo “com ampla liberdade, para determinar as provas a serem produzidas, para dar especial valor às regras de experiência comum, dando a cada caso a solução que reputar mais justa e equânime” (Dinamarco, 1985). Como se vê, também neste item a Lei 9.099 está em dissonância com a tradição jurídica brasileira, prescrevendo um juiz que, bem entendido, afasta-se do paradigma canônico da *civil law tradition*, afigurando-se menos como “boca inanimada da lei”, e mais como um intérprete da lei, comprometido com a efetividade do processo e com a produção do bem público.

A conciliação encontra remotas origens no país na figura do juiz de paz, a quem a Constituição de 1824 atribuía a função de conciliação prévia, e definindo-

a como condição obrigatória para o início de qualquer processo. Essa figura, de efêmera duração, teve suas atribuições transferidas em 1840 para o delegado de polícia, espécie de representante do Judiciário no Executivo e encarregado, desde 1870, da condução do inquérito policial, preliminar aos processos judiciais (Flory, 1981), já descritos anteriormente. Porém, na atualidade, o Código do Processo Civil, de 1973, instituiu a conciliação obrigatória para as causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado e para os litígios relativos à família, nos casos em que a lei consente. Na Justiça do Trabalho, outrossim, a conciliação também é obrigatória. A novidade da Lei 9.099/95 reside, portanto, no fato de que a conciliação pode ser realizada por um juiz leigo ou um conciliador leigo. É bem verdade que, embora prevista na lei a incorporação do juiz leigo ao microsistema, a inovação não foi estimulada, vingando a figura do conciliador, geralmente escolhido pelo juiz togado nos bancos das faculdades de Direito e orientado para atuar ora como animador da autocomposição entre as partes, ora como filtro do acesso das partes ao juiz.

Por seu turno, a transação da pena proposta pela Lei 9.099/95 lembra, à primeira vista, o instituto do *plea bargaining*, a partir do qual torna-se possível uma verdadeira transação entre a acusação e a defesa. Mas a experiência brasileira se afasta da norte-americana, uma vez que o “Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca de confissão ou da colaboração do suspeito para a descoberta dos co-autores”, ficando a transação limitada às seguintes possibilidades: opção entre a multa e a pena restritiva, fixação do valor da pena, e a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva” (Grinover et alii, 1997, p. 54). O promotor, portanto, não negocia a verdade, como na *plea bargain*, mas apenas a aplicação da pena, uma vez que o acusado concorde com a acusação já formulada pelo acusador e registrada no boletim de ocorrência policial.

De acordo com a justificativa do projeto de lei que daria lugar à Lei dos Juizados, o sistema brasileiro optou por uma proposta intermediária, definida como “uma discricionariedade controlada em relação a delitos de menor gravidade”. Ainda assim, na avaliação de muitos processualistas brasileiros, o JECrim coloca em curso “um dos mais avançados programas de despenalização do mundo” (Grinover et alii, 1997, p. 36). Tal instituto de despenalização importa para o sistema penal profundas consequências doutrinárias, entre as quais a “civilização de determinados delitos – com a transformação da infração penal em um delito civil –, a disciplinarização de determinadas condutas, e a resposta médica e terapêutica como forma de administração dos conflitos (Pradel, 1995, p. 147). Como veremos a seguir, a primeira e terceira consequências têm se manifestado de forma particularmente importante na experiência brasileira.

6. O rito do Juizado Especial Criminal

Normalmente, as partes chegam ao JECrim encaminhadas pelas Delegacias de Polícia, que realizam a tradução do fato social em fato jurídico. No JECrim, o autor do fato e a vítima participam, preliminarmente, de uma audiência de con-

ciliação, conduzida pelo conciliador. Tratando-se de crime de ação penal pública condicionada à representação (como ameaça e lesão corporal leve, entre outros) ou de crime de ação penal privada (dano, adultério, e exercício privado das próprias razões), faculta-se às partes a possibilidade de realizarem a composição cível, isto é um acordo negociado, que pode inclusive resultar em uma indenização pecuniária à vítima pelo autor do fato, configurando assim uma notável “civilização” do processo penal. Na hipótese de haver composição cível, o conciliador faz as partes assinarem um acordo e o juiz declarará extinta a punibilidade, terminando o feito. Caso a composição não seja possível – ou quando se tratar de crimes de ação penal pública incondicionada – o feito passará à segunda fase, da transação penal. Nesse momento, cabe ao promotor de Justiça propor ao autor do fato a aplicação de pena mais leve, alternativa, restritiva de direitos ou pecuniária.⁹ Se o autor do fato aceitar – e este é o único momento em que esse ritual se assemelha ao do *due process of law*, criando uma opção para o acusado – o juiz pode homologar o acordo, fixando a pena alternativa que, em geral, consiste na prestação de serviços à comunidade ou na doação de mercadorias de utilidade para instituições filantrópicas. Caso o juiz não aceite a transação, ou o promotor não considere cabível para o caso em questão, ou ainda se o autor do fato não concordar, passa-se, então, à audiência de instrução e julgamento, esta sim conduzida diretamente pelo juiz e cujo desfecho é a sentença proferida na ação penal propriamente dita. Mas a esmagadora maioria dos conflitos são resolvidos nas etapas de conciliação ou de transação penal.¹⁰

7. Controvérsias e conflitos institucionais em torno do JECrim

A parte criminal da Lei 9.099 tem despertado entusiasmo em muitos juristas, sendo saudada como “uma verdadeira revolução no sistema penal brasileiro” (Grinover et alii, p. 29). Não por acaso, transformou-se em uma das principais políticas públicas do Estado brasileiro para a promoção da cidadania e da justiça. Em alguns estados, como o Rio de Janeiro, pouco mais de cinco anos após a aprovação da lei, mais de cinquenta JECrim já foram implantados, abrindo espaços e adquirindo infra-estrutura através de convênios com prefeituras, instituições da sociedade civil e entidades públicas e privadas, especialmente universidades e faculdades.

Mas esse status de política pública prioritária não significa que não haja importantes resistências à sua implantação. Ao contrário, o “JECrim tem mais inimi-

(9) O termo “pena alternativa” já vem sendo objeto de crítica por parte de alguns juízes de JECrim, que preferem qualificá-la como “pena não custodial”, evitando, assim, confundir a “pena alternativa” com uma idéia, bastante consolidada no imaginário brasileiro, de que por ser alternativa à prisão deixa de ser pena.

(10) Para que se tenha uma idéia quantitativa: em um dos Juizados Criminais com maior número de processos/ano do Rio de Janeiro, algo em torno de 2 mil processos/ano, apenas 17 foram levados a fase de AIJ (audiência de conciliação e julgamento) em 2000.

gos do que amigos”, como nos disse um juiz entrevistado na pesquisa, situação que tem levado mais a condutas de sabotagem, do que a uma explicitação de posições contrárias a sua ampliação. De fato, exatamente por seu caráter inovador, o JECrim encontra resistências entre muitos juristas e entre operadores que participam desse microssistema. Não menos importante é a dificuldade de entendimento da própria sociedade, tradicionalmente educada em sistema de administração de conflitos basicamente regulado pela ação punitiva, extra-oficial e, muitas vezes, arbitrária em Delegacias de Polícia (Kant de Lima, 1995a, 1995b, 1999).

Alguns processualistas têm sido críticos em relação à presença do conciliador leigo na administração do processo penal, caracterizando-o como um “convívio incestuoso entre a jurisdição técnico-estatal e leigo-descentralizada” (Marques da Silva, 1997, p. 106). Outra crítica importante é a que acusa o processo do JECrim de desrespeitar os direitos constitucionais do suposto autor do fato à “ampla defesa”, ao “devido processo legal” e à “presunção de inocência” (Reale Jr., 1997, p. 26). Na mesma linha, um jurista observa que “pela primeira vez no processo penal, o impasse entre segurança e rapidez foi vencido pela rapidez” (Lopes, 1997, p. 379).

Outra resistência, com maior repercussão sobre o funcionamento do JECrim, tem surgido dos operadores de Direito (e de suas corporações), que atuam no microssistema. Os Delegados de Polícia têm manifestado descontentamento com o JECrim, identificando-o como um componente que mais contribui para agravar do que para resolver o problema da “impunidade” no Brasil. Não é raro, conforme identificamos em pesquisa realizada em Delegacias, surpreender os delegados e seus auxiliares (detetives, escrivães) criticando o rito de administração de conflitos do JECrim, que seria “ineficiente”, “moroso”, “generoso com o autor do fato”, e que torna a Polícia “impotente” na regulação da violência cotidiana. Cabe frisar que essa leitura do JECrim não é unânime, e que há delegados que compreendem de outro modo o “espírito da lei”; mas, de um modo geral, prevalece uma percepção agudamente crítica do JECrim.

Os promotores de Justiça tampouco se mostram entusiasmados. Uma evidência disso é o fato de que na distribuição de tarefas entre os membros do Ministério Público o JECrim não é uma prioridade, o que tem provocado um déficit de promotores nesses Juizados. Consequência das mais graves desse déficit está na condução real da transação penal por conciliadores leigos, ficando o promotor como mero homologador de negociações conduzidas pelo conciliador. O mesmo se aplica à Defensoria Pública, que também não concede prioridade ao JECrim, e justifica esse descaso às condições precárias de seu trabalho, ocasionadas por escassez de recursos e de pessoal, levando-a a privilegiar como mais efetiva sua atuação junto às Varas Cíveis e Criminais. O agravante, neste caso, é que as partes que chegam ao JECrim, como veremos adiante, são basicamente pessoas pobres e com baixo nível de instrução. O resultado é que boa parte das audiências de conciliação e de transação são realizadas sem que o autor ou a vítima tenham assistência jurídica adequada.

Os juízes do JECrim têm identificado essa falta de sintonia institucional com o “espírito da lei”. Pesquisa recente entre esses juízes revelou que boa parte deles

têm opinião bastante crítica em relação ao comportamento das Delegacias de Polícia e do Ministério Público (Werneck Vianna e outros, 1999, 223 et seq.). Em seus depoimentos, fizeram afirmações como as que se seguem: “por não conhecerem o sistema dos Juizados, entendem [delegados e promotores] que se trata de uma justiça menor”; “minha principal frustração advém do sofrível trabalho realizado por algumas Delegacias e o já crônico atraso na entrega da Folha de Antecedentes Criminais e de laudos periciais” (Werneck Vianna et alii, 1999, p. 223 et seq.). Mas, a mesma pesquisa revelou que entre muitos juízes criminais também existe resistência ao JECrim. Alguns depoimentos indicam claramente uma compreensão negativa do microssistema. Há juízes que identificam o JECrim como um lugar “que favorece a banalização dos delitos menos graves”, “onde o trabalho é imenso mas pouco estimulante intelectualmente” (Werneck Vianna et alii, 1999, p. 253).

