ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

31

Ano 8 • julho-setembro de 2000

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 8 • n. 31 • julho-setembro de 2000

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda. – Rua Benedito Leôncio Arouche de Toledo, 163 – Parque Santana – CEP 08717-190 – Mogi das Cruzes, SP, Brasil. • *Impressão:* IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda., Av. Robert Bosh, 1.777 - Rodovia Campinas Monte Mór, Campinas, SP

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Em muitos dilemas sociais, políticos e jurídicos, este final de século se equipara a tantas outras crises da humanidade. Tal qual os séculos XV, XVI e XVII, passamos por uma insatisfação popular com as instituições existentes. Hoje, contudo, em uma velocidade mais voraz, uma velocidade cibernética, as insatisfações se aceleram porque as instituições se degeneram. As realidades são outras, as necessidades também, e as soluções, boas para os problemas passados, não evitam o aumento constante da massa dos excluídos sociais.

O operador do direito (juiz, delegado, procurador, advogado, promotor público, assessor legislativo e membro de órgão executivo em geral) não pode querer exercer sua função negando esse difícil instante vivido pela sociedade brasileira.

Tal qual ocorrido naqueles séculos passados, também no momento atual a solução deve ser buscada em novas direções, novas perspectivas e novas idéias. Atento a isso o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais promove seu VI Seminário Internacional de Ciências Criminais com a preocupação voltada em ouvir as mais recentes pesquisas e pensamentos dos mais importantes pesquisadores internacionais. Abre, outrossim, e pela primeira vez, grande importância aos vários temas da sociologia, os quais, ao lado da criminologia, do direito penal e do processo penal, integram o temário deste volume pois deve ser as principais fontes de preocupações dos operadores das ciências criminais.

Charles Cole, Costa Andrade, Ferrajoli, Hassemer e Lola Anyar são os pensadores estrangeiros que, ao lado de tantos outros nacionais, trazem novas reflexões e lançam atenções para pontos distantes e ainda a serem explorados como possíveis contribuições tanto na busca conjunta de soluções sociais quanto para um novo e mais eficaz posicionamento do sistema penal repressivo em face do ordenamento legal.

Não menos preocupados com nossos temas cotidianos e mais significativos nos debates forenses, são vários os autores nacionais a discutirem desde os últimos projetos de alterações legislativas até o significativo papel das recentes legislações e da progressiva interpenetração da informática no mundo jurídico-penal.

Os textos componentes do presente volume são, assim, mais que uma crítica ou exame aos sistemas e soluções hoje existentes. Encerram, em verdade, o desafio de olhar para adiante, para além da barreira das dificuldades e insuficiências dos atuais sistemas legais para, de forma corajosa, propor novos caminhos, desbravar novas terras, enfim, exercer filosoficamente a arte de pensar e propor novos rumos.

Ciente dessa insatisfação jurídico-social, o IBCCrim, fiel a seus princípios reitores, serve mais uma vez de instrumento de divulgação e de palco para o

debate dos mestres. E é na qualidade de anfitrião e promotor de idéias que apresentamos este 31.° volume de nossa Revista como registro dos ricos debates de nosso VI Seminário Internacional de Ciências Criminais.

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Reflexiones sobre el pensamiento penal – ANA MARIA MESSUTI 11

1.2 Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno – CAROLINA LOAYZA TAMAYO 23

1.3 Las subvenciones ante la Europa del siglo XXI – El eje Bruselas-Berlín – JOSÉ MANUEL BARREIRO ESCUDERO 52

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 A reforma do Código de Processo Penal – ADA PELLEGRINI GRINOVER 65

2.2 Provas eticamente inadmissíveis no processo penal – ADAUTO SUANNES 75

2.3 Globalização e criminalidade dos poderosos – ALBERTO SILVA FRANCO 102

2.4 Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional – DAMÁSIO E. DE JESUS 137

2.5 Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal – ODONE SANGUINÉ 144

2.6 Seis postulados sobre a prisão na utopia de uma sociedade igualitária e democrática – PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO 170

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro – ANDRÉ LUÍS CALLEGARI 183

3.2 Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária – MISABEL ABREU MACHADO DERZI 201

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Aplicação da criminologia na justiça penal – A criminalização da pessoa jurídica – AUGUSTO THOMPSON 217

4.2 Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania – LÉLIO BRAGA CALHAU 228

4.3 Etnografía de la cultura de la seguridad; métodos cualtitativos para el análisis de la seguridad subjetiva – BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ 242

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Admissibilidade e limites das investigações preliminares ao inquérito policial – VLADIMIR STASIAK 259

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1 Uma experiência de atendimento com familiares de vítimas de homicídio e latrocínio a partir de uma perspectiva sistêmica – ANTONIO CARLOS PEREIRA 283

6.2 A informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça – RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO 311

7. JURISPRUDÊNCIA

7.1 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 325

8. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

8.1 Lei 9.839, de 27 de setembro de 1999 – Acrescenta artigo à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 343

8.2 Lei 9.964, de 10 de abril de 2000 – Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994 343

8.3 Decreto 3.226, de 29 de outubro de 1999 – Concede indulto, comuta penas, e dá outras providências 348

8.4 Anteprojeto de Lei – Altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências 352

9. RESENHAS

9.1 TEJO, Célia Maria Ramos. *Dos crimes de preconceito de raça e de cor*. Campina Grande : Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 1998, 90p. – Resenha por ROBERTO DELMANTO JUNIOR 371

9.2 FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coordenadores). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1999, 2 volumes, 3.488p. – Resenha por ROGÉRIO LAURIA TUCCI 373

9.3 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000, 336p. – Resenha por SÉRGIO MAZINA MARTINS 375

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 379

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal na Universidade de São Paulo.

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado criminal em São Paulo. Diretor Consultivo do IBCCrim.

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ANA MARIA MESSUTI

Advogada da Universidade de Buenos Aires. Especialização em Filosofia do Direito pela Universidade de Roma – Itália. Professora colaboradora do Instituto Vasco de Criminologia.

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Advogado. Doutorando em Direito Penal pela Universidade Autónoma de Madrid. Professor de Direito Penal no Rio Grande do Sul na Unisinos, na Escola Superior da Magistratura e na Escola Superior do Ministério Público. Coordenador da Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.

ANTONIO CARLOS PEREIRA

Psicólogo. Especialista em Terapia de Família e de Casal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Violência Doméstica pela Universidade de São Paulo.

AUGUSTO THOMPSON

Advogado criminal. Professor da Universidade Cândido Mendes. Vice-Presidente do Instituto Carioca de Criminologia. Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ

Professor investigador da Universidade Autónoma de Querétaro. Membro do Sistema Nacional de Investigadores.

CAROLINA LOAYZA TAMAYO

Professora de Direito Internacional Público da Universidade de Lima – Peru. Professora Visitante da Universidade de Piura – Peru.

DAMÁSIO E. DE JESUS

Professor de Direito Penal e Presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado em São Paulo.

JOSÉ MANUEL BARREIRO ESCUDERO

Professor Colaborador do Departamento de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

LÉLIO BRAGA CALHAU

Professor de Direito Penal I da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. Mestrando em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Presidente da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal.

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

Professora Titular da Faculdade de Direito Milton Campos. Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais.

ODONE SANGUINÉ

Doutor pela Universidade Autónoma de Barcelona. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador de Justiça.

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

Advogado. Ouvidor do sistema penitenciário do Estado de São Paulo.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminal em São Paulo. Membro do Conselho Diretivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais do IBCCrim. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Advogado. Mestre e Doutorando em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RÓGERIO LAURIA TUCCI

Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Juiz de Direito em São Paulo. Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos – São Paulo. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

VLADIMIR STASIAK

Bacharel em Teologia. Graduado em Direito. Mestrando em Direito Processual Contemporâneo e Cidadania, área de concentração em Direito Processual Penal na Unipar – Umuarama-PR. Professor de Direito Processual Penal I e Orientador de Estágio Penal na Cesumar – Maringá-PR. Professor de Direito Penal I na Unopar – Arapongas-PR.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 32 • outubro-dezembro • 2000

• A apreciação jurídico-penal da eutanásia
Claus Roxin

• Aplicação da pena
Ruy Rosado de Aguiar Júnior

• Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal
Manuel de Rivacoba y Rivacoba

• Quem tem medo da PM?
A confiança na Polícia Militar do Distrito Federal e suas relações com variáveis estruturais, demográficas e com a experiência com a violência
Gláucio Ary Dillon Soares

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

REFLEXIONES SOBRE EL PENSAMIENTO PENAL*

ANA MARIA MESSUTI

Resumen: Se intenta exponer una reflexión sobre el derecho que lo ponga en relación con las cuestiones que se plantean en el ámbito filosófico y no específicamente en el de la filosofia del derecho. La respuesta que se de a esas cuestiones determinará nuestra visión del derecho en general, y para el derecho penal tendrá una influencia decisiva. Se intenta demostrar la necesidad de que el derecho penal y la criminología se basen en una reflexión profunda sobre el sufrimiento, y de que se definan y distingan las metas que se persiguen. Se esboza la relación derecho-tiempo, poniendo de relieve la idea de la finitud del ser humano. Se perfila el papel del juez como tercero en el juego de representaciones que establece el derecho. Se expone a grandes rasgos la filosofía de la persona de Luigi Pareyson.

Palabras clave: Pensamiento calculante – Pensamiento meditante – Incertidumbre – Centralidad de la persona, finitud.

La pregunta sobre el derecho y la pregunta sobre el hombre se alimentan recíprocamente; ninguna de las dos se formula sin la otra. El derecho implica al hombre y el hombre implica al derecho. La pregunta sobre el derecho y la pregunta sobre el hombre son una parte fundamental de la pregunta filosófica.

El preguntar filosófico que se dirige al derecho se distingue de la sistematización científica. La filosofía del derecho no es nunca sistematización del conocimiento del derecho orientada a convertirse en un sistema científico. La filosofía del derecho surge de la aclaración de la pregunta sobre el sentido del derecho, pregunta que va más allá de la perspectiva que lo analiza sólo como técnica. Concepto clave para la filosofía del derecho así definida es el de posibilidad.[1]

La posibilidad señala la frontera entre la modalidad específica del ser del hombre, en cuanto existente, y el mundo del ser no humano, los otros seres vivos y las cosas. El derecho tiene sus raíces en la posibilidad, en el sustraerse de su

(*) Este texto se basa en el texto publicado como conclusión del libro *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*, coordinado por la autora y publicado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, noviembre de 1998.

(1) B. Romano, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*. Roma : Bulzoni, 1986. p. 239.

sujeto a la determinación externa de las leyes naturales, quedando expuesto al futuro. Este ser expuesto al futuro, inherente al ser mismo del ser humano, es fuente de la incertidumbre que lo acompaña hasta la muerte. El no poder sustraerse a la posibilidad, significa "no poder no elegir", como necesidad que no es necesidad matemática ni causal, pero que constituye el ineludible modo del ser del hombre. Frente a esta necesidad ineludible de elección, frente a la incertidumbre que se deriva para las relaciones de coexistencia, surge el derecho.[2]

El derecho expresa la necesidad de certeza ante la incertidumbre que supone la libertad humana. Vale la pena recordar la exclamación de Nietzsche en "La genealogía de la moral": "Para disponer anticipadamente del futuro, cuánto debe haber aprendido antes el hombre a separar el acontecimiento necesario del casual, a pensar causalmente, a ver y anticipar lo lejano como presente, a saber establecer con seguridad lo que es fin y lo que es medio para el fin, a saber en general contar, calcular, cuánto debe el hombre mismo, para lograr esto, haberse vuelto antes calculable, regular, necesario, para poder responderse a sí mismo de su propia representación, para finalmente poder responderse a sí mismo como futuro a la manera como lo hace quien promete".[3]

Esta forma de pensar el mundo y de pensarse a sí mismo, inspirada en el deseo de seguridad y de certeza, es característica de los tiempos modernos. En éstos, es decisiva la representación del mundo como imagen concebida y la constitución del hombre como sujeto. La representación le permite desplegar ante sí todo el ente, y fijarlo en esa situación. Ésta es la forma en que procede el pensamiento científico, y así procede el hombre calculante, que desea estar seguro, es decir, tener certeza. Sólo el cálculo garantiza una certidumbre anticipada y constante de la representación, de aquello que se representa. La representación es objetivación investigante y dominante. Porque objetiviza aquello que se representa a fin de investigarlo, analizarlo, estudiarlo y dominarlo. Y en esa representación se da la existencia simultánea del hombre que representa y del ente representado.

Fue precisamente ese hombre que "representaba" el que se convirtió en sujeto. Y como sujeto pudo plantearse "si deseaba ser un Yo reducido a su gratuidad y abandonado a su arbitrariedad, o bien un Nosotros de la sociedad, si deseaba y debía estar solo o formar parte de la comunidad, si deseaba existir como Estado, Nación y Pueblo o como Humanidad general del hombre moderno".[4] Es decir, el hombre al erigirse en sujeto de la representación también pudo concebir una imagen de sí mismo, pudo representarse a sí mismo como deseaba, y entrar él mismo en la esfera de lo calculable, de lo asegurable, de lo disponible.

Sin embargo, para entrar en esa esfera, el sujeto debía vencer la incertidumbre propia del mundo de la experiencia. El mundo de la experiencia

(2) Ibidem, p. 117.

(3) F. Nietzsche. *La genealogía de la moral*. Madrid : Alianza Editorial, 1997. p. 77.

(4) M. Heidegger. *Chemins qui ne mènent nulle part*. París : Gallimard, 1990. p. 99 et seq.

es un mundo en el que "reina la duda". La incertidumbre. Lo imprevisto. La finalidad del derecho es asegurar la relación frente a la posibilidad de que lo imprevisto la destruya. Liberarla de la angustia de su posible e imprevista destrucción. Conferirle, en una palabra, duración. El derecho es, en este sentido, un instrumento para dominar la angustia. La angustia como profundo malestar ante el futuro. Un instrumento para que la relación con el otro no naufrague en la nada por la imprevista mutación de la decisión de una u otra de las partes que la integran.

Para lograr la finalidad que hemos señalado, el pensamiento jurídico traslada al hombre de carne y hueso de la "región de la duda" hacia una región en la que reina una temporalidad distinta.[5] Y en ese traslado concibe a su propio sujeto. Es decir, concibe al "sujeto de derecho". La temporalidad en la que existe el sujeto de derecho es una temporalidad que emerge como "duración". En ésta se presentan con una continuidad propia los tres momentos, pasado, presente y futuro. El derecho da unidad de sentido a los hechos que se suceden en esos momentos, y que sin ese sentido que les confiere no constituirían una unidad.[6]

La persona humana, en cambio, aun antes de ser concebida como sujeto de derecho, y a pesar de que su existencia se desarrolla en los tres momentos temporales, constituye una unidad. Ella misma es una unidad de sentido, sin necesidad de que se la confiera el derecho. En ella adquieren una continuidad única el pasado, el presente y el futuro. Como dice Pareyson, la persona, en cada instante de su historia, por un lado es aquello que es ya, y por otro lo que debe ser aún: "Sempre conclusa e aperta a un tempo". Por ello en la persona se unen totalidad e insuficiencia. La persona, en cuanto siempre "conclusa" en el instante actual, es una totalidad, es decir, la concentración puntual de una sucesión de actos, decisiones, obras. Por otra parte, en cuanto ninguno de sus instantes es definitivo, es insuficiente e incompleta, perenne apertura al futuro, perpetua variación de instantes. "La persona es totalidad, en cuanto es la unidad de sus actos, y es insuficiencia en cuanto es la posibilidad de actos siempre nuevos". La persona es ella misma, y sin embargo debe ser otra aún, y esta otra que debe ser será todavía ella misma. Éstos son, conforme a Pareyson, los dos momentos extremos de la persona: el "deber ser", que es comienzo y principio, y el "ser ya", que es término y fin.[7] En relación con esos dos momentos se presentan las doctrinas de justificación de la pena. La primera gran clasificación de esas doctrinas se apoya en una diferencia temporal: *quia peccatum*, es decir, doctrinas que miran al pasado, y *ne peccetur*, es decir, doctrinas que miran al futuro.

Nunca se podrá encontrar un punto de confluencia entre ellas, porque el hecho de que unas miren al pasado y otras al futuro no sólo les da una perspectiva temporal distinta sino que las coloca en dos planos cuyo punto de unión nunca se

(5) G. Stella. *I giuristi di Husserl*. Milán : Giuffrè, 1990. p. 155.

(6) S. Cotta. *Il diritto nell'esistenza*. Milán : Giuffrè, 1984. p. 191 y 137.

(7) L. Pareyson. *Esistenza e persona, il melangolo*. Turín, 1992. p. 181 et seq.

podrá encontrar: el plano simbólico y el plano práctico. Nuestros actos pueden proyectarse al futuro, tenemos la posibilidad de ejercer alguna influencia sobre la realidad futura. En cambio, nada pueden nuestros actos frente al pasado. Sólo pueden proyectarse al pasado en un plano simbólico o imaginario. "La libre circulación del tiempo le ha sido prohibida al hombre".[8] Frente a lo que ya fue la voluntad nada puede. Lo que ya fue es la piedra contra la que tropieza la voluntad. Es la piedra que la voluntad nunca podrá mover. "Eternamente quieto está el pasado." Lo que ya fue es aquello adverso a cualquier voluntad. Por ello en la voluntad misma se yergue la aversión frente a lo que le es adverso, la aversión ("Widerwille") contra lo que ya fue. Esta aversión es – siguiendo a Nietzsche – la esencia de la venganza. "Esto, sí, esto sólo es la venganza misma, la aversión de la voluntad contra el tiempo y su fue."[9] Sin embargo, como explica Heidegger, "la aversión no se dirige contra el simple pasar del tiempo, sino contra el pasar en la medida en que hace transcurrir el pasado sólo como pasado, congelándolo en la rigidez de lo definitivo".[10]

La venganza, dice Nietzsche, nunca se hace llamar por su propio nombre, se hace llamar "castigo", dándole así a su esencia hostil la apariencia del derecho.[11] Más allá de la tan debatida calificación de la pena como venganza, las palabras de Nietzsche tocan un aspecto muy profundo del pensamiento penal. Nos presentan a la pena en su aspecto más primitivo, no sólo como reacción ante un acto indeseado, reprobado, sino como reacción ante un acto que sucedió a pesar de que no debería haber sucedido, y que sin embargo ya no puede ya ser cancelado, porque ha quedado inscrito en el pasado, "congelado en la rigidez de lo definitivo".

El núcleo de toda actividad jurídica – dice Husserl – consiste en restablecer la situación que existiría si no hubiese tenido lugar la violación de la norma . El motivo que guía la actuación del juez es la idea del *status quo*.[12] La finalidad del derecho es, en cierto modo, cancelar el pasado no conforme a la norma. La mirada del derecho hacia el pasado es una mirada pretensiosa, omnipotente.

La pena es la expresión de esa voluntad de dominio del pasado, que sólo puede realizarse en el reino que la razón y la imaginación construyen. Porque no hay ninguna vía directa que lleve del pasado al futuro, y viceversa. Si se desea recorrer ese camino que en la realidad está fuera del alcance humano, es necesario hacerlo en la imaginación. El delito como hecho del pasado debe ser "presentificado".[13] Es preciso que la razón y la imaginación realicen una operación de abstracción, que permita que aquello que ya ha ocurrido se haga

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

(9) F. Nietzsche. *Así habló Zaratustra*. Madrid : Alianza Editorial, 1997. p. 210-211.

(10) M. Heidegger. *Che cosa significa pensare*. Milán : Sugarco Edizioni, 1996. p. 83 et seq.

(11) Ibidem. Véase E.R. Zaffaroni. "Qué pena", *Fascículos de Ciências Penais* 3, ano 5, v. 5, jul.-ago.-set., 1992.

(12) G. Husserl, op. cit., p. 57.

(13) Ibidem, p. 160.

presente. Pero como no es posible hacer del pasado presente (salvo en el recuerdo) se procede a una "conversión" del hecho del pasado en determinado acto que el derecho califica de determinado modo.

"Si se considera el delito y su eliminación, a la que por lo demás se determina como castigo, simplemente como un perjuicio, aparecerá en efecto como algo irracional querer un perjuicio sólo porque ya existía un perjuicio anterior." El perjuicio no se ve simplemente como un mal, como un mero perjuicio a un sujeto individual: "Lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como el surgimiento de un mal, sino como lesión del derecho como derecho...".[14]

Una vez hecha la representación, el pensamiento calculante busca también precisión y claridad en cuanto a la relación que establece entre el daño causado por el delito y el daño causado por la pena. "Sólo según este último aspecto [su forma exterior], el robo, el hurto, la multa y la pena de prisión etc., son del todo diferentes (...) su propiedad general de ser lesiones es lo comparable (...) es tarea del entendimiento buscar la aproximación a la igualdad de su valor. Si no se aprehende la conexión existente en sí entre el delito y su aniquilación (...) se puede llegar a ver en una auténtica pena sólo una unión arbitraria de un mal con una acción prohibida".[15]

Como señala Ricoeur, no hay nada que sea más racional o que tienda más a la racionalidad que la noción de pena. "El crimen merece un castigo, dice la conciencia vulgar ...". La paradoja reside en que esa presunta racionalidad es una racionalidad inhallable pues establece un vínculo entre dos momentos manifiestamente heterogéneos. El sentido de la pena, en tanto unión del padecimiento y del hacer padecer, dice Ricoeur, consiste en la supuesta equivalencia entre el mal sufrido, por un lado, y el mal cometido, por el otro. Esta equivalencia, agrega, constituye lo racional de la pena. Pero "aquello que es lo más racional en la pena, a saber, que compensa el crimen, es, a la vez, lo más irracional, a saber, que lo borra". Lo que demostró Hegel es que la ley de la pena es válida sólo en una esfera limitada, el denominado derecho abstracto. La condición para resolver "el enigma de la pena es que la lógica de la pena permanezca en la problemática dentro de la cual se desarrolla, a saber, dentro de los límites de la filosofía del derecho".[16] Es decir, dentro de los límites de la representación creada por la razón y la imaginación.

La lógica de la pena se desarrolla entre dos procesos: uno de destemporalización, por el que se abstrae el acto "bruto" de su tiempo, del pasado, y otro de retemporalización, por el que ese acto del pasado se "presentifica", pero convertido en un acto tipificado jurídicamente, con miras a "cancelar" el acto "bruto" que ha sucedido.

(14) G. Hegel. *Fundamentos de la filosofía del derecho.* Buenos Aires : Siglo XX, 1987. p. 127.

(15) Ibidem, p. 130.

(16) P. Ricoeur. *Introducción a la simbólica del mal.* Buenos Aires : Megapolis, 1976. p. 95 et seq.

Estos dos procesos se aplican también al autor del acto. Se introducen el acto y su autor en una región temporal distinta. Porque el ser humano, como su acto, también es "temporalizado" y "retemporalizado". En esta operación, la finalidad principal es "borrar el crimen", "aniquilar el delito". Para ellos se mide la pena en función de la gravedad del delito. Y en esa medición se pretende hallar la equivalencia entre delito y pena.[17] Pero esta equivalencia solo se puede encontrar en la región temporal que el derecho ha creado. En ella la "duración" de la pena no tropieza con la "duración" de la vida del ser de carne y hueso. El sujeto de derecho no refleja a la persona humana en su característica más propia: la finitud.

El olvido de la finitud (el "no ser siempre") del ser humano permite fijar penas superiores al tiempo de vida de cualquier persona. Cuando ello sucede, lo simbólico de la pena adquiere la dimensión de lo imaginario. En el olvido del "no ser siempre" se esconde una percepción de la muerte inspirada también en el pensamiento jurídico calculante. Éste la considera un dato más con respecto al abstracto sujeto de derecho. Y desde esa perspectiva tiene el carácter de un evento impersonal. "Se" muere como "se" contrata, "se" cumple una obligación, etc. El "se" da la impresión de que quien muere es un ser anónimo. Pero en realidad ese "se" corresponde a "ninguno".[18] Y el "ninguno" no sólo no tiene nombre, tampoco existe. La muerte se desvincula del tiempo y del sujeto concretos. Así desvinculada del individuo, la muerte se considera un acontecimiento más. No obstante, lo más individual y propio del individuo es su propia muerte. Y ésta pertenece a su "no ser siempre", que se sustrae al cálculo y a la previsión y es inconciliable con la certeza.

Sin embargo, la mirada imaginativa del derecho no sólo se dirige hacia el pasado. Incluso hay quienes consideran que toda la mirada del derecho es una mirada dirigida hacia el futuro. Es decir que incluso cuando mira al pasado lo hace con miras al cumplimiento de su función de planificación del futuro. Esta función es indispensable para asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas, que constituye un elemento esencial de las mismas. Sin ella no habría relación. Para asegurar la continuidad de la relación, el derecho intenta planificar el futuro. En lugar de dejarlo venir, en una actitud pasiva, procede decididamente con respecto al futuro. "El camino del derecho es el camino de una conquista positiva del futuro mediante instrumentos racionales."[19]

La finalidad "razonable" de la pena está dirigida al futuro. Esta finalidad consiste en poner un término al desencadenarse de la violencia. Hegel: "La venganza, pues, como acción positiva de una voluntad particular es una nueva violación; [en cuanto tal] cae en el progreso al infinito y se transmite sin límites de generación en generación".[20] Para evitar ese progreso al infinito y esa

(17) A. Messuti. *El tiempo como pena y otros escritos*. Pontificia Universidad Javeriana, Colección criminología y victimología 2, Bogotá, 1998.

(18) M. Heidegger. *Essere e tempo*. Milán : Longanesi, 1970. p. 311 et seq.

(19) G. Husserl, op. cit., p. 52.

(20) G. Hegel, op. cit., p. 130.

transmisión sin límites de la violencia se pone una distancia entre víctima y victimario. "La justa distancia entre las partes enfrentadas – dice Ricoeur – demasiado cercanas en el conflicto y demasiado alejadas una de la otra en la ignorancia, el odio, el desprecio...".[21]

La finalidad del juicio es precisamente poner esa "justa distancia". En este contexto cabe recordar la interpretación de Kojève con respecto al tercero: dos seres humanos son tan insuficientes para formar una sociedad como un solo ser aislado. Para que haya sociedad no basta la interacción entre dos seres. Se requiere la intervención de un tercero. Al ser el derecho un fenómeno esencialmente social no establece una relación directa entre sus sujetos, sino una relación "mediada" por un tercero. "No basta que haya una interacción entre dos seres humanos. Es necesaria también la intervención de un tercero imparcial y desinteresado".[22] El "tercero" está presente desde el momento inicial de la formación de la norma jurídica, es decir, en la actividad legislativa, hasta el momento último en el que el derecho se concreta, la actividad jurisdiccional. Conforme a esta interpretación amplia, el término tercero denota también la ley en cuanto expresión de una intención de que las cosas sean de determinada manera.

Sin embargo, la figura del tercero se perfila con más claridad en el juez. Y es precisamente el juez quien pondrá en marcha todos los procesos temporales que se desarrollan en el pensamiento penal. "El hecho, el acto, la voluntad (y por lo tanto la persona) que se le presentan y que él debe (...) conocer, examinar, discernir y finalmente juzgar, están situados en el pasado, así como la ley conforme a la cual juzga. Ahora bien, él debe (...) traerlos del pasado al presente y ver su prolongación en el futuro (...)". Es el juez quien debe hacer surgir la unidad temporal ante sus propios ojos, ante los ojos de las partes y ante los ojos de la sociedad en general. Y es justamente "porque esta verdad sintética es extraña a su conciencia personal, que está en condiciones de actuar en conformidad con su razón de ser y con su posición de tercero".[23]

Ahora bien, el juez es representante del Estado. Es interesante el análisis que hace Kojève del papel del Estado en el contexto penal. Por una parte, se considera lesionado por el delito; por otra, actúa como tercero. Sin embargo existe entre ambos papeles una incompatibilidad: si es víctima no puede actuar como tercero, y desde el momento en que actúa como tercero no puede hacer valer su condición de víctima. Ante esa incompatibilidad, se establece la distinción entre los papeles que desempeñan en este contexto el Estado y la sociedad. El Estado actúa como tercero, la sociedad asume la condición de víctima, y esta distinción se refleja en

(21) P. Ricoeur. *Le juste*. París : Esprit, 1995. p. 185 et seq.

(22) A. Kojève. *Esquisse d'une phenomenologie du droit*. París : Gallimard, 1983. p. 69 et seq.

(23) S. Cotta. "Quidquid latet apparebit: le problême de la verité du jugement", *Achivio di filosofia*, anno LVI-1988, n. 1-3, p. 395.

los distintos órganos que intervienen en el juicio: uno facultado para perseguir en justicia al autor del delito, el otro facultado para aplicarle la pena.[24]

En este marco de representaciones, cabe observar que no sólo se asigna a la sociedad el papel de víctima de un determinado delito, sino que se la considera el conjunto de personas entre las que se encuentran los posibles autores de los delitos futuros. En ese sentido, se convierte en destinataria del mensaje disuasorio que se intenta transmitir a través de la pena.

Ante este cuadro, pareciera que la sociedad hubiese absorbido al individuo tanto como víctima actual cuanto como delincuente futuro. Y si bien será el individuo el receptor de la pena, éste cumple una función meramente instrumental, para hacer llegar el mensaje a quienes se pretende que lo reciban. El individuo, el hombre de carne y hueso, en realidad no existe para el pensamiento penal.

Algunas reflexiones

Al comenzar habíamos señalado que la pregunta sobre el derecho y la pregunta sobre el hombre se alimentaban recíprocamente. Ello es así solamente cuando el preguntar filosófico que se dirige al derecho se pregunta realmente, con una actitud crítica, por la forma en que el derecho se dirige al ser humano.

Por ejemplo, Romano señala que en el marco de la teoría pura, toda la pregunta sobre el derecho se reduce a preguntar cuál es la ley vigente. Y esa pregunta, así circunscrita, expresa, no por lo que pregunta sino por lo que deja de preguntar, una filosofía del derecho que pretende seguir el modelo del pensamiento científico, encandilada por su presunta rigurosidad y exactitud.

Refiriéndose a las teorías que se detienen en la estructura formal de las normas, Romano afirma que dan una lectura "vulgar" del derecho. "La intención inicial de construir una doctrina pura del derecho – es decir, depurada de las dimensiones éticas, sociológicas, políticas o psicológicas – se muestra viciada por impedirse a sí misma el camino íntegro hacia el fenómeno derecho, presente en su plena dimensión fenomenológica".[25]

Dice Pareyson que cuando la humanidad estaba saliendo del abismo del mal y del sufrimiento en que se había precipitado durante la segunda guerra mundial, en la que se había tocado lo que califica de punto culminante de la maldad, con formas absolutamente diabólicas de perversión, con masacres y espantosos genocidios, con inauditos y horribles padecimientos infligidos por el hombre al hombre, precisamente en ese momento, tuvieron gran éxito y amplia difusión filosofías empeñadas en problemas técnicos de extrema abstracción y sutileza, como el positivismo lógico y la filosofía analítica, formas de pensamiento

(24) A. Kojève, op. cit., p. 420 et seq.

(25) B. Romano. *Ortonomia della relazione giuridica, una filosofia del diritto.* Roma : Bulzoni Editore, 1997. p. 33.

insensibles a la problemática del mal y del sufrimiento, y en general poco interesadas en los problemas del hombre y de su destino.[26] Esa reacción ante la respuesta del pensamiento frente a circunstancias históricas concretas debería surgir también ante la respuesta de la doctrina jurídica frente a las situaciones a las que se dirige el derecho penal. Si bien cabe reconocer la legitimidad del deseo de purificación intelectual, de liberación de cualquier tipo de condicionamiento emotivo, no por ello puede legitimarse el desconocimiento de la situación trágica del hombre en su relación con el mal, como autor y como destinatario, como verdugo y como víctima. Sin embargo, frente al mal, la razón filosófica no ha encontrado nada mejor, señala Pareyson, que suprimir aquello que le molestaba y solucionar lo incomprensible en una racionalidad transparente. Una filosofía racionalista nunca estará dispuesta a aceptar que la razón no llegue a disipar cualquier sombra y se detenga ante lo opaco. Al no poder cancelar el mal como realidad negativa lo incorpora a un cuadro más amplio en el que resulta extremadamente atenuado y minimizado, e incluso desaparece.

Algo similar sucede en la filosofía del derecho frente al derecho penal. En lugar de reflexionar sobre el drama en que está sumergido por las situaciones mismas a las que está destinado a responder, por la forma en que ha respondido, y por las respuestas que aún debe dar, intenta formalizar cada vez más el pensamiento en torno a las normas penales. Éstas mantienen una relación muy peculiar con su destinatario. Como hemos visto, cuando miran hacia el pasado, lo destemporalizan junto a su acto y le atribuyen una eternidad que no tiene, a efectos de establecer la duración de la pena en correspondencia con la gravedad del delito. Y cuando miran hacia el futuro en su afán planificador, lo convierten en mero vehículo del mensaje que desean transmitir. ¿Qué cabe esperar de un sistema normativo que refleja tal capacidad de imaginación?

En realidad esa pregunta invita a formular otra: ¿Qué cabe esperar de una filosofía del derecho que no reflexiona sobre un sistema normativo así configurado? ¿Qué no reflexiona sobre todas estas representaciones que el pensamiento jurídico ha construido distanciándose de los seres a los que está dirigido? ¿Qué se limita a aceptar todas esas construcciones como si fueron datos de una realidad inamovible y que a partir de ellos desarrolla su reflexión?

Sin embargo, no sólo se trata de reflexionar sobre el pensamiento representador que distancia al derecho de su destinatario. Es ineludible una reflexión sobre las consecuencias que ese pensamiento representador produce en la realidad. El derecho penal concibe sujetos-actores y establece conexiones tales que permiten desvincular el drama de las circunstancias sociales y las raíces emotivas que lo originaron. El drama se desarrolla en el escenario que el sistema penal ha montado, desvinculando también a los actores de las personas reales que personifican. Sin embargo, la representación en ese escenario tiene una peculiaridad que lo diferencia de todos los otros escenarios. Es una representación que tiene consecuencias muy concretas en el hombre de carne y hueso,

(26) L. Pareyson. *Ontologia della libertà*. Turín : Einaudi, 1995. p. 156.

en su tiempo de vida, en su vida y en su muerte. Hulsman: "El modo de intervención estereotipada del sistema penal actúa tanto a nivel de la 'víctima' como del "delincuente". Todo el mundo es tratado de la misma manera. Se supone que todas las víctimas tienen las mismas reacciones, las mismas necesidades. El sistema no tiene en cuenta a las personas en su singularidad. Al manifestarse en un plano abstracto, hace daño a aquellos a quienes está destinado a proteger".[27]

La condena pronunciada en el escenario penal contra el abstracto sujeto de derecho se encarnará en la persona física y mortal que ese sujeto representa. El tiempo "destemporalizado" se "retemporalizará" en el transcurso de la pena. La muerte, que ha sido desvinculada del individuo, sobrevendrá durante la pena, o después de la pena, pero el individuo morirá su propia muerte. Y el individuo sufrirá su propia pena, porque la pena asbtracta se materializará en un dolor concreto.

La teoría jurídica también evita la reflexión sobre el sufrimiento pues teme que perturbe el análisis racional puro y riguroso, dado que se preocupa sólo por lograr un sistema coherente y cerrado. El sufrimiento nos obliga a pensar en el que lo padece. Y éste no es el sujeto que la representación ha inventado, sino el ser humano de carne y hueso, que vive en la región de la duda, en su tiempo finito e incierto. No hay ninguna experiencia tan intensa como el sufrimiento, ninguna experiencia que ponga al hombre frente a sí mismo, que lo obligue a reconocerse en toda su fuerza y su debilidad. El derecho penal lo sabe muy bien. Y en ese sentido debería tener muy mala conciencia. La aparente suavización de las penas refleja una sensibilidad general frente al dolor que antes no existía. Pero cabe preguntarse si esa sensibilidad o repulsión hacia los castigos corporales refleja realmente un cambio radical de la actitud frente al dolor y al sufrimiento. Tal vez se trate sólo de una sensibilidad que rechaza el dolor como espectáculo, y que al mantenerlo oculto ofrece menos posibilidades de reaccionar frente a él. Y esto vale tanto para el padecer del delincuente como para el de la víctima.

También la forma de encarar el tema del dolor se vincula muy estrechamente a la relación que concibamos entre sociedad e individuo. Si a éste lo vemos como parte o fragmento, cabe la homología entre el cosmos, el cuerpo humano y el cuerpo político que hace Santo Tomás. "Así como en el cosmos cada ser es parte del todo, en el mismo cuerpo humano – que es un cosmos en miniatura – los órganos están sometidos al bien del todo. Análogamente, el individuo es por naturaleza, un elemento del cuerpo político, es decir, una parte dependiente, sometida a la lógica del todo sociopolítico. En estas condiciones, así como el buen médico no vacila en amputar un órgano infectado, en aras de la salud del cuerpo, es loable y saludable que los gobernantes modifiquen (*mediante el dolor*) al individuo peligroso, o lo sacrifiquen, en aras del bien común".[28] En esta frase

(27) L. Hulsman, J. Bernat de Celis. *Peines perdus, le système penal en question.* París : Le centurion, DHS, 1982. p. 94.