De fato, o trabalho dos juízes que atuam no JECrim é bastante diferente daquele dos que atuam em varas criminais. No JECrim, o juiz faz muito mais do que julgar, ele é sobretudo o administrador de um microssistema, cujo desempenho depende fundamentalmente de sua supervisão, treinamento e monitoramento, até porque a esmagadora maioria dos casos são resolvidos nas fases de conciliação e transação penal. Adicionalmente, observou-se na pesquisa que os juízes mais identificados com o espírito inovador do JECrim atuam no sentido de construir redes para fora do Judiciário, envolvendo o Ministério Público e as Delegacias de Polícia em um trabalho institucional conjunto que parece tornar-se indispensável para assegurar as vantagens da despenalização proposta pela Lei 9.099/95. Particularmente, a sociedade civil – o *locus* onde os conflitos são originariamente surpreendidos – vem se organizando e participando como parceira no acompanhamento do cumprimento das penas alternativas. Enquanto parte interessada na administração de conflitos que, por exemplo, envolvem as mulheres vítimas de violência doméstica, a própria sociedade civil vem oferecendo meios para a recuperação de agressores, por via de acompanhamentos terapêuticos para pessoas com personalidade agressiva, alcoólatras e dependentes químicos de modo geral, alguns deles típicos autores de violência doméstica encaminhadas ao JECrim. Não é à toa que os juízes que mais apostam no JECrim tendem a se identificar com a imagem de “pacificadores sociais” da vida local (Werneck Vianna et alii, 1999, p. 255). Mas, tal propósito pode ser descartado, se a consciência da importante função do JECrim, enquanto apaziguador do potencial de conflito hoje encontrado na sociedade brasileira – que, como vimos, é marcada por tradicionais desigualdades jurídicas – não for claramente percebida e logo incorporada às práticas judiciais vigentes no trato dos delitos de baixo potencial ofensivo.

8. A natureza dos conflitos que chegam aos JECrim

Como se pode constatar, o JECrim aparece para muitos juristas e operadores de direito como portador de promessas generosas, mas reações a suas intenções inovadoras e dificuldades de entendimento quanto a sua vocação podem amesqui-

nhar o seu funcionamento a ponto de torná-lo inviável em uma sociedade que precisa dar respostas concretas para o alto grau de conflituosidade social que apresenta. Este é o território da pesquisa que desenvolvemos no âmbito da integração dos programas de extensão e de iniciação científica da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Iguazu, localizada no município de Nova Iguaçu-RJ. Os resultados mencionados a seguir vêm sendo apreciados a partir da conjunção de atividades desses programas e envolvem prioritariamente três projetos de pesquisa. Um deles encerra uma pesquisa quantitativa, realizada nos JECrim de Nova Iguaçu e de São Gonçalo (outro município fluminense) – duas das cidades mais populosas da região metropolitana do Rio de Janeiro – e que tem por objetivo principal informar a comunidade e as instituições diretamente envolvidas com o microsistema sobre aspectos sociológicos, administrativos e jurídicos do seu funcionamento, permitindo maior transparência do papel do JECrim e contribuindo para maior efetividade em sua atuação. Dois outros pesquisas¹¹ vêm sendo desenvolvidos no âmbito do programa de iniciação científica: o primeiro, voltado para o estudo da natureza dos conflitos que vêm sendo administrados pelos Juizados Criminais de Nova Iguaçu e de São Gonçalo e sobre a prática jurídica neles institucionalizada; o segundo destaca a forma e o tipo de assimilação do modo de administrar os conflitos instituída pelos JECrim, sobre as partes que chegam aos Juizados e sobre os diferentes agentes que atuam nesse microsistema.¹²

Nossos dados não deixam dúvidas quanto ao tipo de conflito que tem sido administrado pelos JECrim estudados. De acordo com a tradução codificada dos conflitos, temos dois tipos predominantes de situação previstas no Código Penal: a “lesão corporal leve” (art. 129), que corresponde a 48,4% do total de conflitos e a “ameaça” (art. 147), que alcança 36,2%. A esmagadora maioria dos agressores é do sexo masculino, nada menos que 80%, e, inversamente, 80% das vítimas são do sexo feminino. Esses homens e mulheres são basicamente dos setores populares da sociedade brasileira, com baixo grau de instrução e mal remunerados. Entre os autores, 34% têm no máximo quatro anos de instrução formal, e cerca de 60% até 8 anos; as vítimas tem perfil bastante semelhante. Quanto à renda individual, basta dizer que cerca de 70%, tanto dos autores quanto das vítimas, ganham até 3 salários mínimos (*cerca de US\$ 150,00*). Quanto ao tipo de relação entre as partes em conflito, 54% é de tipo “conjugal e afins”, e outros 12,6% são de “parentesco”,

(11) Essas pesquisas têm sido apoiados pela Faperj – Fundação Carlos Chagas de Amparo à Pesquisa do estado do Rio de Janeiro, que alocou recursos financeiros e bolsas de iniciação científica dentro de seu programa de estudos sobre segurança pública.

(12) Além dos autores deste texto, participam destas pesquisas os seguintes alunos do Curso de Direito da Universidade Iguazu – UNIG: Cátia Gonçalves Prefeito, Graziela Ernesto de Oliveira da Silva, Wanda Oliveira do Nascimento Alves e Jorge Arantes. O empenho e a dedicação desses alunos têm sido fundamental para a plena realização dos projetos. Agradecemos, ainda, à Paula Baqueiro, também aluna do mesmo curso, que com muita competência e paciência participou da fase de tabulação, sistematização, análise e interpretação dos dados.

indicando que o ambiente doméstico responde pela esmagadora maioria dos conflitos (66,6% do total). Entre os demais conflitos, 19,4% é de “vizinhança” e apenas 13,5% são conflitos ocorridos entre “estranhos”. Em suma, os conflitos administrados pelos Juizados Especiais Criminais ocorrem basicamente em ambiente doméstico, envolvendo quase sempre homens contra mulheres, ambos pertencentes aos segmentos economicamente desfavorecidos da população (Burgos, 2001).

A pergunta que se deve fazer, portanto, é: em que medida o JECrim está preparado para dar respostas a conflitos com essas características? A indagação ganha mais sentido se considerarmos que nos debates que precederam a Constituição de 1988 – e mesmo nos debates posteriores travados quando da elaboração da Lei 9.099/95 – não havia clareza de que os JECrim seriam colonizados por esse tipo de conflito.¹³ Ao contrário, os Juizados Especiais foram instituídos, em princípio, para desafogar a justiça comum. No entanto, como estamos constatando, passaram a se ocupar de conflitos que não eram examinados pela instituição judicial. Estavam no âmbito da polícia judiciária, que, no Brasil, não tem competência legal para administrá-los.

Podemos começar a responder à questão proposta salientando que, no tocante ao desfecho do processo, 33,2% são resolvidos através de composição cível, 22,9% através de transação penal, e nada menos que 39,3% pela desistência. Apenas 4,6% dos processos são encerrados em audiências de instrução e julgamento. Daí se conclui que os conciliadores são os principais administradores dos conflitos processados pelos JECrim. Os promotores também teriam uma importância relativamente alta, mas pelo menos em um dos JECrim estudado o promotor tem funcionado muito mais como um homologador de transações negociadas diretamente pelos conciliadores. Fica claro, portanto, que os juízes, nesse microssistema, atuam menos como julgadores e muito mais como gerentes, responsáveis pelo treinamento e supervisão do trabalho dos conciliadores, defensores públicos e promotores, e pelo controle do funcionamento do cartório. Na verdade, o próprio princípio da informalidade parece abrir novas oportunidades de atuação, que podem ou não ser exploradas pelo magistrado, dependendo do tipo de postura que assume como juiz de JECrim. O que esses dados já revelam é que se o juiz limitar a sua ação a julgador, terá muito pouco a fazer nos JECrim, pois menos de 5% dos processos chegam à fase de Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ). Mas, se tiver imbuído do papel de administrador de conflitos, o juiz certamente terá uma agenda cheia de compromissos envolvendo um trabalho para fora do Juizado, de articulador de redes envolvendo as instituições judiciárias e a sociedade civil (Werneck Vianna et alii, 1999, p. 255-256).

Voltando à análise do desfecho dos processos, outro aspecto que chama a atenção nos dados é o alto percentual de desistência das vítimas. A alta desistência sinaliza que o sistema não administra o conflito a contento, devolvendo-o às partes

(13) Sobre o estudo dos antecedentes do art. 98 da Constituição de 1988 ver Werneck Vianna et alii, 1999, cap. 3.

para que (não) o resolvam, e o que é pior, aponta que as instituições não estão em condições de dar respostas à situação. Cabe frisar, contudo, que o percentual de desistência apresenta enorme variação entre os dois Juizados estudados. Em um deles, o índice é superior a 50%, enquanto que no outro não passa dos 25%. Essa diferença pode ser facilmente explicada: em um dos Juizados estudados, adotou-se como prioridade básica a celeridade, que se reflete na estatística de produção do Tribunal, medida por sua capacidade de encerrar processos. Considerando esse tipo de objetivo, a desistência tornou-se obviamente interessante, abreviando todo o trabalho necessário para a administração da composição cível ou da transação penal. A tal ponto radicalizou-se essa postura, que nossa pesquisa surpreendeu em um dos Juizados estudados conciliadores orientados para abrir a audiência com a seguinte questão: “a senhora não quer desistir?”. Em seminário realizado com a participação do juiz e do promotor desse JECrim, essa postura foi explicada como sendo correspondente à não aceitação da civilização dos procedimentos criminais. O promotor e a juíza se declararam contrários à elaboração de acordos pelos conciliadores, sobre assuntos que não poderiam ser passíveis de execução judicial. Como não são sentenças, nem transações, esses acordos não teriam como ser passíveis de imposição, de “execução”. Viam nisso, inclusive, um suposto perigo de responsabilização dos Juizados por não cumprimento de acordos firmados em seu âmbito.

Assim, a renúncia esconderia, em alguns casos, uma composição cível informal, que não “pode ser reduzida a termo”, ou seja, não pode ser formalizada. Esse tipo de acordo em geral ocorre entre partes envolvidas em conflitos tipicamente familiares como, por exemplo, pagamentos de pensão alimentícia, atribuição da guarda dos filhos e respeito do direito do pai separado da mãe de visitá-los, sucessão de bens, entre outros, que acabam produzindo conflitos de natureza penal de menor ofensividade quando não administrados pelas partes ou pelo Judiciário competente.