(28) "La Douleur et le droit", textes remis et presentés par B. Durand, J. Poirier, Jean-Pierre Royer, Presses Universitaires de France, G. Courtois, *Le sens de la douleur chez Saint Thomas*, p. 105 et seq.

se asocia la idea de dolor a la de sacrificio. "Todo sacrificio (tanto en sentido objetivo como subjetivo) es siempre necesariamente un sacrificio por 'alguna cosa'", señala M. Scheler. Y en el contexto que nos ocupa dice que solamente cuando el todo, en tanto totalidad, actúa, vive, existe en sus partes, y cuando las partes actúan, no solamente "en" sino "para" el todo, puede darse verdaderamente una relación de sacrificio entre la parte y el todo. Define el sacrificio en estos términos: "Un elemento inferior es abandonado por un elemento superior; la parte que es abandonada sufre y muere en lugar del todo, a fin de que el todo se salve, conserve y, según el caso, se beneficie o crezca. En todo sufrimiento, la parte se sustituye al todo y previene de este modo un sufrimiento más grande del todo".[29] Si consideramos a la sociedad como a un todo y a los individuos como sus partes, y asignamos más valor al todo que a cada una de sus partes individuales, el sufrimiento del individuo podrá justificarse como un sacrificio necesario. En cambio, si consideramos, como Pareyson, que "la persona no está en la sociedad sino en sociedad con otras personas",[30] es decir, si rechazamos la subordinación de la persona a la sociedad, si la existencia de cada persona es valorada tanto como la continuidad de la sociedad, o más, los términos se invierten completamente.

Hay otros planos también en que la reflexión sobre el sufrimiento puede llevarnos a tomar posiciones completamente diversas frente al problema penal según el criterio que escojamos. Por ejemplo, ¿atribuimos al dolor y al sufrimiento un carácter positivo, educativo, fortalecedor? "Las vías de la sabiduría Zeus abrió a los mortales haciendo valer la ley de que saber es sufrir."[31] ¿Estamos dispuestos a aceptar el álgebra del sufrimiento: menos + menos = más? Conforme a ella, explica Pareyson, el mal más el sufrimiento no es un incremento de la tasa de negatividad del universo. No es ni un redoblamiento ni una multiplicación del mal, sino su eliminación.[32] ¿Creemos realmente que para eliminar el sufrimiento se requiere otro sufrimiento?

La actitud que tenemos frente al sufrimiento tal vez explique el largo olvido que padecieron las víctimas. Desde el momento en que consideramos al sufrimiento algo positivo es bastante lógico que no nos preocupemos tanto por reparar o mitigar el sufrimiento de la víctima. Una explicación posible del relegamiento de la víctima se encuentra en otra actitud que describe Pareyson: la denuncia del mal como afirmación del bien. "Como la autodestrucción fatal y constitutiva del mal es ya instauración del bien, así la denuncia del mal es simultáneamente afirmación del bien: denuncia del mal y afirmación del bien son un mismo acto".[33] Según esta interpretación nos conformaríamos con la

(29) M. Scheler. *Le sens de la souffrance*. París : Aubier, p. 14.

(30) L. Pareyson. *Esistenza e persona*, p. 192.

(31) G. Cupido. "Pathos e mathos nel mondo tragico sofocleo", *Iride, Filosofia e Discussione Pubblica* 17, anno IX, Bolonia : Il Mulino, aprile, 1996, p. 189.

(32) L. Pareyson. *Ontologia della libertà*, p. 477.

(33) L. Pareyson. *Dostoevskij*. Turín : Einaudi, 1993, p. 71 et seq.

"negación del delito en cuanto delito", y consideraríamos que, con la "denuncia" del delito como mal, el equilibrio ha quedado restablecido y no es necesario "hacer el bien" ocupándonos de la víctima.

Me limito a señalar estos puntos para destacar la importancia de una reflexión sobre el tema del sufrimiento y su vinculación con la reflexión penal. La profundidad casi abismal del tema, que tiene raíces en la cultura religiosa, puede ser desalentadora. Sin embargo, el viaje vale la pena.

El derecho penal está atrapado en el círculo vicioso del sufrimiento. En él se origina y con él pretende responder. En tanto no medite sobre el sufrimiento no sabrá si desea evitarlo, salir finalmente del círculo. Salir tal vez del derecho penal para convertirse, como dijo Radbruch, en "algo mejor".

La filosofía del derecho pretende pensar con el rigor del pensamiento científico. Pretende ser considerada una "ciencia del derecho". Para ello elude una tarea hermenéutica sumamente interesante: interpretar las construcciones fantásticas del derecho penal. Pero al mismo tiempo elude un cometido ético: la reflexión sobre las consecuencias de estas construcciones para el ser humano que las sufre.

Por su parte, el derecho penal se encamina cada vez más hacia la búsqueda de la seguridad. Esta búsqueda, al igual que la de la mera retribución que pretende "borrar" el delito, también privilegia el pensamiento calculante, que le aportará la precisión y la certeza de la observación empírica, los datos, las estadísticas. Por cierto, las estadísticas pueden revelarnos muchas cosas. Por ejemplo, cuán lejos estamos de las metas propuestas. Y ante esa constatación, tal vez lo más acertado sea desandar el camino, volver atrás, ir desagregando las estadísticas para llegar a las unidades. Y detenernos en cada unidad. Y en cada unidad reflexionar. Pues cada unidad es la totalidad.

1.2

APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

CAROLINA LOAYZA TAMAYO

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El derecho internacional de los derechos humanos – DIDH: 2.1 El derecho convencional del DIDH; 2.2 Las normas consuetudinarias del DIDH; 2.3 El DIDH como garantía colectiva de los derechos humanos – 3. Ámbito de aplicación del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos: 3.1 Supremacía del derecho nacional; 3.2 Supremacía del derecho internacional; 3.3 Práctica internacional – 4. Tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional – 5. Interacción del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos: 5.1 El caso Loayza Tamayo; 5.2 El rol de los operadores jurídicos; 5.3 Competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre el derecho interno de los Estados; 5.4 Criterios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos por los órganos jurisdiccionales estatales – 6. A manera de conclusión.

Resumo: O artigo cuida da aplicação do direito internacional sobre direitos humanos e sua integração no direito nacional. Analisa eventual conflito entre a supremacia do direito nacional e internacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Direito Internacional dos Direitos Humanos – Sistema de garantias – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. Introducción

En principio, hoy, nadie niega la existencia del Derecho Internacional. Este ordenamiento puede ser definido como el conjunto de normas que regulan el comportamiento mutuo de los Estados, principalmente, aunque no exclusivamente.[1] El Derecho Internacional obliga y autoriza a los Estados a comportarse de una determinada forma en sus relaciones internacionales y, actualmente, en

(1) El Derecho Internacional regula las relaciones de sus sujetos: los Estados, los Organismos Internacionales, la persona humana, la Iglesia Católica, los Movimientos de Liberación Nacional, los Beligerantes, la Orden Soberana de Malta, el Comité

sus relaciones internas con sus gobernados en determinadas materias: derechos humanos, conflictos armados internos, inversión extranjera etc.

Si bien, el Derecho Internacional es de naturaleza consensual, voluntarista; es decir, nace de la voluntad estatal, en la actualidad, al igual que todo ordenamiento jurídico se encuentra integrado por normas dispositivas respecto de las cuales el Estado puede libremente pactar, y normas imperativas o *ius cogens*.[2] Las normas imperativas no admiten acuerdo en contrario ya que protegen intereses fundamentales o esenciales que la Comunidad Internacional precisa para su supervivencia,[3] por lo que es imposible sustraerse de las mismas. Las normas de *ius cogens* están por encima de las voluntades estatales en tanto no pueden ser derogadas mediante acuerdos de los Estados, salvo por normas que tengan el mismo carácter.[4]

De esta manera, el Derecho Internacional ya no es más el producto de la voluntad de los Estados sobre la base del principio de la soberania estatal, sino que la autonomía de la voluntad de los Estados está limitada por las normas de *ius cogens*, pues los conceptos abstractos de libertad y de soberanía absoluta de los Estados son incompatibles con la existencia misma de la sociedad internacional actual, estructurada e institucionalizada sobre la base de intereses comunes – paz y seguridad internacionales, derechos humanos, protección de medio ambiente, lucha contra la pobreza etc.

La doctrina coincide en reconocer que los derechos fundamentales de la persona humana, que los Estados tienen el deber de respetar y proteger, son normas de *ius cogens*.[5]

2. El derecho internacional de los derechos humanos – DIDH

Los derechos fundamentales de la persona humana han dado lugar, después de la II Guerra Mundial, a la formación de una rama del derecho internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), destinado

Internacional de la Cruz Roja. Sin perjuicio de ello, los Estados continúan siendo los sujetos por excelencia del derecho internacional.

(2) Las normas de *ius cogens* son normas jurídicas internacionales superiores a la voluntad individual de los Estados, aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, que derivan del consenso general de los Estados y que están referidos a ciertos valores jurídicos. José B. Acosta Estévez. "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes* – Crimen Internacional y la teoría de los círculos concéntricos". *Anuario de DI de la Universidad de Navarra,* 1995. p. 4-5.

(3) Idem, ibidem.

(4) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, artículo 53. La Corte Internacional de Justicia ha establecido que las normas de la Convención de Viena expresan el derecho consuetudinario sobre la materia.

(5) Julio Gonzales Campos et alii. *Curso de derecho internacional público.* Oviedo : Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1983. p. 59. Según Carrillo

a establecer una suerte de orden público entre los Estados en beneficio de la persona humana. Muchas de las reglas tradicionales del derecho internacional han sufrido modificaciones en su aplicación al derecho internacional de los derechos humanos, pues al haber sido elaboradas para reglamentar y conciliar los intereses recíprocos de los Estados, no se ajustan a sus requerimientos y necesidades.

El DIDH por su origen puede ser consuetudinario y convencional. Sus normas convencionales están contenidas en los tratados de derechos humanos, *v.g.* los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

2.1 El derecho convencional del DIDH

El número de los tratados de derechos humanos crece día tras día, tanto en el ámbito universal como en los ámbitos regionales. Este proceso, que se inició con la conceptualización de los derechos de las minorías, continuó con los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales, culturales; la protección de determinados derechos como la vida, la integridad personal, entre otros. Hoy en día, la tendencia es la protección de determinados grupos humanos vulnerables a pesar de contar con un marco general de protección, como el caso de las mujeres, niños, discapacitados etc. Los jovenes constituyen un grupo humano vulnerable que hasta la fecha no han recibido un tratamiento especial pese a los esfuerzos de la Comunidad Internacional.

Los tratados de derechos humanos poseen particularidades que los distinguen de los tradicionales. En estes últimos – sean bilaterales o multilaterales – los Estados persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas.[6] Los tratados de derechos humanos están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derecho y libertades del ser humano,[7] instrumentan una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.[8]

Salcedo, en el derecho internacional contemporáneo son normas de *ius cogens* las relativas a la existencia de derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, el Derecho de los pueblos a su libre determinación, la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el arreglo pacífico de las controversias internacionales, la igualdad de los Estados, el principio de no intervención en sus asuntos de jurisdicción interna de los Estados, la inviolabilidad de los diplomáticos y de las embajadas. Citado por José B. Acosta Estévez, ob. cit., p. 5.

(6) Carrilo Salcedo Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público.* Madrid : Tecnos. p. 108.

(7) Corte IDH. OC 1/81, párrafo 24.

(8) Corte IDH. Caso Soering, 7 de julio de 1989, párrafo 87.

En particular sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión etc. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".[9]

2.2 Las normas consuetudinarias del DIDH

Las normas consuetudinarias del derecho internacional, que pueden ser definidas como la práctica generalizada de los Estados observada como si fuera derecho, fueron y son la principal fuente del Derecho Internacional. En el DIDH, la costumbre también juega un rol fundamental en su desarrollo progresivo.

Las normas consuetudinarias del DIDH las encontramos en los tratados y en las resoluciones de los organismos internacionales, denominadas "declaraciones", *v.g.* la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos de los Impedidos, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial etc.

Oppenheim señala el vínculo entre la costumbre y los tratados, al referir que "los tratados se interpretan, en caso de duda, acudiendo a la costumbre internacional".[10] Para Eduardo Jiménez de Aréchaga, quién fuera juez de la Corte Internacional de Justicia, las normas consuetuedinarias y convencionales del derecho internacional no son dos fuentes separadas e independientes, dado que una norma contenida en un tratado puede ser o llegar a ser una norma consuetudinaria.[11] Agrega que, durante la última década, la Corte Internacional ha tenido que enfrentarse prácticamente, en cada caso, con lo

(9) OC 2/82, párrafo 29.

(10) L. Oppenheim. *Tratado de derecho internacional público.* 8. ed. inglesa, traducida al español. Barcelona : Bosch, 1961. p. 26.

(11) Eduardo Jimenez de Arechaga. *El derecho internacional contemporáneo.* Madrid : Tecnos, 1980. p. 18-28. Véase G. Tunkin et alii. *Curso de derecho internacional.* Moscou : Progreso, 1980. p. 78. Tunkin señala "el tratado y la costumbre no están en contradicción como fuentes del Derecho Internacional. Por el contrario, existe una interacción entre ellos, se complementan". Véase también: Nicolás Pierola Balta. "La costumbre: fuente del derecho". In Nicolás Pierola Balta y Carolina Loayza. "Derecho internacional público". Materiales de enseñanza. Lima : Universidad de Lima, 1997. p. 35-41.

que se ha llamado "medusa amorfa pero formidable de Derecho Internacional Consuetudinario".[12]

La Corte Internacional de Justicia, en el Caso de Plataforma Continental del Mar del Norte, ha reconocido o atribuido a los tratados efectos en relación a la formación de la norma consuetudinaria. Estos efectos pueden adoptar tres formas: efecto declarativo, efecto cristalizador y efecto constitutivo o generador.[13] En el primer caso, la norma convencional es nada más que "la declaración, la expresión formal y por escrito de una norma del derecho consuetudinario ya existente". En consecuencia, la disposición del tratado no es más que la codificación o enunciación de una norma consuetudinaria en vigor. En el segundo caso, la disposición del tratado puede constituir "la primera formulación en un texto de una costumbre (...) que se hallaba (...) *in statu nascendi* (norma en vía de formación)" y, como consecuencia de su incorporación en un tratado, "cristaliza una norma jurídica de carácter consuetudinario". En este caso, la disposición del tratado, en el momento de su adopción, es una propuesta de *lege ferenda*, que puede constituir el punto de partida de una práctica posterior uniforme de los Estados que lo transforme en una regla de derecho consuetudinario.

En principio, las resoluciones de los Organismos Internacionales constituyen recomendaciones y carecen *per se* de fuerza vinculante; sin embargo, sus disposiciones pueden ser obligatorias para los Estados, en tanto posean origen consuetudinario.[14] Ello, sin perjuicio, posean fuerza obligatoria en tanto normas internas, pues algunos Estados, como el Perú y Brasil, las han incorporado a su derecho interno en forma expresa o tácita. Ese es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que el Perú aprobó como si fuera un tratado, mediante Resolución Legislativa 13.282, de 9 de diciembre de 1959, y cuyas disposiciones fueron además incorporadas taxativamente en la Constitución Peruana de 1979 como de 1993.

2.3 El DIDH como garantía colectiva de los derechos humanos

El DIDH otorga a los individuos, a la persona humana *ius standi*[15] para formular peticiones o comunicaciones por violación de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, tratados e declaraciones de los organismos suprunacionales. Así, la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social, órgano principal de la Organización de Naciones Unidas tiene competencia para recibir denuncias individuales que aleguen violación de

(12) Idem, ibidem. p. 13.

(13) Ibidem, p. 19 y 20.

(14) Ibidem, p. 38 et seq. Jiménez de Aréchaga recurre a los mismos criterios utilizados para establecer la relación tratado-norma consuetudinaria, en su análisis de los efectos de las resoluciones de los Organismos Internacionales, principalmente de la Asamblea General de Naciones Unidas, expuestos supra, los que compartimos.

(15) Capacidad procesal.

los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.[16] El Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y facultado por el Protocolo Facultativo a dicho Pacto, tiene competencia para conocer de las peticiones individuales que se le formulen y aleguen violación de los Derechos Humanos consagrados en el Pacto. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial está facultado para recibir y resolver las denuncias por violación de los derechos en la citada Convención. El Comité contra la Tortura, órgano de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos inhumanos, humillantes y degradantes, está facultado para conocer denuncias de personas por alguna violación de los derechos consagrados en tal convención, como el crimen de la tortura etc.[17]

En el Sistema Regional Americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano principal de la Organización de Estados Americanos, está facultada para recibir denuncias individuales por violación de los Derechos consagrados en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre contra los Estados miembros. En tanto mecanismo de supervisión del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión está facultada para recibir denuncias individuales por violación de los derechos consagrados en la citada Convención contra los Estados Partes. La doble función de la Comisión está orientada a garantizar la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos del continente americano.

Estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en la solución de las controversias planteadas por individuos contra un Estado por violación de sus Derechos Humanos, dictan resoluciones o emiten informes y formulan recomendaciones, que deben ser observados y cumplidas por los Estados de conformidad con los Principios *pacta sunt servanda* y de Buena Fe.[18] Para el Comité de Derecho Humanos, según el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "los Estados partes se han comprometido a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción los

(16) El procedimiento fue previsto en la Resolución 1503ECOSOC.

(17) El Perú depositó el Instrumento de Ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, otros tratos inhumanos, humillantes y degradantes el 7 de julio de 1988, entrando en vigencia para el Perú un mes después. El Perú no efectuó la declaración aceptando la competencia del Comité contra la Tortura para tramitar comunicaciones individuales.

(18) Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Fondo, párrs. 80 y 81. "80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función *"promover la observancia y la defensa de los*

derechos reconocidos en el citado Pacto, sin distinción alguna". Agrega que, "al convertirse en parte del Protocolo Facultativo, el Estado Parte reconoció la competencia del Comité para determinar si hubo o no violación del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto.[19]

Es un principio de Derecho Internacional que todo Estado debe tener la oportunidad de poder reparar por sus propios medios, en el marco de su derecho interno, las violaciones a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. De este modo, los tribunales nacionales constituyen el primer recurso del individuo contra la violación de sus derechos y libertades fundamentales. El Estado, cuyo fundamento es el bien común de los gobernados, es el que tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos "mediante un sistema jurídico, político e internacional adecuado para tales fines".[20]

En principio, las instancias tienen una naturaleza subsidiaria y solo operan cuando no se alcanza protección de los derechos humanos a través de los mecanismos nacionales. De esta forma, los tribunales nacionales juegan un rol fundamental en la protección de los derechos humanos, para determinar el agotamiento de los recursos y el inicio de la atuación de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En este contexto nos preguntamos, ¿dónde se ubica la normatividad internacional de derechos humanos en el sistema jurídico de un Estado?

En materia de derechos humanos, el derecho internacional y derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales.[21]

3. Ámbito de aplicación del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos

Los derechos humanos, hoy en día, son una materia común al Derecho Internacional y al derecho interno.[22]

derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 51 y 111). 81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "*para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes*", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes".

(19) Comite de Derechos Humanos. Caso 577/94. A favor de Víctor Alfredo Polay Campos. Dictamen de 6 de noviembre de 1997, párr. 10.

(20) CIDH Informe 1/96. Caso 10.559 (Perú). En Informe anual 1995, p. 162-163.

(21) Ariel E. Dulitsky. "La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado". *Justicia y derechos humanos*. Materiales de lectura. CEAS, Lima, 1998. p. 54.

(22) Idem, ibidem.

El derecho estatal se aplica en el territorio del Estado, en tanto que el derecho internacional se aplica en el territorio de los Estados. Es a través del derecho constitucional que se "recepcionan" o 'integran" las normas internacionales al derecho de los Estados.[23] Es en el derecho constitucional donde se evidencia la posición doctrinal que los Estados asumen respecto a las relaciones entre el Derecho Internacional, intiéndase Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.

La doctrina tradicional sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos sistemas de normas diferentes, separados, independientes uno de otro, por lo que al no entrar en contacto no entran en conflicto. De tal modo que las normas de derecho internacional requerirán para su aplicación el ámbito interno de una norma de recepción o de conversión que transforme la norma internacional en derecho interno. Así transformada, será aplicada en el ámbito interno, estableciéndose relaciones jerárquicas con las demás normas internas.

A esta teoría dualista,[24] la teoría pura del derecho de Hans Kelsen le opone una construcción monista o monástica. La teoría pura concibe el derecho como un todo, como un solo sistema de normas donde coexisten dos subsistemas jurídicos, en la que el derecho internacional actúa como límite del derecho estatal.

Para la teoría dualista, la validez del derecho internacional es independiente de la validez del derecho nacional.[25] Sin embargo, la práctica, específicamente en materia de derechos humanos, nos demuestra que el derecho internacional para ser eficaz debe ser válido en unión con el derecho nacional, al mismo tiempo.

La validez simultánea de dos subsistemas de normas que regulen la conducta humana – derecho internacional y derecho nacional –, que puedan contradecirse o entrar en conflicto, supone la existencia de un solo sistema jurídico, tal como propone la teoría monista, planteándose el problema de la supremacía del derecho internacional o del derecho nacional.

3.1 Supremacía del derecho nacional

Si partimos de la premisa de la supremacía del derecho nacional en el ámbito interno, ésta sólo será posible si el Estado reconoce al derecho internacional como válido y obligatorio para sus órganos, a través de su reconocimiento expreso o tácito, *v.g.* en su Constitución, jurisprudencia o práctica. Así, el derecho internacional formará parte del derecho nacional, y su validez se localizará en éste.[26] De lo que se colige que el derecho nacional tendrá supremacía

(23) Dependerá de la Teoría que adopte respecto a las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional – dualista o monista.

(24) Los máximos exponentes de la tesis dualista fueron dos representantes del positivismo jurídico: Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti.

(25) En tanto sus fuentes, sus sujetos, relaciones y ámbito de aplicación son distintos.

(26) La soberanía del Estado es entendida como la creencia que el sistema de normas del derecho nacional, no se deriva de un orden superior. En todo caso el orden jurídico superior es el orden jurídico nacional, estatal.

sobre el derecho internacional, la que se sustentará en la soberanía del Estado. De este modo, la voluntad del Estado se constituirá en razón o fundamento para la validez del derecho internacional.

3.2 Supremacía del derecho internacional

En cambio, si partimos de la premisa que el derecho internacional es un orden normativo válido por sí mismo, la validez del orden jurídico nacional debe buscarse en el derecho internacional, en el principio de la eficacia, que propone que si el gobierno de una comunidad ejerce control efectivo sobre sus miembros y es independiente de los órganos de otras comunidades análogas, debe ser considerado legítimo y la comunidad sujeta a ese gobierno debe estimarse como un Estado para el derecho internacional. Así el derecho internacional legitima al orden jurídico nacional como válido dentro de determinado ámbito territorial y temporal.[27]

Si el derecho internacional se supone superior al derecho nacional, es decir, tiene primacía respecto a él, la obligatoriedad y primacía de las normas internacionales deberá encontrarse en una norma fundamental de ese ordenamiento jurídico.[28]

Si nos preguntamos ¿por qué es válido un tratado?, la respuesta es: porque una norma general de derecho consuetudinario – aceptado por los Estados – consagra que los Estados deben comportarse de conformidad con los tratados firmados por ellos (principio *pacta sunt servanda*).

Si, desde el positivismo jurídico se pretende cuestionar la validez del derecho internacional consuetudinario, la respuesta única posible es que los actos estatales en su significado subjetivo y objetivo constituyen la costumbre estatal. En consecuencia, los Estados deben comportarse como consuetudinariamente se comportan. Esta es una norma fundamental del derecho internacional.

3.3 Práctica internacional

Las constituciones de los diversos Estados han consagrado una u otra teoría – dualista o monista. Así, una Constitución es dualista si exige que la norma internacional, para ser aplicada en su ámbito interno, requiere ser transformada en derecho nacional; en tanto es monista si plantea o prescribe que el derecho internacional forma parte del derecho nacional.

(27) Hans Kelsen. *Introducción a la teoría pura del derecho.* Editado por Domingo García Belaúnde. Impreso por Ediciones Luis Alfredo, Lima, 1993. p. 85-95. Véase también Nicolás de Pierola Balta y Carolina Loayza, op. cit., p. 178-179.

(28) Idem, ibidem.

Sin perjuicio de la teoría que acoja el Estado en su derecho interno – monista o dualista –, la práctica internacional demuestra que el derecho internacional no toma partido por ninguna de las teorías, dejando la cuestión de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, al primero.[29] Sin embargo, en caso de conflicto, el derecho internacional prevalece sobre los derechos internos, pués "los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno".[30] Así, más allá de toda discusión doctrinaria, en el ámbito internacional y en el contexto de las controversias internacionales, la práctica y la jurisprudencia internacional resuelven la cuestión pronunciándose por la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional fundado en los Principios *Pacta sunt servanda* y de Buna Fe, piedra angular donde descansa la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico internacional y del DIDH.[31]

(29) Mencionaremos algunos ejemplos del Derecho Comparado. La Constitución de los Estados Unidos en su artículo VI, sección 2 dispone: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dicten con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observalos, no obstante cualquier disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado". Domingo Acevedo señala que "la Constitución de los Estados Unidos considera a las leyes federales y a los tratados en un mismo plano en el ordenamiento jurídico interno y, por tanto se aplica el que fuere posterior en el tiempo, ... En consecuencia, ... un tratado puede dejar sin efecto las disposiciones de una ley anterior e inversamente una ley posterior puede modificar un tratado anterior". En Domingo Acevedo. "Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno". *Revista IIDH* 16, jul.-dic., 1992. p. 143-144. El artículo 133 de la Constitución de México dispone "Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones de los Estados". Los Tratados sólo serán Ley Suprema cuando se conformen con la Constitución. Ibidem. La Constitución Argentina luego de la reforma Constitucional de 1994 consagró la supremacia del tratado sobre las leyes en su artículo 75.° (22), abandonándose la práctica establecida en la jurisprudencia anterior de no reconocer "prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional". Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22) Aprobar o desechar tratados concluídos con las demás naciones y Organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) En: Carolina Loayza. "Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial". *Diálogo con la Jurisprudencia.* Año II, n. 3, Lima, p. 31.

(30) Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998, párr. 168.

(31) Julio Barberis. *Fuentes del derecho internacional.* La Plata : Platense, 1983. p. 109-110. Barberis señala que "La regla *pacta sunt servanda* es una de las más

Bajo el fundamento de la naturaleza consensual del Derecho Internacional que nace de los acuerdos de los Estados y que un Estado no puede unilateralmente limitar sus obligaciones internacionales, los laudos arbitrales dictados en el Asunto Montijo (1875) y en el Asunto Pinson (1928) establecieron que:

"Un Estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir obligaciones que le incumbe por el Derecho Internacional."[32]

En la misma línea, la Corte Permanente de Justicia Internacional en múltiples sentencias ha consagrado el Principio que "un Estado no puede invocar su legislación interna para fundamentar el incuplimiento de una obligación internacional" Así, en el Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya (Francia contra Suiza) dijo:

"Francia no puede apoyarse en su propria legislación para limitar sus obligaciones internacionales."

Y que, "el incumplimiento de los requisitos internos puede entrañar la invalidez del tratado como legislación interna (...) pero no menoscaba la validez del tratado en derecho internacional".[33]

En la setencia sobre el Asunto de los Súbditos Polacos en el Dantzing, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: "un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los Tratados en vigor.

importantes normas consuetudinarias. Ella autoriza a los Estados miembros de la Comunidad Internacional a concertar tratados para regular sus conductas recíprocas. La validez del derecho convencional se funda sobre la norma *pacta sunt servanda*". Michael Virraly citado por Julio Barberis, ob. cit. p. 113 considera que la derogación del Principio de la Buena Fe es logicamente imposible. Véase también Mosler H. "General principles of law". In Bernhart (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 7 (1984), p. 103. Además véase Nicolás de Pierola Balta y Carolina Loayza. "Los principios generales de derecho de la buena fe y el estoppel y la regla del agotamiento de la jurisdicción interna en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos". *Gaceta Jurídica,* jul., 1994, Sección Actualidad Jurídica, p. 80. Véase también, Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de fondo, párr. 80.

(32) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 237 (Caso Pinson). Ambos son citados por Ernesto De La Guardia. *Derecho de los tratados*. Abaco de Rodolfo, Buenos Aires : Depalma, 1997. p. 198.

(33) CPJI, Ser. A/B, n. 46, 167. "En consecuencia cuando un representante que según el derecho internacional sea competente para comprometer al Estado exprese por alguno de los procedimientos establecidos el consentimiento de Estado en obligarse por un tratado, *ha de considerarse en derecho internacional que el Estado queda obligado por el tratado*. Conforme a esa opinión, *el incumplimiento de los requisitos internos puede entrañar la invalidez del tratado como legislación interna* y hacer que al representante se le apliquen las disposiciones del derecho interno como consecuencia de sus actos, *pero no menoscaba la validez del tratado en derecho internacional* siempre que el representante haya actuado dentro de sus

Un Estado no puede alegar ante el Tribunal que el incumplimiento de sus obligaciones internacionales o la violación de un tratado internacional es debido a su Constitución o a los actos de sus órganos legislativos, judiciales o administrativos".[34]

La Corte Internacional de Justicia ha seguido la línea conceptual establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional. En los Casos Nottebohm, Templo del Preah Vihear y en el Asunto de la Factoría de Chorzow, entre otros, la Corte Internacional de Justicia estableció idénticos conceptos. En el último caso citado, la Corte señaló: "Es el Derecho Internacional y no el Derecho Interno de los Estados el que da las pautas a través de las cuales se determina la licitud de las conductas de éstos".[35]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también la continúa. En su Opinión Consultiva OC 14 de 9 de diciembre de 1994, "Responsabilidad Internacional del Estado por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención y la Responsabilidad Internacional del Estado",[36] la Corte Interamericana dijo:

"La pregunta sólo se refiere únicamente a los efectos jurídicos de las leyes, desde el punto de vista del derecho internacional ya que a la Corte no le corresponde pronunciarse sobre los mismos en el ámbito interno del Estado interesado, esta determinación corresponde a los tribunales internos, una cosa diferente ocurre respecto a sus obligaciones internacionales, una cosa diferente ocurre cuando se trata de normas internacionales como por ejemplo los derechos humanos, donde la responsabilidad se deriva de su incumplimiento.

Según el Derecho Internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho aplicados aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional[37] (énfasis agregado)."

facultades dentro del derecho internacional". In De la Guardia y Delpech. *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969.* Buenos Aires : La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1970. p. 284. Véase también Pedro Pablo Camargo. *Tratado de derecho internacional.* t. I. Bogotá : Temis, 1983. p. 149; M. G. Monroy Cabra *Derecho de los tratados.* Bogotá : Temis. 1978. p. 95.

(34) CPJI. Ser. A/B, N. 44, 24. Véase José Antonio Pastor Ridruejo. *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Haya. Sistematización y comentarios.* Madrid : RIALP, 1962. p. 25 y 28.

(35) Véase: José Antonio Pastor Ridruejo. Ob. cit., p. 25-28.

(36) Opinión Consultiva solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito del artículo 140 de la Constitución Política del Perú de 1993, que amplía las causales de pena de muerte, respecto de la Constitución de 1979.

(37) Opinión Consultiva solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tomando como base la ampliación de las causales de la pena de muerte por la Constitución peruana de 1993.

Acorde con esta jurisprudencia, la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en su art. 27, consagra:[38]

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

El fundamento de la posición internacional de la primacia del derecho internacional es que las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de voluntad y de la actividad estatal, al igual que las decisiones judiciales y medidas administrativas en los Asuntos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, la Corte Permanente de Justicia internacional dijo:

"Para el Derecho Internacional y para la Corte que es órgano de éste, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales y las medidas administrativas."[39]

Estos hechos o manifestaciones de voluntad Estatal pueden violar los tratados y en consecuencia las obligaciones que de el se deriven, sin perjuicio que esté o no en conformidad con su legislación interna. Así, en su Opinión Consultiva OC 13 de 16 de julio de 1993, "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos", la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

"Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional, específicamente la Convención (Americana sobre DH). En este caso, pueden hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2.°. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él se exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas no se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos."[40]

4. Tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional

Las constituciones contemporáneas en relación al tema de los derechos humanos, se inspiran en las normas internacionales, específicamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos, concediendo, en algunos casos, un tratamiento especial o diferenciado a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos.[41]

(38) Esta norma tiene un valor consuetudinario, tal como lo establecido la jurisprudencia internacional, antes citada.

(39) CPJI, Serie A, n. 7, p. 22, Mayo 15, 1926. Véase Pedro Pablo Camargo. Ob. cit., p. 149; Hugo Llanos Mansilla. *Teoría y práctica de derecho internacional público.* Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1990. p. 447. Esta posición de la CPJI fue confirmada por la CIJ, sentencia de 1955, p. 35, 36, 51.

(40) Corte IDH. Opinión Consultiva OC 13/93, párrafo 26.

(41) Ariel Dulitzky. Ob. cit., p. 55.

La Constitución Peruana de 1979 en su artículo 2.°, al igual que la Constitución de 1993, enuncia los derechos que consagra la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 105 de la Constitución de 1979 ortorgó a los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional. Si bien, no existe norma similar en la Constitución de 1993 vigente, su 4.ª disposición final y transitoria, que es lo que la doctrina llama cláusula interpretativa, otorga a los operadores jurídicos pautas concretas acerca de cómo interpretarse los derechos humanos reconocidos en la Constitución, remitiendo expresamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.[42]

En virtud de la dinámica del Derecho Internacional, que compreende al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Constituciones también han optado por incorporar una cláusula que permite incluir en el derecho interno los derechos humanos no expresamente declarados en el texto constitucional y que se vayan conceptualizando en el ámbito internacional, evidenciando la subordinación, al menos en el tema de los derechos humanos, del derecho nacional al derecho internacional.

El artículo 3.° de la Constitución Peruana de 1993 incluye este tipo de cláusula.[43]

La Constitución de Bolivia, en su artículo 35,[44] la del Brasil, en su artículo 5.2,[45] la de Guatemala, en su artículo 44,[46] la de Honduras, en su artículo 63,[47] la

(42) "Cuarta disposición final y transitoria – Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."

(43) "Artículo 3.° – La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del Hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

(44) "Artículo 35 – Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno."

(45) "Artigo 5.°, 2 – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte."

(46) "Artículo 44 – Derechos inherentes a las personas. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humama (...)."

(47) "Artículo 63 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas que nacen de la soberanía, de la forma republicana de gobierno y de la dignidad del hombre."

de Paraguay, en su artículo 80,[48] la de República Dominicana, en su artículo 10,[49] la de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 72,[50] la de Venezuela, en su artículo 50.[51]

La naturaleza distinta o diferente de los tratados de derechoss humanos respecto a los tratados clásicos ha llevado a los Estados, a través de sus Constituciones, a establecer mecanismos especiales de aprobación y/o denuncia de estos tratados. Así, por ejemplo, la Constitución Peruana exige para la ratificación o denucia de estos tratados la aprobación legislativa en sus artículos 56.1 y 57, 3.° párrafo.[52] La Constitución de Colombia en su artículo 164 dispone la prioridad de los proyectos de ley aprobatorios de tratados de derechos humanos. La Constitución Argentina, en su artículo 75, inciso 22, dispone el mecanismo de mayoría calificada para incorporar un tratado de derechos humanos rango constitucional, respecto a la denuncia de los tratados de derechos humanos, está condicionado a la aprobación de las dos terceras de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la Constitución del Paraguay dispone, en su artículo 1.421, que los tratados de derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos para la enmienda.

5. Interacción del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos

El respeto y garantía de los derechos humanos es la función primordial del Estado. La Constitución Peruana, en sus artículos 1.° y 44.°, lo establece en los siguientes términos:

(48) "Artículo 80 – La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidade humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía."

(49) "Artículo 10 – La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza."

(50) "Artículo 72 – La enumeración de derechos, deberes y garantías hechos por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno."

(51) "Artículo 50 – La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella (...)."

(52) "Artículo 56.1 – Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos (...)."

"Artículo 57 – (...) La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste."

"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

"Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación."

La protección internacional de estos derechos humanos y la capacidad procesal internacional del individuo están reconocidos expresamente en la Constitución Peruana de 1993, artículo 205.[53] Dicha norma, al reconocer el derecho de toda persona de recurrir a organismos supranacionales cuando considere que sus derechos no han sido amparados por los órganos jurisdiccionales internos, consagra la existencia de una interacción entre los órganos supranacionales y los tribunales nacionales en cuanto a la protección de los derechos humanos, basado en los principios de complementariedad y subsidiaridad de los mecanismos internacionales de protección de tales derechos.

Otro aspecto de la interacción del derecho nacional y del DIDH está en que los derechos humanos que consagra y reconoce el derecho nacional deben ser interpretados de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos – declaraciones y/o tratados.[54]

Resulta también importante lo referido a la aplicación y efectividad de los tratados de los derechos humanos en el territorio del Estado, habida cuenta que éstos forman parte del derecho nacional tal como lo establece el artículo 55 de la Constitución peruana. Debe tenerse en cuenta que las normas del derecho internacional y, en consecuencia, del DIDH, pueden ser operativas o programáticas. En virtud de ello, los tratados de derechos humanos incorporan disposiciones por las cuales los Estados se obligan – expresamente –[55] a dictar las normas internas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que dichos tratados consagran, como por ejemplo el artículo 2.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El cumplimiento de esta obligación es objeto de la supervisión por los órganos supranacionales de derechos humanos a través de la presentación de informes periódicos por los Estados partes o mediante informes anuales de situación de los derechos humanos de los Estados partes a dichos organismos.[56] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la extensión de dicha obligación en el sentido que compreende no sólo dictar medi-

(53) "Artículo 205 – Agotada la jurisdicción interna, quién se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recorrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte."

(54) Véase supra.

(55) Los Estados parte de un tratado se obligan a cumprirlo (principio *pacta sunt sevanda*). Un aspecto del cumplimiento de tales obligaciones es dictar las medidas legislativas necesarias que posibiliten dicho cumplimiento.