No outro Juizado pudemos constatar que esse tipo de conduta tem sido criticada e, ao contrário, prevalece uma orientação para que os conciliadores evitem a desistência de toda a forma. Para este Juizado, um índice elevado de desistência já seria percebido como um indicador do fracasso relativo do trabalho da instituição, na medida em que não teria qualquer repercussão sobre o conflito e, portanto, na pacificação do tecido social, que seria, segundo a compreensão ali reinante, o objetivo maior do JECrim.

A transação penal e a utilização das penas alternativas também têm gerado muitas dúvidas quanto à sua eficácia. O pagamento de cestas básicas ou a doação de mercadorias a instituições de caridade têm sido as formas mais usadas de pena alternativa. Tal prática acabou provocando comentário maldoso entre os inimigos do JECrim: “agora, um tapa na cara (lesão corporal leve) custa um salário mínimo, pago em forma de cobertor e agasalho”. Vale notar, incidentalmente, que esse comentário deixa bem claro quais os limites da “civilização” do direito penal, e de como ele reage sobre o imaginário de uma sociedade acostumada a administrar o controle social através do arbítrio do delegado ou através de uma ação penal pública, inacessível à negociação entre as partes. De todo modo, ainda não existem

avaliações sérias sobre a eficácia da pena alternativa, apreciada à luz de resultados palpáveis sobre a pacificação do conflito jurídico e social.

Retomando nossa questão sobre a capacidade dos Juizados para responder aos conflitos que lhe são levados, pode-se considerar dois cenários. Quando administrado de maneira burocrática, formalista, dentro das concepções vigentes no direito judiciário e processual tradicionais, tendo como preocupação central, entretanto, a produtividade (capacidade de encerramento dos processos no menor tempo possível), os Juizados tendem a falhar no cumprimento de suas funções, acabando por criar uma situação no mínimo inusitada: o desfecho da judicialização do conflito através do microssistema do JECrim equivale a uma volta à situação anterior, sem que a administração institucional do conflito lhe tenha alterado as feições. Neste caso, a judicialização implementada por inovações introduzidas na década de 80, corresponde à desjuridificação das relações sociais, e o JECrim se vê esvaziado, transformando-se em um ritual burocrático e sem sentido para o cidadão. Em contrapartida, quando é concebido como porta de acesso aberta para a plena administração da conflituosidade, pode tornar-se um lugar privilegiado para implementar o processo de juridificação das relações sociais, restabelecendo normas e regras básicas ao convívio em família e em sociedade, consensualizadas entre as partes conflitantes, acordadas e homologadas pelo JECrim.

No primeiro Juizado estudado, as premissas que informam procedimentos mais comprometidos com a sociedade vem sendo adotados e o JECrim vem atuando como arena de produção ritual de relevantes significados sociais, e contribuindo para a estruturação social partilhada entre os diversos membros da sociedade, inclusive entre as partes. Mais animada pela idéia de eficácia social e jurídica do que pelo desfecho judicial, os membros desse outro Juizado têm procurado abrir novos canais de administração do conflito, articulando-se com organizações da sociedade civil e criando procedimentos absolutamente novos, nos quais as fronteiras entre as linguagem jurídica, sociológica e psicológica se tornam pouco nítidas, passando o microssistema do JECrim a internalizar a prática e o discurso de entidades que a ele se agregam a fim de treinar seus conciliadores e demais operadores do direito e, muitas vezes, tratar terapeuticamente as partes. Este procedimento ganhou, inclusive, um formato assumidamente pré-judicial, sendo denominado não mais de “penas” alternativas, mas de “medidas alternativas”.

Uma ilustração de como funciona esse novo procedimento pode ajudar: o “autor do fato”, que agride sua mulher sempre que fica alcoolizado, é compelido pelo conciliador, que representa o juiz, a frequentar durante alguns meses um grupo de terapia, realizada por uma organização não governamental ligada à causa das mulheres vítimas de violência. Embora possa aparecer para o autor do fato como uma imposição do juiz, tanto ele quanto a vítima podem não concordar, forçando então a transação penal. De todo modo, mesmo que as partes aceitem, o acordo não tem o *status* de uma composição civil, não gerando nenhum tipo de título executivo e tampouco encerrando o processo. Trata-se, portanto, de um procedimento desenvolvido no espaço aberto à informalidade pela Lei 9.099, e que na verdade nem é composição civil nem é transação penal. Ao compelir o indivíduo a se tratar o juiz

não está, como se vê, ministrando uma pena, e tampouco homologando um acordo, daí a denominação de medida alternativa; de fato, o procedimento é alternativo ao processo jurídico inerente ao JECrim. Conforme o desenrolar desse expediente, o juiz poderá ou não considerar o processo encerrado, e, para fazê-lo, a vítima terá de concordar em renunciar à representação contra o autor do fato.

Do que se viu, pode-se concluir que, na medida em que juízes e operadores do direito envolvidos com o trabalho do JECrim partem para um verdadeiro enfrentamento da conflituosidade que chega aos Juizados, são obrigados a alargar a um ponto tal a compreensão da Lei 9.099 que, no limite, transformam o Juizado em novo cenário, que abre importantes oportunidades para que o Judiciário e a sociedade civil possam compartilhar responsabilidades com vistas a produzir a ressocialização dos autores de fatos passíveis de restrições penais e o acompanhamento psicológico das vítimas. Cabe lembrar, entretanto, que, embora de caráter ainda experimental, o princípio da medida alternativa já ganhou a adesão do governo federal que, através do Ministério de Justiça firmou, recentemente, convênio com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para ampliar o experimento.

9. Considerações finais

Nos últimos vinte anos vários cientistas sociais, em especial antropólogos, têm insistido na presença de princípios paradoxais e de características ambíguas na sociedade brasileira (Gomes, Barbosa e Drummond, 2000). Apregoa-se explicitamente a igualdade entre todos os indivíduos que compõem a sociedade, de onde decorre que os naturais desentendimentos entre eles, provocados por seus eventuais interesses divergentes, deverão ser administrados através de negociações entre partes formalmente iguais, embora substantivamente distintas. Quer dizer, negros, brancos e índios, mulheres, homens e homossexuais, pobres, remediados e ricos etc. serão considerados formalmente iguais no que toca à negociação de seus direitos e deveres em público. Este processo de negociação permanente é considerado capaz de emprestar à sociedade uma dinâmica democrática e um formato flexível, como em um paralelepípedo, em que os diferentes estratos sociais se encontram em permanente mobilidade e cada indivíduo/elemento tem sua própria trajetória, uma vez que a base e o topo dessa figura têm a mesma superfície. Para que a ordem pública se mantenha é necessário haver consenso sobre as regras que vão gerir a administração desses conflitos, cuja legitimidade advém de sua explicitude e universalidade, referidas necessariamente a um determinado contexto, o que lhes empresta univocidade – significado único – e literalidade: isto é, em um determinado local, as regras de convivência em público são facilmente identificáveis e valem para todos da mesma maneira. A principal estratégia de controle social é a prevenção dos conflitos pelo controle disciplinar dos indivíduos, que devem ser capazes de internalizar valores e regras apropriados à convivência social em público, embora com respeito a seus modos de vida particulares.

Esta visão democrática, igualitária e individualista da sociedade, entretanto, convive, na sociedade brasileira, com uma outra, que permanece implícita – mas

claramente detectável à observação – onde a sociedade, à maneira de uma pirâmide, é constituída de segmentos desiguais e complementares. Nesta última perspectiva, as diferenças que produzem inevitáveis conflitos de interesses são reduzidas a sua significação inicial, dada por uma relação fixa com contextos mais amplos do todo social. As diferenças não exprimem igualdade formal, mas desigualdade formal, própria da lógica da complementaridade, onde cada um tem o seu lugar previamente definido na estrutura social. A estratégia de controle social na forma piramidal é repressiva, visando manter o *statu quo ante* a qualquer preço, sob pena de desmoronar toda a estrutura social. Portanto, não se pretende que os componentes da sociedade internalizem as regras, mas a hierarquia, pois sua aplicação não será nunca universal, mas hierarquizada, o que explica porque as regras são aplicadas desigualmente aos membros da sociedade. O sistema funciona com a aplicação particularizada de regras gerais, para isso sempre sujeitas, sucessivamente, à melhor e maior autoridade interpretativa (Kant de Lima, 2000).

Diferentemente de uma sociedade aristocrática, entretanto, onde os eixos que organizam a desigualdade política, econômica, jurídica e social se encontram claramente demarcados, no Brasil, um Estado formalmente republicano, tais desigualdades não podem ser constitucionalmente marcadas. Embora claramente presentes na estrutura do mercado a que hoje todos estamos submetidos, não poderiam e, sobretudo, não deveriam produzir desigualdade de tratamento político-jurídico para os distintos segmentos da sociedade e para os indivíduos que os compõe, conforme princípio inabalável vigente nos Estados democráticos de direito.

Não é sem razão, que a cidadania, enquanto noção que garante a igualdade jurídica, política e social mínima vigente nas democracias contemporâneas, ainda encontra dificuldades quanto a sua realização no Brasil. Um claro sintoma disso é ser a literatura jurídica brasileira praticamente omissa quanto ao assunto, a não ser quando a vincula a temas formais como, por exemplo, “liberdades públicas” ou a proclama ungida por álisis¹⁴ versados em simbologia de expressão retórica, desprovida de eficácia real para os menos favorecidos socialmente. O tratamento concedido à cidadania muitas vezes é tão amplo que não se consegue identificar a plena jurisdição dos direitos protetivos que a integram (Marshall, 1965). Outras vezes, é limitada a princípios dogmático-formais, tão abstratos que mais justificam sua aparência simbólica do que sua vigência, o que reforça aspectos meramente retóricos em que fica escondida. Muito comumente ela é entendida apenas como a titularidade de direitos políticos, ou seja, como o direito de votar e de ser votado, com plena exclusão de outros direitos a ela agregados nos Estados democráticos da atualidade.

(14) Chamamos de álisis, argumentos que procuram evadir ou desculpar o não cumprimento de direitos legislados. Nesse mesmo sentido, doutrinas, leis, interpretações, procedimentos incorporados à prática judiciária, podem também constituir álisis que circulam em sistemas judiciários e que tem função de não permitir a explicitação de propósitos geralmente considerados negativos. A este respeito, ver Neves, 1994.