(56) Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Artículo 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y

das legislativas, sino también dejar de dictar aquéllas que se opongan a sus obligaciones internacionales contraídas en el marco de la citada Convención.[57]

Un último aspecto que podemos anotar respecto a la interacción entre el derecho nacional y el DIDH, es el caso de cumplimiento de las recomendaciones y/o sentencias de los orgasnismos supranacioales de protección de los derechos humanos. Si bien, en países como el Perú, pese a existir disposiciones expresas que ordena su cumplimiento,[58] en la realidad es casi una regla que dicho cumplimiento no se verifique, ese es el caso de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tenemos conocimiento que en una sóla oportunidad y excepcionalmente se cumplió con una resolución del Comité de Derechos Humanos.[59] Por ello, nos referiremos principalmente al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[60] específicamente del caso Loayza Tamayo, de 17 de septiembre de 1997.[61]

5.1 El caso Loayza Tamayo

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos además de establecer la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana, concretamente de los derechos a la libertad (art. 7), a la integridad personal (art. 5), a las garantías judiciales (art. 8.1

atribuciones: (...) b. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que las disposiciones apropriadas para fomentar el debido respeto a esos derechos (...). d. Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos".

(57) Corte IDH. Opinión Consultiva OC 13/93, párr. 26.

(58) Artículo 40 de la Ley 23.506 Ley de Acción de Habeas Corpus y de Amparo, y artículo 151 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(59) Comité de Derechos Humanos. Comunicación 203/1986 de 31 de enero de 1986. Caso de Rubén Toribio Muñoz Hermoza contra el Perú.

(60) De las tres sentencias dictadas por la Corte Interamericana contra el Perú, el Perú ha cumplido en dos oportunidades los mandatos de la Corte, las reparaciones en el caso Neyra Alegria y la libertad de María Elena Loayza Tamayo.

(61) El 27 de noviembre de 1998 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo. Dicha sentencia es la primera que se pronuncia en forma directa respecto a la legislación de un Estado parte y dispone su adecuación a la Convención Americana, asímismo y sin perjuicio de la existencia de un marco normativo nacional que impide investigar para sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos sufridos por la víctima, ordenó tales investigaciones disponiendo que el Estado peruano dicte las medidas legales necesarias para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte.

y 8.2), especialmente del principio del *non bis in idem* (art. 8.4), en el punto 5 de la parte resolutiva del fallo, ordenó al gobierno peruano poner en libertad a María Elena Loayza Tamayo, una ciudadana peruana que se encontraba privada de su libertad por una condena dictada por órganos jurisdiccionales peruanos.

Este es uno de los primeros casos en que un organismo jurisdiccional nacional se ha visto en la obligación de cumplir con un fallo de un tribunal internacional, más allá de los conceptos tradicionales de independencia y autonomía. Este fallo, dictado por la Corte el 17 de septiembre de 1997 y notificado al gobierno peruano el 20 del mismo mes, fue transmitido de conformidad con el artículo 151 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, los primeros días del mes de octubre, quien asignó el caso a una Sala Penal "sin rostro" de la Corte Suprema la que en su resolución de 14 de octubre de 1997 declara que, " respetuosa de la jurisdicción supranacional", formula apreciaciones respecto al fallo y expresa su desacuerdo "sobre el sentido y alcance del fallo" (sic) y "conceptúa que el Estado peruano, con las facultades que le confiere el artículo sesenta y siete de la Convención, formule demanda de interpretación...".

Los señores magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú no aceptaron que os órganos jurisdiccionales hayan violado la garantía jurisdiccional prevista en el artículo 8.4 de la Convención "referida al principio de la cosa juzgada o doble juzgamiento" (sic). Resulta por demás sorprendente la confusión conceptual en que incurren los señores magistrados de la Corte Suprema, órgano máximo judicial peruano, sobre la naturaleza y alcances de los Principios de cosa juzgada y de *Non bis in idem*.[62]

Asimismo, señalaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "... tampoco en los demás puntos del fallo de Corte Interamericana, no ha declarado la absolución de María Elena Loayza Tamayo ni ha dejado sin efecto la Ejecutoria Suprema de 6 de octubre de 1995 dictada por el órgano jurisdiccional común de la más alta jerarquía del Estado perunao; que, tampoco se precisa si esta decisión importa un sobreseimiento de la causa, un indulto judicial supranacional o una revisión supranacional".[63]

Agregan que "la sentenciada María Elena Loayza Tamayo no ha agotado la legislación interna (sic) al no haber interpuesto el recurso de revisión (...) que ponerla en libertad conlleva dejar en suspenso la ejecución de la pena impuesta por una sentencia con autoridad de cosa juzgada material; conforme al derecho interno (...) que tratándose de un condenado vivo sólo procede la extinción penal a) por amnistía, b) por indulto, c) por indulto especial según la Ley 26.655, d) por

(62) El principio de la Cosa Juzgada es un mecanismo procesal de defensa que impide reabrir un caso. El principio *non bis in idem* es uma garantía individual.

(63) Los organismos supranacionales en materia de derechos humanos, específicamente La Comisión Interamericana no es un tribunal de revisión, ni un tribunal de alzada, ni uma cuarta instancia. No corrige los errores de hecho o de derecho en que pudieran haber incurrido.

prescripción, e) por declaración de exención de pena, y f) por revisión fundada de sentencia...".

Resulta lamentable que los señores magistrados del "órgano jurisdiccional común de la más alta jierarquía de nuestro país" (sic) como se autodenominan, se refieran inadecuadamente a las reglas del agotamiento de la jurisdicción interna pretendiendo que lo que debe agotarse es la *legislación*, lo cual resulta un imposible jurídico. Lo que debe agotarse son los recursos, que provea la legislación para la protección del derecho conculcado, más no la legislación.

El señalar en forma expresa que se trata del órgano jurisdiccional "común" de la más alta jerarquía del Estado peruano nos lleva a la conclusión que existe otro órgano jurisdiccional que no es el ordinario y que también posee la más alta jerarquía en el Estado peruano. Los términos que son usados en la resolución que comentamos revelan, en el actuar de los señores magistrados de la Corte Suprema, o un descuido no justificado en el ejercicio de la función jurisdiccional o una deficiencia en los conocimientos básicos del derecho.

Luego de estas observaciones y objeciones citadas supra, a Corte Suprema resolvió:

• transcribir su resolución al señor Ministro de Relaciones Exteriores, "a fin de que, si lo tenía a bien el Estado peruano, haga uso de la facultad que le confiere el artículo 67 de la Convención Americana", y

• remitir los actuados a la Corte Superior para los fines a que se contrae el artículo 151 dela Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es decir, los señores vocales de la Corte Suprema solicitaron se consulte a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre cómo aplicar el fallo, sin perjuicio que el extremo de la sentencia que ordenaba la libertad de María Elena Loayza se cumpliera. Esta es una prueba del sometimiento del máximo órgano jurisdiccional del Estado peruano a un órgano internacional, específicamente, a un órgano jurisdiccional supranacional en materia de derechos humanos. Si los señores magistrados hubieran conocido la práctica y la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hubieran entendido que ninguno de estos órganos actúan como una cuarta instancia, un tribunal de revisión o de alzada, ni tienen competencia para corregir los errores de hecho o de derecho en que pudieran haber incurrido los tribunales ordinarios, así lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo,[64] y del mismo que lo hiciera la Comisión en el caso de Santiago Marzioni contra la

[64] Corte IDH. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo), párr. 94. "... de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de un tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que

Argentina,[65] pues los órganos supranacionales sólo tienen competencia para decidir si existe incompatibilidad entre una norma interna y la Convención Americana, para establecer si el Estado violó o no los derechos consagrados en la Convención Americana y formular recomendaciones para que se restituya el derecho conculcado y repare el daño ocasionado, tal como la Corte Interamericana señaló en el caso Genie Lacayo.[66] Tampoco es tribunal penal como lo señaló en los caso Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz,[67] por lo tanto no condena ni absuelve.

En la demanda de interpretación presentada por el Estado peruano de la sentencia de 17 de septiembre del caso Loayza Tamayo, se señaló que "la orden de la Corte de liberar a la señora Loayza fue irregular e ilegal", porque la señora Loayza "estaba cumpliendo una condena de 20 años de pena privativa de la libertad (...) que, de acuerdo a la legislación peruana, la ejecución de dicha pena sólo podría haberse interrumpido por su cumplimiento o por la concesión de un indulto". Agregó que, "en una nota de 20 de mayo de 1995, el Presidente de la Corte (...) señaló previa consulta con la Comisión Permanente, que la Corte no estaba facultada ni debía intervenir directamente en la toma de medidas judiciales o administrativas que competen a los órganos nacionales dentro de la jurisdicción interna de cada país". El Estado, además, solicitó a la Corte "aclarar cómo debe entenderse o interpretarse la orden de libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo de acuerdo con las disposiciones del derecho interno peruano".

El Gobierno peruano al solicitarle a la Corte Interamericana interpretar el derecho peruano a pedido del máximo órgano jurisdiccional peruano, aceptó que dicho órgano jurisdiccional internacional tenía competencia para ello.[68] Dicha

corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente".

(65) CIDH. Informe 39/96. Caso 11.673. Santiago Marzioni contra la Argentina, de 15 de octubre de 1996. Literal D, párrs. 48 et seq. Véase nota 59 supra.

(66) Corte IDH. Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 96. "Habiendo encontrado la Corte que se ha producido uma violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, se dispone que Nicaragua debe poner todos los medios a su alcance para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y, como consecuencia de esta obligación, debe procurar además el restablecimento del derecho conculcado y, en su caso, subsanar la demora objeto de la violación señalada".

(67) Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), párrs. 132-134.

(68) Uma nueva demanda de interpretación fue planteada por el Gobierno del Perú respecto de la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo. El 3 de junio de 1999, la Corte IDH rechazó la demanda en todos sus puntos excepto el referido a la consulta sobre el pago de impuestos respecto al monto que por concepto de honorarios profesionales debe abonar a la hermana y abogada de la víctima, suma que en opinión de la Corte no debe ser objeto de imposición tributaria alguna.

demanda fue declarada improcedente.[69] De haber efectuado la Corte Interamericana la interpretación solicitada, la Corte Suprema de nuestro país no hubiera tenido más alternativa que observar tal interpretación. Esta es una nueva prueba de la subordinación del derecho nacional al derecho internacional, al menos en cuanto al tema de los derechos humanos, asímismo de la interacción de ambos derechos.

En su sentencia, la Corte recordó al Estado peruano que sus sentencias son definitivas e inapelables, pero pueden ser interpretadas cuando exista desacuerdo sobre el sentido y alcance del fallo. Agregó que la interpretación del fallo implica la precisión de su texto no sólo en cuanto a los puntos resolutivos sino también en cuanto a la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de sus consideraciones. Para la Corte, una solicitud o demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido del fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutiva y, por tanto, no puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación, como es lo que pretendió el Estado peruano. Para la Corte, el pedido del Perú de que precise el alcance del dispositivo contenido en el párrafo 84 del fallo en cuanto estableció que "el Estado del Perú debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable" carece de objeto en virtud de que el Perú cumplió debidamente con esa parte de la sentencia al ponerla en libertad el 16 de octubre de 1997.[70] Con lo que se reafirma que la forma y modo de ejecutar una sentencia internacional corresponde y debe ser determinada por el derecho estatal. Lo que interesa al derecho internacional es que el fallo de un tribunal internacional se cumpla, evidenciando su supremacía frente al orden estatal.

La Corte Superior de Lima, por resolución de 14 de octubre de 1997, dispuso la remisión de los actuados al Juez Penal competente a fin de que ordene la inmediata libertad de María Elena Loayza Tamayo "en atención a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". El Juez del 28 Juzgado Penal de Lima ordenó el 15 de octubre de 1997 la inmediata excarcelación de María Elena Loayza Tamayo, la que se verificó el 16 de octubre de 1997.

La sentencia del caso Loayza Tamayo que comentamos se pronuncia, entre otros, en forma directa sobre la legislación interna de un Estado y la califica como violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"68. Ambos Decretos-leyes (25.475 y 26.569) se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente

(69) Corte IDH. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Caso Loayza Tamayo contra el Gobierno del Perú.

(70) Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Resolución de 8 de marzo de 1998. Solicitud de Interpretación de la sentencia de fondo, párr. 19.

dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la '*propia policía* (Dincote)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en ese aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana."

En tal sentido, la Corte en su sentencia de reparaciones en el mismo caso reiteró que "los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella", [71] y en la medida que los citados Decretos-leyes – 25.475 y 25.659 – fueron aplicados a la víctima y le causaron una lesión, dispuso que:

"El Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos."[72]

Por primera vez, la Corte no solo se pronunció sobre una disposición interna de un Estado sino que ordenó a éste "conformar" dicha legislación a sus obligaciones internacionales, dictando para ello las medidas internas "necesarias".[73]

Estas medidas legislativas pueden tener el efecto de modificar o derogar las normas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según sea el caso. En este contexto, y al ser las sentencias de la Corte Interamericana definitivas e inapelabes y estar los Estados partes obligados a cumprirlas, las facultades legislativas de un Estado estarían condicionadas a las obligaciones internacionales asumidas por este. Otro ejemplo en éste sentido, lo encontramos en el ya citado tantas veces caso Loayza Tamayo, sentencia de reparaciones, cuando la Corte dispuso: "que el Estado del Perú debe investigar

(71) Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones), párr. 162. La Corte cita el caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 97.

(72) Ibidem. Parte Resolutiva, "como otras formas de reparación", numeral 5, p. 50.

(73) En un caso anterior, el El Amparo, la Comisión en la etapa de reparaciones, solicitó a la Corte se pronunciara sobre la conformidad de uma norma interna con la Convención Americana. En su Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones), la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que no procedían "las reparaciones no pecuniarias ni pronunciamento alguno sobre la conformidad del Código de Justicia Militar y los reglamentos e instrucciones castrenses con la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En la parte considerativa de la sentencia que comentamos, la Corte "considera que, efectivamente, el artículo 54 del Código que concede al Presidente de la República la facultad de ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados cuando lo estime conveniente a los intereses de la Nación y ordenar el sobresimiento de los juicios militares en cualquier estado de la causa, no ha sido aplicado el presente caso. Las autoridades militares iniciaron y siguieron un proceso contra los responsables del caso El Amparo y el Presidente de la República nunca ordenó que no siguiera proceso ni

los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación".[74]

El pronunciamiento de la Corte amparó el pedido tanto de la víctima como de la Comisión, desechando los argumentos del Estado peruano en el sentido que: "dentro del marco del proceso de pacificación, aprobó los Decretos-leyes 26.479 y 26.492 mediante los cuales concedió amnistía general al personal militar, policial y civil (...) De acuerdo con el Estado, aún cuando las personas que detuvieron y juzgaron a la víctima hubiesen incurrido en responsabilidades administrativas, civiles o penales, no podrían ser juzgadas judicial o administrativamente en la actualidad en virtud de las leyes indicadas".[75]

La Corte señaló que: "la Convención garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la possibilidad de acudir la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encunbridores de violaciones a los derechos humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho iterno, como lo es en el caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia".[76]

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que la actividad legislativa estatal como cualquier actividad del Estado, mas aún tratándose de derechos humanos, se encuentra condicionada al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas voluntariamente por el Estado, estando válida y legalmente imposibilitado de invocar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplirlas.

Un aspecto que merece nuestra atención es el extremo de la sentencia de reparaciones que comentamos, que dispone que "el Estado del Perú debe adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno". A la fecha éste es el único extremo de la sentencia que ha sido cumplido por el Estado Peruano el 28 de mayo, la Sala de Terrorismo de la Corte Superior de Lima, declaró inejecutable la sentencia de esa instancia y de la ejecutoria dictada contra la señora Loayza y, en consecuencia, ordenó la anulación de sus antecedentes judiciales, penales y policiales, mandato que fue cumplido por el 28 Juzgado de Lima el 1.º de junio de1999.

que se sobreseyera". Es decir al no haberse aplicado la norma al caso submateria, la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre ella. Corte IDH. Caso El Amparo, Reparaciones, Parte Resolutiva, numeral 5 y párr. 58, respectivamente.

(74) Ibidem, numeral 6.

(75) Ibidem, Capítulo XIV. Deber de actuar en el derecho interno, párr. 167.

(76) Ibidem, párr. 168. Véase también notas 30, 31 y 32 supra.

A través del caso Loayza Tamayo, hemos podido apreciar que, además del cumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, por cuya inobservancia será responsable internacionalmente, los operadores jurídicos – jueces, fiscales, abogados etc. – juegan un rol fundamental para la aplicación de los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia. Los jueces están obligados a tomar en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la decisión de los casos que a ellos se sometan y los abogados deben invocarlos y exigir su aplicación a los tribunales en el ejercicio de la defensa y de los intereses de sus patrocinados.

5.2 El rol de los operadores jurídicos

Como hemos podido comprobar en el caso que comentamos, los tribunales nacionales se convierten en los garantes de los derechos humanos en dos momentos: antes del acceso a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y después de ellos.

En la práctica, la gran mayoría de jueces estatales en Latinoamérica tienden a ignorar los tratados de derechos humanos. Sin embargo, son ellos – los jueces – los que deberán implementar las decisiones de los organismos internacionales en casos concretos.

Nos preguntamos ¿a qué se debe la resistencia de los órganos jurisdiccionales a aplicar los tratados de derechos humanos y/o a cumplir las decisiones de sus órganos de supervisión? Ariel Dulitzky refiere los casos de Argentina, Costa Rica y Colombia, cuyos órganos jurisdiccionales han acogido en gran medida la práctica y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En el caso específico del Perú, como ya hemos señalado, las sentencias de la Corte Interamericana han sido cumplidas, específicamente en el caso Neyra Alegria respecto de la sentencia de reparaciones y en el caso Loayza Tamayo en relación a la libertad de María Elena Loayza – sentencia de fondo. Sin embargo, no se le borraron los antecedentes judiciales, penales ni policiales, lo que hoy forma parte de la sentencia de Reparaciones. En la actualidad se encuentran pendientes el cumplimiento de las sentencias de reparaciones en los casos Castillo Paéz y Loayza Tamayo. Ambas sentencias fueron dictadas en noviembre de 1998, y hasta la fecha no se ha dispuesto su cumplimiento, aún cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió las sentencias correspondientes el 21 de diciembre de 1998.

Respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o del Comité de Derechos Humanos, entre otros, se carece de información sobre el comportamiento del Estado, salvo casos específicos, como el caso Alan García, caso Jaime Salinas Sedó, caso Robles, Raquel Mejía, caso Chumbivilcas, todos ellos tramitados ante la Comisión Interamericana, a excepción del caso Rubén Toribio Muñoz Hermoza tramitado ante el Comité de Derechos Humanos, citado supra.

Desde nuestro punto de vista, el origen del problema – la resistencia de los jueces a cumplir las recomendaciones de los organismos internacionales – está en

que el derecho peruano se ubica en la concepción positivista. Así, las mayores dificultades tienen su origen en el actual marco legal interno. Podemos citar como ejemplo, que:

• la Constitución de 1993, a diferencia de la Constitución de 1979, no posee disposición o norma que establezca la primacía de los tratados en caso de conflicto con la ley, ni la jerarquía constitucional, ni de los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos y menos aún de éstos.

• asimismo, la Constitución en su Capítulo VIII del Poder Judicial y artículo 138 dispone que la potestad de administrar justicia se ejerce por el poder Judicial a través de sus órganos con arreglo a la Constitución y a las *leyes*. La norma no alude a los tratados. Nos preguntamos si la no mención de los tratados es la razón por la cual los jueces peruanos no los aplican, específicamente, cuando se refieren a los tratados de derechos humanos.

¿Cómo debemos interpretar el término *leyes* del artículo 138 antes citado? Consideramos que debe ser interpretado en su sentido lato y no en su sentido estricto. Entender como leyes sólo aquellas normas que emanan del Congreso, excluiría a otras normas que son dictadas por otros órganos con competencia legislativa, como los gobiernos locales, entre otros. Por lo tanto, el término *leyes* debe ser interpretado como el conjunto de normas que conforman el derecho nacional, el que está integrado además por los tratados – celebrados y en vigor – a tenor del artículo 55 de la Constitución Política. En consecuencia, los tratados deben entenderse incluidos en el término leyes del artículo 138 de la Constitución del Estado, sin perjuicio de no afectar su naturaleza jurídica distinta a las leyes en su sentido lato.

De otro lado, el artículo 200 de la Constitución de 1993 "pretende" otorgar a los tratados rango de ley al referirse a la acción de inconstitucionalidad. Conforme a dicho dispositivo, procedería la acción de inconstitucionalidad contra los tratados que contravengan la constitución, "en la forma y en el fondo" (art. 20, Ley 26.435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Los supuestos de inconstitucionalidad constituirían la contravención de la Constitución en el fondo o su no aprobación, promulgación o publicación en la forma prescrita por la Constitución. En principio, la propia Constitución prevé la posibilidad de que el tratado afecte disposiciones constitucionales, lo que no impide su celebración a condición de que se observe el procedimiento.

A esto se suma el hecho que se han dictado normas que pretenden dar a lo tratados fuerza constitucional, rango de ley o de Decreto Supremo, según sea el caso, como la Ley 25.397 del 23 de diciembre de 1991, y la Ley 26.647, normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento de los tratados celebrados por el Estado peruano de 18 de junio de 1996.

El tratado no es ni tiene rango de ley, es una norma internacional que nace del acuerdo de los sujetos de Derecho Internacional, Estados y Organismos Internacionales entre otros y no puede ser modificado ni derrogado en forma unilateral, a través de la decisión de un organismo estatal. Las obligaciones internacionales que los Estados han contraído voluntariamente no se suspenden

ni dejan de ser exigibles por la decisión individual de un Estado, a través de un acto de sus órganos jurisdiccionales. Su incuplimiento generará en el ámbito internacional la responsabilidad internacional del Estado y en consecuencia su obligación de reparar.

La controversia que se suscite como consecuencia del incumplimiento de una obligación internacional del Estado podrá ser objeto de reclamación internacional ante los órganos supranacionales cuya competencia nuestro país ha aceptado, ante los cuales el Estado no podrá alegar su derecho interno para fundamentar su incumplimiento, exonerarse o eximirse de la responsabilidad internacional.[77]

5.3 Competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre el derecho interno de los Estados

En la Opinión Consultiva OC 13, solicitada por los Gobiernos de Argentina y Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que la Comisión era competente para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherir a ella. Agregó que "muchas son las formas que un Estado tiene para violar la Convención, una de ellas es dictando leyes manifiestamente contradictorias con las obligaciones que emanan de la Convención Americana". El señalar la contradicción entre una ley y sus obligaciones que emanan de la Convención es competencia de la Convención.

En el caso específico del Perú, la Comisión, en diversos informes sobre la situación de los derechos humanos, le ha recomendado la adecuación de su legislación o la modificación de determinadas disposiciones constitucionales y legales para adecuarlas a la Convención Americana, específicamente de la legislación antiterrorista, así como de los artículos 2, párrafo 24, literales *g* y *f*, 140 y 173, entre otros. También le ha recomendado modificar su legislación a efectos de permitir a los jueces actuar con mayor independencia.

En dos casos individuales contra Argentina la intervención de la Comisión ha logrado la derogación de la ley del descatato, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, así como que se dicte una ley en el caso del señor Jorge Alberto Jimenez quién se encontraba privado de su libertad en un plazo que rebasaba el tiempo de condena establecido para el delito que se le imputaba, lo que violaba el artículo 7.5 de la Convención Americana. Es decir, el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o ser puesto en libertad, así como el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 8 de la citada Convención.

(77) Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, art. 27. "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

La práctica Argentina demuestra en los hechos que al menos el Gobierno de ese Estado que aceptó la competencia de la CIDH y de la Corte IDH, ajustan su conducta o legislación a sus obligaciones internacionales que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que de ninguna manera implica una violación a su soberanía o a la jurisdicción exclusiva del Estado en virtud de constituir una intervención en sus asuntos internos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene entre sus competencias la de formular recomendaciones a los Estados partes para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas, mas aún cuando éstas violen los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asímismo, para solicitar a los gobiernos una modificación de sus actos legislativos que violan en forma manifiesta los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

La Corte IDH, por primera vez en la sentencia sobre el fondo en el caso Loayza Tamayo, se refirió a la legislación de un Estado parte, a la legislación antiterrorista (Decretos-leyes 25.475 y 25.659) como incompatibles con el principio *non bis in idem*, que consagra el artículo 8.4 de la Convención Americana. Teniendo en cuenta este pronunciamiento, la Corte en su sentencia de Reparaciones, dispuso que el Estado Peruano debe dictar medidas internas para que la citada legislación se adecue a la Convención. La Corte se ha vuelto a pronunciar respecto a la misma legislación antiterrorista en la sentencia dictada el 30 de mayo de 1999 en el caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú. En el numeral 14 de la parte resolutiva de la sentencia se ordena al Estado "adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en dicha sentencia.[78]

Los jueces nacionales deben tener en cuenta los criterios establecidos por los órganos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos – *v.g.*, la Comisión y la Corte Interamericanos de Derechos Humanos –, con competencia para pronunciarse sobre su observancia y cumplimiento y, en consecuencia sobre su alcance.

5.4 Criterios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos por los órganos jurisdiccionales estatales

¿Qué criterios de interpretación deben observar los jueces y magistrados nacionales al aplicar la normatividad nacional e internacional sobre derechos hu-

(78) La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al caso Castillo Petruzzi y otros ha suscitado gran polémica en el Perú, originada por los funcionarios de Gobierno quienes opuestamente a lo dispuesto por la Corte, declararon en el sentido que no le iban a dar libertad a las víctimas de este caso,

manos? Debemos hacer presente que muchos de los criterios establecidos por los órganos supranacionales de derechos humanos se han inspirado o fundado en criterios de los jueces nacionales y principios de derecho interno. En este contexto, la interacción entre ambos sistemas jurídicos se da a través de un proceso de retroalimentación.

En la Opinión Consultiva OC 8/87, Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su parte considerativa citó el fallo dictado en abril de 1977 en el caso 1980 por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina, acogiendo un hábeas corpus, basado en el principio de razonabilidad.[79]

En el caso Neyra y otros, contra el Perú, más conocido como el caso "El Frontón", la Corte Interamericana respaldó sus conclusiones en los fundamentos legales expuestos en la parte considerativa del voto singular de cuatro Magistrados que representó el criterio mayoritario de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú,[80] para determinar el objeto, fin y eficacia del recurso de hábeas corpus.

En el caso Loayza Tamayo, la Corte se refirió a la sentencia del fuero militar para determinar el sentido técnico del término "absolución"[81] y sus efectos respecto al principio *non bis in idem.*

Sin perjuicio de lo antes expuesto, los órganos supranacionales de derechos humanos, expecíficamente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han delimitado el campo de sus competencias respecto a los tribunales nacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo contra Nicaragua en su sentencia de 13 de septiembre de 1997. Solicitud de revisión de sentencia, dijo "la Corte carece de competencia para subsanar violaciones a la Convención en el Derecho Interno, lo que corresponde hacer a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua".

Uno de los principios que informan a las normas internacionales de Derechos Humanos es el principio *pro homine.*

por tratarse de "terroristas". El Consejo Supremo de Justicia Militar ha declarado inejecutable dicha sentencia internacional mediante resolución de 11 de junio de 1999. El análisis de este será materia de nuestro próximo artículo.

(79) Corte IDH. Opinión Consultiva OC 8/87 del 30 de enero de 1987. "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos", párr. 41.

(80) Corte IDH. Caso Neyra Alegria y otros. Sentencia de 19 de enero de 1995 (fondo), párr. 81.

(81) Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), párr. 76.

6. A manera de conclusión

Establecida la relación entre organismos jurisdiccionales Estatales y órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, podemos concluir que los jueces y magistrados nacionales deben al aplicar la normatividad nacional e internacional sobre derechos humanos, así como los criterios de interpretación establecidos por los órganos supranacionales, por constituir ésta no sólo una obligación de derecho internacional sino de derecho interno. Estos organismos, específicamente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han delimitado el campo de sus competencias respecto a los tribunales nacionales, pues ella si bien determina si un Estado ha violado o no la Convención y dispone la reparación de la víctima, ella carece de competencia para subsanar violaciones a la Convención en el Derecho Interno, lo que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales nacionales.[82] De ahí el rol fundamental de los tribunales nacionales en la vigencia y efectividad de los derechos humanos.

[82] Corte IDH. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo), párr. 94. " ... de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de un tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional. Sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente".

1.3

LAS SUBVENCIONES ANTE LA EUROPA DEL SIGLO XXI – EL EJE BRUSELAS-BERLÍN

JOSÉ MANUEL BARREIRO ESCUDERO

SUMARIO: 1. Fraudes comunitarios: 1.1 Tipología; 1.2 Factores criminológicos – 2. Derecho penal y economía de mercado – 3. Fraude de subvenciones: modelo francés versus modelo alemán – 4. La armonización legislativa en materia de subvenciones: 4.1 Integración positiva: las cuatro libertades en la Unión Europea; 4.2 Instrumentos legislativos; 4.3 Protocolos adicionales – 5. Conclusiones.

Resumo: O artigo aborda com grande oportunidade a grave questão das fraudes nas subvenções públicas. Para estimular o desenvolvimento econômico, o Poder Público concede uma quantidade considerável de subvenções. Seja no momento de obtê-las, seja no momento de aplicá-las, pode haver fraude. Para incriminar essas fraudes existem, na Europa, dois modelos: o francês (que utiliza o tipo penal clássico do estelionato) e o alemão (que conta com um tipo especial – art. 264 do StGB). Nessa mesma linha: Portugal e Espanha. O autor propugna por uma harmonização legislativa européia, na esteira da opção alemã, e entende que essa deveria ser também a opção no direito penal do Mercosul.

Palavras chave: Fraude – Subvenção pública – Harmonização legislativa – Direito penal comunitário – Europa e Mercosul.

1. Fraudes comunitarios[1]

1.1 Tipología

En la actualidad el tema objeto del presente artículo adquiere una notoria importancia.

(1) Véase por todos: Allende Salazar. *La política comercial común autónoma de la CEE*, GJ de la CEE, 1986; Arroyo Zapatero. *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*; Ascani/Cannata. *Il sistema sanzionatorio comunitario e i raporti con il diritto interno*. Il Sole, 24 Ore, Milán, 1991; Capelli. *La direttive comunitarie*. Milán : Giuffrè, 1983; Coppi. "Apunti in tema de malversazione a danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazione pubbliche". Studi in onore di Giuliano Valssalli. Milán, 1991. vol. I; Delmas Marty. *Criminalité des affaires et Marché commun*. París : Económica, 1992; Falcón Tella. *Introducción al derecho financiero y tributario de las comunidades europeas*.

Desde una perspectiva política los fraudes comunitarios están mermando ostensiblemente los pilares sobre los que se asienta la estructura institucional de la Unión Europea. En clave económica los datos suministrados por la Comisión no pueden ser más elocuentes. El fraude detectado en el ámbito de las operaciones financieras vinculadas a la ejecución de programas comunitarios arroja un saldo global de 2.943 millones de euros (unos 490.000 millones de pesetas) en los últimos seis años. A esta cantidad astronómica habría que añadir la incidencia del denominado "fraude sumergido", siendo éste un factor implícito en la estructura de las economías de mercado de los Estados miembros.[2]

Bajo estos parámetros los fraudes comunitarios presentan una doble tipología. Por un lado, aquellos cometidos respecto a los ingresos de la Unión Europea que se reconducen fundamentalmente a eludir los derechos de aduana y las exacciones agrícolas.[3] Así, en aras a esbozar una política agraria común (P.A.C.) adecuada a los intereses supraestales se articulan diversos mecanismos para proteger los precios de los productos del mercado común.

Es el caso de los "prêlevements" o aranceles de cuantía variable que tienen por objeto equiparar el precio de los productos extranjeros al precio fijado en el interior del mercado común. El fraude se produce al eludir los correspondientes aranceles aduaneros al ser considerados como productos comunitarios sujetos al régimen de libre práctica.[4]

Por otro lado, los fraudes relativos a la ejecución del gasto comunitario, en cuyo marco el instituto subvencional constituye uno de los ejes sobre los que gira el sistema financiero europeo. En este sentido, la amplitud en la oferta de subvenciones, subsidios o desgravaciones que se desprende de los distintos programas comunitarios, avalada por la dimensión que ha adquirido la actividad pública de fomento de iniciativas privadas permite constatar la existencia de un amplio elenco de maquinaciones fraudulentas.

Por tanto se hace imprescindible fortalecer el arsenal represivo enraizado al acervo comunitario. Sin embargo la Unión Europea carece de *ius puniendi* en sentido propio.[5] Es decir no tiene potestad para crear o imponer sanciones

Madrid : Civitas, 1992; Martínez Pérez. "El fraude de subvenciones". *Comentarios a la legislación penal*. Madrid : Edersa, 1986, t. VII; Tiedemann. *Subventionkriminalität in der Bundesrepublk*. Hamburg : Reinbek, 1974.

(2) Informe de la Comisión Europea relativo a la lucha contra el fraude, 1996. p. 1-10.

(3) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, 1996. p. 4.

(4) El régimen de libre práctica está regulado en el art. 10 del TCEE, según el cual "se considerán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido en dicho Estado miembro las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualequiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles siempre que no se hubieran beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos".

(5) Esta cuestión no es baladí como lo demuestran las controversias habidas en diversos sectores doctrinales tanto a nivel nacional como comunitario. A modo de ejemplo

penales a los Estados miembros ya que no ha habido una cesión de competencias en materia penal por parte de éstos a la Unión Europea. De todos modos, la invocación al Derecho penal se produce como consecuencia de la famosa sentencia del "maíz griego".[6] Esta sentencia marca un punto de inflexión con respecto a la jurisprudencia anterior ya que se establece por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la necesidad de establecer sanciones "eficaces, proporcionales y disuasorias", lo cual ha tenido plasmación legislativa en el art. 209[7] del Tratado de Amsterdam a través del cual se amplia el mero principio de continuidad de intereses financieros entre los Estados miembros y la Unión Europea.[8]

1.2 Factores criminológicos

Según esta sentencia dos buques habían exportado en mayo de 1986 desde Grecia maíz yugoslavo declarando mediante la elaboración de numerosos documentos falsos que se trataba de maíz griego. Según el Tribunal de Justicia Europeo las autoridades griegas toleraron de forma intencionada esta actuación.

Este ejemplo da fé de la existencia de una delincuencia bien organizada que burla las fronteras, organiza redes, monta operaciones financieras, multiplica las ventajas y destruye las pistas, en particular recurriendo a numerosas empresas presentes de forma activa en el mercado europeo (depositarios, transportistas, transformadores, comerciantes...). Blanquean el producto de sus negocios a través de sociedades pantalla que utilizan redes bancarias diseminadas en numerosos centros financieros tanto dentro como fuera de la Unión Europea. El recurso a tales métodos viene marcado por un objetivo claro: instalar una serie de obstáculos que imposibiliten el trabajo al juez nacional.

encontramos diversos artículos en nuestro país: Martínez Pereda Rodríguez y Collado García-Lájara. "La protección jurídica de los intereses financieros de la Comunidad: derecho comunitario y derecho nacional". *Actualidad Penal* XXXVIII; Juana Peces. "Derecho comunitario y derecho nacional. El Tribunal constitucional como garante de la aplicación del derecho comunitario. Incidencia del derecho comunitario sobre las normas penales". *Actualidad Penal* XXX; Ruiz Vadillo. "El incipiente Derecho Penal comunitario". *Noticias de la Unión Europea* 119, diciembre de 1994; Ruiz Vadillo. "La relación entre los ordenamientos penales de los Estados miembros y del derecho propio de la Comunidad". *Noticias de la Unión Europea* 117, oct., 1994.

(6) *STJE* de 21 de septiembre de 1989, Rec. 89, p. 2.960.

(7) El artículo 209 A del Tratado de Amsterdam establece que los Estados miembros protegerán los intereses financieros de la Unión Europea con la misma intensidad que los suyos propios.

(8) Bacigalupo Zapater: "La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho Penal español". CPC, 1990, n. 41.

En efecto, la manera en que las organizaciones delictivan fraccionan sus tareas dificulta seriamente la aprehensión global de los comportamientos ilícitos. La propia Comisión Europea ha reconocido expresamente esta dificultad al precisar que "la complejidad de estas operaciones, que mezclan actividades legales raramente deja entrever en su totalidad la estructura delincuencial, así como sus efectos".[9]

Desde una óptica criminológica Nieto Martín[10] ha indicado como factor de primer orden la falta de espíritu comunitario por parte de las autoridades nacionales que puede ser corroborada a través de los informes anuales del Tribunal de Cuentas. Una explicación podría encontrarse en la sensación que revela la propia víctima, esa especial lejanía y artificialidad que provoca la Unión Europea y que pone de relieve el conocido fenómeno de neutralización de la víctima. Este autor destaca como víctimas de un buen número de fraudes los consumidores y el resto de los competidores perjudicados directa o indirectamente por este tipo de infracciones. Así, las denominadas *víctimas difusas*[11] tienden a acentuar este fenómeno.

2. Derecho penal y economía de mercado

La relación de correspondencia entre el Derecho y los fenómenos sociales tiene su sector más dinámico en el campo de las interrelaciones entre el Derecho y la Economía. No cabe duda de que la protección de los bienes jurídicos atacados por la criminalidad económica depende decisivamente del sistema económico y político, así como del momento histórico en el que se desenvuelven.

La cuestión que subyace a las directrices apuntadas se plantea de la siguiente manera ¿Cuál es la economía de mercado que el Derecho busca proteger? Una economía de mercado no puede ni debe implicar una ausencia total de la Unión Europea en el campo económico. Si bien se permite un amplio campo de acción a los agentes económicos (productores, distribuidores, consumidores...) para que de su accionar resulten las mejores condiciones de precios y productos para todos, el Estado tiene que dar las reglas del juego, es decir, encauzar el libre mercado. En caso contrario el sistema corre el peligro de ser destruido por sus propios agentes económicos.[12]

En consecuencia debe garantizarse mediante normas legales que la competencia se realice sin trabas (protección de la libertad de competir) y con medios leales (protección de la competencia leal). La actuación competitiva de los agentes económicos implica la utilización de una serie de instrumentos

(9) Informe de la Comisión Europea relativo a la lucha contra el fraude de 1996, p. 8.