No rastro dessa concepção limitada, os direitos da cidadania alimentam discursos usuais em campanhas eleitorais, onde os candidatos prometem conceder aos eleitores direitos que estão proclamados constitucionalmente, mas que só têm existência simbólica (Neves, 1994) sendo desprovidos de qualquer vigência na realidade da vida cotidiana dos cidadãos comuns. Tal situação incentiva a disposição generalizada de que no Brasil do século XXI, ainda é fundamental lutar para que se obtenha a plena cidadania, a começar pelo princípio que no século XVIII fundamentou o direito civil: a igualdade de todos perante a lei (Marshall, 1965). É a desigualdade um princípio organizador oriundo da sociedade tradicional brasileira, dos tempos coloniais que, entranhada no tecido social, contamina as relações nas instituições sociais, sendo o sistema judicial criminal apenas uma das suas dimensões institucionais, ora destacadas aqui.

Os ideais de qualquer princípio de igualdade socialmente justa ficam assim debilitados na cultura jurídica internalizada e expressa na prática de profissionais do direito. A situação paradoxal de vivermos em uma sociedade onde o mercado produz constantes desigualdades econômicas, que são ameaçadoras do princípio basilar da igualdade de todos perante a lei, não lhes desperta inquietações, porque tal situação é percebida como “natural”, motivo pelo qual absorvem esse paradoxo, como se vê no processo penal, onde privilégios estão a desigualar o tratamento concedido a autores e co-autores dos mesmos delitos tipificados no Código Penal.

Conseqüentemente, na ausência de demarcação definida e estruturada em torno de eixos explícitos de legitimação da desigualdade, cabe a todos, mas, principalmente, às instituições encarregadas de administrar conflitos no espaço público, em cada caso, aplicar particularizadamente as regras disponíveis – sempre gerais, nunca locais – de acordo com o *status* de cada um, sob pena de estar cometendo injustiça irreparável ao não se adequar à desigualdade social imposta e implicitamente reconhecida. Desigualdade esta inconcebível juridicamente em qualquer República constitucional, mas cuja existência, nesse contexto de ambigüidade em que nossa sociedade se move, goza de confortável invisibilidade. Eis porque a legislação processual penal admite tratamento diferenciado a pessoas que são acusadas de cometer infrações, não em função das infrações, mas em função da “qualidade” dessas pessoas, consagrando, inclusive, o acesso à instrução superior completa como um desses elementos de distinção.¹⁵

A presença de métodos oficialmente sigilosos de produção da verdade – como no caso do inquérito policial –, próprios de sociedades de desiguais, que querem circunscrever os efeitos da explicitação dos conflitos aos limites de uma estrutura

(15) Para compreender quão séria é esta questão da desigualdade jurídica, acaba-se de aprovar, em início de 2001, uma nova regulamentação da “prisão especial”, denominação jurídica deste instituto. O Executivo, inicialmente motivado a extingui-la para impedir a aplicação de privilégios a um juiz que se encontrava respondendo a processo criminal, abandonou sua intenção inicial e o assunto – que é claramente inconstitucional – foi apenas regulamentado pelo Congresso (e em votação simbólica das lideranças que *incluiu* uma nova categoria profissional – os militares – no privilégio!).

que se representa como fixa e imutável, confirmam a naturalização da desigualdade própria de nossa consciência cultural: as pessoas são consideradas naturalmente desiguais (Mendes de Almeida Jr., 1920).

Entretanto, a desigualdade de que falamos não está na lei e em práticas judiciais, sem que esteja estruturada na sociedade. Nosso Código de Processo Penal, nunca discutido ampla e democraticamente pelos cidadãos que a ele submetem sua liberdade, apenas expressa a cultura presente em nosso cotidiano, responsável pela banalização do que se convencionou chamar de práticas autoritárias – categoria apropriada para definir o abuso de poder em sociedades igualitárias – e que os antropólogos preferem denominar de hierárquicas, justamente porque não se constituem em abuso, mas em cumprimento de preceitos estruturais de desigualdade.

Estas características emprestam ao *espaço público* – ou esfera pública – no Brasil, certas peculiaridades, percebidas pelos operadores do sistema de justiça e segurança pública como características de nossa sociedade, que impõe a seu comportamento cotidiano a constante e inevitável negociação da aplicação particularizada de regras na esfera pública. Assim, aqueles que estão explicitamente inseridos como interlocutores no espaço público, vêm como legítima a apropriação particularizada e individual das regras e não lhes conferem conteúdos universais e coletivos. Disso resulta o desprestígio da obediência literal à lei e a impossibilidade de sua aplicação coletiva e universal, igualmente a todos, como é usual na maioria das repúblicas democráticas instituídas no ocidente. No Brasil, a atualização de valores igualitários de modo coletivo e universal, chega a ser identificada como injustiça, pois sobrepõe um sistema explicitamente igualitário (em formato de paralelepípedo) a um sistema implicitamente hierárquico (de feição piramidal), de tal modo que a convivência de ambos requer práticas e valores desiguais. A compensação do desequilíbrio decorrente das duas lógicas paradoxais é feita com o prestígio da autoridade interpretativa, sempre fluida e contextual, seja do síndico, seja do guarda de trânsito, do delegado, do promotor, do juiz, ou do governante.

A consequência perversa deste sistema paradoxal é que, ao invés de enfatizar mecanismos de construção da ordem, enfatiza sistemas de manutenção da ordem, através de estratégias repressivas, em geral a cargo dos organismos policiais e judiciais, vistas como necessárias à administração deste paradoxo. Desse modo, as estratégias comumente usadas para a manutenção da ordem, ora são militares –, fundadas nas técnicas de destruição do inimigo, a origem mais evidente da explicitação do conflito, visto como perigosamente desagregador, ora são jurídicas, voltadas para a punição de infrações da ordem. Nenhuma delas, é claro, está adequada à construção e manutenção de uma ordem pública democrática, que deve ser baseada na negociação pública dos interesses divergentes de partes iguais.

Entre dois formatos com lógicas distintas, o paradoxo é compensado por pluralidade de autoridades institucionalizadas que as reproduzem nas relações sociais que administram. Tal como apresentamos nas linhas introdutórias deste artigo, o sistema judiciário criminal – integrado por partes designadas pelos subsistemas policial, judicial, do Tribunal do Júri e do JECrim – não poderia abrigar unidade lógica, uma vez que os princípios que regem a operação de cada parte não se

encontram pela via de mensagens comunicativas portadoras de significados universalistas, recebidas, elaboradas e transmitidas, consensualmente, entre os atores que operam em cada um dos subsistemas. Tais mensagens são endereçadas às posições hierárquicas sociais dos atores e por eles individual e particularizadamente apropriadas, de acordo com os interesses e representações que desenvolvem no interior de cada subsistema e a partir da visão que constroem propiciando distintas representações do sistema judicial criminal. Em face de tal circunstância, a comunicação interna entre os atores desse sistema não lhes permite perceber contradições e paradoxos vigentes nos discursos e nas práticas que adotam, nem construir representações que correspondam ao efetivo sistema. Eis porque a lógica do contraditório, que preside o desenrolar do processo, se expande e contamina os diálogos sobre o sistema e dentro dele, oferecendo-se como véu que encobre a lógica da desigualdade estruturada na pirâmide social de relações hierarquizadas, sobreposta a ideais, a teorias e a doutrinas da igualdade, postuladas e pretendidas, mas obstaculizadas.

Tal quadro não apenas é paradoxal, mas fere os princípios mais elementares da ética social, pois o sistema de Justiça Criminal não é explicitado como está configurado na realidade brasileira. Os silêncios, as omissões e os álibis encobrem as feias "verdades reais" que produz. Mais do que isso, a comunicação e a argumentação (Apel, 1985) entre seus agentes e entre estes e a população que a ele recorre, descarta a necessária formação de amplos consensos sobre regras universais e sobre procedimentos que as garantam.

Por atuarem no nível da sociedade local, os JECrim oferecem condições muito favoráveis ao discurso comunicativo na micro-esfera (Apel, 1985), sobretudo, como sinaliza nossa pesquisa, porque lida com conflitos em relações de intimidade, entre parentes e vizinhos. Enquanto um microssistema oficial, pode penetrar no tecido social e exercer função apaziguadora de conflitos em comunidades locais, além de diminuir a separação que hoje se verifica entre o direito e os tribunais e entre estes e a sociedade onde vivem os cidadãos concretos. Na medida em que a legislação penal tem jurisdição em todo o território nacional, esse diálogo ético estender-se-ia à meso-esfera e daí a uma macro esfera onde valores universais seriam partilhados entre os agentes do microssistema e seus jurisdicionados. Nesse sentido apeliano, uma ressocialização dos agentes do sistema, tanto quanto da população a ele submetida poderia, pela via de uma ética discursiva, contribuir para levar a sociedade, a nação e o regime político brasileiros para formas de justiça e de democracia mais coerentes, universais e adequadas ao mundo contemporâneo. Entretanto, este propósito ainda parece longínquo, pois sequer teve início um diálogo ético argumentativo, não apenas justo, mas consensualmente democrático, dentro da comunidade integrada pelos que atuam ou que teorizam sobre os JECrim. Como se viu antes, sequer existe um consenso mínimo entre os juízes a respeito do papel do JECrim dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto uns saúdam o seu advento, outros têm preferência por orientar suas opiniões e atuações em moldes vigentes na Justiça Criminal tradicional e combatem os dispositivos mais flexíveis introduzidos pelo JECrim.

A ausência de comunicação entre as partes conflitantes e os agentes do JECrim pode ser observada, por exemplo, quando o conciliador minimiza a natureza do conflito real entre agressor e vítima e dirige sua preocupação para a possibilidade da questão tornar-se, ou não, um processo. Em caso afirmativo, as partes terão que se apresentar ao juiz. A interferência do conciliador é sempre no sentido de evitar tal situação, o que o motiva a convencer as partes à conciliação, resultando quase sempre na desistência da vítima de processar seu agressor. Entrevistas com vítimas que apresentaram queixas contra seus agressores revelam que após audiência com o conciliador, não só desistiram de processá-los, como ficaram convencidas de que o JECrim não traz solução para a situação conflituosa que as levou à instância encarregada de administrar seus conflitos.

Essa percepção da vítima é consoante à atuação do conciliador, mas não atende aos fins que a moveram a procurar o JECrim. Isto revela dois universos significativos distintos, caracterizados pela da ruptura de comunicação: um na esfera do conciliador – cuja pretensão é evitar o processo, objetivo explícito nas negociações que empreende com as partes – outro na esfera da vítima – que pretende lhe seja feita justiça pela agressão a que foi submetida, humilhada, e da qual não teve como defender-se. Importa assinalar que esse desfecho não somente deixou de atender à vítima, mas levou-a a abrir mão do direito de representar judicialmente contra seu agressor.¹⁶ Configura-se assim a ausência de respostas satisfatórias do microsistema judicial para seus jurisdicionados. Mais do que isso, não apenas a vítima sentiu-se desconfortada, mas o direito foi minimizado, desjuridificado, dentro da instituição judiciária.

Embora a opinião dessas vítimas seja mais encontrada em um dos JECrim estudados, a ausência de comunicação assinalada é mais generalizada em todo o sistema judiciário criminal, principalmente quando a obrigatoriedade da presença dos advogados como seus intermediários dificulta ainda mais a comunicação entre as partes envolvidas em conflitos de interesse e entre essas e o sistema. A comunicação não é um meio privilegiado em sistemas jurídicos que abrigam procedimentos inquisitoriais e de consensualização minimizada. Como vimos, a interlocução das partes com o juiz é limitada e no Tribunal do Júri há o impedimento de comunicação entre os jurados. Não poderia o JECrim, a despeito da relativa flexibilização que introduz no sistema penal brasileiro, estar preparado para abrigar proposições de uma ética discursiva, que sem a base comunicativa, não poderia existir, motivo pelo qual a qualificação argumentativa dessa ética fica descartada e, assim limitada, encontra abrigo na *disputatio*, característica do contra-

(16) Laura Nader tem, sistematicamente, argumentado que os diversos mecanismos de mediação introduzidos em várias instâncias, nacionais e internacionais, para administração de conflitos, prejudicam sistematicamente as partes mais fracas do litígio, por oposição a uma apreciação judicial, onde o conflito fosse tratado de maneira adversária. (Nader, 1988, 1990, 1993, 1996). A isto, acrescente-se que a *conciliação* é uma forma específica de mediação, que tende a apaziguar os conflitos e, não, a resolvê-los.

ditório, onde a consensualização de valores é excluída e as posições hierárquicas dos interlocutores são reafirmadas.

Assim, pensar que a instituição do Juizado Especial Criminal possa mudar o quadro estabelecido seria minimizar a força das tradições jurídicas e judiciárias brasileiras. Não se pode esperar que o JECrim corrija problemas profundos da sociabilidade, os quais se referem ao lugar da norma em nossa sociedade (Garapon, 1999). Evidentemente que o JECrim não pode, senão de modo incompleto, satisfazer a essas expectativas. Entretanto, e como se disse anteriormente, a sua institucionalização permite uma aproximação entre o sistema jurídico e a sociedade, produzindo formas novas de juridificação das relações sociais e abrindo novas oportunidades de atuação da sociedade sobre dimensões sensíveis da cultura da violência, dando respostas curativas mais do que saneadoras, mas nem por isso menos importantes.

Bibliografia

- APEL, Karl-Otto. "El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética". *La transformación de la filosofía*, Madrid: Tauros, 1985. t. II.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000. 223p.
- . "Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da Justiça penal no Brasil". ANPOCS, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 47/97-110, out. 2001.
- BURGOS, Marcelo. "Conflito e sociabilidade: a administração da violência pelos Juizados Especiais Criminais". *Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros* 10, ano 5, 1.º sem. 2001.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- DINAMARCO, Candido. "Princípios e critérios no processo de pequenas causas". In K. Watanabe (Org.). *Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244)*. São Paulo: RT, 1984.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1958.
- 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.
- GARAPON, Antoine. *Bien Juger: Essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997.
- . *O guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GOMES, Laura G.; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José A. *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 10, n. 4/65-84, jun. 1989.
- . *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995a.

- . "Bureaucratic Rationality in Brazil and in the United States: criminal justice systems in comparative perspective". In DaMatta, Roberto & Hess, David (Eds.). *The Brazilian Puzzle. Culture on the borderlands of the Western World*. New York: Columbia University Press, 1995b. p. 241-269.
- . "Police, justice et société au Brésil". *Les annales de la recherche urbaine* 83/84, set. 1999. p. 72-80.
- . "Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público". In GOMES, Laura G.; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José A. (2000). *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 2000. p. 105-124.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Juizados Especiais Criminais". In RIBEIRO LOPES & FIGUEIRA JR. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911. 2 vol.
- MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Sarai-va, 1997.
- MARSHALL, Thomas H. *Class, Citizenship and Social Development*. Nova York: Anchor Books, 1965.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. aumentada, Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1920. 2 vol.
- NADER, Laura. "The ADR explosion: their implications of rhetoric in legal reform". *Windsor Yearbook to Justice*, 1988.
- . *Harmony Ideology: justice and control in a mountain Zapotec town*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- . "Controlling processes in the practice of law: hierarchy and pacification in the movement to re-form dispute ideology". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 9, n. 1, 1993.
- . Conferência de abertura. "A civilização e seus negociadores: a harmonia como técnica de pacificação". Niterói, *Anais da XIX Reunião Brasileira de Antropologia*. Niterói – 1994. Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense e Associação Brasileira de Antropologia, 1996. p. 43-66.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PRADEL, Jean. *Droit pénal compare*. Paris: Dalloz, 1995.
- REALE JR. Miguel. "Pena sem processo". In PITOMBO, Antonio Sérgio M. (Org.). *Juizados Especiais Criminais. Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- WEBER, Max. "Sociologia da dominação". *Economia e sociedade*, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. cap. IX, vol. 2.
- WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.2

DELEGACIAS DE DEFESA DA MULHER E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: Contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero*

WÂNIA PASINATO IZUMINO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dimensionar e qualificar a demanda: tarefas essenciais para conhecer o problema a ser enfrentado – 3. A violência de gênero e a nova realidade jurídica – Bibliografia.

Resumo: Este artigo tem como objetivo refletir a respeito da aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência de gênero e seu impacto no funcionamento nas Delegacias de Defesa da Mulher (DDM). Embora recente, este tema deu novo fôlego aos estudos a respeito do modo como a sociedade brasileira reconhece e trata a violência contra a mulher, colocando a necessidade de rever políticas públicas já instituídas, formular novas propostas de intervenção nas áreas de segurança e justiça e rever algumas categorias de análise que já não parecem suficientes para compreender e explicar a permanência destas ocorrências na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Delegacias de Defesa da Mulher – Juizados Especiais Criminais – Violência contra a mulher – Gênero.

1. Introdução

Definida como carro-chefe das reivindicações feministas no início da década de 80 (Costa, 1998), a violência contra a mulher desempenhou um importante papel aglutinador para o movimento de mulheres no Brasil. Para Heilborn e Sorj (1999) o tema da violência, sobretudo aquela chamada de violência doméstica ou conjugal, possibilitou ao feminismo brasileiro ampliar seu discurso “para além das fronteiras militantes”. Sob o lema “quem ama não mata”, grupos feministas desencadearam ampla campanha nacional para denunciar publicamente que maridos e ex-maridos que assassinavam suas companheiras permaneciam impunes, protegidos pelo argumento da *legítima defesa da honra*.

(*) Este artigo desenvolve alguns dos argumentos presentes em Nadine Jubb & Wânia Pasinato Izumino. “Women policing in Latin America: a revised background paper”. Toronto, (Mimeo), february 2002. p. 39.

Estas campanhas foram favorecidas pelo movimento de luta pela redemocratização política do país. Em meio às reivindicações por melhores condições de vida, por liberdade de expressão, de crescente inserção das mulheres no mercado de trabalho e no cenário político, as mulheres organizadas em vários grupos – autônomos, ligados à Igreja, aos partidos políticos ou sindicatos – iniciaram um processo de discussão a respeito da situação de opressão e discriminação que viviam no dia-a-dia. Desencadeou-se assim, um processo de diálogo entre os movimentos de mulheres e o Estado, buscando a formulação de políticas públicas que permitissem dar respostas institucionais de prevenção e controle para violência contra a mulher. Dentre as respostas apresentadas a criação de uma delegacia especializada no atendimento de mulheres se constituiu na mais importante.

A primeira delegacia especializada na defesa da mulher foi criada em São Paulo, em 1985. Experiência pioneira no mundo, desde sua instalação estas delegacias tem ocupado posição central nos debates e campanhas a respeito da violência contra a mulher. Parece ser unânime entre diferentes setores da sociedade – militantes feministas, estudiosos do tema, políticos, operadores do direito – o reconhecimento de que estas delegacias deram visibilidade ao problema da violência contra a mulher, garantindo-lhe status de problema social e público, em contraposição ao caráter pessoal e privado que lhe era atribuído anteriormente. Apesar deste reconhecimento, coloca-se atualmente uma série de questionamentos a respeito do funcionamento e das práticas adotadas nas DDM, seja quanto à carência de recursos humanos e materiais – problema comum a toda a organização policial – seja quanto à capacitação das profissionais para que realizem o atendimento e acolhimento das denúncias, de modo que esta não seja apenas uma tarefa burocrática de registro, mas permita às mulheres conhecerem seus direitos e os mecanismos para que estes sejam respeitados.

Observada através dos estudos que foram produzidos nos últimos 20 anos, a história das delegacias e do enfrentamento da violência contra a mulher pela sociedade brasileira pode, grosso modo, ser dividido em três períodos. O primeiro, situado entre o final da década de 80 e início dos anos 90, teve como objetivo central dimensionar o problema. Conhecer quais eram os crimes mais denunciados, quem eram as mulheres que sofriam violência e quem eram seus agressores era a tarefa de maior urgência naquele momento.

O segundo período teve início nos anos 90. Uma vez reconhecida a extensão da violência praticada contra as mulheres, bem como o contexto em que ocorriam, as atenções voltaram-se para o conhecimento da dinâmica que regia a denúncia desta violência à polícia. Questionava-se porque a despeito do crescente número de registros nas DDM a atuação do Judiciário mantinha-se inalterada, com respostas que na maior parte das vezes garantiam a absolvição dos acusados, sobretudo em casos de violência conjugal.

Este período coincide com a incorporação da categoria de gênero (Scott, 1988) aos estudos a respeito da situação da mulher. Para os estudos a respeito da violência o uso desta categoria representou uma dupla mudança em sua abordagem.

Uma primeira mudança ocorreu, na opinião de Heilborn e Sorj (1999) quando da “perspectiva de gênero se passou a salientar que esta violência não se origina exclusivamente nas desigualdades de classe; ela se expressa em relações que recortam o conjunto de todos os segmentos da sociedade e que escapa à esfera de atuação do Estado”. Com a segunda mudança, o enfoque deixou de ser a violência sofrida (onde, como, por quê) passando para o comportamento das mulheres diante das agressões e da decisão de denunciá-la à polícia. Neste período os estudos também começam a refletir a respeito da estrutura das delegacias de defesa das mulheres e das condições de atendimento ali oferecido.