(10) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, op. cit., p. 19.

(11) García-Pablos. *Manual de criminología.* Tirant lo Blanch, 1999. p. 15-17.

(12) Abanto Vasquez. *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, 1997. p. 21.

económicos de la vida moderna (subvenciones) que deben ser reglamentados y protegidos para el buen funcionamiento del sistema.[13]

En el ámbito del Derecho penal económico la economía de mercado implica libre competencia, si bien es preciso dotar al ciudadano europeo de una regulación jurídica que evite disparidades punitivas y, por ende, no afecte a los factores de producción. Así, la armonización se erige en la columna vertebral sobre la que se contruye el largo y costoso proceso de convergencia europeo.

En este sentido, la Comisión y el Consejo están legitimados para armonizar las legislaciones penales nacionales con distintos fines, bien sea bajo el aspecto particular de la protección de los intereses financieros y de mercado de la Unión Europea, bien sea bajo el punto de vista mas general de crear condiciones uniformes en campos que son competencia de la Unión (por ejemplo la protección del trabajo según el art. 118.° del Tratado) o bien sea con el propósito de eliminar obstáculos y desigualdades existentes en el comercio transnacional.[14] Es indudable que se han alcanzado notables cotas de éxito mediante las directivas comunitarias sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada de 13 de noviembre de1989 y sobre prevención de utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales de 10 de junio de 1991.

No obstante, la diversidad de previsiones penales de los Estados miembros unida a la soberanía en las decisiones político-criminales dificultan seriamente los intentos de armonización impulsados desde las instituciones comunitarias. Se advierte de forma clara y manifiesta una bifurcación de intereses derivada de la participación activa de las propias instancias de control nacionales que cooperan en la comisión de fraudes comunitarios o, cuanto menos, se cuenta con la aquiescencia de las mismas con el fin de crear un complejo entramado de "intereses creados" que ni el propio Jacinto Benavente hubiera podido recrear en su obra.

Bajo el prisma de los Estados miembros se reflejan intereses atractivos para abonarse al fraude comunitario. Cuando en el marco de la ejecución del gasto se produce un pago indebido o no se recuperan fondos comunitarios por la actitud negligente de las Administraciones nacionales son éstas las que deben soportar las pérdidas procedentes del fraude. Igualmente, en el ámbito de los ingresos comunitarios el Estado miembro que no pone a disposición de la Unión Europea dentro de los plazos establecidos los recursos que debiera haber recaudado ha de abonarlos con intereses de demora, respecto de los cuales sólo queda exento en caso de fuerza mayor.[15]

En este marco de referencia los Estados miembros deben utilizar su Derecho sancionador con el fin de dar protección a los intereses financieros comunitarios.

(13) Abanto Vasquez, op. cit., p. 22.

(14) Tidemann. *Lecciones de derecho penal económico (común, español, alemán)*. Colex, p. 62.

(15) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, op. cit., p. 19.

Esto no conlleva la necesidad de acudir al Derecho Penal. La valoración de la necesidad de tutela penal es lícita si bien obliga a atender la entidad del objeto de protección y a seleccionar las conductas que supongan los ataques más intolerables para aquél.[16]

3. Fraude de subvenciones: modelo francés versus modelo alemán

En lo que concierne al fraude de subvenciones no existe homogeneidad en el diseño de los instrumentos jurídicos por parte de los Estados miembros. Así, Francia, en el ámbito del *Droit Pénal des affaires,* carece de previsión específica y utiliza el tipo general de estafa como modelo de incriminación para este tipo de conductas. En concreto el art. 314 del *Codé Penal* sanciona a "el que haciendo uso de nombres falsos o cualidades falsas o empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de empresas falsas, poder o crédito imaginario o para nacer la creencia o esperanza en un hecho, accidente o suceso quimérico se haga remitir o librar o haya intentado remitir o librar fondos, bienes muebles u obligaciones, disposiciones (...) y haya por uno de estos medios defraudado o intentado defraudar la totalidad o parte de la fortuna de otro".

El "modelo francés" ha tenido una poderosa influencia en otros ordenamientos jurídicos del entorno comunitario. Es el caso de Bélgica que, si bien permite incriminar penalmente el fraude de subvenciones mediante una ley específica (Arrête Royal de 31 de mayo de 1933), se remite al tipo general de estafa (*escroquerie*) del art. 496 del Código Penal[17] Luxemburgo,[18] Holanda.[19]

(16) Mir Puig. *Manual de derecho penal*, p. 23.

(17) El artículo 496 del *Código Penal* belga establece lo siguiente: "El que con la finalidad de apropiarse de una cosa perteneciente a otro se haga remitir fondos, bienes muebles, obligaciones, recibos o dispensa de deudas, sea haciendo uso de nombres o cualidades falsas, sea empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de empresas falsas, de un poder o crédito imaginario o para hacer creer en la esperanza o creencia en un hecho, accidente o cualquier otro suceso quimérico o para abusar de otro modo de la confianza o credulidad será sancionado con prisión de un mes a cinco años y multa de veintiséis a tres mil francos".

(18) El art. 496 del *Code Pénal* en Luxembugo es muy parecido a los que sancionan este fraude por las legislaciones belga y francesa y prevé penas de prisión de un mes a cinco años y multa de 2.501 a 300.000 francos.

(19) En Holanda, las sanción del fraude de subvenciones sólo encuentra acomodo en la regulación penal de la estafa contenida en el capítulo 25, sección 326 del *Wetboek Van Strafecht*, holandés. Se sanciona a quien fraudulentamente y con la intención de beneficiarse ilegalmente logra la participación de la víctima en la entrega de ciertos bienes o cancelaciones de créditos, utilizando falsos nombres o falseando determinadas circunstancias, siendo de reseñar que no se alude a la prestación de servicios ni a la consecución de beneficios no materiales. La responsabilidad penal que se establece es la de prisión como máximo de tres años y/o multa de cien mil florines en el caso de las personas físicas y de un millón de florines en el caso de personas jurídicas.

Existen serias dificultades dogmáticas en construir el tipo general de estafa para atender la defraudación de subvenciones públicas, máxime al no tener en cuenta el carácter patrimonial del delito en cuestión. Un breve análisis del art. 314 soslaya ciertas deficiencias en la técnica legislativa empleada. El precepto objeto de análisis podrá aplicarse únicamente a los supuestos de obtención indebida de subvenciones pero no en casos de disfrute indebido de la subvención o en aquellos supuestos de utilización de las mismas para fines diferentes a los previstos sin observar las condiciones impuestas en la correspondiente normativa subvencional.[20]

En contraposición al modelo de incriminación anterior, Alemania ha concebido el instituto subvencional como un relevante medio de dirección económica y social que justifica la dimensión supraestatal de las ayudas públicas. En consecuencia creó una figura específica de fraude de subvenciones (art. 264 StGB) coordinada con la Ley de subvenciones configurada como una ley penal en blanco que permite una alto grado de precisión acorde al principio de legalidad.[21]

El art. 264 del Código Penal alemán se constituye como modelo paradigmático a seguir. De hecho, ha tenido una influencia decisiva en otros ordenamientos del entorno comunitario. Es el caso de Portugal (*Decreto-lei 28/1984 de 20 de enero*) o España (art. 306 y 309 CP). El artículo objeto de análisis sanciona con pena privativa de libertad de hasta diez años o con penas de multa a el que:

"1. Para la obtención de una subvención para sí o para un tercero presente ante la autoridad competente para la concesión de la subvención, o ante cualquier cargo o persona designados a efectos de la tramitación de la subvención (otorgante de la subvención) datos falsos e incompletos sobre hechos releventes para la subvención que sean ventajosos para sí o para un tercero;

2. No ponga en conocimiento del otorgante aquellos hechos que sean relevantes para la subvención, infringiendo la normativa establecida para la concesión de ésta.

3. Utilice, en la tramitación de la subvención documentos obtenidos, suministrando datos incorrectos o incompletos en relación a la justificación de la subvención o sobre hechos relevantes para la misma."

La incorporación de este precepto vino motivada por una extensa investigación en la que se analizaron 850 expedientes disciplinarios y penales con el fin de examinarla fenomenología del fraude y los aspectos legales y procedimentales que favorecían la obtención fraudulenta de las ayudas, así como las dificultades para detectar y perseguir las irregularidades que se venían produciendo.[22]

La regulación germana permite superar las dificultades dogmáticas del tipo general de estafa para atender la defraudación de las subvenciones públicas comunitarias.

(20) Asúa Batarrita y De la Mata Barranco, op. cit., p. 6.

(21) Idem, ibidem, p. 14.

(22) Idem, ibidem, p. 22.

Desde la concepción jurídico-económica de patrimonio dominante en el modelo francés la determinación de la lesión patrimonial en las prestaciones unilaterales se convierte en requisito superfluo.[23] Al quebrar el presupuesto de reciprocidad de contraprestaciones sobre el que operan las transacciones bilaterales, desde la concepción jurídico-económica del patrimonio cabría admitir la posibilidad de aplicar el tipo de estafa cuando concurra un engaño que motiva el acto de disposición, dado que también concurre una merma patrimonial. No obstante, si la estafa no protege frente a la mera lesión de la libertad de disposición sino frente a la lesión patrimonial derivada del engaño, cuando se trate de prestaciones unilaterales bastaría constatar el engaño idóneo para motivar el acto de disposición que por su propia naturaleza conlleva la disminución patrimonial consciente. El ámbito de aplicación de la estafa acabaría acogiendo los simples ataques a la libertad de disposición.[24]

Bajo esta panorámica el criterio de la *frustración del fin social* emergería a la hora de determinar el daño patrimonial. El engaño relevante sería aquel que oculte la frustración del fin del disponente que decide su entrega confiado en alcanzar la finalidad acordada (ej. Subvenciones a la exportación o "restitutions"). Los engaños sobre la motivación que se proyecten sobre intereses de afección o sobre preferencias accesorias al fin convenido quedarían fuera del tipo general de estafa. La obtención del fin social o económico aparece como el equivalente ideal de la prestación y *sensu contrario* la frustración del fin permite afirmar la lesión patrimonial.[25]

4. La armonización legislativa en materia de subvenciones

4.1 Integración positiva: las cuatro libertades en la Unión Europea

Un mercado común como fase ineludible de un proceso de integración económica se apoya en la eliminación de obstáculos a los factores productivos, ya sea de personas, capitales o mercancías. Esta concepción tiene plasmación legislativa en el art. 8.° a) del Acta Única Europea.

El mercado interior es un mercado sin fronteras y su realización se lleva a cabo mediante la culminación del proceso de instauración progresiva de las cuatro libertades del mercado común que se hayan en los tratados constitutivos. En este sentido el art. 2.° del Tratado Constitutivo de la Unión Europea estableció

(23) Asúa. "Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional". *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, *B.O.E.*, 1995.

(24) Asúa. "Estafa común...", op. cit. p. 128.

(25) Idem, ibidem, p. 130.

el mercado común como un medio para alcanzar los objetivos de la Unión. Según se establece se trata de un proceso dirigido a la eliminación delas restricciones de origen público y privado.

En primer lugar la libre circulación de mercancías se asegura mediante la supresión entre los Estados miembros de los derechos de aduanay de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como de cualquier otra medida de efecto equivalente.

En segundo lugar, la libre circulación de personas está contemplada como la libre circulación para el ejercicio de un actividad económica en dos vertientes: la de los trabajadores por cuenta ajena y la del derecho de establecimiento. Se trata de los artículos 48 y 52 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, establecidos sobre la base de una noción fundamental en el sistema jurídico comunitario: el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

En tercer lugar, la libre circulación de servicios comprende en el Tratado de la UE la libre circulación y residencia para el ejercicio de actividades económicas no contemplados en los ámbitos de la libre circulación de personas.

Por último la libre circulación de capitales. El art. 67 del Tratado de la UE establecía la supresión progresiva y "en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común" de las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a las personas residentes en los Estados miembros, así como la discriminación en el trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales.

En este contexto, la idea de "integración positiva" adquiere amplia notoriedad. La integración positiva es básicamente ese conjunto de normas que han de adaptarse a la vez de los Estados miembros para armonizar las legislaciones nacionales. En el sistema comunitario el conjunto de directivas estaba previsto en el art. 100 del Tratado Constitutivo que es clave de la reforma.[26]

4.2 Instrumentos legislativos

Ante esta tesitura, Bruselas aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995 con el objetivo de armonizar los tipos penales de los Estados miembros. Este instrumento legislativo, reforzado por el Reglamento Horizontal de 18 de diciembre de 1995 se erige en la piedra angular para la protección del presupuesto comunitario. El paralelismo con el modelo alemán a la hora de regular el instituto subvencional es evidente, máxime al incluir la conducta típica del desvío de fondos comunitarios.

En materia de gastos se considera que constituye fraude cualquier acción u omisión intencionada relativa a:

(26) Liñán Nogueras. "El mercado interior: las cuatro libertades", *Mercosur y comunidad europea*, 1995. p. 93.

1. "La utilización de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o por su cuenta.

2. El incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto.

3. El desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos a aquellos para los que fueron concedidos en un principio" (art. 1.1.a).

Así, en el apartado de gastos las ayudas tienen por objeto financiar la política agraria común, contribuir a la renovación de las estructuras en los sectores sociales, culturales o económicos, o bien fortalecer la cohesión de éstas en el seno de la Unión Europea. Por tanto el llamamiento expreso a los Estados miembros de adoptar una figura específica de fraude de subvenciones conlleva un avance cualitativo en las aspiraciones armonizadoras de los órganos comunitarios revelando cierta proximidad con otras parcelas del Derecho Penal económico donde la Comisión y el Consejo han arbitrado fórmulas dotadas de eficacia.

De todos modos, hubiera sido preferible articular una directiva comunitaria con el fin de ofrecer una visión de conjunto de la Hacienda Pública a los ojos del ciudadanos europeo. Ahora bien, en el estado actual de la cuestión que abordamos conviene subrayar tres importantes deficiencias:[27]

Es necesario incluir una claúsula general de fraude de ley con el fin de evitar la excesiva fluidez de conceptos que se entremezclan en el marco jurídico de los Estados miembros ya que en el concepto de simulación se incluyen comportamientos que en otros son considerados como fraude de ley.[28] De hecho la propia Comisión Europea reconoce que el concepto de irregularidad contenido en el Reglamento Horizontal de 18 de diciembre de 1995 es excesivamente amplio, ya que en él se incluyen tanto la mera omisión por error o negligencia, que pueda causar un perjuicio al presupuesto de la Unión Europea, como los comportamientos intencionados que, por su parte, corresponden al concepto más restrictivo de fraude, tal y como se recoge en el Convenio.[29] Además se advierte la necesidad de clarificar determinados elementos normativos del tipo, tales como los relativos a "subvención" o "tributo", con la finalidad de perfilar las disparidades normativas existentes. Por último sería adecuado incluir una claúsula general de arrepentimiento o desestimiento espontáneo como causa de exención de la pena para que determinados ordenamientos jurídicos, como el belga, pudiesen acogerla en su seno.

Conviene destacar el sistema sancionador diseñado por el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995, ya que no se

(27) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, p. 369-380.

(28) Idem, ibidem, p. 38.

(29) Informe relativo a la lucha contra el fraude de la Comisión Europea, 1996. p. 8.

obliga a imponer sanciones penales, sean pecuniarias o privativas de libertad. La naturaleza y gravedad de la sanción se determina (art. 2) en atención al montante del fraude. En consonancia, se ha instaurado un triple baremo. Cuando la defraudación supera los 50.000 ECUs se considera fraude grave y la pena correspondiente será privativa de libertad de entidad suficiente para solicitar la extradición. Si la cuantía del fraude se sitúa entre esta cantidad y 4.000 ECUs los Estados miembros, aunque deben disponer de sanciones penales, éstas no tienen porqué ser privativas de libertad. El último baremo se sitúa entre en aquellas cantidades menores a 4.000 ECUs frente a las cuales, si no concurren circunstancias que aumenten la gravedad de acuerdo con el derecho interno puede optarse por sanciones no penales (administrativas).

4.3 Protocolos adicionales

Por último, y no por ello menos significativo, los intereses financieros de la Unión Europea están siendo amenazados por actos de corrupción perpetrados por funcionarios nacionales y comunitarios responsables de la percepción, desembolso o gestión de los fondos públicos sometidos a su control. En tales actos de corrupción pueden estar involucrados personas de nacionalidad diferente y al servicio de entidades u organismos públicos distintos. En aras a una actuación eficaz contra actos de esta índole que tengan ramificaciones internacionales es importante que exista en el Derecho Penal de los Estados miembros una apreciación convergente de su carácter reprobable.

En base las directrices apuntadas vieron la luz tres protocolos adicionales al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995 cuya funcionalidad se aproxima a declaraciones de buenas intenciones y su contenido tiene escasa eficacia práctica.

El Primer Protocolo relativo a la lucha contra los actos de corrupción que atentan contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 27 de septiembre de 1996 aporta como novedades más significativas la definición de los conceptos de funcionario nacional y comunitario así como de corrupción activa y pasiva se invoca nuevamente el principio de asimilación, recogiendo las pautas marcadas por el Convenio, al requerir que en los casos de corrupción grave los Estados miembros incluyan penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. El Segundo Protocolo de 26 de mayo de 1997 está encaminado a ordenar las normas específicas de cooperación judicial y dirigir las investigaciones concertadas en caso de fraude plurinacional. El Protocolo de 29 de noviembre de 1996 define el papel del Tribunal de Justicia en materia de protección de los intereses financieros. A tenor de este texto, los Estados miembros pueden introducir en sus derechos internos la posibilidad de recurrir al Tribunal, con arreglo a las modalidades de su elección para la interpretación prejudicial del Convenio.

5. Conclusiones

La protección eficaz del instituto subvencional queda vertebrada en torno al eje.

Bruselas-Berlín. El ordenamiento alemán ha sabido regular con rigor y claridad las obligaciones emanadas de las instituciones comunitarias mediante la utilización de una técnica legislativa correcta.

En cierta medida, las reflexiones efectuadas en el presente artículo podrían ser extrapolables al ámbito de Mercosur.

El 17 de diciembre de 1994 se aprobó el Protocolo de Ouro Preto, siendo parte integrante del Tratado de Asunción, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay además de la representación de Chile y Bolivia. A través del mismo se hace preciso adoptar las medidas necesarias para ejecutar las Decisiones y fijar los programas de trabajo para alcanzar el objetivo del mercado común.

No obstante, la estructura institucional diseñada a partir de dicho protocolo no permite establecer un paralelismo con los órganos comunitarios de la Unión Europea, en especial con la Comisión. Esto es, una entidad supraestatal que ejerza un derecho exclusivo de iniciativa normativa; un poder de gestión de los fondos comunitarios; un control de la legalidad de las normas adoptadas por el Consejo y facultades de investigación de los fraudes cometidos por los Estados miembros.

En este sentido, sea o no necesario crear órganos paralelos a los existentes en la Unión Europea nos hallamos ante una problemática que inexorablemente afectará a Mercosur, máxime teniendo en cuenta la tendencia a la globalización de mercados que subyace a las políticas macroeconómicas de los Estados en cuestión.

Por tanto, con el fin de evitar que determinados países sean elegidos como centro de realización de operaciones financieras ilícitas proyectadas hacia el instituto subvencional, son razones de técnica jurídica las que aconsejan una regulación especifica de las subvenciones acorde con la magnitud del problema objeto de análisis.

En definitiva, a la hora de abordar la labor de homogeneizar el Derecho Penal interno y, por ende, encontrar un punto de equilibrio entre el grado de equiparación necesario y el respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de Mercosur es preciso apuntar en una dirección concreta. El binomio *flexibilidad versus homogeneización,* característico al analizar los instrumentos jurídicos de Mercosur, debe solucionarse en pos de la segunda opción, con el fin de evitar disfuncionalidades en el correcto funcionamiento del mercado único.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Os valores fundamentais do processo penal moderno – 2. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América – 3. A necessidade de reforma do sistema brasileiro – 4. Os trabalhos de 1994 e de 2000 – 5. Os anteprojetos da Comissão: 5.1 Investigação policial; 5.2 Procedimentos; 5.3 Prisão, medidas cautelares e liberdade; 5.4 Efetividade da defesa. Interrogatório; 5.5 Prova pericial, prova testemunhal e provas ilícitas; 5.6 Suspensão do prazo prescricional; 5.7 Júri; 5.8 Recursos – 6. A divulgação dos anteprojetos e sua apresentação para críticas e sugestões.

Resumo: A Comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, nomeada pelo Ministro da Justiça e presidida por Ada Pellegrini Grinover, produziu 11 anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal, encaminhados aos Ministros José Carlos Dias e José Gregori. Trata-se de reforma que se insere nas atuais tendências do processo penal, servindo-se do modelo acusatório para alcançar os objetivos maiores da efetividade e do garantismo do processo penal. A celeridade, a descomplicação, a transparência e a desburocratização são corolários dos referidos objetivos. O artigo descreve o conteúdo dos anteprojetos, que estão sendo submetidos a amplo debate.

Palavras-chave: Código – Processo Penal – Reforma – Comissão – Anteprojetos – Instituto Brasileiro de Direito Processual – Ministério da Justiça.

1. Já tivemos oportunidade de escrever[1] que os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade. Garantismo*, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. *Efetividade*, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

A técnica básica de que o processo penal da atualidade se utiliza, para a observância dos princípios maiores a que está pré-ordenado, reside na estrutura

(*) Palestra apresentada no VI Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Ada Pellegrini Grinover. "Influência do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro". *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. p. 241.

típica do *modelo acusatório.* Perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição dos juizados de instrução), todo o processo se publiciza, condensa-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.

A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. O mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema.

2. Essas idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, serviram de base para a profunda reforma dos sistemas processuais de países como a Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Paraguai e para os projetos do Chile, Bolívia e Honduras, alimentando também reformas parciais no Brasil.[2] E nas mesmas idéias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal.[3]

3. O alinhamento de um número cada vez maior de países às idéias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando freqüentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro.

Reforma, portanto. Mas que reforma?

A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexeqüível operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Proces-

(2) V. Ada Pellegrini Grinover. "O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois". *A marcha do processo.* Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000. p. 70-76.

(3) V., para a Itália, da autora, Influência..., cit., p. 227-230; e, para Portugal, "A instrução processual penal em Ibero-América". *O processo em evolução,* cit., p. 242-257.

so Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.

4. Os juristas brasileiros já haviam trabalhado nessa linha de reformas em Comissão do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, revendo propostas apresentadas por comissão anterior. Surgiram desse trabalho diversos anteprojetos de lei, que acabaram sendo desfigurados no Ministério da Justiça e assim encaminhados, em 1994, como projetos, ao Congresso Nacional, de onde o próprio Governo os retirou, a pretexto de aperfeiçoá-los.

Assumindo o Ministério da Justiça, José Carlos Dias, mediante o Aviso 1.151, de 29.10.1999, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. E, pela Portaria 61, de 20.01.2000, o Ministro da Justiça constituiu Comissão para, no prazo de 90 dias a partir de sua instalação, apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal brasileiro. A Comissão foi formada dos seguintes juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual:

- Ada Pellegrini Grinover – presidente
- Petrônio Calmon Filho – secretário
- Antônio Magalhães Gomes Filho
- Antônio Scarance Fernandes
- Luiz Flávio Gomes
- Miguel Reale Júnior
- Nilzardo Carneiro Leão
- René Ariel Dotti
- Rogério Lauria Tucci
- Sidnei Beneti

Em consonância com a Portaria, a Comissão apreciou os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da Comissão anterior, da qual oito dos membros da atual comissão participaram.

Seis anteprojetos já haviam sido apresentados ao Ministro José Carlos Dias, para ampla divulgação, quando se registrou seu pedido de demissão e a subseqüente nomeação de José Gregori para o cargo. Este, pela Portaria 371, de 11.05.2000, confirmou a Comissão, prorrogando o prazo para a conclusão dos trabalhos por mais 90 dias. Enquanto isso, René Dotti houve por bem deixar a Comissão, na mesma oportunidade em que a Comissão da Reforma Penal se dissolveu, em solidariedade ao Ministro José Carlos Dias, tendo sido substituído, nos trabalhos da Comissão, por Rui Stoco.

A Comissão entregou ao Ministro Gregori mais cinco anteprojetos, perfazendo o total de onze.

5. São os seguintes os anteprojetos apresentados: 1 – Investigação Policial; 2 – Procedimentos; 3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 4 – Efetividade da defesa; 5 – Interrogatório; 6 - Prova pericial; 7 – Prova testemunhal; 8 – Provas ilícitas; 9 – Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10 – Júri; 11 – Recursos.

Na verdade, como dito, os anteprojetos compõem um conjunto harmônico, remodelando institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, a qual integra o ordenamento brasileiro, bem como na plena observância dos princípios do moderno processo acusatório, com ênfase à agilização dos procedimentos e com vistas à efetividade do processo.

5.1 Profundas são as modificações introduzidas na investigação policial. Antes de mais nada, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções próprias da polícia judiciária, encarregada exclusivamente das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e eqüidistante, para a concessão de medidas cautelares; da defesa, assegurada desde o momento em que o investigado passa formalmente à situação de suspeito; do ofendido, que pode exercer diversas atividades ao longo das investigações.

A agilização e simplificação das atividades investigativas concretizam-se pela manutenção do termo circunstanciado, para as infrações penais de menor potencial ofensivo; e, com relação às demais, pelo início das investigações pela via de apuração sumária, efetuada de forma singela e informal. Em 10 dias, a autoridade policial deverá remeter ao Ministério Público as informações obtidas, sem prejuízo de nelas prosseguir ou de iniciar outras entendidas necessárias, cujos resultados também serão enviadas ao *Parquet*. O Ministério Público, à vista dos elementos encaminhados, poderá desde logo oferecer denúncia, promover o arquivamento ou requisitar a instauração do inquérito.

Mesmo o inquérito, reservado aos casos de investigações mais complexas, deverá reunir elementos informativos na medida estritamente necessária à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses elementos servir de fundamento para a sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

Está prevista, sempre que possível, a utilização dos recursos de gravação magnética, estenotipia ou outra técnica similar, inclusive audiovisual, destinada à agilização e à maior fidelidade das informações.

Todos os atos praticados na fase de investigação devem ser motivados, sendo de 30 dias o prazo improrrogável para a conclusão do inquérito. Esse, como os demais prazos, ficam sujeitos à fiscalização de todos os interessados – Ministério Público, ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo, investigado ou suspeito (situações jurídicas bem diversificadas, substituindo-se o indiciamento pela atribuição formal do *status* de suspeito ao investigado, para que a partir daí, após a reunião de elementos informativos tidos como suficientes pela autoridade policial, lhe se assegurem as garantias constitucionais.

As mesmas regras aplicam-se às investigações destinadas à ação penal de iniciativa privada, para a qual se abre a legitimação às entidades previstas em lei para a defesa de interesses difusos ou coletivos.

Reservadas as medidas cautelares ao juiz, nenhuma interferência terá ele em relação à formulação da acusação ou à promoção do arquivamento, esta toda processada no âmbito do Ministério Público, a cujo Órgão Superior fica conferida a fiscalização da atuação ministerial, com o devido controle do ofendido, homologando-a ou ordenando que outro representante da instituição ofereça denúncia.

Em conclusão, vale ressaltar que a proposta representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de mudança de mentalidades, num desenho das funções institucionais, que leva em conta o modelo acusatório e a necessidade de desburocratização da investigação policial.

5.2 Os procedimentos também passaram por uma profunda revisão, buscando a celeridade e a defesa efetiva, observados os esquemas do processo acusatório. As técnicas que garantem o atingimento desses objetivos são: a) defesa do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa; b) possibilidade de absolvição sumária no momento do juízo de admissibilidade da acusação; c) recebida esta, os autos do processo serão instruídos apenas com as provas antecipadas, as cautelares e as irrepetíveis, desapensando-se as demais peças da investigação policial, entregues às partes e arquivadas em cartório; d) o juiz que receber a denúncia ou queixa e deferir as medidas cautelares ficará impedido de presidir à instrução e prolatar a sentença, salvo nas comarcas em que houver um só juiz; e) procedimento oral, realizado em uma só audiência, com o interrogatório do acusado tomado após a produção da prova; f) alegações finais e prolação da sentença em audiência.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo, mantendo-se este para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O procedimento sumário será adotado quando se tratar de crime punido com pena máxima não superior a 4 anos, e o ordinário para os demais.

No procedimento sumário poderão ser arroladas até cinco testemunhas pelas partes e não se autoriza qualquer exceção à concentração dos atos numa única audiência. O procedimento ordinário permite que cada parte arrole até oito testemunhas e que, por exigência da complexidade dos fatos, as alegações finais e a sentença sejam elaboradas por escrito, observado em qualquer hipótese o princípio da identidade física do juiz.

Disposição expressa prevê a aplicação das normas atinentes aos procedimentos em todos os procedimentos penais, ainda que não previstos no Código de Processo Penal.

O anteprojeto cuida, ainda, de estabelecer nova sistemática para a *mutatio libelli*, exigindo a rigorosa correlação entre imputação e sentença.

Finalmente, cumpre notar que as técnicas utilizadas visam a forjar procedimentos ágeis e concentrados, objetivando a eficácia do processo e a aplicação da lei penal e garantindo ao mesmo tempo a defesa efetiva.

5.3 A sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança, buscam superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.

Nessa linha, as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.

No amplo leque de medidas cautelares diversas da prisão, proporciona-se ao juiz a escolha, dentro dos critérios de legalidade e proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso. Tais medidas cautelares, que poderão ser decretadas desde que o caso não seja de prisão preventiva, numa ordem progressiva de intensidade de obrigações impostas, são as seguintes: a) comparecimento periódico em juízo; b) proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares; c) proibição de manter contato com pessoa determinada; d) proibição de ausentar-se do país; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira; g) internação provisória; h) fiança. Caso o investigado, suspeito ou acusado descumpra alguma das obrigações impostas, o juiz poderá substituir a medida por outra, impor outra em cumulação e, até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva. A medida também poderá ser revogada ou substituída quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista.

Completam e uniformizam o sistema as regras sobre a liberdade provisória. As regras sobre a liberdade provisória ao preso em flagrante são as seguintes: o juiz que recebe o auto pode relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus requisitos; conceder liberdade provisória com ou sem fiança, ou com os demais vínculos acima indicados.

No que concerne à fiança, cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la, o alargamento de suas hipóteses de incidência, observadas as proibições constitucionais na matéria, a atualização de seus valores e a adequação da disciplina do quebramento.

Também se cuida, no anteprojeto, de fixar na sentença condenatória o valor provisório da reparação dos danos causados pelo crime, atendendo-se assim aos interesses da vítima.

A revogação dos arts. 393, 594, 595 e dos parágrafos do art. 408 do CPP tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna com os princípios garantidores do Estado de Direito.

5.4 A defesa concreta e efetiva é um dos principais requisitos do devido processo legal. Sem o pleno exercício do direito de defesa, não pode haver processo e muito menos condenação. A defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, sendo a primeira sempre indisponível e a segunda, dispensável exclusivamente pelo suspeito ou acusado.

O primeiro anteprojeto cuida da defesa técnica, cuja ausência infringe a garantia do contraditório, e da defesa deficiente que, embora tecnicamente situada em outro plano, conduz ao mesmo resultado. Exige-se, pois, do defensor empenho na demonstração da tese da defesa mediante manifestação fundamentada.

O segundo anteprojeto trata do interrogatório, como momento no qual se concretiza de modo essencial a autodefesa. Segundo a moderna doutrina processual, o interrogatório, muito mais do que meio de prova (embora as afirmações do suspeito ou acusado possam constituir *fonte* de prova), é considerado meio de defesa. O tratamento do interrogatório no Código de Processo Penal é totalmente inadequado, vulnerando o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, e o princípio segundo o qual a única presunção aceitável no campo penal é a de inocência, não podendo existir presunções contra o suspeito ou acusado.

Inovou-se, conseqüentemente, com relação às regras atinentes ao interrogatório, inclusive para desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais. As alterações foram propostas no sentido de: a) assegurar a presença de defensor no momento do interrogatório; b) proibir sua realização a distância quando o acusado estiver preso; c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; d) assentar que o silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena) e a segunda sobre os fatos; f) garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for pertinente e relevante; g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado.

5.5 Dos três anteprojetos sobre provas, um cuida da prova pericial, tratando de simplificar e agilizar, de um lado, a produção de perícias, notadamente nas regiões mais distantes e desprovidas de recursos e, de outro, garantir às partes o mais adequado acompanhamento e o contraditório sobre a perícia produzida. Assim, reduz-se o número dos peritos oficiais a um só, em cuja falta a perícia poderá ser realizada por duas pessoas idôneas, preferencialmente escolhidas entre as que tiverem habilitação técnica; e faculta-se à acusação e à defesa, bem como ao ofendido, a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos.

O segundo anteprojeto trata da prova testemunhal, objetivando a agilização dos procedimentos e a maior fidelidade possível dos depoimentos, na medida em

que se possibilita seu registro até mesmo por meios audiovisuais. A imediação do juiz com as provas e com as partes, e destas com as provas e o juiz, demanda que as perguntas sejam formuladas diretamente às testemunhas, seguindo a técnica da *cross examination*, cabendo ao juiz indeferir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Finalmente, era preciso disciplinar as provas obtidas por meios ilícitos, cuja admissibilidade é vedada pelo art. 5.º, LVI, da CF. Com base na doutrina e na jurisprudência, conceituam-se elas como as colhidas em violação a princípios e normas constitucionais, e se determina seu desentranhamento do processo e arquivamento sigiloso em cartório, caso venham a ser introduzidas nos autos. Também se impede que o juiz que delas tenha tido conhecimento profira a sentença. Deixa-se em aberto a aplicabilidade, ou não, do princípio da proporcionalidade, que no Brasil ainda carece ser mais trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência, mas se estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, de acordo com a teoria dos "frutos da árvore envenenada", com as cautelas aceitas pela jurisprudência norte-americana: ou seja, a inadmissibilidade fica restrita aos casos em que fique evidenciado o nexo de causalidade entre as ilícitas e as lícitas e quando se verificar que as derivadas não podem ser obtidas senão por meio das primeiras.

5.6 Outro anteprojeto visa a aperfeiçoar, não só tecnicamente, mas também do ponto de vista prático, a redação do art. 366 do CPP. No aspecto técnico, objetiva-se superar a falha consistente em ter-se como suspenso o processo ainda não completamente formado. Quanto ao prático, pretende-se solucionar os pontos controvertidos, quais sejam: a) o referente à situação do acusado que, para não comparecer, se furta propositadamente ao recebimento da citação inicial, aplicando ao caso a citação por hora certa; b) a fixação do prazo da suspensão do lapso prescricional, observado o máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato; c) a atribuição, com exclusividade, ao juiz da ordenação da produção antecipada de provas; d) a presença do Ministério Público e de defensor nomeado para o acusado na produção das provas antecipadas; e) a definitiva formação do processo, efetuada a citação por edital, somente quando do comparecimento do acusado em juízo, defendendo-se efetivamente.

5.7 O júri também passou por profundas modificações, a começar pelo procedimento perante o juiz singular. Seguindo o modelo do procedimento comum, sumário ou ordinário, que prevê o contraditório antes do recebimento da denúncia, o juiz preparador deverá necessariamente determinar a oitiva de testemunhas, até o máximo de 5 para cada parte, e o interrogatório, além da realização das diligências requeridas pelas partes, e só depois, fundamentadamente, decidir sobre a admissibilidade da acusação. Recebendo a denúncia, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação. Não se convencendo, impronunciará o acusado. Poderá, ainda, absolver sumariamente o acusado.

Na pronúncia, o juiz não fica adstrito à classificação do crime, atendendo-se às regras sobre a *mutatio libelli.*

Pronunciado o acusado, proceder-se-á ao desapensamento dos autos da investigação policial, com exceção das provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, exatamente como ocorre nos procedimentos comuns, ordinário e sumário. Na técnica descrita, ressalta a desnecessidade de libelo, devendo o processo ser remetido imediatamente ao Tribunal do Júri, com o que se ganha em celeridade e eficiência.

Com relação ao plenário, democratizam-se as regras sobre o alistamento dos jurados, prevendo-se a exclusão da lista geral, pelo prazo de dois anos, daquele que tiver integrado o Conselho de Sentença no ano anterior. É suprimido o recurso contra a decisão (administrativa) que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir. Modernizam-se as normas sobre escusas de jurados.

Aperfeiçoam-se as regras sobre o desaforamento, que também poderá ser determinado, em razão de comprovado excesso de serviço, a pedido do acusado, ouvida a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 meses, contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia e garantida ao acusado, na hipótese de não haver excesso de serviço, o requerimento ao Tribunal de segundo grau de imediata realização do julgamento.

Toda a instrução será feita em plenário. O questionário é simplificado ao máximo, devendo os quesitos ser formulados na seguinte ordem: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado. No caso de condenação: d) se existe causa de diminuição alegada pela defesa; e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia. Uma série de normas didáticas, sobre o encaminhamento dos quesitos, visa a evitar nulidades, tão comuns nesse campo. São mantidas a incomunicabilidade dos jurados e a sala secreta.

O Juiz Presidente, no caso de condenação, fixará a pena base, considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, imporá os aumentos ou diminuições de pena em atenção às causas admitidas pelo júri e observará o disposto no art. 387, no que for cabível. Suprime-se o Protesto por Novo Júri.

A reforma proposta visa sobretudo à agilização, descomplicação e racionalização dos processos de competência do Tribunal do Júri, reforçando a prova produzida perante o Conselho de Sentença, sem descuidar das garantias do acusado.