O terceiro período tem início na segunda metade dos anos 90. Neste momento, o debate a respeito da violência contra a mulher, sua criminalização pela sociedade brasileira e as expectativas em relação às DDM, foi retomado a partir da Lei 9.099/95. Esta lei federal (de 26.09.1995) criou os Juizados Especiais Criminais, instância judicial que tem como objetivo primordial tornar a justiça criminal brasileira mais célere, menos burocratizada e mais acessível. Embora não se trate de uma legislação específica para tratamento da violência contra a mulher, por força da definição legal de suas atribuições – processa e julga crimes definidos com sendo de “menor potencial ofensivo” com penas de até um ano de detenção – grande parte das queixas que são registradas nestas delegacias especializadas são encaminhadas a esta instância judicial. Esta nova realidade judicial trouxe ao centro do debate o tema da criminalização da violência contra a mulher e das expectativas das mulheres diante da intervenção da Justiça. Trata-se de um debate recente, mas que tem suscitado questões interessantes a respeito do funcionamento do sistema judicial, da democratização da justiça e dos sentidos atribuídos a direitos e cidadania.

2. Dimensionar a qualificar a demanda: tarefas essenciais para conhecer o problema a ser enfrentado

A primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM),¹ foi instalada no município de São Paulo, em agosto de 1985. Nos anos seguintes, estimulado pelo crescente número de mulheres que diariamente procuravam esta delegacia, houve uma rápida multiplicação do número de unidades por todo o país. Segundo dados da *Pesquisa Nacional sobre as Condições de Funcionamento das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres* (CNDM, 2001), encontram-se em funcionamento 304 destas delegacias especializadas. A maior parte foi criada entre os anos de 1986 e 1995 (68%), com maior concentração na região Sudeste – sendo 124 apenas no Estado de São Paulo.

(1) Uma das diferenças existentes entre as delegacias, apontada pela Pesquisa Nacional, refere-se ao nome atribuído a estas delegacias em cada estado. Esta variação, se estudada atentamente, pode indicar a ênfase do tipo de atendimento oferecido por cada delegacia. Neste trabalho, uma vez que parto da experiência de São Paulo, utilizarei a sigla adotada para me referir a estas unidades policiais: DDM.

As DDM foram criadas como resposta às pressões exercidas pelo movimento de mulheres para que o Estado reconhecesse a gravidade do problema da violência contra a mulher e o tratasse como um problema social.²

O modelo de delegacia especializada foi proposto pelo Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo (CECF), à época formado por mulheres militantes do movimento feminista, ligadas ao PMDB. O projeto previa que as DDM deveriam se constituir num espaço no qual mulheres vítimas de violência física e sexual pudessem se sentir seguras para denunciar seus agressores, garantindo que a denúncia seria convertida em ocorrência policial e seguiria os trâmites burocráticos necessários para que fosse processada e julgada criminalmente. O objetivo principal era o fim da impunidade nos casos de violência contra a mulher através de seu reconhecimento como crime.

Entre as múltiplas causas que geravam esta impunidade, destacava-se o desinteresse com que a polícia tratava estas ocorrências. Mulheres que procuravam a delegacia para denunciar seus agressores freqüentemente eram submetidas a tratamento discriminatório e humilhadas por policiais que minimizavam a gravidade das agressões ou atribuíam a responsabilidade pelos acontecimentos às próprias mulheres.

Para modificar este cenário, a alternativa encontrada foi criar unidades policiais nas quais o atendimento seria integralmente realizado por mulheres – delegadas, escrivãs e investigadoras. Buscava-se desta forma garantir que mulheres seriam ouvidas e suas queixas seriam registradas. As policiais designadas para as DDM deveriam passar por um curso de capacitação que lhes forneceria instrumental teórico para que pudessem superar o preconceito inerente à sua formação profissional (e social) e compreender que a violência praticada contra as mulheres era um problema social, constituía uma violação dos direitos destas mulheres e deveria ser punida judicialmente para ser erradicada.

Finalmente, o projeto das DDM também previa que além do atendimento policial, as mulheres receberiam apoio psicológico e social para que tivessem condições de enfrentar e superar a situação de violência na qual se encontravam.

Da forma como foram estruturadas, estas delegacias privilegiavam o atendimento de mulheres vítimas de violência nas relações conjugais e vítimas de violência sexual. Desde as primeiras campanhas, estes casos são os que apresentam maior expressão numérica, embora estudos recentes venham apontando para o surgimento de novos padrões de conflitos.

Além de representar um importante espaço para a denúncia, as delegacias também se consolidaram num espaço privilegiado para sua observação. A partir das ocorrências registradas tem sido possível conhecer o perfil social dos usuários destas delegacias, permitindo conhecer melhor suas motivações e expectativas com relação à denúncia. Embora não existam estudos comparativos no âmbito

(2) Para um histórico da criação das DDM em São Paulo, ver Nelson (1996) e Izumino (1998).

nacional, um retrato ainda que fragmentado permite situar o leitor diante do problema existente.

A predominância de ocorrências envolvendo casais tem sido identificada por pesquisas realizadas em diferentes estados. A primeira pesquisa após a criação das DDM em São Paulo, revelou que 71,3% envolveram casais (Seade, 1987). Em Florianópolis (Camargo, 1992) a análise de 2000 ocorrências registradas nas Delegacia da Mulher revelou que 74,1% envolveram casais. No Rio de Janeiro (1989), nas delegacias da Baixada Fluminense, 47% das agressões foram perpetradas por (ex)maridos, (ex)companheiros ou (ex)namorados (Fiocruz, 1991). No mesmo estado, em 1992 (Soares, 1996), destaca que 74,5% dos crimes denunciados foram protagonizados por casais. Pesquisa recente realizada no Nordeste do país (Amaral, 2001), não só comprova este perfil da violência que chega às delegacias de defesa da mulher, como demonstra que a despeito de todas as campanhas desencadeadas e medidas propostas, a violência contra a mulher continua a apresentar as mesmas características. As ocorrências envolvendo maridos, companheiros, ex-maridos, ex-companheiros, namorados, ex-namorados corresponderam, respectivamente a: 57,5% das ocorrências em Natal, 73,9% das ocorrências em João Pessoa, 87% das ocorrências em Fortaleza e 79,5% das ocorrências em Salvador.³

Quanto ao tipo de crime denunciado, a maior parte se refere a espancamentos (lesões corporais) e ameaças. Embora o número de registros policiais tenha apresentado um crescimento nos últimos anos, não é possível afirmar se este crescimento se deve a um aumento real da prática da violência contra a mulher, ou a um aumento das denúncias estimuladas por campanhas e pelo reconhecimento das delegacias de defesa da mulher como local privilegiado para estas denúncias. É provável que este crescimento não tenha uma causa única. O que se pode afirmar é que as delegacias deram visibilidade ao problema, uma vez que hoje é possível conhecer, quantificar e retratar seu perfil a partir de uma série histórica de dados. Infelizmente, estas estatísticas continuam sendo sub-utilizadas na formulação de políticas públicas de combate e repressão à violência contra a mulher, sugerindo que há uma cisão entre o interesse acadêmico pelo tema (quem produz as estatísticas) e a prática da criminalização da violência contra a mulher (incluindo-se neste grupo, apesar das diferentes esferas em que atuam, setores do movimento de mulheres, operadores do direito, legisladores e governantes).

O perfil dos usuários das DDM, embora também seja fragmentado no tempo e no espaço, fornece uma visão sobre quem são estas mulheres e seus agressores. (Seade, 1987; Camargo, 1992; Soares, 1996; Izumino, 1998; Amaral, 2001). De modo geral pode-se afirmar que as vítimas são mulheres jovens (entre 19 e 34 anos), com baixos níveis de escolaridade e qualificação profissional. Quan-

(3) Resultados preliminares da pesquisa que realizei em três DDM do município de São Paulo não apontaram para um cenário diferente: cerca de 70% dos registros localizados em cada delegacia, correspondem a agressões envolvendo maridos/companheiros, ex-maridos/companheiros, namorados/ex-namorados.

do exercem atividade remunerada, atuam no comércio ou no setor de limpeza. Muitas são donas de casa e algumas informam que exercem algum tipo de atividade no mercado informal de trabalho. Trata-se, em resumo, de uma população que pertence às classes menos privilegiadas economicamente, reforçando o estereótipo de que a violência doméstica é atributo da pobreza e da ignorância. Seus agressores são homens, com idade entre 25 e 45 anos, com baixos níveis de instrução e qualificação profissional. Estes perfis evidenciam um nítido recorte de classe quanto aos usuários dos serviços da DDM. Estes perfis acabam por reforçar estereótipos que associam violência a pobreza e ignorância. Contrapondo-se ao senso comum, estudos recentes (Izumino, 1998; Pimentel, 1998) tem enfatizado duas razões para a predominância das classes economicamente menos privilegiadas entre os usuários das delegacias de polícia. De um lado, há uma situação histórica que coloca estes setores sob maior controle e vigilância pelos órgãos policiais e judiciais, de modo que mesmo as menores práticas delituosas adquiriram grande expressão no contexto da criminalidade urbana. No caso específico da publicização da violência contra a mulher que ocorre no espaço privado se tem alertado para o fato de que setores mais privilegiados da população, quando confrontados com estas situações, contam com agentes e serviços que permitem sua negociação e resolução de forma mais "privada", sem precisar enveredar pela via policial-judicial, por exemplo, advogados particulares, terapeutas e médicos particulares. Dito de outra forma, significa dizer que a violência doméstica não é resultado da pobreza, mas sua publicização é resultado da carência de direitos, entre eles o direito de ter acesso a serviços especializados para o atendimento de problemas desta natureza. Esta carência pode ser definida como atributo da pobreza.

Contudo, contrariando as expectativas inicialmente colocadas, o aumento de denúncias encaminhadas às DDM não repercutiu proporcionalmente numa redução da impunidade nas decisões judiciais. Se por um lado, as campanhas e pressões feitas pelo movimento de mulheres levaram a uma redução do uso do argumento da legítima da honra para absolver criminosos passionais, nos casos de espancamentos e de violência sexual, as absolvições continuaram a corresponder à maior parte das decisões judiciais (Ardaillon e Debert, 1987 e Izumino, 1998).