5.8 O anteprojeto sobre recursos objetiva, também, sua racionalização e agilização. A apelação caberá das sentenças, assim entendidas as decisões que encerram o processo, com ou sem julgamento do mérito. Todas as decisões interlocutórias, definidas como as que não encerram o processo, serão recorríveis de agravo. E permanece a irrecorribilidade dos despachos de mero expediente. Os recursos serão sempre voluntários, ressalvada a peculiaridade do procedimento dos embargos infringentes.

O agravo será retido, salvo nos casos de instrumento, taxativamente previstos. O agravo retido terá apenas efeito devolutivo e o de instrumento também terá

efeito suspensivo nos casos em que, a critério do juiz e sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão possa resultar lesão grave ou de difícil reparação. Norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal, com competência funcional, para decidir sobre a admissibilidade do agravo de instrumento e quanto ao efeito suspensivo, bem como sobre a recorribilidade de suas decisões. Mantém-se a regra da interposição do agravo perante o juiz de primeiro grau, mais consentânea às peculiaridades das causas penais.

As principais mudanças com relação à apelação são as que dizem respeito à prisão: a apelação da sentença terá efeito suspensivo, podendo o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação. Revoga-se o dispositivo que prevê a deserção da apelação em caso de fuga. Além disso, transmudam-se para o campo penal as regras sobre a extensão e a profundidade da matéria devolvida ao conhecimento do tribunal fixadas no Código de Processo Civil.

Abolido o Protesto por Novo Júri, dá-se tratamento inteiramente novo ao procedimento recursal dos embargos infringentes, mantida a hipótese de cabimento no caso de decisão não unânime, na apelação ou no agravo, desfavorável ao acusado. Esta decisão não terá eficácia enquanto não for complementada pelo julgamento dos embargos infringentes, que deverá vir no prazo de 10 dias, independentemente de recurso, garantida às partes a apresentação de razões.

Os embargos de declaração sofreram mudanças terminológicas, aderentes aos ensinamentos da doutrina, seguindo a técnica utilizada no Código de Processo Civil, com exceção da interrupção (e não da suspensão) do prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes. Assenta-se que os embargos poderão ter efeito modificativo, exclusivamente na medida do esclarecimento da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, o que é pacífico hoje na doutrina e jurisprudência cível.

Os recursos especial e extraordinário serão processados e julgados na conformidade da lei específica e na forma estabelecida pelos regimentos internos.

Finalmente, a revisão criminal e o *habeas corpus*, cujas disposições ficaram inalteradas, são corretamente inseridas no Título III, intitulado "Ações de Impugnação", do Livro III, que passa a chamar-se "Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação".

6. Aí está, em apertada síntese, a proposta de reforma do Código de Processo Penal, apresentada pela Comissão indicada na parte inicial deste trabalho. Cabe agora aos operadores do direito e à sociedade em geral examiná-la, apreciá-la, criticá-la, debatê-la e oferecer sugestões, contribuindo para seu aperfeiçoamento. Tudo no intuito comum de dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na ótica de um processo que deve assegurar, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

PROVAS ETICAMENTE INADMISSÍVEIS NO PROCESSO PENAL

ADAUTO SUANNES

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos – 2. Provas inadmissíveis – 3. A tutela da liberdade – 4. O conceito de prova – 5. A prova como elemento essencial à fundamentação – 6. Casuísmo de provas eticamente inadmissíveis.

Resumo: O artigo aborda a necessidade de o Juiz Criminal zelar pela eticidade da colheita de provas, à vista dos preceitos constitucionais que impõem a todos o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Devido processo legal – Dignidade humana – Provas ilícitas – Nulidade.

1. Prolegômenos

Um pensador moderno salienta as dificuldades que os leigos têm de apreender os conceitos jurídicos, que, ao ver de muitos deles, são tão mutáveis como as estações do ano. Cita ele célebre *boutade* de Pascal, no sentido de que "quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima".[1] Ilustra ainda essa perplexidade com uma observação de Julius Kirchmann, ele mesmo um jurista: "o sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade passaram pelas mais diversas configurações".[2]

Talvez que tais afirmações mereçam uma ressalva: se é fato que a rosa, deixada ao sabor das forças da natureza, teria atingido o ápice de sua evolução sem a participação do ser humano, também é fato que as flores (tomemos os híbridos da orquídea, por exemplo, ou mesmo a raríssima rosa negra) ou, genericamente, os vegetais conhecem algum tipo de transformação decorrente da chamada engenharia genética, o que as torna bem diferentes do que eram no tal paraíso, graças

(1) Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p. 15.

(2) Ob. cit., p. 16.

precisamente à intervenção do ser humano. O sol e a lua, também citados no exemplo trazido, talvez não signifiquem hoje o que significavam outrora, quando a necessidade da mitificação[3] lhes dava atributos que, na realidade, a ciência veio a demonstrar não corresponderem a qualquer base real. E quando falamos em ciência queremos dizer "o estágio atual do conhecimento humano", evidentemente.

Ao jurista, de fato, parece destinado o papel de questionador constante das verdades sabidas, no que diz com a conduta humana, por mais ressabidas que sejam. Até ontem, era comum aprendermos (e ensinarmos) a diferença entre prole legítima e ilegítima, não sendo tão distante assim o uso do qualificativo *bastardo* para qualificar alguém, como se ele fosse o responsável pelas circunstâncias em que foi gerado. Quem sustentaria hoje a validade de tais distinções?

Mas insta reconhecer que esse avanço é muito lento, sem a menor dúvida. Para termos uma idéia dessa lentidão no avanço no rumo do aprimoramento das normas jurídicas, comparemos alguns atos internacionais que cuidam de tema eticamente relevante (para não ficarmos no campo das normas baixadas por mera conveniência ou oportunidade do momento político): a Declaração Universal dos Direitos Humanos (aparentemente, nada mais do que um romântico rol de boas intenções dos Estados aderentes) foi proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, sendo assinada pelo Brasil nessa mesma data. Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, que continha algo mais do que um pretenso rol de boas intenções, somente veio a ser ratificado pelo nosso país em 1992, um quarto se século depois.[4]

Aliás, se compararmos a distância que separa a assinatura de tratados versando o reconhecimento de direitos humanos fundamentais e a data de sua ratificação pelo nosso país,[5] poderemos concluir que uma coisa é reconhecer a dignidade humana,[6] outra, muito diferente, é respeitá-la e fazê-la respeitar.

Com efeito, na sempre repetida lição de Palazzo, "a penetração dos valores constitucionais no corpo do sistema penal (como, de resto, no de qualquer outro ramo do ordenamento) pode ocorrer mediante a *via legislativa* por intermédio de leis de atuação constitucional, ou pela *via jurisdicional*, entendendo-se como tal não apenas o trabalho de adequação do magistrado a quanto se contenha nas malhas da lei, mas, principalmente, a decisiva atividade da Corte constitucional",[7] destacando o mesmo autor as dificuldades em o Judiciário conciliar os avanços constitucionais, em tema de humanização do processo penal, com o cha-

(3) Cf. Adauto Suannes. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* RT, 1999. Cap. I.

(4) Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* Max Limonad, 1996. p. 337.

(5) Cf. Flávia Piovesan, ob. e loc. cits.

(6) "A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana" (CF/88, art. 1.°, III).

(7) Francesco Palazzo. *Valores constitucionais e direito penal,* Fabris, p. 30.

mado "alarme social" produzido pelo recrudescimento da criminalidade e as exigências de "prevenção geral" que se espera da atuação do juiz criminal,[8] mesmo porque é inegável a presença de uma "intrínseca e específica politicidade" no direito penal,[9] que o Judiciário não pode ignorar.

O art. 5.º da atual Constituição Federal, em seu inciso LVI, afirma que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O primeiro efeito prático desse dispositivo, que contempla, mais do que um princípio ético, uma regra imperativa, deveria ser o de levar os aplicadores do Direito a rever se o sol e a lua continuam a brilhar como brilhavam antes de tal afirmação, ou se a mudança do clima constitucional tornou injusto algo que até então nos parecia tão justo.

2. Provas inadmissíveis

O título oficial do tema é "Provas Ilícitas", expressão que não é aceita sem reservas pela doutrina.[10] É que, de um lado, costumam-se dividir as provas ilícitas em "provas ilícitas" (*i.e.*, quando colhidas extraprocessualmente em condições inaceitáveis) e "provas ilegítimas" ou ilegitimamente colhidas (quando produzidas em Juízo sem observância do devido processo legal), dando-se, assim, o nome do gênero também a uma de suas espécies. Aliás, nos dicionários encontraremos como sinônimo de *ilícito* precisamente o *ilegítimo*. Em segundo lugar, a idéia de ilicitude, tanto quanto a de ilegitimidade, pode fazer supor que a prova será lícita ou ilícita na medida em que haja lei proibindo ou permitindo tal ou qual tipo de prova. Sob tal ótica, desde que a lei permita a tortura (e já houve lei que a permitisse),[11] a confissão assim obtida será prova lícita. Não parece ser isso o que se pretende quando se cuida do tema destas considerações.

(8) Cf. ob. cit., p. 63.

(9) Cf. ob. cit., p. 17.

(10) Pietro Nuvolone, citado por Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas e processo penal,* RT, 1982. p. 135.

(11) A bula *Ad Extirpanda*, do Papa Inocêncio IV, recomendava o uso da tortura não tanto para se obter a confissão do herege, mas especialmente para que este indicasse o nome de outros hereges. Interessante também observar que, enquanto a Constituição Política do Império, no art. 179, § 19, abolia expressamente tal tipo de prova ("Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis"), nem a Constituição republicana de 1934, nem a de 1937 ou a de 1946 cuidaram do assunto. Como sabem até as pedras, tal modalidade de convencimento continua a ter grande aceitação em muitas de nossas Delegacias de Polícia. Frei Beto, em seu livro *Batismo de sangue*, descreve com pormenores a utilização, nos dias negros da Revolução de 64, de métodos de tortura, que já existiam muito antes dela, como o popular "pau-de-arara" (primeiramente, o interrogando é desnudado e sentado no solo; depois, as pernas dobradas são passadas pelos braços em arco, com as mãos amarradas uma à outra pelo pulso; em seguida um longo cano de metal é passado por sob os joelhos dobrados do

A expressão "provas eticamente inadmissíveis" parece-nos expressar mais adequadamente a reação das mentes bem formadas a certos procedimentos que, em Juízo ou fora dele, viciam[12] a colheita da prova, pois sua aceitação implicaria, em última análise, em permitir o julgador que o Estado faça (ou fazer ele mesmo) justamente aquilo que, por haver sido cometido pelo particular, deu ensejo à investigação ou à ação penal de que se cuida.

Verdade é que, levando-se a questão para o campo da Ética, não se conseguirá cobrir o flanco às críticas, pois nada mais difícil do que obter unanimidade quando se cuida de extremar as diferenças entre os deveres decorrentes da Ética e aqueles de que cuida o Direito, além da não menor dificuldade em fundamentar-se cientificamente a razão de ser das normas puramente éticas.[13] É verdade também que a expressão "inadmissibilidade", quando se refere a provas, diz, como se verá adiante, respeito à fase anterior à produção. Aqui, contudo, a inadmissibilidade ética dirá respeito a todas as fases em que se desdobra a colheita da prova (protesto, admissão, produção e avaliação).

Quanto à Ética, lembremos que a Deontologia (termo cunhado, como sabido, pelo filósofo inglês Jeremias Bentham para designar a ciência dos deveres em geral) também se refere aos profissionais do Direito, quando se fala, um tanto inadequadamente, em Deontologia Jurídica.[14] É, pois, no campo desse ramo da Deontologia que vamos encontrar as regras que regem a atividade dos operadores do Direito, Juízes em particular.

Quais, porém, os deveres dos juízes? Tomemos a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79), que deveria cuidar do tema. Em seu art. 35 trata ela de alguns desses deveres, que roçam pela obviedade, não fossem eles sistemática e impunemente desrespeitados por muitos de seus destinatários: comparecer às audiências, não exceder os prazos legais, residir na comarca, tratar as partes com urbanidade.

interrogando e suspenso pelas pontas sobre dois suportes; por efeito da gravidade, a cabeça pende em direção ao solo, em posição já em si insuportável. Choque elétrico em partes sensíveis do corpo ou mesmo introdução de objetos no ânus completam o tormento), o "telefone" (vindo por trás do preso, que está sentado, com as mãos em concha o torturador desfere dois tapas simultâneos, um em cada ouvido, o que, não poucas vezes, causa a ruptura do tímpano), o "afogamento" (a colocação da cabeça do interrogando em um balde com água por alguns segundos, em vários momento sucessivos, causando-lhe pânico, pela iminência da morte, sem deixar vestígios aparentes) ou o "garrote" (o pescoço do interrogando é envolvido por um pano, cujas pontas são puxadas em sentidos opostos, durante algum tempo, impedindo a oxigenação do cérebro. Às portas do desfalecimento, a pressão é afrouxada, para ser recomeçada logo depois de o interrogando recuperar-se. Quando os torturadores calculam mal esse tempo, tanto aqui como no "afogamento", acabam por causar a morte do interrogando. Tal teria ocorrido, nos porões do DOI-CODI, com o sempre lembrado jornalista Wladimir Herzog).

(12) *Rectius*, devem viciar.

(13) Carlos Santiago Nino. *Ética y derechos humanos*. 2. ed., Astrea, 1989. p. 45 et seq.

(14) Cf. Luiz Lima Langaro. *Curso de deontologia jurídica*. Saraiva, 1996. p. 3.

Curiosamente, o mesmo autor que arrola tais deveres, dando-lhes dimensão ética incomum, parece considerar os deveres previstos no art. 35 da LOMAN mais importantes do que a lição de Francisco Campos, que reproduz textualmente: "a sentença é um ato formal peculiar ao poder conferido ao juiz. Ela deve estar conforme ao direito. Constitui um dos fundamentais deveres do juiz – uma rigorosa obrigação moral e legal – que deve dar as razões por que decide".[15]

Tal transcrição é feita depois de reproduzir ele aqueles deveres legais, antecedendo tal lição de curioso comentário: "inúmeros outros atos processuais constituem outros tantos pequenos (*sic*) deveres funcionais do juiz".[16] Ser gentil com as partes (elementar norma de boa-educação) é, a julgar por tal observação, mais importante, deontologicamente falando, do que fundamentar as decisões.

Ao que temos, porém, o dever primeiro do juiz é o de fundamentar cada ato que pratica no processo, reportando-se sempre a elementos dos autos, pois é absolutamente inaceitável que os atos judicias sejam mera expressão da autoridade de membro do Poder Judiciário. Quando mais não seja, será isso o cumprimento de norma constitucional expressa.[17]

É sob esse enfoque que tentaremos chegar ao núcleo do tema que nos ocupa, conhecendo de antemão a aspereza do caminho.

3. A tutela da liberdade

Condição para que alguém ingresse em Juízo é o legítimo interesse, que se confunde com a necessidade do processo, visto ele como derradeiro modo de obter a satisfação da pretensão desatendida. Em tais casos, "há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido", na expressão do Min. Amaral Santos.[18] Se o processo não se mostra necessário, não há interesse em molestar o Estado com atividade tão onerosa, tal como se dá naqueles casos em que a lei permite a imposição da vontade de uma das partes sobre a outra ou na autocomposição dos interesses em conflito.[19]

Em sendo isso assim, bem vistas as coisas, quando se trate de infração penal, quem tem legítimo interesse (visto como necessidade do processo) para estar em Juízo, porque tem um direito subjetivo cujo exercício está sendo ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-Juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa

(15) Ob. cit., p. 87.

(16) Ob. cit., p. 86.

(17) Cf. CF/88, art. 193, IX.

(18) *Primeiras linhas de direito processual civil.* Saraiva, 1987. p. 172.

(19) Depois de citar Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, afirmando que a autodefesa é uma forma "egoísta" de solução extrajudicial do conflito, sendo a autocomposição uma forma "altruísta", observa José Frederico Marques: "a autodefesa ainda é usada, com plena consagração jurídica, para realizar, em alguns casos, a composição de

legítimo, não se concretize. É o Estado-Administração que está questionando e pondo em perigo essa pretensão à liberdade, mesmo porque o Estado, detentor do *jus imperii,* não necessita, em princípio, do processo para impor sua vontade.[20] Logo, há que se encarar o processo como *actum trium personarum*, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade. Falar, pois, em processo penal acusatório será reconhecer a necessidade de um processo de partes, como exigência de uma sociedade democrática, na qual a dignidade da pessoa humana é valor cujo respeito deve partir do próprio Estado.

Sob tal enfoque, a aplicação da pena ao criminoso não é a finalidade do processo penal, mas conseqüência dele. Na sentença, deveria o magistrado dirigir-se ao acusado e dizer-lhe: "porque lhe foi assegurado um julgamento justo, com observância dos preceitos constitucionais referentes ao devido processo legal, em especial o princípio contraditório, com a mais ampla defesa possível, e porque não há em meu espírito qualquer dúvida razoável quanto à autoria e a culpabilidade em face de fato criminalmente típico plenamente comprovado, eu o condeno à pena que assim fixo e justifico: (...)".

Não é, positivamente, o que ocorre na maioria dos processos criminais, quando, como regra, o juiz se vale dos mais diversos expedientes para tangenciar as garantias constitucionais do réu, "salvando" o processo, em nome de um abstrato combate à criminalidade, como tantas vezes se lê em repositórios de jurisprudência. A possibilidade de anulação parcial da decisão condenatória,[21] por exemplo, é invenção que tem por evidente finalidade evitar o reconhecimento da prescrição que beneficiaria o réu, como se o acusado fosse responsável pela demora no processamento do feito.

Como decorrência desse enfoque, a distinção entre processo penal inquisitivo e processo penal acusatório não se limita a mera diferença de procedimentos. É uma questão ideológica. De fato, depois de afirmar que o processo penal do tipo acusatório é resultado de uma evolução do processo inquisitório, pondera Jorge de Figueiredo Dias que o que está na base dessa evolução é o fato de "a imparcialidade e objectividade, conjuntamente com a independência, (serem) condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial".[22]

litígios" (*Instituições de direito processual civil*, 1962. t. I, p. 29). O poder assegurado ao vizinho de cortar os ramos de árvore alheia que lhe invadem o espaço aéreo do terreno, sem valer-se do Judiciário (CC, art. 538), bem ilustra tal direito, que só impropriamente se poderia chamar de solução egoísta.

(20) Para confirmar isso, pense-se na estapafúrdia "prisão temporária" (nome que sugere que a prisão preventiva e mesmo a decorrente da condenação definitiva sejam "prisões perpétuas"...) que pode (!) ser decretada antes mesmo de haver elementos para a decretação de uma prisão preventiva (Cf. Lei 7.960/89, art. 1.°, I).

(21) Cf., dentre outros, o acórdão proferido pelo STF, rel. o Min. Moreira Alves, no julgamento do HC 77.613-7/SP, efetuado em 06.10.1998 e publicado no *DJU* de 14.04.2000 (*Boletim do IBCCrim* 90, maio, 2000).

(22) *Direito processual penal.* Coimbra Ed., 1974, v. I, p. 136.

Muitos de nossos autores, no entanto, aceitam passivamente a possibilidade de um processo misto (inquisitivo na procura da verdade, garantístico[23] ao limitar a atuação do juiz), em nome de um necessário combate à criminalidade, como se uma coisa não inviabilizasse a outra, além de significar manifesta involução, no que diz com a democratização da sociedade.

Tem-se dito, em realidade, que o processo penal tem por finalidade o esclarecimento de fatos criminalmente típicos ocorridos e, portanto, o restabelecimento da verdade ou obtenção de certeza sobre como eles se passaram. Parece-nos, no entanto, chegado o tempo de pormos fim à velha afirmação no sentido de que o Direito Processual Penal é "a disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal",[24] ou que, sendo o Direito Processual "uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica", tem tal ciência como finalidade "conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, aplicar o Direito Penal".[25] O último autor referido, continuando a identificar Direito Processual com processo, afirma: "tem, portanto (o Direito Processual Penal) um caráter instrumental: constitui o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais".[26]

Que o Direito Processual Penal, como ciência, seja o ramo do Direito Público que estuda o processo penal parece de todo óbvio. Mas, qual a finalidade desse processo, enquanto aplicação prática dos conceitos estudados naquela ciência?

Para o clássico Santoro, o processo penal é um conjunto de atividades voltadas para a finalidade da descoberta da existência de um crime e seu autor, objeto de condenação, se afirmativa a pesquisa.[27] Na conhecida afirmação de Cordero, pretendendo simplificar as coisas, "nel processo penale il tema della decisione consiste nel puro e semplice dovere di punire, affermato o negato secondo che sia o meno risultata l'esistenza del reato".[28] Coisa diversa não dizia De Marsico: "o Direito Processual Penal estuda o conjunto das normas ditadas pela lei, para aplicação do Direito Penal na esfera judiciária, tendo por fim não só a apuração do delito e a atuação do direito estatal de punir em relação ao réu, mas também a aplicação das medidas de segurança adequadas às pessoas socialmente perigosas e a decisão sobre as ações conexas à penal".[29]

(23) Se a palavra "arte" nos deu o substantivo "artista" e o adjetivo "artístico" e se a palavra "propaganda" nos deu o substantivo "propagandista" e o adjetivo "propagandístico", em face da palavra "garantia" poderíamos ter o substantivo "garantista" (igual a "garantidor") e o adjetivo "garantístico". Como ambos são neologismos, o uso e o tempo dirão qual das formas será dicionarizada.

(24) Edgard Magalhães Noronha *Curso de direito processual penal.* Saraiva, 1964, p. 5.

(25) Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal.* Atlas, 1991. p. 30.

(26) Idem, ibidem.

(27) Cf. Arturo Santoro. *Manuale di diritto processuale penale.* Unione Tipografico-Torinense, 1954. p. 3.

(28) Franco Cordero. *Procedura penale.* Giuffrè, 1971. p. 13.

(29) Alfredo De Marsico. *Lezioni di diritto processuale penale.* Apud Edgard Magalhães Noronha, ob. cit., p. 5.

Tantos autores quantos se consultem entre nós afirmarão sempre que a finalidade do processo penal é aferir se é caso de aplicar pena ou não, em face da pretensa ocorrência de fato criminalmente típico.

Em realidade, o nosso Código de Processo Penal caracteriza-se por aquilo que José Frederico Marques chamava de "autoritarismo processual", de evidente inspiração fascista.[30]

Ingressamos, já agora, no campo político, no questionamento da ideologia do legislador e do juiz criminal que vai aplicar essa lei. Se qualquer homem, jurista ou não, é ele e sua circunstância, como dizia o sábio espanhol, o julgador não está alheio a uma constelação de influências que, queira ou não, vem a moldar sua personalidade, e, portanto, nortear sua visão do mundo, do destino das pessoas e das instituições humanas. Não há fugir dessa conseqüência que outro nome não pode ter que o de "comprometimento ideológico". Isso explica porque preceitos constantes de tal Código sobrevivem a uma Constituição que tem como um dos seus alicerces nada menos do que o respeito à dignidade da pessoa humana. É a lição de Flávia Piovesan: "Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular".[31]

Foi essa visão de um processo restritivo das liberdades, própria dos autores italianos, influenciados pela cultura política de sua época, que se radicou em nossa doutrina, até porque não se desconhece que o nosso vetusto Código de Processo Penal pende de substituição até hoje, pesassem as tentativas feitas em tal sentido.

Por vezes se nota nos processualistas penais alguma preocupação com o ser humano, não já por sua condição de objeto do processo penal (a ênfase dada ao processo penal como instrumento de concretização do Direito Penal não decorre da existência de crimes, mas da existência de alguém concretamente considerado como seu autor), mas como sujeito de direitos: "pode-se, pois, definir o Direito Processual Penal como o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção".[32] Ao aludir à tutela da liberdade de locomoção parece que o autor referido tem em mente apenas o processo de *habeas corpus*. Na mesma obra, contudo, o autor refere-se ao processo, em geral, como dupla garantia: "garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade"; garantia passiva porque "impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal".[33]

(30) *Elementos de direito processual penal*. Forense, 1965, t. IV, n. 940.

(31) Flávia Piovesan, ob. cit., p. 59.

(32) Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. Saraiva, 1999. p. 82.

(33) Greco Filho, ob. cit., p. 45.

A própria Itália, de fato, entendeu chegado o momento de rever o sistema jurídico que por tantos lustros regera lá o processo penal. Ninguém mais autorizado do que Ada Pellegrini Grinover para registrar essa mudança de rumo, assente na convicção de que "o processo penal deve pautar-se por uma escrupulosa regra moral, que reafirma o ideário do sistema processual penal segundo o qual, no embate entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade, deve dar-se preferência à inocência do acusado em relação à defesa social".[34]

Os doutrinadores modernos negam que a principal finalidade do processo penal nas sociedades democráticas seja a de ver concretizada a pena abstratamente prevista na lei penal, e, para tanto, a reconstituição fiel dos fatos ocorridos tipificadores de delito, ou seja, a verdade.

Com efeito, se o que deveria triunfar no processo penal fosse a verdade real, por que não se assegura ao Estado o mesmo direito que se assegura ao réu de buscar a revisão da decisão definitiva que lhe foi desfavorável? Os membros da sociedade têm o legítimo interesse em viver em um clima onde não triunfe a mentira, eticamente inaceitável. Logo, sob que fundamento ético impedir isso? Em realidade, "a lei ergue aqui uma barreira de preclusão. Não permite que volte a discutir-se a expressão da vida que foi objecto de decisão, sempre que se pretenda reexaminar um comportamento humano (acção ou omissão) que foi objecto de conhecimento e decisão por parte do magistrado, com sentença que adquiriu o carácter de definitividade e imutabilidade. *Roma locuta, causa finita*".[35]

Só o caráter quase divino do julgador permitiria que fosse isso diverso.

Ou, nas palavras de Ada Grinover, "na medida em que o ideal processual é representado pela predominância do interesse público com relação à tutela dos direitos individuais, a liberdade do juiz fica cada vez mais ampla, por tender à descoberta da 'verdade material'. A verdade material torna-se obsessivo refrão do inteiro sistema processual, e o princípio do livre convencimento é visto como necessidade de remover qualquer obstáculo formalista à investigação".[36]

Exatamente por ser isso incompatível com algo que se possa chamar de uma sociedade democrática, há que se reconhecer que a finalidade do processo penal é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercear-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz (a prisão preventiva), que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria.

Ainda que se possa contrapor à mera verdade formal a expressão "verdade material", menos comprometida filosoficamente (toda adjetivação sempre com-

(34) "Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro". *O Processo em evolução*. 2. ed., Forense Universitária, 1998. p. 232.

(35) Giuseppe Bettiol. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra Ed., 1974, p. 311.

(36) Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas*, p. 63.

promete a essência da coisa adjetivada), isso não altera os dados da questão. "O termo 'verdade material' há de ser tomado em um duplo sentido: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida".[37]

Assim, o juiz criminal há de ter em conta a natural limitação do ser humano, no que diz com a procura da verdade (mais exatamente, com a procura do conhecimento de fatos passados), a ser feita sem perder de vista que, qualquer seja a gravidade do fato, há um ser humano apontado como sendo seu autor. Ou, para reproduzirmos a lúcida observação de Bettiol: "Numa determinada óptica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efectivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento".[38]

Por dever ser eminentemente garantístico o processo penal, quando o juiz ou tribunal tomar conhecimento de que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer restrição indébita a seu direito de liberdade, passará, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para que esse incômodo não se concretize ou cesse, se já realizado.[39] Da mesma forma, se apenas um dos réus houver recorrido e o conteúdo da decisão se aplicar a mais algum dos condenados, o Tribunal a ele estenderá, também *ex officio*, o resultado do recurso, desconsiderando a coisa julgada formal.[40]

Não é, porém, o que a visão civilista do processo penal por vezes leva nossos juízes a afirmar,[41] por evidente descuido e conseqüências lamentáveis.

(37) Cf. Ada Grinover, ob. cit., p. 61.

(38) Giuseppe Bettiol, ob. cit., p. 295.

(39) Cf. CPP, art. 654, § 2.º.

(40) Cf. CPP, art. 580.

(41) Eis um desses julgados, provindos de nossa Suprema Corte: "Julgamento em Segunda Instância – Nulidade – *Reformatio in melius* – Inadmissibilidade – Recurso exclusivo da acusação – Ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum apelatum* – Recurso extraordinário provido – Inteligência do art. 574 do CPP" (STF *RT* 580/453, rel. o Min. Décio Miranda). Veja-se o que se contém, como conseqüência disso, no seguinte acórdão: "É certo que o réu foi condenado sem prova da materialidade do delito pertinente ao entorpecente. Todavia, como se viu, não é possível absolvê-lo adotando-se o princípio da *reformatio in melius*. ... Diante desta constatação, restaria ao réu, no caso *sub judice*, acesso à revisão criminal, que atuaria como ação rescisória da coisa julgada, no que tange à comprovação da materialidade do porte do entorpecente" (TJSP *RT* 743/612, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues). De concessão de *habeas corpus* de ofício nem falar, o que significa que, por evidente e reconhecido erro do Estado, alguém ficará preso indevidamente sabe-se lá por quanto tempo. Que lhe adiantará eventual indenização que venha a receber – se vier! – futuramente?

Não se estará em tais casos, como poderia parecer à primeira vista, diante de expressão do princípio da verdade real, mas tão somente de atendimento ao respeito à dignidade do ser humano, imposto, no campo jurídico, pelo texto constitucional, e que, já agora no campo da Ética, as consciências bem formadas não aceitam sofra injustiças.

A descuidada afirmação de que o processo penal deve perseguir intransigentemente a verdade real tem sido responsável por inúmeras deformações do processo, com afirmações e decisões descabidas, que desconsideram o longo caminhar do *due process of law*.

Eticamente, portanto, o processo penal é limitação do poder do Estado. Qual, então, o alcance dessa limitação do juiz na procura da verdade processual?

4. O conceito de prova

Por que se fala em *devido* processo? Simplesmente porque as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o presenta no processo, alguém esse que jurou cumprir a Constituição, para que o julgamento do réu possa ser considerado um *fair trial*. Enquanto no processo civil a previsão legal das preclusões impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal isso não se justifica, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses dois tipos de processo. Sendo assim, a preclusão somente pode ser invocada em benefício do acusado, como se dá com a prescrição, que pode até mesmo levar a sentença a ter conseqüência autofágica (o reconhecimento de prescrição ocorrida antes da sentença pela consideração da pena fixada na sentença), o que é impensável no campo civil.

O art. 485 do CPC, por exemplo, diz caber ação rescisória quando a decisão[42] contenha vícios formais[43] ou violar "literal disposição de lei", sem qualquer possibilidade de reavaliar-se a prova produzida. O inciso I do art. 621 do CPP, contudo, base da quase totalidade de tais ações, quando cuida da revisibilidade da decisão condenatória, se utiliza da expressão "evidência dos autos",[44] que exige alguma digressão.

Que é "evidência", em português? É "clareza, qualidade do que não necessita de demonstração para ser compreendido", ensina-nos Silveira Bueno.[45] Segundo

(42) Embora o artigo fale em "sentença", obtempera Theotonio Negrão: "também o acórdão, claro" (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed., Saraiva, 1999. nota 1 ao art. 485).

(43) Basicamente, falta de isenção do julgador, comportamento inadequado do autor ou de ambas as partes ou violação da coisa julgada.

(44) "A revisão dos processos findos será admitida (I) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos" (CPP, art. 621).

(45) *Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa*. Saraiva, verbete "evidência".

o Aurélio, evidência é "qualidade do que é evidente; certeza manifesta". E acrescenta: "(filos.): caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade".

Em inglês, todavia, tal palavra é utilizada para referir-se à própria prova. Evidência é o conjunto de elementos probatórios.[46] É a certeza processual que decorre desse conjunto, *beyond a reasonable doubt*. E tanto é assim que o juiz do *common law* não está preocupado com a inalcançável verdade. Ao término do julgamento ele não profere algo como "fez-se justiça", ou "descobriu-se a verdade", ou "chegou-se à certeza", mas simplesmente, em atitude solene, decide: "*case closed*".[47]

Sendo isso assim, que devemos entender por prova? É "o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade", dizia o clássico Malatesta.[48] Que é, porém, a verdade? Diga lá o evangelista.[49]

Rigorosamente, as coisas não existem e, portanto, qualquer evidência pode ser uma falácia. O que existe é o conhecimento que temos delas, é a idéia que se forma no espírito humano e que, segundo se supõe, corresponda fielmente àquilo que se pretende conhecer. O fato de haverem sido vistos e até fotografados não nos traz a certeza a respeito da existência dos chamados "discos voadores";[50] o rosto que aparece no conhecido sudário será ou não de Jesus Cristo de acordo com as convicções pessoais do interessado. Daí a conhecida dissertação de Mittermayer a respeito de "verdade", "certeza" e "convicção".[51]

Como a finalidade do processo é reproduzir uma realidade que lhe é anterior, tudo o que as provas permitem é chegarmos a um juízo de probabilidade. Ou, no dizer de Mittermayer, "a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito".[52] E o resultado final da ação, no campo criminal, dependerá da maior ou menor resistência desse juízo de probabilidades às dúvidas que no processo foram suscitadas. Eticamente, somente deverá haver condenação quando o julgador superar a chamada *reasonable doubt,* por isso que, estando o espírito *in dubio,* a decisão deve ser *pro reo.*

(46) "Any species of proof, or probative matter, legally presented at the trial of an issue, by the act of the parties and through the medium of witnesses, records, documents, exhibits, concrete objects etc." (*Black's law dictionary*, verb. evidence).

(47) Isto é, a causa (ou processo) que havia sido aberta, agora está fechada, ou, na voz de nossos dubladores da televisão, "caso encerrado" (isto é, não se fala mais nisso).

(48) *A lógica das provas em matéria criminal.* Bookseller, 1996. v. I, preâmbulo.

(49) Cf. João, 18, 38.

(50) Um livro famoso, cujo título era uma interrogação (*Eram os deuses astronautas?*), costumava ser referido por muitas pessoas com a frase no afirmativo, como se o autor, Daniken, estivesse a confirmar as convicções íntimas do leitor, no sentido de que eram, de fato, meros astronautas, provindos de outra galáxia, aqueles que os livros sagrados chamavam deuses. A mera especulação do autor transformava-se em certeza para o leitor.

(51) *Tratado da prova em matéria criminal.* Bookseller, 1997. p. 59.

(52) Ob. e loc. cits.

"De um modo geral, e sem entrarmos em minúcias, a doutrina e as leis brasileiras sempre admitiram que a finalidade do processo não é aceitar, como verdade, o que certas *provas*, no seu aspecto exterior ou formal, indicam, mas perscrutar, descobrir a verdade verdadeira. Em nosso Direito, ontem como hoje, o juiz nunca foi um autômato: as leis e a doutrina sempre forneceram a experiência processual, mas não suprimiram a independência do magistrado", dizia Theodolindo Castiglione.[53]

Não se poderá, contudo, ver nessa afirmação a contemplação de um poder discricionário do julgador, pois o mesmo autor ressalvava: "não se trata de um livre convencimento arbitrário, mas de um livre convencimento que se forma na consciência do juiz, em virtude das provas do processo".[54]

E se dúvidas houvesse, eis o que diz uma de nossas maiores autoridades sobre o tema: "O juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue[55] as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram".[56]

Decidir de acordo com a evidência dos autos seria algo a implicar em certeza absoluta (testemunhas asseguram que o réu, confesso, disparou a arma contra a vítima, matando-a; o exame pericial demonstra que o sêmen encontrado na vagina da vítima corresponde ao tipo de sêmen produzido pelo réu, acusado de a haver violentado etc.), caso em que o fato e a autoria se mostram "evidentes", o que em si já é coisa rara. Mesmo essa "evidência", contudo, não dispensa a instrução judicial: o agente pode vir a provar que matou em legítima defesa; o réu pode querer comprovar que a relação sexual se fez com o consentimento da vítima.

Tempo houve em que essa "certeza processual" exigia a concordância de um número mínimo de elementos de convicção. *Testis unus testis nullus* era o brocardo que melhor exprimia essa época, superada há muito. "No sistema do nosso direito, não há cogitar nem de provas plenas ou semiplenas, nem de hierarquia legal das provas, salvo os casos expressamente indicados em lei. É certo, porém, que umas possuem ou adquirem em dadas circunstâncias, mais vigor lógico que outras. Um documento por exemplo, convence mais do que um testemunho e, se for um instrumento público, se reveste, pela intervenção da autoridade, de maior prestígio que o particular, o que não impede se consiga, às vezes, mediante prova testemunhal, destruir a força do documento público, mostrando que foi obtido por dolo, erro, violência ou coação".[57]

(53) Theodolindo Castiglione. *O livre convencimento do juiz e a hierarquia das provas*, RT, 1962. p. 587 (Estudos jurídicos – Coletânea comemorativa do cinqüentenário da Revista dos Tribunais).

(54) Theodolindo Castiglione, ob. cit., p. 589.

(55) *Rectius*, não deve seguir.

(56) Moacyr Amaral Santos. "Prova judiciária no cível e no comercial". v. I, p. 359.

(57) Mário Guimarães. *O juiz e a função jurisdicional*, Forense, n. 181.