Tornou-se necessário conhecer as origens dos argumentos judiciais e estas origens encontravam-se nas motivações e expectativas que levavam as mulheres a procurar as DDM e fazer as denúncias. Ancorados na categoria de gênero (Scott 1988), segundo a qual tratar das relações entre homens e mulheres (entre elas as relações conjugais) significa falar em papéis sociais que se estrutura a partir de diferenças sexuais socialmente elaboradas como relações de poder que incidem transversalmente na sociedade, sobrepondo-se às diferenças econômicas ou de raça, nos anos 90 estudos brasileiros passaram a enfatizar o papel das mulheres nos desfechos judiciais e no uso que fazem da instância policial. O que se observava na prática é que, ao procurar as delegacias as mulheres não tinham como objetivo a denúncia e punição de seus agressores. O que estavam denunciando não era a prática de um crime, mas o que pareciam solicitar era que alguém escutasse suas

histórias e reconhecesse a necessidade de uma intervenção para coibir a violência e os abusos que seus companheiros vinham praticando contra elas. Não se tratava de uma situação única e algumas mulheres desejavam a punição de seus agressores, mas a maior parte das denúncias se encaixava nesse perfil de quem busca ajuda e apoio para obter a harmonia familiar.

Esta situação foi apreendida em vários estudos⁴ que demonstraram como, em casos de violência nas relações afetivas (violência conjugal) as mulheres ao denunciarem seus agressores à polícia esperam que haja uma renegociação do pacto conjugal e com isso, o fim das agressões (Soares, 1996; Muniz, 1996). Desejam que eles sejam repreendidos, mas não que sejam condenados judicialmente e presos. Neste sentido, Izumino (1998) afirma que ao absolver um marido agressor a justiça age de acordo com o que a sociedade espera dessa instituição e de sua intervenção nos casos de conflitos de gênero. Age no sentido da conformidade aos papéis sociais, reforçando as posições inerentes aos sexos masculino e feminino na sociedade, adotando como parâmetro a importância desses papéis para a preservação da família e do casamento. O que é julgado e processado não é a agressão, mas o grau em que elas afetam a estabilidade dessas duas instituições sociais. Uma vez superado o conflito, não resultando em seqüelas na ordem social, não há porque condenar o agressor.⁵

Alguns dos estudos produzidos neste período revelaram que em alguns estados as DDM apresentavam uma rotina de atendimento mais aberta para recepcionar este tipo de demanda – que busca a negociação dos conflitos e não sua punição, enquanto outras permaneceram fiéis ao projeto original de buscar respostas judiciais tradicionais para os conflitos. Comparando-se os resultados de alguns trabalhos, foi possível identificar a existência de três modelos de atendimento nas DDM:

1. um modelo que prioriza o atendimento burocrático – policial de registro das queixas e seu encaminhamento à Justiça. Aplica-se, por exemplo, às delegacias de defesa da mulher do estado de São Paulo. A observação do cotidiano destas delegacias permite afirmar que ali as policiais cumprem as funções de polícia judiciária, ou seja, fazem o registro policial e tomam as providências burocráticas necessárias, para depois encaminhar as queixas à justiça.⁶

2. um modelo que mescla a atividade policial com as funções de mediação. Aplica-se às delegacias do Rio de Janeiro. A atividade de mediação dos conflitos foi relatada por Soares (1996), Muniz (1996) e Brandão (1998) que demonstraram como as policiais assumem o papel de mediadoras, chamando os agressores “para conversar”, deixando como última alternativa o encaminhamento das queixas à

(4) Cf. Soares (1993); Muniz (1996); Gregori (1993).

(5) Argumento semelhante foi desenvolvido por Correa (1983) e Ardaillon e Debert (1987).

(6) São poucos os estudos que analisaram o funcionamento das DDMs em São Paulo, podemos citar: Seade (1987), Izumino (1998), Nelson (1996), Santos (1999 e 2001) e Vargas (2001), embora este último trabalho tenha se dedicado exclusivamente à análise dos crimes sexuais.

Justiça. A polícia nestes casos realiza uma atividade que extrapola a atividade judiciária, uma vez que a mediação e resolução de conflitos são atribuições do sistema judicial. Sobre esta atividade, a pesquisa nacional apurou que há uma diferença entre as atribuições normatizadas pela lei e a prática cotidiana nas delegacias. As atividades de conciliação e mediação foram definidas nesta pesquisa como atividades “extra-policiais” e foram informadas por 42,7% das delegadas que consideram “(...) ser obrigação da DEAM a promoção de conciliação e mediação entre as partes conflitantes que procuram a delegacia (...)” (CNDM, 2001, p. 11). Estes dados permitem afirmar que este modelo pode ser generalizado para outros contextos.

3. modelo que combina o atendimento policial com o atendimento psicológico-social, buscando um atendimento mais integral à mulher, descrito por Amaral (2001) em pesquisa a respeito das delegacias de defesa da mulher em quatro estados da região Nordeste do país. A descrição apresentada para cada estado, a respeito da forma de atendimento – profissionais envolvidos, procedimentos, encaminhamentos etc. – revelam uma preocupação em ouvir a mulher e dar-lhe chance de pensar sobre o problema. O encaminhamento para a justiça parece ser uma das possibilidades, mas não a única.

Embora alguns autores destaquem a positividade deste trabalho de mediação existente nas delegacias (Soares, 1996), não é possível conhecer se estamos diante de uma posição institucional ou individual, assim como não há qualquer informação a respeito da aprovação que esta mediação praticada no âmbito da delegacias recebia do movimento de mulheres.

3. A violência de gênero e a nova realidade jurídica

No percurso desenvolvido até aqui, procurou-se demonstrar como a violência vivida e denunciada pelas mulheres foi, pouco a pouco, introduzindo mudanças nas práticas policiais, ainda que muitas destas mudanças tenham permanecido à margem da institucionalização, ou seja, não foram formalizadas em leis ou decretos, etapas necessárias para se consolidarem como instrumentos para a implementação de políticas públicas para a repressão da violência contra a mulher. Refiro-me, especialmente, à prática da negociação corrente em algumas delegacias.⁷

A instalação dos Juizados Especiais Criminais exerceu forte impacto sobre estas práticas, uma vez que a mediação que antes podia ocorrer na esfera policial

(7) Deve-se ressaltar que outras demandas apresentadas pelas mulheres foram formalizadas através de decretos. Por exemplo, em São Paulo, houve a ampliação do atendimento para crianças e adolescentes de ambos os sexos. Anteriormente eram atendidas apenas mulheres adultas. Esta ampliação representou um importante passo no reconhecimento de que a violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico não atinge apenas a ela, mas repercute em toda a família.

agora foi formalmente absorvida pela esfera judicial. Por um lado, esta transferência dos procedimentos resultou num maior número de casos que são encaminhados para a instância judicial (antes, com a negociação ocorrendo na delegacia, o “caso” era arquivado ali mesmo). Por outro lado, a obrigatoriedade da manifestação da vontade da vítima em ver o caso ter prosseguimento na Justiça, tem gerado um grande número de procedimentos arquivados por ausência de manifestação da vítima (ou sua manifestação por ver o caso arquivado), colocando a necessidade de reflexão a respeito deste comportamento. O impacto da Lei 9.099/95 torna-se ainda maior quando se considera que grande parte dos casos que são denunciados às DDM se enquadram dentro da nova legislação – lesões corporais de natureza leve e ameaças são crimes que correspondem aproximadamente a 70% das ocorrências registradas anualmente nestas especializadas.

A aplicação desta lei aos casos de violência de gênero tem fomentado intenso debate e estimulado a produção de pesquisas que procuram conhecer e avaliar a extensão dos benefícios e dos prejuízos acarretados pelos novos procedimentos processuais.

Os Juizados Especiais Criminais (JECrim) foram criados a partir de setembro de 1995.⁸ Previstos na Constituição Federal,⁹ o objetivo principal do legislador foi diminuir o volume de processos acumulados nos Tribunais de Primeira Instância e, desta forma, tornar a justiça menos morosa.

Um breve repasse pela literatura a respeito dos Juizados Especiais Criminais permitiu verificar que sua implementação cercou-se de muita polêmica no meio jurídico gerando um debate que se articulou em torno de pelo menos dois eixos. O primeiro, mais restrito à literatura especializada, prende-se a detalhes técnicos a respeito do texto da lei, sobre quem está apto a exercer a função de juiz leigo; a definição adotada para crimes de “menor potencial ofensivo”, a supressão do inquérito policial. O tema mais polêmico neste debate trata da aplicação das medidas despenalizadoras que visam a reparação dos danos à vítima e aplicação de penas não privativas de liberdade.

O segundo eixo deste debate percorreu os meios de comunicação, principalmente a imprensa escrita, e foi bastante rico em destacar os elementos positivos e negativos da nova legislação para a prática jurídica. Este debate centrou-se principalmente em três aspectos: a morosidade judicial; as medidas despenalizadoras e a redução da impunidade.

Os princípios que norteiam os JECrim podem ser resumidos numa justiça mais célere, menos burocrática e mais acessível à população. Desta forma, o objetivo será fazer com que ocorra uma democratização da justiça, levando os

(8) Os parágrafos seguintes foram extraídos de W. P. Izumino (1999). “Justiça para todos: Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero”. Projeto de pesquisa apresentado como parte das exigências para ingresso no Programa de Doutorado do Departamento de Sociologia/FFLCH-USP (pesquisa em andamento).

(9) Capítulo III: Do Poder Judiciário, Seção I, art. 98.

cidadãos a buscarem mais por seus direitos. Embora não seja característica exclusiva do sistema judiciário brasileiro, a demora na tomada de decisões e no desfecho dos processos tem contribuído em larga escala para aumentar a descrença da população em sua eficiência. Uma das consequências imediatas que esta descrença produz é a busca pela população de outros caminhos para a resolução dos conflitos, principalmente quando se trata de delitos menores como o furto de pequenos bens e valores e conflitos interpessoais, que acabam ficando à margem da justiça.

Entre aqueles que defendem a criação dos Juizados Especiais,¹⁰ sua principal contribuição estaria na redução da morosidade da justiça e, conseqüentemente, num aumento da eficiência do Judiciário para a resolução de crimes mais graves. Por extensão, ocorreria um aumento na crença da população na eficácia desta instituição. Gomes e Grinover, afirmam que “a nova política criminal, nos delitos de pequena gravidade, privilegia a conciliação, mas garante a certeza de uma punição, ainda que mais branda que a prisão, e de forma mais rápida. Ao agilizar a resolução de pequenos conflitos e garantir a certeza da punição, acaba a impunidade para os crimes que antes nem mesmo chegavam a ser denunciados à justiça” (*Folha de S. Paulo*, 11.11.1995).

Várias das mudanças introduzidas pela nova legislação foram polemizadas no âmbito do debate a respeito do tratamento judicial aos casos de violência contra a mulher. Este debate desenvolve-se num sinuoso percurso, passando por uma crítica à definição dos crimes como de “menor potencial ofensivo” (definição que encerraria a postura discriminatória da Justiça em relação aos casos de violência de gênero), as possibilidades de conciliação e o emprego de medidas despenalizadoras, desembocando na proposta de criação de uma legislação específica para a violência doméstica.