Justamente por isso, o julgador deverá fazer um cotejo do conjunto probatório, concluindo que tais elementos ensejam a condenação além de alguma dúvida razoável, como se diz em inglês. Isso nada tem a ver com evidência, no sentido de verdade absoluta, pois estamos diante do convencimento pessoal do julgador, algo eminentemente subjetivo. Ou, no dizer de Mittermayer, "se a opinião do juiz descansa sobre motivos suficientes, de que ele tem a consciência, então, e só então, pode ele decidir afirmativamente".[58]

O que se tem decidido entre nós, no entanto, quando se cogita da revisibilidade da condenação, é que a decisão será contrária à "evidência" dos autos se ela "não se baseou em prova alguma". Em conseqüência disso, concluise amiúde que não cabe a revisão se houver algum elemento de prova nos autos que justifique a condenação, por mais tênue que seja.[59]

Pois isso é exatamente o contrário do que está dito na lei. Segundo ela, cabe a revisão, a não ser quando o réu, "evidentemente" (isto é, de modo a não pairar qualquer dúvida, *beyond a reasonable doubt*), for culpado. Havendo dúvida razoável, impõe-se a absolvição, por força do velho e revelho *in dubio pro reo*. Condenado que seja o acusado, mesmo em vista de tal dúvida, cabe a revisão da condenação, ainda que isso se possa chamar "uma segunda apelação",[60] ao reverso do que por vezes se tem sustentado,[61] pois a sacralidade da *res judicata* há de ceder ante tal dúvida, exatamente por força dos privilégios do acusado constantes do chamado *favor rei*.[62] O princípio civilista que cuida da estabilidade dos julgados[63] não prospera quando se trata da liberdade humana, tanto que não há prazo para a propositura de tal "rescisória", pretensão que nem a morte faz

(58) Ob. e loc. cits.

(59) Cf. "Revisão – Contrariedade à evidência dos autos – Necessidade de demonstração de que a sentença não se baseou em prova alguma – Inteligência do art. 621, I, do CPP" (TJSP *RT* 676/296, rel. o Des. Nelson Fonseca).

(60) Cf. "Recurso crime – Revisão – Pretendido não conhecimento sob o fundamento de se tratar de segunda apelação – Inadmissibilidade – Preliminar repelida – Inteligência do art. 621 do CPP" (TACrimSP 588/352, rel. o Juiz Ercílio Sampaio).

(61) Cf. "Revisão – Não conhecimento – Pedido com natureza de segunda apelação" (TACrimSP *RT* 717/401, rel. o Juiz Rulli Júnior).

(62) A *Enciclopedia del Diritto,* Giuffrè, 1968, gasta nada menos do que 26 páginas para abordar tal tema. Os dicionários editados no Brasil nem contemplam o assunto, o que mostra o pouco apreço que nossos juristas dedicam a temas relacionados com a liberdade humana. Ensina Gilberto Luzzi, responsável pelo exaustivo verbete, que, no campo do direito processual penal, o *favor rei* significa que "nel contrasto di posizioni che caratterizza l'atuazzione della potestá punitiva, debba attribuirse una prevalente considerazione all'interesse dell'imputado" (Cf. v. XVII).

(63) "A coisa julgada vale porque é coisa julgada; porque a lei não permite se lhe contradiga a autoridade. Não porque se presume representar a realidade, a verdade dos fatos e a exata aplicação da lei" (Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro,* Forense, 1945. v. III, p. 59).

desaparecer,[64] ao reverso da pretensão correspondente na esfera civil,[65] que se refere a valor menor do que esse.

Inteiramente mais adequados aos princípios constitucionais são, a nosso ver, entendimentos como os que sustenta Magalhães Gomes Filho: "tem sido possível constatar uma transição no próprio enfoque das garantias processuais: do caráter garantístico-formal do Estado liberal chega-se modernamente a uma concepção neogarantística ou garantístico-substancial, que enfatiza os direitos sociais também reconhecidos na Constituição; cuida-se, em suma, de superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis a todos".[66]

Segundo Cândido Dinamarco, "o intenso comprometimento do sistema processual com a política (a Justiça faz parte da política), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente".[67] Um dos aspectos dessa atuação é precisamente o respeito à liberdade do ser humano, cuja dignidade não pode ser comprometida pelo poder estatal. "*Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter".[68]

5. A prova como elemento essencial à fundamentação

Nosso Direito Positivo, como visto, adota o princípio segundo o qual o julgador há de ater-se àquilo que está nos autos e, a partir desses elementos e de sua cultura jurídica, há de decidir fundamentadamente a causa.[69] *Quod non est in actis non est in mundo* sintetiza o dever ético do juiz de explicitar os motivos de seu convencimento, proibida a invocação por ele de fatos estranhos àqueles documentados nos autos, exceção feita expressamente às regras de experiência e aos fatos notórios.[70] A acusação não necessita de comprovar que, havendo ocorrido o furto à meia-noite, isso se deu "durante o repouso noturno", pois nossa experiência é no sentido de que em tal horário a maioria das pessoas costuma, de fato, recolher-se ao leito. Trata-se, contudo, de situações excepcionais, pois nossa "experiência", a partir do que é divulgado pela mídia, é no sentido de que pessoas mal vestidas e sem carteira profissional são marginais. Seria imoral, contudo, que um juiz considerasse tal fato como indício de autoria de crime.

(64) Cf. CPP, art. 623.

(65) Cf. CPC, art. 495.

(66) *Presunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991. p. 23.

(67) Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. RT, 1987. p. 233.

(68) Idem., p. 234.

(69) Cf. CF/88, art. 93, IX.

(70) Moacyr Amaral Santos. *Da prova judiciária*, v. 1, n. 102.

Esse salutar preceito ético, contudo, não poucas vezes tem sido tangenciado, como quando se admite que o juiz não está obrigado a apreciar todos os argumentos que lhe foram apresentados pelas partes.[71] Chega-se ao cúmulo de ver aí mera irregularidade, superável pela preclusão![72] Ou quando se afirma que o conhecimento, pelo juiz, do ambiente onde se passaram os fatos possa ser por ele trazido como elemento de convicção.[73] Como apresentar contraprova a um "testemunho" qualificadíssimo como esse?

O Min. Mário Guimarães deixou dito: "A sentença não é[74] ato de puro arbítrio. O juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira".[75]

Verdade é, porém, que "a formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio juiz possui meios de reconstituir". É esse amálgama de elementos tão díspares que constituirá o fundamento da decisão.[76]

Donde a observação de Mittermayer: "de toda a discussão que precede se deve concluir que a indagação da verdade é subordinada a certas regras decisivas; que deve seguir certas vias traçadas, que a razão e a experiência indicam como as mais próximas para conduzir ao fim; que a verdade, assim estabelecida, repousa sobre tais e tais bases capazes de apreender infalivelmente (*sic*) o espírito de todos os juízes. Mas também que, antes de se pronunciarem sobre a verdade dos fatos, sofre cada um a influência de seu caráter individual, de modo que a sentença proferida é evidentemente subjetiva".[77]

E porque essa convicção pessoal não se situa apenas no plano da consciência, como impedir que o julgador traga para o processo sua cultura, sua ideologia e

(71) Cf. "Sentença – Fundamentação genérica – Validade do ato judicial que não abrange todos os fatos e fundamentos trazidos pela defesa" (TJSP *RT* 732/622, rel. o Des. Segurado Braz).

(72) Cf. "Sentença – Falta de fundamentação – Nulidade não argüida em recurso exclusivo da defesa – Condenação confirmada pelo tribunal que integrou a decisão de 1.º grau, sanando a irregularidade – Inexistência de agravação da pena, mas somente explicitação do decisório – *Reformatio in pejus* não caracterizada" (STF *RT* 665/365, rel. o Min. Paulo Brossard).

(73) Veja-se este exemplo: "O juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva" (STF *RTJ* 99/653, rel. o Min. Néri da Silveira). Quem fala em "mais seguro" faz uma comparação. Se os elementos extra-autos são mais seguros do que aqueles que estão nos autos, isso, obviamente, significa que, fossem apenas os elementos dos autos, não haveria elementos para tal decreto.

(74) *Rectius*, não deve ser.

(75) *O juiz e a função jurisdicional*, Forense, 1958, n. 207.

(76) Sidnei Agostinho Benetti. "Deontologia da linguagem do juiz". *Curso de deontologia da magistratura*. Saraiva, 1992. p. 117.

(77) Ob. cit., p. 62.

suas convicções, sejam elas políticas, filosóficas ou religiosas? Eis o desafio que sistema algum conseguiu superar.

Escrevendo no princípio do século, o genial Nicola Framarino Dei Malatesta já ponderava: "em uma determinada testemunha podem encontrar-se peculiares condições fisiológicas ou patológicas, de forma a criarem nela uma particular perfeição ou particular imperfeição em suas observações, o que, por conseqüência natural, aumenta ou diminui o valor probatório de seu testemunho, quanto à matéria que se refere à sua particular perfeição ou imperfeição de observação".[78] Há que sopesar todos esses elementos ao avaliar tal depoimento. Quantas vezes isso é feito na prática?

De fato, alguém já viu algum juiz criminal solicitar o concurso de especialista (um psicólogo, por exemplo) para poder aquilatar o valor de determinado depoimento? Quando a testemunha afirma haver ouvido uma conversa ocorrida a certa distância, algum juiz criminal alguma vez a fez submeter a exame de audiometria? Quando a testemunha afirma haver visto a ocorrência que se passou a certa distância, algum juiz criminal alguma vez a fez submeter a exame de acuidade visual? De um modo geral, prevalece hoje, como há quarenta anos, o entendimento canhestro de que a Psicologia Criminal tem por fim apenas e tão somente "o estudo das condições psíquicas do homem criminoso e da maneira pela qual nele se origina e se processa a ação criminosa",[79] o que é muito pouco.

Considerando que a decisão se fará a partir de uma "convicção íntima", estará o juiz criminal preparado para avaliar com conhecimento de causa as reações daquelas pessoas que diante dele depõem? Tem ele meios para evitar a "contaminação" de sua percepção, uma vez que, como ser humano que é, vivendo em sociedade, encontra-se envolvido em fatos relevantes passíveis de o atingirem, ou a seus familiares e amigos?

Não se trata, como pode parecer, de separar as pessoas em dois grupos: aquelas que são perfeitas na capacidade de observar e aquelas que o fazem de modo imperfeito. Nesses erros de observação, esclarecia já àquela época o autor citado, "normalmente incorrem, em certos assuntos, todos os homens".[80]

Figure-se o caso dos impropriamente chamados "crimes contra os costumes".[81] O juiz criminal, na maioria das vezes jejuno em psicologia, aprecia a palavra de réu e vítima, escolhendo, lotericamente, a qual delas dará maior valor, afirmando-se comodamente que esta não tem interesse algum em incriminar um inocente.[82] Alguma vez algum juiz criminal, diante do estupro de uma criança,

(78) Ob. cit., p. 377.

(79) Aníbal Bruno. *Direito penal. Parte geral.* Forense, 1959. t. 1, p. 40.

(80) Malatesta, ob. e loc. cits.

(81) Trata-se, na verdade, de crime contra a pessoa e seu direito à disponibilidade do próprio corpo.

(82) Cf. "Estupro – Prova testemunhal – Palavras da vítima – Valor relevante" (TJSP *RT* 733/545, rel. o Des. Canguçu de Almeida); "Crime contra os costumes – Prova – Palavra da vítima – Valor probante" (TJSP *RT* 730/512, rel. o Des. Silva Pinto);

deu-se por impedido, por razões íntimas, visto ter filho na idade da indigitada vítima, o que poderia levá-lo a identificar, inconscientemente, o seu filho a tal criança? Por que não ter ele a humildade de submeter os depoentes, especialmente em tais situações-limite, a um técnico que lhes avalie a credibilidade e afirme, com a responsabilidade de seu conhecimento específico, se, efetivamente, a palavra da ofendida ou do ofendido é mais digna de crédito do que a do suspeito ou suspeita?

Quando o depoente (especialmente se único) for a vítima, não deveriam os juízes esquecer a recomendação da doutrina, que chega a dar-lhe valor menor do que à palavra de testemunha compromissada.[83] Também não deveriam os julgadores olvidar "quão transformadora da realidade é a atenção expectante da vítima".[84] Essa atenção assim viciada, aliada ao natural desejo de reconhecer, a que se refere o Prof. Almeida Júnior,[85] tem sido causa de inúmeros erros judiciários, como salienta esse mesmo autor. Na doutrina estrangeira outra não tem sido a preocupação quando se cuida de tal tema.[86]

Nem mesmo as cautelas mínimas da lei, quando se busca o reconhecimento do suspeito, são em geral observadas pela nossa polícia, que tem no Judiciário um forte apoiador, ao argumento de que a lei não determina, mas apenas recomenda, a presença de pessoas algo parecidas com o suspeito quando submetido este à vítima, pessoas essas cujos nomes sistematicamente e sintomaticamente não são registrados no auto de reconhecimento.[87]

Diz-se que a lei não exige tal providência cautelar. Logo, estamos diante de prova lícita (ou legitimamente colhida). Mas os preceitos éticos, albergados na Constituição, devem sobrepor-se à lei, até porque esta não só lhe é anterior como inferior hierarquicamente.

"Atentado Violento ao Pudor – Violência presumida – Prova – Palavra da vítima menor – Admissibilidade" (TJSP *RT* 712/399, rel. o Des. Silva Pinto).

(83) Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. Saraiva, 1964. n. 67.

(84) Amaral Santos. *Da prova judiciária*. v. III, p. 70.

(85) *Lições de medicina legal*. Ed. Nacional de Direito, 1957. p. 547.

(86) François Gorphe. *La critique du témoignage*, p. 294; Merle et Vitu, "Procedure pénale". *Traité de droit criminel*, t. II, p. 195.

(87) Cf. "Prova – Reconhecimento do réu – Colocação do agente ao lado de outras pessoas fisionomicamente assemelhadas – Formalidade legal que pode conforme a hipótese ser dispensada – Inteligência do art. 226, II, do CPP" (TACrimSP *RT* 730/585, rel. o Juiz Luiz Ambra); "Prova – Reconhecimento do réu – Ato efetuado na fase policial, porém não declinados os nomes das demais pessoas com alguma semelhança do acusado – Ratificação pela vítima em juízo – Suficiência para o afastamento de eventual irregularidade – Inteligência do art. 226 do CPP" (TACrimSP *RT* 723/610, rel. o Juiz Luiz Ganzerla); "Prova – Reconhecimento pessoal – Presença de outras pessoas ao lado do suspeito – Faculdade e não obrigatoriedade recomendada pelo art. 226, II, do CPP" (TACrimSP *RT* 704/352, rel. o Juiz Haroldo Luz).

É que, nas sociedades democráticas, não mais deve prevalecer a vontade augusta do soberano, não mais seu convencimento imotivado, mas o *due process of law*, um processo que tem como supedâneo certos princípios que dizem, acima de tudo, com a dignidade da pessoa humana, e não com a segurança do Estado. O Estado abre mão de sua autoridade para nivelar-se a qualquer do povo, sentando-se diante de um Tribunal e assumindo os ônus de quem se dirige ao Estado para postular um provimento. E um desses ônus é precisamente aquele relacionado com a prova das alegações que faz. Prova essa eticamente aceitável.

Tão essencial é a motivação da sentença (especialmente quando implica na restrição da liberdade de alguém que se considera inocente, seja por presunção constitucional, seja por estado natural) que já se chegou a dizer que sentença sem motivação, é uma "não-sentença", "um corpo sem alma".[88]

É que a bilateralidade do contraditório constitui, entre nós, uma garantia de índole constitucional, decorrente da previsão na Lei Maior dos três princípios básicos do processo penal: o princípio da tutela jurisdicional, o princípio do devido processo legal e o princípio do juiz natural.[89]

Claro que o Estado, enquanto julgador, se materializa em seres humanos. E é evidente que esses seres humanos têm sua história, com sua formação pessoal e profissional sujeita a inúmeros fatores, quer de ordem familiar, quer de ordem cultural ou mesmo de ordem conjuntural. Justamente por isso, há que se dotar o processo de mecanismos que tornem, se não impossível, pelo menos muito remoto que o juiz traga para o processo apenas (ou principalmente) o seu enfoque pessoal, divorciado dos elementos objetivos reunidos sob o rótulo de "provas". E essas provas devem ser colhidas com tantos cuidados quanto possível para que a dúvida sobre sua licitude seja, se não inteiramente afastada, pelo menos diminuída aos limites do tolerável.

"Não pode o juiz, na apreciação de fatos controvertidos, guiar-se, para nortear e fazer gerar sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, por suposições, impressões pessoais, ou usar de processos ou medidas que correspondam a atentados a direitos legítimos e merecedores de amparo da própria justiça", dizia o Min. Amaral Santos.[90]

"A livre consciência do homem mais aperfeiçoado sempre está à mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, força de seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade e, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro.

"Porque não lhe é dado julgar (apenas) de acordo com sua consciência, igualmente não deve nem pode estimar provado o fato fundado em suposições. Não pode o juiz supor coisa alguma; se o pudesse, deveria logicamente julgar segundo

(88) Tourinho Filho. *Processo penal*. Saraiva, 1999. t. 4, p. 215.

(89) Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, n. 144.

(90) Moacyr Amaral Santos. *Da prova judiciária*. t. I , n. 8, citando o magistério de João Monteiro.

a própria consciência ou conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido, o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum privatam scientiam*, como dizia Vinnio."[91]

Se no campo civil incide a veemência do discurso do ilustre Ministro processualista, que dizer do julgamento exclusivamente de consciência *(secundum scientiam privatam)* no campo criminal? Simplesmente impensável.

Como se vê, usando de uma paráfrase, da mesma forma como *allegare sine probare et non allegare paria sunt*, decidir sem fundamentar e não decidir são a mesma coisa.

Desnecessário destacar que quando se fala em *fundamentar* não se está querendo significar o ato de escolher preconceituosamente no conjunto de elementos probatórios aqueles que confirmam a impressão inicial desfavorável ao acusado. Ao contrário, se há uma presunção de inocência, a pesquisa dos elementos não poderá deixar de ter presente um tal fato, ou tudo não passaria de mera encenação, dando-se por aceitável tudo aquilo que confirma a denúncia e por inaceitável aquilo que a defensoria trouxe para os autos.

Veja-se, apenas para ilustração, com que falta de neutralidade se valoriza a palavra de policiais, esquecidos os julgadores de que, havendo eles atribuído a alguém a prática de fato grave, não poucas vezes com a conseqüente voz de prisão, se não demonstrarem a legalidade do ato praticado, serão passíveis de processo criminal por abuso de autoridade.[92] Alguém que, por força de sua atividade profissional, está a correr um tal risco – inerente a ela, sem dúvida – não pode ser considerado pessoa tão neutra que sua palavra, sem outros elementos menos comprometidos, seja o bastante para lastrear um decreto condenatório, ao contrário do que tantas vezes se decide.[93] Nem mesmo excessos praticados pelos policiais têm servido para desacreditar sua palavra.[94]

Do exposto resulta que:

a) em uma sociedade democrática, o processo penal destina-se precipuamente a permitir à acusação que comprove os fatos que articulara na petição inicial, comprovação essa a ser feita sob o princípio do contraditório, pedra de toque do devido processo legal;

b) sendo a verdade algo humanamente inalcançável, tudo o que a instrução probatória trará ao julgador será uma série de elementos que lhe permitirá afastar

(91) Idem, ibidem.

(92) Paradigmático o seguinte acórdão: "Sempre que se tolhe a liberdade de locomoção de alguém, sem que este seja preso em flagrante delito ou sem mandado regular de autoridade competente (o que eqüivaleria a um seqüestro), fica configurado o delito de abuso de autoridade (*JTACrimSP* 31/301, rel. o Juiz Nelson Schiesari).

(93) Cf., em tal sentido: "Testemunha – Depoimento de policial – Presunção de idoneidade" (TJSP *RT* 616/286, rel. o Des. Jarbas Mazzoni).

(94) "Não compromete a credibilidade da palavra dos policiais eventual violência contra os presos – fato condenável e que deve ser devidamente apurado – ou variação sobre pormenores" (TJSP *RT* 737/602, rel. o Des. Dante Busana).

a dúvida decorrente do estado de inocência do réu e que o amparava antes de encerrar-se a instrução, beneficiário ele sempre do *in dubio pro libertate*;

c) dada a contemplação expressa, em nível constitucional, da dignidade humana, que o mais hediondo dos crimes não faz desaparecer, como valor norteador da conduta do juiz criminal, os meios de prova utilizáveis pelo autor da ação penal não podem ser aqueles que impliquem na desconsideração desse valor maior, menos por ser ele de exigência ética e mais porque se trata de ética constitucionalizada;

d) havendo no processo criminal um confronto entre a paz social, quebrada pelo crime, e a dignidade do apontado autor do fato, nada justifica, eticamente, que, em nome da primeira se restrinjam as garantias constitucionais decorrentes da segunda.

6. Casuísmo de provas eticamente inadmissíveis

Luís Roberto Barroso, cuidando dos princípios constitucionais, demora-se em considerações sobre a razoabilidade ou proporcionalidade que deve informar toda interpretação das normas jurídicas, como decorrência da *due process clause*, seja no que diz com seu aspecto formal, seja quanto ao seu aspecto substancial. Em síntese, "o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".[95] Depois de referir-se à doutrina alemã, adotada tanto em Portugal como no Brasil, a respeito do tema, reproduz a lição de Willis Santiago Guerra Filho, que, em feliz síntese, aponta os requisitos para que o princípio seja invocado, o que se dará quando presentes seus três requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade): "pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens".[96]

Luiz Francisco Torquato Avólio, em obra oportunissima, vai buscar precisamente na teoria da proporcionalidade a bússola para guiar o julgador diante das provas colhidas em circunstâncias eticamente discutíveis. "A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto".[97]

Diz ele, reportando-se à melhor doutrina, que a dilação probatória compreende vários momentos sucessivos: a) o protesto pela produção de determinado meio

(95) *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva, 1996. p. 204.

(96) Ob. cit., p. 209.

(97) *Provas ilícitas*. RT, 1999. p. 64.

de prova; b) a admissão, pelo juiz, da possibilidade de sua produção; c) a produção propriamente dita; d) a avaliação dela pelo julgador.[98]

Ora, sendo isso assim, quando a Constituição Federal afirma serem "inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos",[99] ela, aparentemente, aborda dois momentos: a) o da admissibilidade propriamente dita ("são inadmissíveis") e o da produção (provas já "obtidas").

Que o juiz deverá não admitir a produção de certas provas em Juízo, tendo-a por eticamente inaceitáveis (o depoimento de alguém preso a dever de sigilo profissional, por exemplo), não padece dúvida. Mas, se se cuidar de prova colhida fora do processo ("ilícitas" propriamente ditas, para usar a distinção adotada pelo autor), como a confissão do suspeito ou seu reconhecimento pela vítima ou por testemunhas, provas colhidas em Delegacia de Polícia sem as garantias constitucionais, em especial o contraditório, como admiti-las em Juízo? Tecnicamente falando, já passamos do momento da produção, ainda que a admissibilidade de tal prova deva ser motivo de decisão do julgador.

A proposta de Avólio: "ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade".[100]

Continuamos, porém, sem saber quando ocorre a ilicitude, pois não cabe à Constituição entrar em minúcias. Por outro lado, não se pode admitir que a lei infra-constitucional tenha o dom de limitar o salutar preceito constitucional.

Veja-se o que ocorre na chamada ilicitude por derivação (tradicionalmente chamada teoria dos *fruits of the poisonous tree*). Tempo houve em que muitos magistrados recusavam-se a avaliar a eticidade dos meios empregados para a obtenção de determinados elementos de prova. Ainda que se provasse a ocorrência de tortura na obtenção de uma confissão, o fato é que *reum confessum habemus*, dizia-se. Tudo o que poderia ser feito era responsabilizar o autor da violência. Claro está que tudo isso representava um incentivo aos abusos, até porque a comprovação do que se passa nos porões de uma Delegacia de Polícia é algo que bem merece o nome de *probatio diabolica vel impossibilis*.[101]

Considerando, porém, que uma Constituição não pode ser aética, há que se concordar com Avólio: "se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo. Pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação,

(98) Ob. cit., p. 30.

(99) Cf. art. 5.°, LVI.

(100) Ob. cit., p. 86.

(101) Vicente de Paulo Saraiva. *Expressões latinas jurídicas e forenses*. Saraiva, 1999. p. 652.

pois já estamos diante da ponte – antes extraída do sistema constitucional e ora inserida textualmente na Constituição – que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual a partir da ilicitude material".[102]

Como se vê, a solução dos casos concretos não se pode fazer a partir de um casuísmo, menos ainda sendo ele puramente legal. Há de o julgador reportar-se à Constituição, como expressão da ética que há de nortear a Deontologia Judiciária.

Assim, e apenas exemplificando, se o contraditório é um princípio basilar do processo penal,[103] donde a necessidade de assegurar-se ao defensor realizar a *cross examination*, isto é, apresentar reperguntas ao depoente, e se a palavra de um acusado pode ser levada em conta pelo julgador quando se cuida de avaliar a conduta do co-réu,[104] não há fundamento ético para impedir que o defensor de um requestione o outro acusado.[105]

Da mesma forma, se a Constituição veda o anonimato dos encarregados da prisão e interrogatório dos suspeitos,[106] como aceitar que do auto de reconhecimento que se costuma fazer nas Delegacias de Polícia não conste o nome das pessoas apresentadas à vítima juntamente com o suspeito ou se aceitar que nem isso haja?[107] Quando a lei fala "sempre que possível" ela, por força dos preceitos éticos constitucionais, deve ser interpretada no sentido de que as pessoas a serem apresentadas ao lado do suspeito serão, "sempre que possível", semelhantes a ele. O que não se pode é dispensar a presença dessas pessoas. E se as pessoas efetivamente estão presentes, que se respeite o preceito ético que veda o anonimato.

Igualmente, se "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"[108] e se dentre os direitos do preso está o de ter assistência de advogado,[109] como aceitar a validade de uma confissão realizada por alguém que se encontra preso em condições que são do conhecimento de quem vive neste país, especialmente se isso se deu antes de ter sido assegurado a ele ter contato

(102) Ob. cit., p. 78.

(103) Cf. CF/88, art. 5.º, LV.

(104) Cf. "No crime de roubo, a delação dos comparsas, desde que com a delação não procure apenas se inocentar, lançando culpa a outro, assume eficácia probatória" (TJSP *RT* 750/606, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues).

(105) Em tal sentido a lição de Ada Pellegrini Grinover. *Processo constitucional em marcha*. Max Limonad, 1985. p. 34.

(106) Cf. CF/88, art. 5.º, LXIV.

(107) Em tal sentido: "Não perde a eficácia, como elemento de convicção, o reconhecimento pessoal do indiciado no inquérito policial, embora ele não seja colocado ao lado de outras pessoas, que com ele tiverem qualquer semelhança. Essa formalidade constitui mera recomendação, uma vez que o inc. II do art. 226 do CPP prescreve que será observada *se possível*" (TJSP *RT* 744/560, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues)

(108) Cf. CF/88, art. 5.º, III.

(109) Cf. CF/88, art. 5.º, LXIII.

com profissional do Direito que o oriente a respeito das conveniências[110] e inconveniências de uma confissão, ante seu direito constitucional de permanecer calado, pois é presumido inocente?

Se no processo civil a intimação prévia do advogado é essencial para a validade da prova testemunhal deprecada a ser colhida em audiência, como aceitar que isso seja dispensado quando está em jogo a liberdade humana,[111] mesmo sendo pacífica a aplicação subsidiária das normas do Código Processual Civil ao processo penal?[112]

Se um defensor constituído estará sujeito a sanção disciplinar caso deixe de se utilizar dos recursos legais ordinários em benefício do seu constituinte,[113] como dizer que o defensor dativo, *longa manus* do Estado na preservação da dignidade da pessoa do acusado e indispensável, por determinação constitucional, a um *fair trial*, possa renunciar ao direito/dever de apelar ou (pior!) de interpor embargos infringentes quando haja voto favorável a seu defendido?[114]

(110) É eticamente discutível a validade de uma norma jurídica que contemple com diminuição da pena o acusado que espontaneamente venha a confessar a autoria do crime, mesmo porque isso implica em renúncia de um direito constitucional contemplado em norma pétrea.

(111) Veja-se, como exemplo disso, o seguinte acórdão: "Uma vez realizada a intimação da expedição das cartas precatórias, desnecessária se torna nova intimação da data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, pois tal providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, na medida em que cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a concretização do ato" (TJSP *RT* 704/310, rel. o Des. Jarbas Mazzoni, citando, sintomaticamente, acórdãos do STF anteriores à Constituição de 1988).

(112) "As regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal" (José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal.* Bookseller, 1997. v. I, n. 21). Cf., em tal sentido, dentre muitos outros, o acórdão inserto na *RT* 748/732.

(113) "Constitui infração disciplinar... prejudicar, por culpa grave, interesse confiado a seu patrocínio" (art. 34, IX, da Lei 8.906/94, dita Estatuto da Advocacia). Alguém sustentaria que um advogado, contratado para uma causa cível, possa renunciar aos recursos cabíveis contra decisão desfavorável a seu cliente sem a anuência expressa dele e sem demonstrar que isso convém aos interesses do contratante? Que motivo sério levaria um advogado, contratado para procurar em Juízo pelos interesses do contratante, a não tentar fazer valer a tese minoritária de um acórdão, se isso é benéfico a seu constituinte? Certamente nenhum.

(114) Discutível a premissa que ensejou afirmação contrária contida em acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, nada obstante o apoio de Damásio Evangelista de Jesus: "não se impõe sua compulsória interposição pelo defensor dativo, já que a tal não está obrigado o defensor, mesmo constituído" (Cf. *Código de Processo Penal anotado.* Saraiva, 1994, ref. ao art. 609). Os Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil certamente não concordariam com as palavras do Ministro relator (Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia.* Brasília Jurídica, 1999. p. 155.

De fato, a melhor doutrina tem enfatizado que a atuação do advogado no campo criminal participa daquelas situações nas quais melhor se diria haver direito/dever. "Quando designado para a defesa de um réu, a despeito de reconhecer-lhe a inteira culpabilidade no crime de que é acusado, não pode o advogado escusar-se de assumir aquela defesa. É direito e dever de assumir o advogado a defesa criminal, sem considerar a própria opinião sobre a culpa do acusado", lecionava Ruy de Azevedo Sodré, reportando-se à lição de ninguém menos do que Ruy Barbosa, expressa muito antes do advento da Constituição de 1988, como é curial.[115]

Dizia, de fato, o eminente tribuno: "Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liqüidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente. A esse respeito não sei que haja divergências dignas de tal nome na ética de nossa profissão".[116]

É, aliás, o que afirma nossa doutrina, *nemine discrepante*. "Salvo motivo de relevo, é dever do nomeado prestar seu patrocínio. Não pode também abandonar o processo, a menos que haja motivo imperioso para fazê-lo. Trata-se de um *munus publicum*, a cujo cumprimento e satisfação não se pode subtrair o advogado".[117]

Quando alguém celebra com um advogado um contrato de prestação de serviços e é mal servido, pode-se, de fato, afirmar *sibi imputet*, escolhesse alguém mais preparado, sem prejuízo de eventual responsabilização civil do escolhido, por força do contido no art. 159 do CC. Mas quando é o próprio Estado que, por força de mandamento constitucional, nomeia alguém para cuidar da defesa de quem não pode ou não quer contratar defensor,[118] não resta a menor dúvida de que deve o Estado responder pela escolha (*culpa in eligendo*) e pela atuação do nomeado (*culpa in vigilando*), por força do contido no art. 1.521 do CC, recepcionado pela Constituição Federal. E tanto é assim que o próprio Código de Processo Penal, pouco afeito a tais sensibilidades, cogita de espécie em que esse dever de vigilância está presente.[119] Por que não aplicar tal princípio a todos os casos em que ele Estado é o responsável pela nomeação de alguém que, precariamente embora, atua como agente desse Estado, para não responder pela má atuação do seu agente?[120] A defesa nos processos que não serão julgados pelo júri será

(115) *A ética profissional e o Estatuto do Advogado*. 4. ed., LTr, 1991. p. 380.

(116) Apud Ruy de Azevedo Sodré, ob. cit., p. 382.

(117) Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. Saraiva, 1964. p. 185.

(118) Cf. CPP, art. 263, e CF/88, art. 5.°, LXXIV.

(119) Cf. CPP, art. 497, V.

(120) O art. 37, § 6.°, da CF, ao cuidar da responsabilidade da administração pública em face de falha do serviço público, não cuida apenas dos funcionários públicos, mas

menos importante do que aquela? Ou se entende que em tais casos o *jura novit curia* dispensa a presença do advogado? Se assim poderia entender-se antes da atual Constituição Federal, agora isso não mais é possível, pois a presença do advogado – e, evidentemente, com o exercício adequado de suas atribuições – é exigência constitucional.

Em todos esses casos, aqui trazidos como mera ilustração, o julgador, a partir do princípio constitucional da proporcionalidade, terá a resposta a tais indagações: entre intimar o advogado da audiência deprecada (como diuturnamente se faz no processo civil) e não intimá-lo, que argumentos favorecem a dispensa da intimação? O comodismo, a negligência, o desrespeito à pessoa do acusado e, ao fim e ao cabo, à profissão do advogado, tido pela Constituição como presença obrigatória no processo. Como eticamente tais fundamentos são inaceitáveis, que se faça a intimação, pena de nulidade.

Da mesma forma: entre permitir que o advogado do co-réu faça perguntas ao interrogando e proibi-lo de fazê-lo, qual o fundamento que justificaria a proibição disso? "Trata-se de ato privativo do Juízo", costuma-se dizer.[121] Como no processo contraditório não existe tal tipo de ato, esse indeferimento é constitucionalmente insustentável.

Se as Delegacias de Polícia normalmente não se situam no Saara nem em alto mar, mas em local habitado, qual a dificuldade física de serem colocadas ao lado do suspeito algumas pessoas quando for a vítima chamada para tentar reconhecê-lo? Simplesmente nenhuma. Pois se essas pessoas realmente estão ali presentes e se a Constituição não aceita o anonimato quando se cuida de restrição da liberdade de alguém, nada justifica que se dispense a indicação do nome e qualificação dessas pessoas, dando-se assim ao ato a maior credibilidade possível.

dos "seus agentes", conceito amplíssimo no qual se incluem, evidentemente, os advogados que são contratados para prestar serviços em caso de ser necessária sua presença para a regularidade do processo judicial. Se o Estado responde pelos atos de mesários e jurados, agentes que nem remunerados são, ditos "agentes honoríficos" (Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed., Malheiros, 1997. p. 75; Diógenes Gasparin. *Direito administrativo*. Saraiva, 1995. p. 48), como não responderá pelos atos dos advogados que normalmente remunera, ainda que dativos?

(121) Confira-se a evidente inconstitucionalidade do seguinte aresto: "A jurisprudência pretoriana (*sic*) e a doutrina nacional, de modo uníssono, consagram o entendimento de que o interrogatório do réu é um ato pessoal do magistrado processante, que não comporta intervenção nem do Ministério Público nem do advogado do réu (CPP, art. 187). Embora seja o interrogatório judicial meio de defesa e fonte de prova, não está ele sujeito ao princípio do contraditório, não constituindo nulidade a ausência do defensor do réu, à míngua de obrigatoriedade de sua intimação, conforme inteligência do art. 394 do CPP" (STJ *RT* 731542, rel. o Min. Vicente Leal). Possibilidade de coleta de prova, feita judicialmente, sem observância do obrigatório princípio constitucional do contraditório, eis o que se afirma no v. julgado, além de negar ao advogado a importância que a ele quis dar o legislador constituinte de 1988.

Se o Estado responde pelos atos de seus agentes, ainda que meramente honoríficos; se o defensor dativo é nomeado pelo Estado e, portanto, é seu agente, ainda que honorífico; se o defensor tem não apenas o direito, mas especialmente o dever de bem defender o acusado, com defesa que se possa chamar de "ampla" e com utilização "dos recursos a ela inerentes"; se o defensor constituído, que postula por força de mandato, somente pode desistir ou renunciar nos autos se tiver poderes especiais para tal,[122] um defensor nomeado não poderá jamais fazê-lo, pois não lhe foi dado poder para isso. Segue-se que a prova colhida na ação penal, quando dativo o defensor, deve necessariamente ser submetida à Superior Instância para ter-se como eticamente aceitável, donde o dever do defensor de recorrer da decisão condenatória, a não ser que justifique nos autos o não exercício de tal direito/dever, sujeito isso ao crivo do juiz, pois tal omissão implica em abandono da causa, que se lhe não permite. *A fortiori,* quando haja na apelação voto favorável ao defendido, deve o caso ser submetido ao pleno da Câmara que julgou a apelação, sob pena de inocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Para concluir, citemos ainda uma vez o monografista acima referido: "embora a Constituição, aparentemente, se limite a prescrever a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, o alcance dessa disposição deve extrapolar a fase da admissibilidade das provas propriamente dita, para abranger os demais momentos processuais relativos à prova, quais sejam os da sua produção e valoração pelo juiz, em qualquer estado e grau do procedimento". Por outro lado, "a conseqüência que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a da sua ineficácia como imposição lógica da sua inexistência jurídica, como ato ou como prova".[123] Prova nenhuma, enfim.

Resta saber se os nossos juízes estão dispostos a se demorar na leitura da Constituição e, como conseqüência, na releitura da legislação que lhe é hierarquicamente inferior e da jurisprudência anterior incompatível com os novos princípios constitucionais.

Ou se – já agora como operadores políticos – estão conscientes da "necesidad de contener al Estado de policia y defender al Estado de Derecho, ya que, tratándose de anverso y reverso de una misma moneda, cuando uno se ilumina, el outro más se oscurece", como observa um exemplar magistrado.[124]

(122) "A procuração para o foro em geral não confere poderes paras os atos que os exijam especiais (art. 1.326 do CC). Assim, se se outorgou ao mandatário poderes da cláusula *ad judicia*, este poderá praticar todos os atos do processo, exceto receber citação inicial, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação, bem como firmar compromisso" (Sílvio Rodrigues. *Direito civil.* 3. ed., Max Limonad, v. III, p. 328).

(123) Luiz Francisco Torquato Avólio, ob. cit., p. 162.

(124) Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni. "La ingenieria institucional criminal", in Ana Messuti (coordenadora). *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio.* Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1998. p. 111.

2.3

GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE DOS PODEROSOS*

ALBERTO SILVA FRANCO

SUMÁRIO: 1. A década de 90: a globalização e o globalismo – 2. Crimes da globalização: o posicionamento do controle penal.