Para acompanhar o debate em torno dos JECrim e transpor as questões colocadas para uma reflexão a respeito do tratamento que a justiça dá aos crimes de gênero, a discussão não pode ficar restrita aos aspectos técnicos da punição. Antes de mais nada parece importante questionar qual tipo de punição se espera para estes crimes, levando-se em consideração a falência do sistema punitivo brasileiro que não ressocializa o réu e não repara os danos à sociedade (e à vítima).

A primeira questão que se tem colocado refere-se à possibilidade de conciliação. O principal argumento é que, depois de tanta luta para que a violência contra a mulher fosse tratada como crime, e como violação de direitos, os novos procedimentos processuais afastam a possibilidade de uma condenação e permitem que estes agressores nem cheguem a julgamento.

Partindo de sua experiência na assistência jurídica a mulheres vítimas de violência em Porto Alegre, Campos (2001) avalia que a Lei 9.099/95 foi criada para beneficiar o réu, uma vez que cabe a ele a decisão de aceitar ou não os termos

(10) Ver, por exemplo, Luiz Flávio Gomes (*Folha de S. Paulo*, 23.09.1995).

propostos para a conciliação. Argumenta também que, com base numa visão que minimiza a gravidade da violência conjugal, muitos juízes e promotores atuam no sentido de pressionar as vítimas a renunciarem ao direito de representação, retirando o conflito da esfera judicial.

Outro aspecto da lei que tem sido bastante polemizado trata da aplicação das penas alternativas. De acordo com o que tem sido observado no cotidiano do funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, e tem sido denunciado por grupos de assistência judicial na maior parte dos casos, a pena imposta tem sido de natureza pecuniária, como o pagamento de multas ou de cestas de alimentos encaminhadas para instituições de caridade.

Outra polêmica reside no preparo das policiais e dos membros do Judiciário e do Ministério Público para fazerem o encaminhamento das mulheres através dos procedimentos propostos pela lei, informando-as sobre as possibilidades existentes e quais seus resultados. Aparentemente, muitas mulheres deixam de representar criminalmente contra seus agressores porque desconhecem os procedimentos que serão adotados nas etapas seguintes até o desfecho judicial.

Neste debate não se tem questionado os benefícios trazidos pela celeridade do processo ou pela simplificação dos atos processuais que substituem a morosidade e o excesso de formalismos que caracterizam os procedimentos processuais comuns e que muitas vezes funcionam como desestímulo para as pessoas procurarem a justiça para a solução de seus conflitos.

É possível pensar que os procedimentos e desfechos processuais garantidos pelos Juizados Especiais se adequariam mais à perspectiva das mulheres que procuram as DDM, do que aqueles que oferecidos pela Justiça Comum. Conforme se destacou anteriormente, as mulheres que denunciam seus agressores – em caso de violência conjugal – esperam que eles sejam repreendidos e aconselhados a parar com as agressões, mas o encarceramento não faz parte desta solução por parte das vítimas. Os Juizados Especiais parecem atender justamente a esta expectativa: da negociação do fim da violência sem a ameaça da condenação.

Hermann (2000) argumenta que ao oferecer este tipo de tratamento aos casos de violência de gênero, a Lei 9.099/95 trivializou os conflitos domésticos descon siderando o contexto em que ocorrem e suas especificidades – entre elas os laços afetivos existentes entre vítima e agressor. Para esta autora, é necessário revalorizar este conflito e trazer sua resolução para a esfera judicial, ressaltando que esta resolução não deve se ancorar no endurecimento repressivo, que não seria compatível com os interesses das mulheres.

Neste sentido, as medidas despenalizadoras propostas pela Lei 9.099/95 podem se constituir num caminho para esta nova abordagem, uma vez que permitem a resolução dos conflitos através da mediação e da conciliação. Da mesma forma, torna-se necessário pensar a necessidade de capacitar e sensibilizar para as especificidades de gênero todos os agentes envolvidos neste processo.

O contexto criado pela lei dos Juizados Especiais Criminais e o debate gerado com relação ao julgamento dos casos de violência contra a mulher trouxe também

a discussão quanto à necessidade de estreitar as relações entre polícia e justiça. Na prática, observa-se uma separação entre as duas esferas, embora a Justiça dependa do bom trabalho realizado pela polícia para processar e julgar os crimes com rapidez e justiça. Em São Paulo, uma reclamação freqüente entre as delegadas de polícia, é o desconhecimento quanto ao desfecho que os casos obtêm na esfera judicial. Quanto convidadas a falar a respeito da Lei 9.099/95 e de sua importância para o trabalho que realizam, utilizam os mesmos argumentos presentes no senso comum para afirmar que os processos são arquivados ou resultam em absolvições, afirmando que isto se deve a um "desinteresse" das vítimas, desconhecendo o teor das decisões judiciais e das negociações encaminhadas. Outro reflexo desta separação está no aparente desconhecimento da lei entre os próprios operadores do direito. Muitos dos procedimentos da Lei 9.099/95 são distorcidos nas delegacias, seja porque as delegadas são pressionadas a agir de acordo com a burocracia policial, seja porque desconhecem o efeito que certos procedimentos podem provocar sobre a denúncia e punição destes crimes. Um exemplo é a manutenção de procedimentos alheios àqueles apregoados pela Lei 9.099, por exemplo, o registro do boletim de ocorrência antecedendo o registro do termo circunstanciado, contrariando o princípio da celeridade e redução da burocracia para o registro policial.

Finalizando estas considerações, o próprio movimento de mulheres tem se confrontado com um dilema. Enquanto parte defende que seja criada uma legislação específica para o tratamento dos casos de violência de gênero, parte defende que a legislação existente pode e deve ser adaptada para atender às especificidades já identificadas – o Código Penal e a Lei 9.099/95 são exemplos desta legislação. Há que se ressaltar o avanço representado pelos trâmites propostos na Lei 9.099/95. Esta lei surge no contexto dos debates a respeito do abolicionismo penal, da reforma do Judiciário e do dilema colocado aos movimentos de defesa dos direitos humanos: a necessidade de equacionar num mesmo sistema a garantia da punição das violações de direitos humanos sem ferir os direitos dos responsáveis por estes crimes. Considerando-se as especificidades da violência de gênero em especial a violência doméstica e das respostas que estas mulheres esperam obter da Justiça, conhecendo-se a realidade das DDM que apesar de se constituírem num espaço especializado de atendimento às mulheres, na prática acabam por reproduzir a discriminação e a despolitização da violência contra a mulher, questiona-se se o mesmo não ocorreria no âmbito de uma legislação específica. Trata-se, portanto, de direcionar o debate para o fortalecimento da Lei 9.099 e sua aplicação, adequando seus princípios às especificidades inerentes à violência de gênero.

Bibliografia

- AMARAL, Célia Chaves Gurgel do et alli. *Dores visíveis. Violência em Delegacias da Mulher no nordeste*. Fortaleza: Redor/Negif, 2001.
- ARDAILLON, Daniele e DEBERT, Guita G. *Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento, e homicídio*. Brasília: CNDM, 1987.

- BRANDÃO, Elaine Reis "Violência conjugal e o recurso feminino à polícia". In Bruschini, C. e Hollanda, H. B. (Org.). *Horizontes plurais. Novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas/Ed. 34, 1998. p. 53-84.
- CAMARGO, B.; DAGOSTIN, C. G. e COUTINHO, M. "Violência denunciada contra a mulher: visibilidade via delegacia da mulher em Florianópolis". *Cadernos de Pesquisa* 78/51-58, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, ago. 1991.
- CAMPOS, Carmem Hein de. "Violência doméstica no espaço da lei". *Tempos e lugares de gênero*. BRUSCHINI, C. e PINTO, Célia Regina (Org.). São Paulo: FCC/Ed. 34, 2001. p. 303-322.
- COSTA, Albertina de Oliveira "Apresentação". In IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher. O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Fapesp/Ed. Annablume, 1998.
- DOTTI, R. A. "Conceitos e distorções da Lei 9.099/95 – Temas de direitos e de processo penal". In PITOMBO, A. S. A. M. (Org.) *Juizados Especiais Criminais. Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997; 3. ed. Saraiva, 1993.
- FIOCRUZ. "Violência contra a mulher: é preciso denunciar! Acabar!" Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/Claves/Escola de Serviço Social (UFRJ)/Cepeba, 1991.
- GREGORI, M. F. *Cenas e queixas. Um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.
- HEILBORN, Maria Luiza e SORJ, Bila. "Estudos de gênero no Brasil". In MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995). Sociologia (vol. II)*. São Paulo: Ed. Sumaré/ANPOCS/Capes, 1999. p. 183-222.
- HERMANN, Leda. *Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu. Considerações sobre a Lei 9.099/95*. Campinas: Cel-Lex Ed., 2000.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher. O papel do Sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Fapesp/Annablume, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo.
- MACHADO, Lia Zanotta. "Eficácia e desafios das delegacias especializadas no atendimento às mulheres: o futuro dos direitos à não violência". Relatório da Pesquisa Nacional sobre as Condições de Funcionamento das Delegacias Especializadas no atendimento às Mulheres. Brasília: MJ/CNDM, 2001, p. 32-57.
- MUNIZ, Jacqueline. "Os direitos dos outros e os outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAM-RJ". In SOARES, L. E. et alli. *Violência e política no Rio de Janeiro* Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará. 1996.
- NELSON, Sara. "Constructing and Negotiating Gender in Women's Police Station in Brasilin Latin American Perspectives". *Issue* 88, vol. 23, n. 1/131-148, winter 1996.
- PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARDJIAN, Valéria. *Estupro. Crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- REALE JR., M. "Pena sem processo". In PITOMBO, A. S. A. M. (Org.) *Juizados Especiais Criminais. Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SANTOS, Maria Cecília MacDowell dos. "Cidadania de gênero contraditória: queixas, crimes e direitos na delegacia da mulher em São Paulo". In JUNIOR, Alberto do Amaral & PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2000.

- . "The State, feminism, and gendered citizenship: constructing rights in women's police station in São Paulo". Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in sociology. Berkeley, University of California, 1999.
- SCOTT, J. *Gênero: uma categoria útil para a análise histórica*. Trad. Christine Rufino Dabat, Recife, 1988.
- SEADE. *Um retrato da violência contra a mulher. 2038 Boletins de Ocorrência*. São Paulo: Seade/CECF, 1987.
- SOARES, Bárbara Musumeci. "Delegacias de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau". In Soares, L. E. at alli. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará. 1996, p. 107-124.
- VARGAS, Joana Domingues. *Crimes sexuais e sistema de Justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000.