Resumo: A globalização não se confunde com o conceito de globalismo. Enquanto a primeira possui uma dimensão plural, o segundo se exaure na idéia de que o mercado mundial desaloja o primado político e o substitui pelo econômico. O discurso legitimante do globalismo utiliza os progressos tecnológicos, em termos de informação e de comunicação, para efeito de produzir o pensamento único, com o qual se constrói uma verdadeira fábrica de consenso para o entorpecimento geral e para o atendimento das leis de mercado. As graves conseqüências do globalismo, que aumentam radicalmente a área de exclusão social, são analisadas em relação aos reflexos desse fenômeno na esfera do Direito Penal.

Palavras-chave: Globalização – Mídia – Criminalidade transnacional – Crimes dos poderosos – Dogmática penal.

Exmo. Sr. Dr. Professor Jorge de Figueiredo Dias, em nome de quem saúdo todos os demais professores presentes.

Meus caros amigos Maria Fernanda Podval, Roberto Podval e Adriano Salles Vanni, que vieram do Brasil para compartilhar esse momento; minhas senhoras, meus senhores.

Honra-me, sobremaneira, estar hoje, aqui, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que é a maior expressão do saber jurídico português, e que foi, é, e continuará a ser, o parâmetro das universidades brasileiras. Confesso, mui lealmente, que, em momento algum de minha vida, figurei a possibilidade de ver-me nessa situação e, bem por isso, encontra explicação a emoção que explode dentro de mim e me sufoca.

Honra-me também, como brasileiro, de cruzar o imenso lago atlântico, que nos separa, para uma conversa simples e sem atavios, com meus companheiros de Portugal.

Honra-me mais do que tudo o fato de que minha presença decorra de um amável convite do Prof. Jorge de Figueiredo Dias, este penalista exemplar e esta

(*) Palestra proferida no dia 25.03.2000, na sessão de encerramento do curso promovido pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

figura humana de tão grandes predicados. Reconheço que resisti, o mais que pude, à aceitação da honrosa tarefa porque duas indagações, desde a feitura do convite, me perseguiam e me perturbavam. O que poderia um velho juiz, já na condição de pré-incinerado, atacado pela neurose de não estar distante a hora de sua convocação final, contribuir para o debate da tormentosa questão da globalização e dos crimes dos poderosos? E depois, o que poderia dissertar sobre a matéria quem caminha aos tropeços pela dogmática penal e quem – pior ainda – porque carente da vivência de professor, tem o desplante de fazer uma palestra atarraxado às folhas de papel colocadas à sua frente?

Apesar dessas duas graves objeções de consciência, aceitei, no entanto, o desafio, vencido – não sei – se pela vaidade de falar àqueles que têm o Prof. Jorge de Figueiredo Dias como modelo de professor e paradigma de ser humano ou se pela pré-sensação de que exatamente por isso estaria cercado de pessoas compreensivas, tolerantes e generosas.

Se tivesse tido oportunidade, teria visitado, antes de viajar para Coimbra, a casa das palavras de que fala Eduardo Galeano.[1] Ali, guardadas em velhos frascos de cristal, elas esperam os poetas e elas se oferecem desejosas de serem escolhidas: rogam que as olhem, que as cheirem, que as toquem, que as lambam. Os poetas abrem os frascos, provam as palavras com o dedo e, então, lambem de novo ou franzem o nariz. Os poetas andam à procura de palavras que não conhecem e também em busca de palavras que conhecem e se perderam. Se poeta fosse, por certo, escolheria, nesses frascos, as palavras que melhor pudessem exprimir os sentimentos que, nesse momento, tomam conta de mim. Mas se são as palavras "que contam o que somos",[2] então, um simples *muito obrigado* dará a dimensão do meu sentir e do meu reconhecimento.

1. A década de 90: a globalização e o globalismo

A globalização não é, na realidade, um fenômeno novo. Grandes impérios em busca do domínio de vastas áreas territoriais, Estados nacionais tendentes à prática de projetos hegemônicos e sistemas econômicos abrangentes envolvendo largas faixas populacionais encontraram sempre registro na história. No atual milênio, ou seja, nos séculos XV e XVI, as grandes descobertas abriram novos espaços geográficos até então desconhecidos e isso foi possível pela conjugação de vários fatores: o aperfeiçoamento das técnicas de navegação, "o início do capitalismo comercial e financeiro; a emergência dos Estados ainda vacilante, aprendendo porém a mobilizar seus recursos". As pessoas comprometidas nessas imensas aventuras eram movidas por variados motivos: "a procura de lucros, de ouro, de metais preciosos, de especiarias e de escravos; o contorno das rotas continentais controladas pelo inimigo turco; ambições imperiais, espírito missio-

(1) Eduardo Galeano. *El libro de los abrazos*. 2. ed. Montevideo : Del Chanchito, 1996. p. 7.

(2) Eduardo Galeano, op. cit., p. 4.

nário; procura de aliados distantes contra o Islão".[3] São protagonistas representativos desse momento histórico: D. Henrique, o Navegador, e Cristovão Colombo. Esta primeira onda de mundialização, provocada por Portugal e por Castela, encontra logo concorrentes: os Países Baixos, a Inglaterra e a França. Foi suficiente, no entanto, para produzir uma verdadeira revolução mercantil, que se fez acompanhar de um violento colonialismo. O Mediterrâneo perdeu sua centralidade e os navegadores, depois de se apoderarem das orlas marítimas em diversos pontos do novo continente, invadiram o seu interior e destruíram, de forma violenta, os ocupantes da terra. A atividade econômica alargou-se na direção do Atlântico e do Índico, mas, no fundo, não passava de "uma configuração de entrepostos, nós de ligação entre o mar e a terra".[4]

A Revolução Industrial constituiu a segunda abertura para a globalidade no presente milênio. Surgida com base no carvão, no ferro, na máquina a vapor e nos téxteis, a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, conquistou logo depois grande parte do continente europeu. A produção siderúrgica cresceu, as vias férreas adensaram-se e as cidades tiveram intenso desenvolvimento. Mas a Europa estava superpovoada e as fábricas não davam trabalho a não ser para uma parte dos desempregados. A fome e a miséria tomaram conta das populações. A Revolução Industrial passou, então, por um processo de crise que foi equacionado, em parte, pela imigração. A grande massa dos sem trabalho deslocou-se para o continente americano e, em particular, para os Estados Unidos e para a América do Sul onde havia espaços que podiam ser ocupados. Surge, como conseqüência dessa revolução, um novo tipo de colonialismo. O continente africano é dividido entre as potências européias e a Ásia é invadida por países com pretensões colonizadoras. Se é exato que, de um lado, o capitalismo selvagem gestado pela Revolução Industrial foi uma fábrica de horrores (os Estados totalitários, as guerras mundiais, as ditaduras monopartidárias, o holocausto, o racismo, os campos de concentração etc); não é menos exato que gerou as idéias revolucionárias, a consciência dos direitos humanos, a democracia, a república etc.

A partir dos anos setenta do século XX, alguns fatos deram notícia da aproximação de novas mudanças. As taxas fixas de câmbio tornaram-se flutuantes, de forma que a moeda passou a subordinar-se à lei da oferta e da procura. Em outubro de 1973, deu-se a crise do petróleo cujo preço se quadruplicou e, com isso, os Estados exportadores cumularam fantásticos recursos financeiros que foram transferidos para bancos europeus e americanos e entregues, depois, a título de empréstimos, sobretudo, à América Latina. Os empréstimos bancários internacionais que, em 1980, somavam trezentos e vinte e quatro bilhões de dólares, atingiram em 1991 sete trilhões e quinhentos bilhões de dólares e, "nos mercados de câmbio, as transações diárias de cerca de duzentos e cinqüenta bilhões, em 1985, quadruplicaram, atingindo no início dos anos noventa, um

(3) Philippe Moreau Defarges. *A mundialização - O fim das fronteiras*. Lisboa : Piaget, 1993. p. 22.

(4) Philippe Moreau Defarges, op. cit., p. 25.

trilhão de dólares".[5] Logo, deu-se a crise decorrente da enorme dívida dos países latino-americanos e a suspensão dos pagamentos por parte do México, com a intervenção de mecanismos internacionais para efeito de reestruturação dessa dívida e de um ajuste financeiro nos moldes do Fundo Monetário Internacional, tal como veio a ocorrer depois em relação a diversos países latino-americanos. Ao mesmo tempo, ocorreu uma ampliação das transações financeiras através do mecanismo da securitização. Tal mecanismo "permitindo a transformação de ativos financeiros em títulos negociáveis nos mercados, estabelece relações muito mais flexíveis entre comprador e vendedor, entre a entidade que concede o empréstimo e o investidor".[6] A tudo isso se adiciona o computador, que executa numa velocidade fantástica as instruções que lhe são transmitidas e dá um sentido de enorme amplitude às operações financeiras.

A década de oitenta foi preparadora da década de noventa, e o mundo ingressou, mercê do fantástico avanço tecnológico, impulsionado nos anos 80, num processo acelerado de transformações. As mudanças provocaram, em verdade, a criação de um novo paradigma societário, dotado de extraordinária capacidade de expansão e de alta voltagem político-social. O fenômeno real da globalização entrou em cheio na pauta de discussões e está povoando, de modo preocupante, o pensamento do fim do século. Que significado poderá ser atribuído a essa nova globalização? O que a sociedade mundial, a "verdadeira aldeia global", poderá provocar em sentido positivo ou conter de carga negativa? Quais os efeitos da globalização sobre a soberania dos Estados-nações, sobre as relações entre os indivíduos e sobre cada ser, em particular? Qual o tipo de estratégia a ser adotada para deter ou, se não possível, minorar os efeitos do processo globalizador? Essas indagações e muitas outras guardam pertinência, mas é mister ir além: verificar até que ponto, nessa sociedade globalizada, o Direito Penal terá hora e vez, isto é, terá um discurso conseqüente e poderá intervir. Ou se, em verdade, engolfado pelas leis do mercado, o Direito Penal não terá mais capacidade de normatizar e de equacionar concretamente os mais graves conflitos de uma sociedade, em termos de uma globalidade, sobretudo, econômica. As tendências detectadas no Direito Penal, na década de noventa, dão conta de suas perspectivas futuríveis e sugerem rumos que poderão ser por ele assumidos no limiar do terceiro milênio.

Embora o conceito de globalização tenha uma dimensão plural – há globalizações, e não "uma entidade única denominada globalização"[7] –, força é convir que tal conceito, que decorre do reconhecimento da realidade e da

(5) Idem, p. 48.

(6) Idem, p. 51.

(7) Tadeu A. Dix Silva observa que "o que há são globalizações, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente e intimamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc". E acrescenta, com base em Boaventura de Souza Santos, "dois tipos básicos de globalizações: a globalização hegemônica e a contra-hegemônica. A *globalização hegemônica* é a intensificação de relações sociais transfronteiriças (*crossborder*) promovidas por grupos ou instituições sociais predominantes para incrementar seus interesses. *Globalização*

irreversibilidade de uma sociedade mundial,[8] contém seu ponto fulcral na existência de um mercado mundial que não conhece fronteiras. Certo é que, nos fins da década de oitenta, uma concentração maciça de capitais controlada por empresas transnacionais, aliada, de um lado, ao desaparecimento da bipolaridade mundial e ao fracasso das sociedades de inspiração marxista (a queda do muro de Berlim tem, sob este ângulo, um inquestionável valor emblemático), e de outro, à crise fiscal do Estado-Providência, incapacitado de garantir a expansão dos direitos sociais e de minimizar as desigualdades econômicas, possibilitou um capitalismo de nova cara. A idéia-chave desse moderno capitalismo centrou-se na criação de um mercado, em escala mundial, gerido por regras próprias e dotado de enorme força de propagação. Para o atendimento desse mercado mundial, era proposta a queda das barreiras protecionistas nacionais, de forma a excluir o controle de toda e qualquer agência estatal.[9] Segundo Martin Albrow, "globalização é uma palavra que ficou associada à dissolução das barreiras nacionais à operação de mercados de capital que teve início no começo dos anos 80. Isso resultou em negócios simultâneos nos principais mercados de Nova York, Londres, Tóquio e Frankfurt, de tal forma que o movimento dos mercados se encontra evidentemente fora do âmbito de controle de qualquer agência". O que tem relevância, portanto, não é mais o Estado-nação, mas, sim, o conglomerado de transnacionais que atuam como agentes do mercado global.[10] O caráter transnacional do mercado não respeita, assim, os Estados-nações, condenados a um desmonte sistemático.

contra-hegemônica significa as relações sociais transfronteiriças efetuadas por grupos sociais ou instituições subordinadas para incrementar seus interesses, freqüentemente para contrabalançar os efeitos nocivos da globalização hegemônica sobre eles" ("Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença?", *RBCCrim* 23/81-96).

(8) Como ensina Ulrich Beck, "a globalidade significa o seguinte: há já bastante tempo vivemos numa sociedade mundial" (...) e "*sociedade mundial* significa a totalidade das relações sociais que não estão integradas na política do Estado-nação, nem estão determinadas (nem são determináveis) através desta". "Na expressão *sociedade mundial*, 'mundial' significa *diferença, pluralidade* e 'sociedade' significa estado de *não*-integração, de maneira que (tal como sustenta M. Albrow) a sociedade mundial se pode compreender como uma *pluralidade sem unidade*. Isto pressupõe várias coisas muito diferenciadas; por exemplo, formas de produção transnacional e concorrência do mercado de trabalho, informes mundiais nos meios de comunicação, boicotes de compras transnacionais, formas de vida transnacionais, crises e guerras percebidas através de um ponto de vista 'global', utilização militar e pacífica da energia atômica, a destruição da natureza etc." (*Qué es la globalización?*, Barcelona : Paidos, 1998. p. 28-29).

(9) "Globalização". *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1996. p. 340.

(10) Ignacio Ramonet observa que "a mundialização não visa conquistar países, mas conquistar mercados. A preocupação deste poder moderno não é a conquista de territórios como por ocasião das grandes invasões ou dos períodos coloniais, mas a tomada de posse de riquezas" ("L'An 2000", *Le monde diplomatique*, Paris, n. 549, p. 1, dez., 1999).

Embora no plano do discurso se afirme a soberania do Estado nos limites de suas fronteiras territoriais, a realidade deixou patente que, numa sociedade mundial, não há mais espaços geográficos fechados e que as políticas estatais, de aspecto financeiro, monetário, social, de meio ambiente, militar etc têm seus centros de decisão fora do Estado-nação, não em outro ou outros Estados-nações,[11] mas, sim, nos grandes conglomerados econômicos transnacionais. Há "um impacto desagregador da transnacionalização dos mercados sobre as estruturas político-institucionais e sobre o tipo de ordem jurídica forjada pelo Estado-nação com base nos princípios da soberania e da territorialidade. Se hoje as decisões em matéria de moeda, pesquisa e desenvolvimento tecnológico, produção industrial e comercialização tendem, em progressão geométrica, a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais, conglomerados multinacionais, bancos, fundos de investimento, fundos de pensão e companhias seguradoras com atuação mundial, de que modo controlá-las por meio de mecanismos cujo alcance é basicamente circunscrito às fronteiras geográficas de cada país?"[12]

Além disso, os capitais concentrados nas empresas transnacionais adquirem uma incrível mobilidade e, na busca incessante de lucros imediatos, revelam uma ilimitada volatibilidade. Nos anos 90, são exemplos significativos do poder especulativo dos capitais, em contínuo trânsito de uma economia nacional para outra em busca de lucros fáceis, a crise financeira nos "modelares tigres asiáticos" (Tailândia, Indonésia, Malásia etc) e a abrupta queda acionária nas Bolsas de Hong-Kong e de Tóquio. Tais episódios tiveram ressonância em nível de um

(11) Como assevera Martin Albrow (op. cit., p. 340), "O futuro do sistema capitalista já não pode ser visto como ligado ao destino de uma nação modernizante, em particular, os Estados Unidos. Isso indica uma mudança qualitativa a partir de um processo encarado, de forma variada, como modernização ou imperialismo, rumo a uma transformação abrangente na qual novos agentes da mudança social global estão potencialmente ativos em qualquer parte do mundo. Os países do Extremo Oriente, o mundo islâmico ou a Europa podem ocupar o centro do palco a qualquer momento, produzindo repercussões para as vidas das pessoas em áreas do mundo totalmente distantes".

(12) José Eduardo Faria. "Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão". *Estudos Avançados*, São Paulo, 1997. p. 43-53. Boaventura de Souza Santos acentua também "a erosão da eficácia do Estado na gestão macroeconômica. A transnacionalização da economia significa, entre outras coisas, precisamente tal erosão e não seria possível sem ela. A desregulação dos mercados financeiros e a revolução das comunicações reduziram a muito pouco o privilégio que até há pouco o Estado detinha sobre dois aspectos da vida nacional – a moeda e a comunicação – considerados atributos da soberania nacional e vistos como peças estratégicas da segurança nacional. Por outro lado, as multinacionais, dotadas de um poder de intervenção global e beneficiando da modalidade crescente dos processos de produção podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado sobre as condições que decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual – atores globais, por um lado e atores nacionais ou subnacionais por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual" (*Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. Porto : Edições Afrontamento, 1994. p. 251).

verdadeiro "*crash*" mundial, atingindo, com perdas enormes, todos os mercados e pondo em xeque algumas moedas para efeito de desvalorizá-las em função do dólar. E a crise não parou aí: a Rússia foi levada de roldão e, logo após a desvalorização do rublo, a moeda brasileira sofreu um terrível ataque especulativo, sendo certo que, num só dia, as reservas monetárias brasileiras sofreram um decréscimo de cerca de quarenta bilhões de dólares.

É evidente que esse novo tipo de capitalismo, representado pela concentração e volatilidade de capitais transnacionais, não teria condições de materialização sem o impulso da revolução tecnológica, na área comunicacional.[13] A informação e a comunicação processam-se com tal rapidez que os fatores tempo-espaço estão praticamente comprimidos. Não importa *onde*, nem *quando* ocorra um fato gerador de conseqüências no mercado. O fato terá dimensão mundial no exato momento em que foi concretizado. Desta forma, grande concentração de capitais, mobilidade acelerada desses capitais e generalização célere da comunicação constituem o tripé do novo modelo capitalista gerador de um poder econômico global, sem possibilidade de controle por parte do poder político nacional.

É óbvio que o processo globalizador não surgiu da noite para o dia, como num passe de mágica, pois sempre esteve presente no capitalismo, embora em estado larvar. Quando as condições se tornaram favoráveis, a globalização veio a furo e criou um poder econômico globalizado sem que exista "uma sociedade global, nem tampouco organizações internacionais fortes e menos ainda um Estado global".[14] Ou no dizer de Ulrich Beck, a globalização "significa também: *ausência* de Estado mundial; mais concretamente: sociedade mundial *sem Estado mundial* e sem *governo mundial*. Assiste-se à difusão de um capitalismo globalmente desorganizado, onde não existe nenhum poder hegemônico, nem nenhum regime internacional, seja de tipo econômico, seja político".[15]

Isso leva à afirmação de que a globalização não passa, em verdade, de "um novo momento de poder planetário. Trata-se de uma realidade que chegou e que, como as anteriores, é irreversível. A revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a Revolução Industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e a revolução tecnológica e a globalização (século XX) são três momentos

(13) Conforme enfatiza Jorge Wilheim, a informatização acarreta "a simultaneidade da informação e, conseqüentemente, a 'aceleração' de todos os processos de decisão e de mudança. Transformando informação em conhecimento, acelerou-se o processo de tomada de decisões, possibilitando um incrível aumento das operações financeiras, sejam as especulativas, ou a movimentação de capitais que circulam celeremente pelo globo. Esta 'velocidade' abriu perspectivas de grandes ganhos especulativos e mudou radicalmente a concentração de capitais para eventuais investimentos. Em outros termos, outra mudança radical: 'o dinheiro não está mais onde costumava ser encontrado'..." (paper "Nosso fecundo fim-de-mundo", para a Conferência de Istambul (Habitat 2), p. X).

(14) Eugenio Raúl Zaffaroni. "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", *Nueva doctrina penal*. Editorial, Buenos Aires : Editores del Puerto, 1999. p. III-XIV.

(15) Ulrich Beck, op. cit., p. 32.

de poder planetário". Tal como nos momentos anteriores, "muda a perspectiva do mundo no sentido de um novo marco significativo para todas as coisas e também, como eles, é acompanhado de um discurso legitimante (a supremacia teológica no colonialismo, o evolucionismo racista no neocolonialismo, o pensamento único na globalização)".[16] Não há confundir, por isso, como enfatiza Ulrich Beck, a globalização, enquanto conceito que apresenta diversas dimensões (comunicação, economia, ecologia, organização do trabalho, cultura, sociedade civil etc) e o globalismo, que é o discurso que a sustenta e que procura legitimá-la. Entende-se, portanto, por globalismo, a concepção, segundo a qual o mercado mundial desaloja o primado político[17] e o substitui pelo econômico, ou seja, propõe "a ideologia do domínio do mercado mundial ou a ideologia do liberalismo. Esta procede de maneira monocausal e economicista e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma só dimensão, a econômica, dimensão que considera também de maneira linear e põe em discussão (quando, e se é que o faz) todas as demais dimensões – as globalizações ecológica, cultural, política e social – apenas para destacar o presumido predomínio do sistema do mercado mundial".[18] Todo poder, portanto, ao mercado, "cuja mão invisível corrige as asperezas e disfunções do capitalismo e mui especialmente os mercados financeiros cujos sinais orientam e determinam o movimento geral da economia".[19] Na linha do pensamento único, funcionam, ao lado dessa idéia-chave, outros conceitos que lhe prestam vassalagem: "a concorrência e a competitividade que estimulam e dinamizam as empresas levando-as a uma permanente e benéfica modernização; o livre intercâmbio sem limites, fator de desenvolvimento ininterrupto do comércio e, por conseguinte, da sociedade; a mundialização, tanto da produção manufatureira como dos fluxos financeiros; a divisão internacional do trabalho, que modera as reinvindicações sindicais e barateia os custos salariais; a moeda forte, fator de estabilização; a desregulamentação; a privatização; a liberalização etc. Cada vez *menos estado*, uma arbitragem constante em favor das entradas do capital em detrimento do trabalho. E uma indiferença a respeito do custo ecológico".[20]

Se o progresso tecnológico, em termos de informação e de comunicação, imprimiu velocidade ao processo globalizador, o discurso legitimante desse processo fez uso desses mesmos meios para difundir e reforçar a idéia do pensamen-

(16) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., Editorial, p. VII.

(17) David Nelken ressalta que "o Estado perde sua importância na medida em que o mundo financeiro prevalece sobre a ação política; os governos encontram notáveis dificuldades para a adoção de políticas de regulamentação que não estejam acordes com as de outros países" (...) "E para obviar ao menos em parte estas dificuldades, formou-se um vasto número de reagrupamentos regionais, não apenas a União Européia ou a NAFTA, mas também o FMI, cujo número de países membros cresceu de 44 para 178" ("Globalizzazione del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi". *Dei delitti e delle pena*. Napoles : Scientifiche Italiane, 1998. n. 2, p. 83).

(18) Ulrich Beck, op. cit., p. 27.

(19) Ignacio Ramonet. "Pensamiento único y nuevos amos del mundo". *Cómo nos venden la moto*. Barcelona : Icaria, 1997. p. 60.

(20) Ignacio Ramonet, op. cit., p. 60.

to único, edificando, assim, a sociedade da informação global que "se desenvolve na medida em que se acelera a expansão das tecnologias de informação e de comunicação que tem tendência de invadir todos os domínios da atividade humana e de estimular o crescimento dos principais setores econômicos. Uma *infraestrutura da informação global* espalha-se como uma imensa teia de aranha de escala planetária, aproveitando em especial dos progressos em matéria de *numérico*[21] e favorecendo a interconexidade de todos os serviços ligados à comunicação e à informação. Ela estimula em particular a imbricação de três setores tecnológicos – informática, telefonia e televisão – que convergem e se fundem na multimídia e na internet".[22] O objetivo principal desses meios tecnológicos é o de tornar-se o único interlocutor do cidadão, não só prestando-lhe todo tipo de informação, mas também colocando-o em conexão com todos os meios de comunicação disponíveis. Se, de um lado, permite que o cidadão passe a dispor de um volume de informações nunca dantes colocado à sua disposição e seja dotado ainda de uma incrível capacidade de comunicação; de outro lado, pode levá-lo a ser contaminado por tais informações ou ser oprimido pela tirania comunicacional, máxime quando a informação e a comunicação são postas a serviço de colossais empresas transnacionais que obedecem à lógica, aos interesses, à dinâmica e aos objetivos do mercado. A informação insistentemente repetida pelos meios comunicacionais (cinema, rádio, televisão, publicidade, pesquisas etc) anestesia, e em seguida, manipula a consciência das pessoas a tal ponto que estas passam a acolher os mandamentos do mercado como verdades incontestáveis, dando reforço, deste modo, ao pensamento único. E "de todas as ilusões a mais perigosa consiste em pensar que existe apenas uma só realidade...".[23]

Para a compreensão do poder mediático, vale analisar, em particular, a televisão, essa fábrica de consenso montada para o entorpecimento geral e para o atendimento das leis de mercado. A televisão deixou de ser um mero instrumento de comunicação para transformar-se num meio idôneo a produzir um novo tipo de ser humano: o *homo videns*. "É a televisão que modifica primeiro e fundamentalmente a própria natureza da comunicação, pois a transfere do contexto da palavra (impressa ou radiotransmitida) ao da imagem. A diferença é radical. A palavra é um *símbolo* que se resume no que significa, no que nos faz entender. E entenderemos a palavra apenas se pudermos conhecer a língua a que pertence;

(21) "Representação de números por combinação de conjuntos de símbolos, de acordo com determinadas regras" (Paulo César Bhering Camarão. *Glossário de informática*. Rio de Janeiro : LTC, 1989. p. 379). Como observa Olivier Dollfus, "os fluxos de informação são agora em massa e instantâneos. O *numérico* permite que a imagem, o som e o signo circulem sob a mesma forma à velocidade da luz e muitas vezes o imaterial e mesmo o virtual tendem a sobrepor-se ao material" (*A mundialização/A globalização*, Mem Martins, Publicações Europa-América, 1999, p. 12).

(22) Ignacio Ramonet. "Apocalypse médias". *Le Monde Diplomatique*, 24 e 25, abr., 1997. p. 1.

(23) Paul Watzlawick, citado por Ignacio Ramonet, "Pensamiento único y nuevos amos del mundo", no livro *Cómo nos venden la moto*. 6. ed. Madrid : Icaria, 1997. p. 55.

caso contrário, é letra morta, um sinal ou um som qualquer. Por sua vez, a imagem é pura e simples representação visual. A imagem se vê e isso é suficiente; e para vê-la, basta possuir o sentido da visão, basta não ser cego. A imagem não se vê em chinês, árabe ou inglês; como já foi dito, vê-se e é suficiente".[24] E mais do que a transferência do contexto da palavra para o da imagem, o poder da televisão pode ser medido por sua capacidade de construir a atualidade, isto é, de privilegiar algum ou alguns fatos extraídos da massa dos acontecimentos mundiais. É ela que impõe, afinal, através do impacto de suas imagens, a própria atuação da imprensa escrita. Como ressalta Ignacio Ramonet, "a televisão constrói a realidade, provoca o choque emocional e condena praticamente ao silêncio e à indiferença os fatos órfãos de imagens. Ou dizendo de outro modo, um acontecimento que pode ser mostrado (diretamente e em tempo real) é mais forte, mais relevante do que aquele que permanece invisível e cuja importância é abstrata. Na nova ordem dos meios de comunicação, as palavras e os textos não valem tanto como as imagens".[25] Exemplo significativo da capacidade manipulatória da televisão pode ser dado a respeito de seu atuar quer em relação à violência, quer no que tange ao crime. Na sociedade globalizada na qual a televisão tem um poder de fogo tão grande, a percepção da violência prescinde da experiência pessoal: os informativos televisivos são capazes de permitir a contemplação da violência sem que por ela ninguém seja afetado, direta e fisicamente. Quem não se lembra da Guerra do Golfo Pérsico, acompanhada, momento a momento, pelas poderosas redes de televisão? Quem não se recorda da espantosa *limpeza étnica*, efetuada com requintes de perversidade na Bósnia-Herzegovina e em Kôsovo e transmitida pela televisão com imagens de gritante crueldade? Quem não assistiu estupefacto aos massacres em Burundi, em Ruanda, no antigo Zaire e, há bem pouco tempo, no Timor Leste? Essas cenas chocantes, transmitidas pela televisão com realismo e crueza, acrescidas de violências outras, de caráter não coletivo, mas de não menor impacto, de filmes que difundem atos de violência gratuita, de programas de televisão que transmitem espetáculos de extrema violência; de jogos de vídeo nos quais se mata um adversário com o simples pulsar de um botão, passaram a constituir as imagens mais freqüentemente expostas nos meios visíveis de comunicação social. Assim, a pouco e pouco, o fenômeno da violência se tornou mais comunicacional do que experimental.[26] A comunicação realizada com tal intensidade banaliza a violência e insensibiliza o espectador para o sofrimento alheio. Além disso, a violência adquire uma importância relevante na medida em que se torna um fator de lucro e, sobretudo, um fator de dimensão política. Constitui um *gancho* de que se valem a televisão e o jornal para a obten-

(24) Giovanni Sartori. *Homo videns – A sociedade teledirigida*. Madrid : Taurus, 1998. p. 35.

(25) Ignacio Ramonet, op. cit., p. 88-89.

(26) Ignacio Ramonet chama a atenção para uma pesquisa feita por um seminário parisiense, em outubro de 1998. Numa semana, os telespectadores assistiram: 675 homicídios, 15 violações sexuais, 848 brigas, 419 fuzilamentos, 14 seqüestros, 27 cenas de tortura, 13 tentativas de estrangulamento, 11 assaltos a mão armada, 11 cenas de guerra e 9 defenestrações (op. cit., p. 70-71).

ção de lucros: sua dramatização torna-a, portanto, uma atividade rentável.[27] Mas não é só. Os meios de comunicação social passam a trabalhar com ela, não como um fenômeno em si, concreto, real, mas sim como o próprio fenômeno comunicacional, dando-lhe um caráter seletivo a fim de atender a propósitos ideológicos. A violência explorada, politicamente, submete-se a um conceito reducionista. Violência e criminalidade passam a ser expressões sinônimas, como se houvesse uma superposição conceitual, apesar da área de abrangência do conceito de violência ser bem maior do que a da criminalidade.[28] Mas o que é pior, essa coincidência conceitual ajuda a criar um clima de pavor geral, de insegurança coletiva. O exame atento sobre o processo de produção da notícia permite explicar, no entanto, o porquê do sentimento de pânico e as razões da produção de verdadeiras ondas artificiais de criminalidade. Chibnal, citado por Francesc Barata, "pôs a descoberto as lógicas profissionais existentes nas informações sobre o crime. Coloca a existência de 'imperativos' que acabam condicionando a realização das notícias e entre eles destaca: a rapidez, a simplificação, a dramatização e a necessidade de apresentar cada informação como um fato novo

(27) Francesc Barata chama a atenção sobre inúmeros programas de televisão de ficção criminal que têm como protagonistas policiais, simpáticos e duros, que vão à caça de delinqüentes, tais como Starsky and Hutch, Baretta, Columbo e Kojak. Tais filmes tiveram uma divulgação ilimitada através da televisão e fixaram a imagem de que "o fenômeno da insegurança do cidadão se apresenta como uma luta entre bons e maus, onde os policiais parecem como heróis solitários na luta contra o crime" ("La violencia y los mass media – Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación", *RBCCrim* 29/259-260). Raúl Cervini alude também a uma série popular de TV em que o juiz abandona seu cargo que o constrange formalmente, para buscar a realização prática de uma justiça substancial privada. Em outro filme freqüentemente passado na televisão, o protagonista, um policial *que não respeita as regras* expressa em certa passagem a um delinqüente antes de eliminá-lo: *você é a doença, eu o remédio.* Ao final da trama logra capturar outro depravado o qual – pese embora sua delicada situação – afirma sarcasticamente: *graças à debilidade dos juízes e o sistema de garantias, logo seguramente estarei nas ruas.* Nessa oportunidade, o protagonista sentencia abertamente: *aqui acaba a lei e surjo eu; ato contínuo o mata* ("Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en LatinoAmerica", *RBCCrim*, v. 5, ano 2, 1994, p. 37-54).

(28) Se a realidade brasileira for tomada como referência, violência é a terrivel faixa de exclusão social a que está condenada a população, é a concentração de riqueza em poder de um número diminuto de pessoas, é a fome, é a miséria, é o salário aquém das necessidades básicas, é o latifúndio improdutivo, é o trabalho forçado do menor, é o desemprego estrutural, é a prostituição infantil, é o altíssimo índice de acidentes de trabalho, é o privilégio das corporações, é a carência de adequadas políticas públicas na esfera social, é o uso manipulador dos meios de comunicação social. Sobre a problemática da violência como um todo e não como um conceito acostado ao de criminalidade e, em relação a cada um dos problemas especificados, os meios de comunicação não esclarecem a população, nem pressionam a opinião pública ou os órgãos de representação popular. Simplesmente, silenciam. E esse silêncio comprometido é um reforço à insensibilidade da sociedade, como um

e surpreendente. Uma lógica produtiva que acaba marcando profundamente o discurso informativo".[29] A televisão implantou na sociedade o sentimento de total intranqüilidade: o medo contagia a todos de forma tal que a segurança do cidadão ocupa a centralidade de suas preocupações. O medo e a insegurança tornaram-se, por via de conseqüência, o tema central do fim do século vinte. "As classes acomodadas têm terror de perder uma parte insignificante de sua riqueza, enquanto os trabalhadores temem que lhes roubem o pouco que possuem e, além disso, têm medo de perder o trabalho ou simplesmente lhes angustia não chegar ao sonho consumista a que foram convidados. Todos têm medo, todos se sentem inseguros".[30] Esse medo difuso alimenta o grande negócio da segurança privada e o "clima de insegurança latente parece converter-se no bode expiatório de outros males sociais". Como aponta Galeano, cada vez mais gente "aplaude o sacrifício da justiça nos altares da segurança".[31] Por outro lado, os meios de informação constroem, por vezes, *ondas artificiais* de criminalidade que não têm nenhum embasamento na realidade, visto que não se fundamentam em estatísticas comprovadoras do incremento delituoso. Nos Estados Unidos, uma dessas ondas de criminalidade dizia respeito ao homicídio de anciãos em Nova York; no Brasil, a onda artificial esteve relacionada à extorsão mediante seqüestro. As mães de família, moradoras de favelas, ficaram de tal maneira impressionadas com o martelar dos meios de comunicação, e, em particular, da televisão, que chegaram a temer, seriamente, pela vida e segurança de seus filhos... Mas nem nos Estados Unidos, nem no Brasil, os dados da realidade detectaram qualquer aumento da taxa de crescimento desses delitos.

Todas as considerações até agora articuladas conduzem à conclusão de que o poder econômico globalizado, que diviniza o mercado, a concentração e a mobilidade dos capitais e que coloca a informação e a comunicação a serviço desse sistema – o poder político minimizado diante do poder econômico que instrumentaliza o poder mediático –, diminui, em prol da manutenção do mercado mundial, o poder estatal de regular sua própria economia; acarreta o aumento das desigualdades econômicas e sociais, mercê do desemprego estrutural e da deterioração salarial; revela a incapacidade estatal de mediação entre o capital e o trabalho, tornando os sindicatos impotentes frente às empresas transnacionais; desmonta os sistemas de seguridade social e flexibiliza direitos trabalhistas; estimula a especulação financeira "que adota formas que cada vez tornam mais confusos os limites entre o lícito e o ilícito"; permite a formação de "paraísos fiscais para capitais de origem ilícita"; inverte o sistema tributário, "tratando de compen-

conglomerado de pessoas e a cada cidadão, em particular. Há algum tempo foi negado, nos autos de um processo, a um aidético, o direito ao coquetel de medicamentos fornecidos pelo Estado, sob fundamento de que "o contaminado poderá morrer mais rapidamente sem o medicamento, mas certamente morrerá de qualquer forma. A sobrevida em nada contribuirá para a sociedade, a qual representa risco de disseminação da doença"... Haverá violência maior?

(29) Francesc Barata, op. cit., p. 259.

(30) Idem, ibidem, p. 254.

(31) Idem, ibidem, p. 254.

sar a menor tributação do capital com maior tributação do consumo, que recai sobre os de menor renda";[32] aumenta significativamente os bolsões de miséria. Os países periféricos não obtiveram, em sua grande parte, proveito algum com as transformações ocorridas na economia mundial. Ao contrário, tiveram "uma situação de colapso que se manifesta de múltiplas formas: na perda da pouca soberania efetiva dos Estados" que ficaram mais e mais sujeitos aos programas de ajustamento estrutural do Banco Mundial e do FMI; na conturbação interna, na violência urbana, nos motins dos esfomeados, na má nutrição; e finalmente na degradação do ambiente que, se não foi originada pela dívida externa, foi quase sempre agravada pela necessidade de aumentar as exportações de modo a fazer face aos encargos da dívida. A fome e a má nutrição aumentaram significativamente nas duas últimas décadas e a economia política internacional da alimentação é talvez, mais que nenhuma outra, reveladora das trocas desiguais entre o Norte e o Sul".[33]

A conseqüência-chave do modelo capitalista globalizador é a de gestar o devastador alargamento da faixa de exclusão social.[34] "Indústrias inteiras são brutalmente arruinadas, em todas as regiões. Com os sofrimentos sociais que delas resultam: desemprego maciço, subemprego, precariedade, exclusão. Cinquenta milhões de desempregados na Europa, um bilhão de desempregados e de subempregados no mundo... Exploração de homens, de mulheres – e mais escandalosa ainda – de crianças: trezentos milhões delas estão em condições de uma grande brutalidade. A mundialização é, portanto, a pilhagem planetária. Os grandes grupos saqueiam o meio ambiente com meios desregrados; tiram proveito das riquezas da natureza, as quais são bens comuns da humanidade e o fazem sem escrúpulos nem freios. Isso é acompanhado igualmente por uma criminalidade

(32) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. VI.

(33) Boaventura de Souza Santos, op. cit., p. 253-254.

(34) Exclusão é o conceito sociológico representativo da pobreza "que se encontra no interior da sociedade moderna: sem residência não há trabalho; sem trabalho não há residência; sem residência e sem trabalho, não há democracia. Em duas décadas, a produção mundial aumentou de 4 para 23 trilhões de dólares e o número de pobres aumentou em 20%. A participação na renda mundial dos 20% mais pobres caiu de 4 para 1%, entre 1960 e 1990. Por outro lado, 358 multimilionários possuem hoje mais do que ganha a metade de toda a humanidade. E ainda que isso encontre pouco interesse, morrem todos os dias em todo o mundo mais de 35 mil crianças, não por causa de catástrofes naturais como tufões ou inundações, mas sim devido a doenças da civilização, que são relativamente fáceis de evitar ou curar (pneumonia, diarréia, malária, tétano, varíola, coqueluche). Em dois anos morrem, portanto, mais crianças do que o número de americanos mortos na guerra do Vietnã (58 mil). Na Alemanha, vivem mais de sete milhões de pessoas à margem do bem-estar: é o próprio centro, aparentemente seguro da sociedade que está ameaçado de decadência. Tanto nos Estados Unidos como nos países europeus comunitários cresce a preocupação com esse cenário social e político de um processo, em aumento, de rotura entre pobreza e riqueza no interior dos países e entre países, cenário que coloca, em nível mais elevado da economia e da política, a necessidade de perguntar-se: quanta pobreza pode suportar a democracia?" (Ulrich Beck, op. cit., p. 209).

financeira ligada aos negócios e aos grandes bancos que reciclam somas que ultrapassam um trilhão de dólares ao ano, isto é, mais do que o produto nacional bruto de um terço da humanidade. A mercantilização generalisada das palavras e das coisas, dos corpos e dos espíritos, da natureza e da cultura, provoca uma agravação de desigualdades. Quando a produção mundial de produtos alimentares de base representa mais de 110% das necessidades, trinta milhões de pessoas continuam a morrer de fome a cada ano e mais de oitocentos milhões são sub-alimentadas. Em 1960, 20% da população mais rica do mundo dispunha de uma renda 30 vezes mais elevada do que a dos 20% mais pobres. Hoje a renda dos ricos é 82 vezes mais elevada! Dos 6 bilhões de habitantes do planeta, apenas 500 milhões vivem confortavelmente, enquanto cinco bilhões e quinhentos milhões permanecem na necessidade. O mundo caminha de cabeça para baixo",[35] às avessas.

O processo de globalização provoca, no mundo inteiro, "uma massa excluída que não corresponde à alternativa explorador-explorado, mas a uma não relação entre excluído-incluído.[36] O explorado era contado, tinha-se em conta, estava dentro do sistema como explorado, mas dentro".[37] Na Revolução Industrial, as massas exploradas eram absorvidas pela imigração, mas, na atualidade, não há espaço territorial desocupado para a deslocação dos excluídos. Exemplos significativos da impossibilidade desse fluxo podem ser dados pelas barreiras sofisticadas criadas entre o México e os Estados Unidos e o longo muro edificado em torno de Tânger para evitar que os africanos alcancem a Europa, através do estreito de Gibraltar. Bem por isso, na economia globalizada, "o excluído não é conta-

(35) Ignacio Ramonet, "L'An 2000". *Le Monde Diplomatique*, n. 549, Paris, dez., 1999. p. 1.

(36) Eugenio Raúl Zaffaroni, com inteiro acerto, acrescenta que "as pessoas costumam tolerar a injustiça, mas não podem tolerar a desesperança. É da essência do humano ter projetos e projetar-se. Não há existência sem projeto. A exclusão é desesperança, frustra todos os projetos, fecha todas as possibilidades, potencia todos os conflitos sociais (qualquer que seja sua natureza) e os erros de conduta. A civilização industrial gerou uma cultura do trabalho, que levada a definir a identidade pelo trabalho; a exclusão e o desemprego não apenas põem em crise a sobrevivência, mas também a identidade, sendo, portanto, fonte dos mais díspares erros de conduta. O explorado tinha uma identidade e também um alvo: o explorador e tudo o que o simbolizava. O excluído não tem um alvo: é qualquer um não excluído, sem contar com os erros de conduta que o levam a ter por alvo os próprios excluídos. O tecido social se debilita por não haver relação incluído-excluído (...); com a indiferença e o desconhecimento, abre-se o espaço de um processo progressivo de desconfiança, prevenção, temor, medo, pânico e paranóia. A exclusão social se agudiza pela deterioração do investimento social e dos conseqüentes serviços: saúde, educação e previdência. A violência estrutural não pode gerar senão respostas violentas" (op. cit., p. XIV).

(37) Eugenio Raúl Zaffaroni. "Globalización y sistema penale en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana". *RBCCrim*, v. 20, São Paulo : RT, 1997. p. 22.

do, não existe mais, é um descartável que não serve para nada, apenas molesta. A lógica deste esquema, se não for interrompida, é o genocídio".[38] Por fim, resta enfatizar que o dinamismo da globalização já está criando margens, periferias, cada vez mais alargadas nos próprios países centrais.[39] Ulrich Beck chama a atenção para o processo que denominou de *brasilização*[40] que está a influir inclusive os países centrais, e ressalta que "num país semi-industrializado como o Brasil, o número de trabalhadores assalariados com contrato regular de trabalho é apenas uma minoria dos ativos economicamente. A maioria trabalha sob condições extremamente precárias. As pessoas são vendedores ambulantes, pequenos comerciantes, prestadores de serviço de toda espécie ou *nômades do trabalho* que se viram de todas as maneiras nas mais variadas formas de atividades ou negócios. Como mostra o desenvolvimento emergente nas assim chamadas socie-

(38) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 22.

(39) Conforme adverte Cunha Rodrigues, "as sociedades democráticas ocidentais se encontram numa situação de deficiência imunitária, em grande parte produzida pelo modo e pelo tempo da globalização". Para Ziegler, "os efeitos precipitaram-se com a queda da União Soviética. Enquanto o mundo se dividia em dois blocos aparentemente antagonistas, a prevenção ideológica obrigava as oligarquias do oeste a salvaguardar um mínimo de proteção social, de liberdade sindical, de negociação sindical e de controlo democrático. Com a queda do muro de Berlim, a desintegração da União Soviética e a criminalização parcial do aparelho burocrático da China, a globalização da economia capitalista disparou, conduzindo à precarização do trabalho, ao desmantelamento da proteção social, à maximalização do lucro, à acumulação de capitais, à desolidarização e à desmobilização sindical" ("Os senhores do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra : Editora Coimbra, ano 9, fasc. 1, p. 13, jan.-mar., 1999).

(40) "Admirável mundo novo do trabalho", Sociedade de risco, *Folha de S. Paulo*, Caderno "Mais", p. 5, 23 de maio de 1999. Eugenio Raúl Zaffaroni chama ainda a atenção para o fato de que "o dinamismo vertiginoso da globalização tende a mudar de lugar a margem e a deixar-nos sem centro. Hoje começa a haver margens cada vez maiores nos velhos centros: por isso ali se fala com crescente freqüência da brasilização, para descrever o fenômeno que se universaliza aceleradamente: a formação dos guetos isolados de incluídos num mar humano de excluídos" ("La globalización y las actuales orientaciones de la politica criminal". *Nueva Doctrina Penal*, Editorial, XVI, Buenos Aires : Editores del Puerto, 1999). Eduardo Galeano salienta, por sua vez, que "não há no mundo nenhum país como o Brasil e alguns analistas já estão chamando de *brasilização* do planeta para traçar o retrato do mundo que está por vir. E ao dizer *brasilização* não se referem por certo à difusão internacional do futebol alegre, do carnaval espetacular e da música que desperta mortos onde o Brasil resplandece na maior altura, mas sim na imposição, em escala universal, de um modelo de sociedade fundado na injustiça social e na discriminação racial. Nesse modelo, o crescimento da economia multiplica a pobreza e a marginalização. *Belíndia* é outro nome do Brasil: assim o batizou o economista Edmar Bacha a este país onde uma minoria consome como os ricos da Bélgica, enquanto a maioria vive como os pobres da Índia" (*Patas arriba – La escuela del mundo al revés*. Montevideo : Del Chanchito, 1998. p. 20).

dades *altamente* desenvolvidas da plena ocupação, a *multiatividade* – até agora uma marca particularmente indicativa do trabalho feminino no Ocidente – não é apenas um saldo *residual* pré-moderno, mas uma variante que se alastra rapidamente nas tardias sociedades do trabalho no Ocidente (...). O desenvolvimento na Alemanha acompanha o desenvolvimento de outras sociedades. Nos anos 60, apenas 1/10 dos ocupados pertencia a este grupo precário. Nos anos 70, já eram 1/5, nos anos 80, 1/4, e nos anos 90, 1/3. Se a velocidade desse processo se mantiver e, muitos dados corroboram essa hipótese, em apenas dez anos, só um em cada dois trabalhadores hoje ocupados terá uma vaga durável assegurada, enquanto a outra parte trabalhará *em condições brasileiras*". Daí a preocupação dos países centrais em evitar a *brasilização*, isto é, a implantação do modelo social *vinte por oitenta*, ou melhor, a convivência de 20% de incluídos no espaço de 80% de excluídos, "uma sociedade com isolados guetos de ricos fortificados num mar de pobreza".[41]

Os deletérios efeitos da globalização da economia, centrada nas regras do fundamentalismo do mercado, não fecharam, contudo, todos os espaços de reação, nem tolheram a possibilidade de encontrar saídas. "O processo globalizador não tem uma configuração uniforme: não se cuida de uma realidade que se alastra em ondas iguais, ao mesmo tempo, em todas as partes do globo terrestre. São, em verdade, movimentos intermitentes e variáveis localizados a partir de conglomerados econômicos mais poderosos de países centrais, que alargam, a pouco e pouco, seus espaços físicos. Isto não significa, contudo, que essas forças transnacionais se irradiem sem nenhum entrave, sem nenhum obstáculo em seu caminho. Os estados periféricos e, portanto, os menos poderosos do ponto de vista econômico, não querem perder as eventuais vantagens da globalização, mas não querem ser, por ela, absorvidos, nem irremediavelmente sugados. Os blocos econômicos regionais consistem, sem dúvida, em pólos de resistência e forma de sobrevivência de alguns Estados-nações ao poder desagregador da nova ideologia de dominação.[42] Embora se discuta se esses blocos tenham a tendência de fundir-se, no futuro, num só bloco mundial – tal tendência não se mostra, no

(41) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., Editorial, p. VI. David Nelken, com apoio em Giddens, descreve "um mundo feito de escolhas relativistas e individualistas, que ajuda a enfraquecer os controles sociais e torna mais dificultoso definir e reforçar os confins externos dos sistemais legais e culturais. O que substitui essas fronteiras é o nosso confiar em sistemas sofisticados, de modo a criar bolhas de segurança em áreas residenciais e comerciais definidas, que devem ser fortificadas para serem postas ao resguardo dos perigos trazidos por aquela parte da população marginalizada pelos processos de transformação econômica global" (op. cit., p. 82).

(42) Olivier Dollfus observa que, nos blocos regionais, as fronteiras têm pelo menos dois valores: "as fronteiras entre a 'região' e o resto do mundo, que se tornam limites importantes, e as fronteiras internas cuja importância está agora diminuída, quase suprimida pelos menos para os produtos, para os fluxos financeiros e que se tornam agora limites administrativos. Estes grupos resultam de negociações entre Estados. E sua lógica é, pois, antes de mais, territorial". Para as empresas transnacionais, "as regionalizações estendem as áreas 'nacionais' de mercado"; para as economias dos países pertencentes ao bloco regional, torna-se possível "fazer face mais facilmente a certas negociações mundiais" (op. cit., p. 86-87).

instante atual, nem tão explícita, nem tão pacífica – ou de fechar-se, em blocos isolados, em agrupamentos econômicos, em luta pelos mercados, força é convir que, no presente momento, tais blocos representam novas polaridades. Se isso é exato na medida em que alguns Estados-nações se reúnem, num aglomerado econômico regional, várias decisões desses organismos regionais inclinam-se a prevalecer sobre as leis, e, às vezes, sobre as Constituições dos Estados-membros. É evidente que, nessa situação, a configuração constitucional desses Estados sofre deformações e a democracia passa por sério perigo. Mas é aí que se encontra um momento de fantástico relevo e de possibilidades construtivas. Os Estados-nações não se agrupam apenas porque são países geograficamente limítrofes e necessitam fazer um anteparo a uma ideologia de dominação mundial. Juntam-se porque, além da proteção de seus interesses econômicos, têm objetivos comuns, quer do ponto de vista cultural, quer sob o ângulo de seus valores sociais, quer ainda sob a ótica política. Congregam-se porque são axiologicamente próximos. E se a democracia – que é uma conquista irrenunciável da modernidade – significa, na atualidade, respeito aos direitos humanos fundamentais, aos direitos de liberdade, aos direitos sociais, à igualdade, enfim, à dignidade da pessoa humana, a lógica desse processo de regionalização conduzirá, sem dúvida, em prazo mais ou menos longo, a uma unificação jurídica, em diversas matérias de interesse regional e a instalação de um tribunal comum para julgamento dessas matérias. É evidente que, nessa perspectiva, os direitos fundamentais e, com eles também os direitos sociais – que os Estados-nações, isoladamente, se descuram na atualidade, deixando, por falta de um adequado sistema de garantias, de prestá-los positivamente – terão condições de encontrar um campo mais largo de garantia "fora do velho esquema estatista, mesmo contra os próprios Estados".[43] Esta é a chance, criada pelo processo globalizador e que nenhum defensor dos direitos humanos fundamentais e dos direitos sociais pode desperdiçar. Se os blocos regionais caminharem nessa direção e se, no futuro, vierem a sofrer um processo de fusão num único bloco, por certo o empenho por esse constitucionalismo regional propiciará condições para um constitucionalismo mundial".[44]

Além dessa explícita manifestação de globalização contra-hegemônica, é necessário que se recomece a pensar politicamente,[45] e que se reconstrua o Estado-nação, que, cooperando com outros Estados-nações, esteja dotado de força

(43) Luigi Ferrajoli. "O direito como sistema de garantias". *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 61, p. 45.

(44) Alberto Silva Franco. "Um prognóstico ousado. As perspectivas do Direito Penal por volta do ano 2010". *Perspectivas criminológicas en el umbral de tercer milenio*. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1998. p. 13-27.

(45) Como adverte Cunha Rodrigues, "é imperioso acabar com a *paralisia da política*, sugerindo-se diversas medidas, entre as quais as de evitar a tentação de aplicar os mecanismos de mercado a todos os domínios da sociedade, de estabelecer instrumentos efetivos de garantia dos direitos, de criar um código de conduta para empresas multinacionais, de adotar uma nova concepção sobre a gestão da mudança e de restaurar o equilíbrio entre os indicadores reais e financeiros da economia" (op. cit., p. 11).

para inibir as empresas transnacionais no seu propósito de "minimizar o pagamento de impostos e maximizar as subvenções estatais",[46] para fiscalizar os bancos e instituições financeiras e para recuperar sua centralidade e sua capacidade de intervenção. Só com este Estado-nação reinventado, é possível que os processos de inclusão sobrepujem os de exclusão, garantindo aos excluídos ao menos a sobrevivência. É mister ainda que se estimulem os movimentos e organizações não-governamentais locais e transnacionais, que se preocupem com a ecologia, com o feminismo, com a defesa dos direitos humanos, com os direitos das minorias, com a luta contra a violência urbana etc. Além disso, o barateamento de custos, na área da comunicação, trará aos excluídos o acesso à informação e "o apoderamento do saber permitirá: a) concorrência com os incluídos; b) seu emprego diferencial e contracultural a respeito dos incluídos e c) o surgimento de culturas globalizadas conforme as novas e reativas normas para utilização do saber".[47] Como ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni, "o tecido social se reconstruirá e, ainda que seja sobre bases que não podemos imaginar, surgirão culturas e respostas alternativas, porque os excluídos também têm imaginação e dispõem do que os incluídos carecem: tempo. O ser humano só deixará de existir se deixar de ser humano. Quando se fecham abruptamente os caminhos da existência (dos projetos) se abrem outros e os seres humanos seguem existindo".[48]

Não faltará quem diga que tal argumentação retrata apenas uma utopia, mas não há outra solução. "A utopia é a exploração de novas possibilidades e vontades humanas, por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe, em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e por que merece a pena lutar". Ou melhor, "paradoxalmente, o que é importante nela não é utópico. As duas condições de possibilidade de utopia são uma nova epistemologia e uma nova psicologia. Enquanto nova epistemologia, a utopia recusa o fechamento do horizonte de expectativas e de possibilidades e cria alternativas; enquanto nova psicologia, a utopia recusa a subjetividade do conformismo e cria a vontade de lutar por alternativas".[49]

"Si el mundo está, como ahora está, patas arriba, no habría que darlo vuelta, para que pueda pararse sobre sus pies?"[50]

Ou não caberia afirmar, como José Régio:

> "Ninguém me diga: 'vem por aqui'!
> .....
> Não sei por onde vou
> Não sei para onde vou!
> Sei que não vou por aí!"[51]

(46) Ulrich Beck, op. cit., p. 229.
(47) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., Editorial, p. XXI.
(48) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., Editorial, p. XX e XXI.
(49) Boaventura de Souza Santos, op. cit., p. 278-279.
(50) Eduardo Galeano, op. cit., p. 345.
(51) José Régio, *Cântico negro*.

2. Crimes da globalização: o posicionamento do controle penal

Guarda pleno cabimento a indagação sobre a influência do processo globalizador no sistema de controle penal. A questão comporta respostas aparentemente conflituosas porque resultantes de uma abordagem em dupla perspectiva.

De um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa, e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal. A criminalidade econômica, a criminalidade das drogas, a criminalidade ecológica, a criminalidade organizada etc, enfim, os *crimes of the powerful* [52] dependem, em face das várias fases de sua operacionalidade, de um número elevado de ações delituosas, que podem até ser devidamente caracterizadas; no entanto, enquanto expressão de criminalidade montada na base de um sistema reticulado, não se sabe, ao certo, o lugar de sua realização e nem se mostra descomplicada a identificação de seus autores. A inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de orgãos com legitimação para o exercício do *ius persequendi* e a falta de concretização de tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização. Além disso, o Estado-nação, derruído na sua soberania e tornado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas

(52) Como observa Silva Sánchez, os fenômenos econômicos da globalização "geram o aparecimento de uma nova concepção da criminalidade centrada em elementos tradicionalmente alheios à idéia de delinqüência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade de poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinqüência da globalização" ("El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional". *RBCCrim*, n. 24, São Paulo : RT, 1998. p. 69). Ou como afirma Cunha Rodrigues, "o que define este fim de milênio não é tanto a emergência de fenômenos, mas a multidimensionalidade, fluidez e incerteza. O crime não é apenas cometido no âmbito de profissões; ganha o estatuto de profissão. Deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo suas regras, organiza-as e modela-as. Passa freqüentemente de patologia do poder a forma de exercício do poder" (op. cit., p. 9).

aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia.[53]

De outro lado, é fora de propósito que as dificuldades operacionais para a contraposição à criminalidade transnacional deixe o Estado-nação de mãos amarradas, adotando ele a posição de um renunciante do poder controlador. Qualquer sociedade minimamente organizada não suporta uma contrariedade apenas *potentia*, em relação a um tipo, determinado e gravoso, de criminalidade. Como observa Roxin, "ao faltar um poder estatal de ordenamento – seja nos espaços pré-civilizados ou em caso de caos interno, tempos de guerra ou catástrofes – os punhos mais fortes são os que imediatamente erigem o domínio da arbitrariedade, frente a qual é preferível qualquer ordenamento estatal".[54] Se nenhum adequado equacionamento for adotado para o controle da criminalidade dos poderosos, corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um Direito Penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do Direito Penal de um Estado constitucionalmente democrático. Apesar de o Estado-nação passar, na globalização, por um processo inflexível de desmonte, urge que não se furte ao dever de fazer face à criminalidade dos que têm poder para articulá-la e executá-la, além de seus limites territoriais. Aliás, em relação à criminalidade interna, nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Enquanto nos demais ramos do Direito, navega-se com desenvoltura no mar da desregulamentação, da deslegalizacão e da desconstitucionalização, acolhe-se, em nível do ordenamento penal interno, rumo inverso.[55] Por que o Estado tão fragilizado no seu operar, um

(53) Não se revela, portanto, estranhável, em face da incapacidade das legislações penais estatais de atingir a criminalidade transnacional, que reine na ordem internacional uma situação de quase anomia e a "perspectiva deste processo anômico de poder, projetada sem contenção para o futuro, traduz-se: a) no crescente domínio do delito econômico que tende a assenhorear-se da economia mundial, ante a impotência dos Estados-nações e dos organismos internacionais (cada dia mais as atividades econômicas em nível planetário irão assumindo maior similitude com as práticas criminais mafiosas); b) na condenável deterioração do meio ambiente, que anuncia a produção de graves alterações na bioesfera; c) na progressiva perda de poder dos Estados nacionais e de seus operadores políticos" (Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., Editorial, p. XI-XII).

(54) Claus Roxin. "El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo". *Dogmatica penal y política criminal*. Lima : Idemsa, 1998. p. 442.

(55) Como esclarece José Eduardo Faria, "enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive hoje um período de reflexo e flexibilização, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: veloz e intensa definição de novos tipos penais; crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com textura aberta (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções; encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual, inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência" (op. cit., p. 50-51). No mesmo sentido,

Estado de palha, deva ser o Estado que branda a arma da repressão penal? Por que o apelo sistemático ao controle penal?[56] A explicação é uma só: busca-se, ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do fenômeno globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico[57] de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, evitar sua perturbação e buscar sua preservação, antepondo-o aos valores, direitos e garantias do indivíduo.[58] Esse Estado de duas caras, tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, e duro e inflexível, na punição da criminalidade de massa, não tem mais condições de sobrevivência e tem de ser reconstruído para que perca sua incômoda ambivalência.

é a manifestação de Tatiana Viggiani Bicudo ao salientar que "em nível do direito penal, o Estado tem aumentado a sua interferência, criminalizando condutas, fundamentando-se na lógica da prevenção geral negativa, ou seja, no fato de que a simples criminalização de condutas tem força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinqüirem" ("A globalizacão e as transformações no direito penal". *RBCCrim*, São Paulo : RT, v. 23, 1998, p. 97-109).

(56) O sensível aumento da taxa de exclusão social, produzido pela globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do Direito Penal, "como um dos meios preferidos do Estado-espetáculo" (Eugenio Raúl Zaffaroni, "Globalización y sistema penale en America Latina de la seguridad nacional a la urbana. *RBCCrim*, v. 20, 1997, p. 19). "Qualquer irresponsável clama vingança nos meios massivos, abertos aos discursos mais disparatados. E os políticos-espetáculo produzem leis penais, que é mais barato e lhe dá publicidade por um dia. Cobram em poucos minutos da televisão a entrega de vidas, liberdade, honra e patrimônio de seus concidadãos, muitos dos quais – diga-se de passagem – aplaudem a entrega de seus próprios direitos em troca de uma ilusão de papel mal impresso. Tolerância zero, mãos limpas e outros *slogans* significam apenas maior arbitrariedade policial" (idem, ibidem). Com legislação penal dessa ordem ilude-se, com facilidade, a opinião pública, transmitindo-lhe uma impressão falaciosa de tranqüilidade e segurança. Trata-se, portanto, de um recurso que produz excelentes benefícios políticos a um custo extremamente baixo.

(57) Cuida-se, em verdade, de um Direito Penal puramente simbólico ameaçador e sem eficácia, para inglês ver, mas suficiente para inerciar os excluídos. Como ressalta Tadeu A. Dix Silva, o "Direito Penal brasileiro, com índole extremamente intervencionista, não denotando a área de significado da violência – confundindo-a com *criminalidade* – e colocando-a como um desígnio a ser repelido com *estratégias de combate*, de forma a aplacar o sentimento individual e social de insegurança – fruto da 'dramatização da violência' –, aliado ao incremento dos instrumentos jurídico-penais, tem dado mostras de sua 'idoneidade' para a 'solução' dos problemas sociais, transmudando-se em um Direito Penal *promocional* e *simbólico*, de aparente, mas ilusória *eficácia*, acatando os preceitos da globalização hegemônica" (op. cit., p. 93).

(58) O ordenamento penal brasileiro expressa, sem dúvida, na década de 90, a realidade de um poder punitivo feroz, em convivência com um Estado Constitucional de Direito que, por força da globalização, partiu para uma política econômica

Diante dessas duas perspectivas, que, na aparência, se confrontam, como atuar? Quais atitudes devem ser assumidas pelo Estado-nação? Que direcionamento deve ser seguido? Uma resposta a essas indagações demanda a análise mais aprofundada das questões apresentadas.

A – Os crimes transnacionais abrangem um amplo espectro de comportamentos lesivos que incluem, além dos crimes 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.[59] Como ressalta Faria Costa, "a teia criminosa que se tece para que se consiga um fluxo criminoso que possa desencadear lucros fabulosos não é uma programação artesanal, mas antes um projeto racionalmente elaborado que passa, sobretudo, por três grupos, de certo modo, independentes, mas que, é evidente, têm também pontes ou conexões. Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coação e corrupção para expansão de poder e lucro. Um outro grupo tem como propósito servir de proteção institucional a toda rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação política se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ain-

neoliberal com conseqüente diminuição tanto de seu poder de intervenção na sociedade como de seu poder regulador. A Lei de Crimes Hediondos, de 1990, desestabilizou completamente o sistema de penas e deu origem, mercê da exploração política da violência pelos meios de comunicação social, a uma inflação de leis penais histéricas, de eficácia puramente simbólica e que objetiva responder aos medos sociais e a inerciar os excluídos.

(59) Como observa Faria Costa, "a criminalidade que se elevou a um estádio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento de ilícito. Bem ao contrário. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade econômica mistura-se com atuações de tráfico de droga e de armas, prostituição etc, não se sabendo qual a atividade que deva ser considerada preponderante. O que se nota – é que um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário" ("O

da com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano. O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o fato de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afetada".[60]

O objetivo de obtenção de ganhos ilimitados está também presente no horizonte da criminalidade transnacional. Embora o delito econômico seja o fulcro dessa atividade criminosa, não se pode perder de vista que outras modalidades, de não menor importância, movidas pelo propósito de lucros fáceis, se metem de permeio, na própria execução daquele delito, como a criminalidade organizada, o narcotráfico, o terrorismo etc. "Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é a criminalidade de pessoas poderosas, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais".[61]

Outra característica do crime realizado em rede e que supera os limites territoriais dos Estados-nações é a dificuldade de detectar o lugar de sua ocorrência. Como ensina Faria Costa, "o tipo de criminalidade com a qual nos temos de debater tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti* pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local de crime".[62]

Por fim, a criminalidade transnacional consegue esvaecer os limites entre atividades criminosas e atividades lícitas na medida em que integra na sua organização tanto grupos criminosos como o *business* internacional legal e semi-legal. Bem por isso, como observa David Nelken, "cinco por certo dos 175 bilhões de dólares resultantes, por dia, das transações financeiras internacionais, está vinculado diretamente ao fluxo mundial das trocas comerciais. O remanescente é constituído de capital orientado para investimentos especulativos líquidos ou semi-líquidos de curto prazo. Este total cresceu enormemente em conseqüência da internacionalização dos bancos e das *holding* a partir dos anos sessenta, assim como por via da eliminação das restrições e dos controles sobre investimentos estrangeiros e sobre trocas de valores e, finalmente, por causa do impacto da tecnologia eletrônica sobre mercados nacionais de capitais. Ao lado da globalização dos mercados e da transferência eletrônica do dinheiro, revela-se importante o desenvolvimento de territórios privilegiados onde as transações de enormes dimensões podem ocorrer sem nenhuma forma de regulamentação ou de controle – os paraísos fiscais e os mercados dos eurodólares encontram-se nas intersecções das rotas principais das trocas legais e ilegais. Para poder reciclar seus lucros ilegais, as organizações criminosas estabeleceram assim vínculos mais estreitos com as instituições e as localidades que acolhem os capitais

fenômeno da globalização e o direito penal económico". Estudo destinado a fazer parte do livro em homenagem ao Prof. Rogério Soares e *paper* enviado ao V Seminário Internacional do IBCCrim, realizado em outubro de 1999).

(60) José de Faria Costa, op. cit., p. 7, nota 12.

(61) Silva Sánchez, op. cit., p. 69.

(62) José de Faria Costa, op. cit., p. 8.

homeless e que são elas próprias envolvidas no sistema bancário *off-shore*[63] e das *holding*.[64] Enfim, "o benefício econômico da criminalidade organizada é o poder econômico para quem possa dele dispor. Especialmente, quando representado por dinheiro real, ou por transações bancárias, ou qualquer outro instrumento de pagamento, é reinvestível na economia legal. E é reinvestido tão logo perca a sua mancha de proceder de uma fonte delitiva".[65]

A peça-chave que, apesar dos pesares, deve ainda desempenhar o papel de resistência máxima ao avanço sinuoso da criminalidade transnacional, continua a ser o Estado-nação. Inobstante os agravos que a globalização provocou no tocante à sua soberania e ao seu poder regulador, força é convir que lhe cabe ainda a função de contrastar aquela criminalidade. De que forma e com quais estratégias seria possível revigorar o Estado-nação para o exercício dessa atividade? Em primeiro lugar, por uma percepção, em nível de sintonia fina, das características próprias da criminalidade transnacional. Para os crimes dos poderosos, os estudos doutrinários estão ainda em processo de maturação e a articulação tipológica, quando existente, se mostra de manifesta precariedade. Isto, contudo, não impede que se tenha uma noção razoavelmente explícita da estrutura de composição dos

(63) Como esclarece Lourenço Martins, as zonas *off shore* são "centros financeiros dos mercados internacionais que visam fundamentalmente três objetivos: proporcionar uma sede para companhias internacionais que integram *holdings* comerciais e suas delegações, em melhores condições fiscais e de controlo de trocas; viabilizar a exploração dos capitais internacionais e dos mercados respectivos em ambiente de grande liberdade de ação; atuar como portos seguros para lucros internacionais e para investimentos num ambiente neutro de taxação". Mas as zonas de *off shore*, além desses fins legítimos "prestam-se excelentemente aos desígnios dos branqueadores de capitais por outras e mais dilatadas razões: um elevado grau de confidencialidade (não se fala em segredo) das transações, que começa pela dificuldade de identificação dos verdadeiros titulares das mesmas; o seu papel como ponto de passagem dos capitais (numa etapa do branqueamento); um estatuto especial de não residentes, que lhes permite uma separação física entre o proprietário e o dinheiro; nulos ou baixos impostos para o capital estrangeiro ou entidades estrangeiras; tênue regulamentação das atividades dos bancos e reduzida supervisão das entidades residentes, bons transportes e comunicações, regulação mínima de transferências cambiais pelas sociedades e pessoas singulares, estável situação política". Exemplo representativo das zonas de *off shore* são as *Ilhas Cayman*, que "com uma população de 30.000 habitantes, possuem a sétima posição nos depósitos a nível mundial, depois do Reino Unido, EUA, França, Alemanha, Suíça e Japão, existindo 550 bancos no território, apenas 17 deles com presença física, só a estes se aplicando a legislação anti-branqueamento. Em 1994, o total de ativos detidos pela banca das Ilhas Cayman era de cerca de 430 bilhões de dólares" ("Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra : Editora Coimbra, ano 9, fasc. 3.°, jul.-set., 1999).

(64) David Nelken, op. cit., p. 92-93.

(65) Wilfried Botteke. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania". *Revista Penal*. Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha : Praxis, v. 11, p. 2-3, 1998.

crimes abrigados na criminalidade transnacional, de forma a ensejar alguns posicionamentos práticos para sua abordagem mais eficaz. Algumas normas do ordenamento penal do Estado-nação, principalmente as que se abrigam na Parte Geral do Código Penal, tais como a extradição, o princípio da extraterritorialidade da justiça universal, o reconhecimento de sentença penal estrangeira etc., devem ser reconceituadas de modo a permitir que a legislação penal deixe de ser impotente em face da criminalidade transnacional. Em segundo lugar, é mister que haja uma cooperação[66] com outros Estados-nações ou com organismos internacionais para efeito, não apenas de homogeneização dos temas de Parte Geral já mencionados, como também para a troca de informações, a facilitação da movimentação do acusado de um Estado para outro, a transferência de prova etc. Além disso, a conjugação dos Estados-nações no sentido de um harmônico e uniforme posicionamento em relação à criminalidade transnacional evitará a conformação, como assevera Silva Sánchez, de *paraísos jurídico-penais*.[67]

B – Mas teria o Estado-nação, a curto ou a médio prazo, possibilidade concreta de modificar regras expressivas da legislação penal e de estabelecer com outros Estados nacionais a uniformidade no tratamento dessas regras para obstar a formação de paraísos jurídicos penais? Teriam os Estados-nações, em conjunto, diante da economia globalizada, condições reais para a adoção de medidas comuns a fim de enfrentar a criminalidade transnacional? Ou, numa perspectiva muito promissora, haveria organismos internacionais suficientemente vigorosos para impor tipificação à criminalidade dos poderosos? E seria possível lobrigar, nesse contexto, a implementação de tribunais penais internacionais com jurisdição e competência para manifestar-se sobre fatos criminosos de caráter global? Evidentemente, não. Há muito que caminhar antes que se visualize esse horizonte, ou seja, o de um Direito Penal internacional que contenha não apenas tipificações da criminalidade transnacional e de violações aos direitos humanos, mas também implemente condições processuais de perseguição em relação aos que planejam, organizam e operacionalizam tais lesões. Nesse entretempo, o que fazer? O Estado-nação tem deixado às soltas essa criminalidade, sem que, por

(66) "Por outras palavras: a cooperação tem de fazer-se, sem o mínimo de transigências, a montante do fenômeno criminal – aí atuam as polícias no seu sentido mais lato norteadas e estribadas por uma articulada e firme política criminal – a meio – aqui a cooperação é já *intrajudicial*, opera-se no campo das próprias magistraturas – e a jusante – ou seja, um certo acompanhamento, um *follow-up* da situação, que vai dar retorno de informação ao primeiro momento, fechando-se, também aqui, o círculo. O que faz desta estratégia – que não pode deixar de ser de geometria variável – um modo de perceber as coisas também ele global. Mas que nunca por nunca se pode sequer conceber como minimamene fechado. É, por conseqüência, nesta ótica, uma globalidade circunstancial daquilo que se pode considerar um subsistema" (José de Faria Costa, op. cit., p. 18).

(67) Segundo Silva Sánches, "a existência de tais *paraísos* resulta especialmente disfuncional quando se trata de combater uma modalidade de delinqüência na qual o lugar e o momento da intervenção dos principais responsáveis das organizações podem resultar perfeitamente disponíveis" (op. cit., p. 70).

meio de algum tipo de controle, lhe determine limites. Mudo e quedo, suporta, sem reação, a pesada carga de danosidade social que o crime transnacional é capaz de produzir. E, então, reforça o sentimento de impunidade que já se introjectou, em nível local, no espírito da população e realimenta o clima de insegurança coletiva que, explorado politicamente, e dramatizado pelos meios de comunicação social, dá legitimidade a uma legislação penal interna altamente repressiva, mas de efeitos puramente simbólicos... Não há, contudo, estrutura estatal com possibilidade de subsistência, se ela se inercia, dentro de seu domínio territorial, diante de alguma ação flagrantemente lesiva. Pouco importa que tal ação seja apenas um elo de uma enorme corrente ou que a reação estatal não tenha o condão de romper a rede sofisticadamente montada. Demanda-se, apenas, algum tipo de reação estatal.

Mas qual?

A criminalidade transnacional trouxe para a pauta de discussões questão de relevância. A revolução tecnólogica tem um *timing* todo especial: as transformações sucedem-se numa velocidade nunca dantes detectada. E mais do que isso, tem uma força de propagação capaz de alargar espaços. Tempo e espaço reais. O direito, que vem sempre atrás das mudanças, aguardando que elas se concretizem e se consolidem, para formular o discurso jurídico, se vê atropelado pela rapidez do processo transformador. Foi ele, sem dúvida, apanhado de surpresa e seu equipamento conceitual se revela inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado, para apreender e regular os problemas propostos pela globalização e a conseqüente criminalidade transnacional. Essa defasagem engendra posições dissonantes entre a sociedade em mutação e o Direito, quando não um vazio legal extremamente perigoso. Diante desse quadro, o apelo à intervenção do mecanismo penal para o enfrentamento dos grandes desafios dos tempos modernos, surge, de pronto, com um posicionamento alternativo: *ou* "o Direito Penal deve ajustar seus instrumentos ou garantias ao moderno desenvolvimento tecnológico *ou* se devem buscar outros instrumentos jurídicos que possam responder melhor a esse desenvolvimento do que o Direito Penal. Esta discussão afeta às bases da dogmática jurídico-penal e é afetada pelas necessidades político-criminais que a desencadearam. No centro dessa discussão estão os conceitos de bem jurídico, princípio de culpabilidade, imputação individual, causalidade, erro, imputação a várias pessoas. Em verdade, não há uma categoria jurídica básica que não seja afetada por essa discussão. A opção que se adote nesse âmbito pode ter importantes conseqüências também para a dogmática jurídico-penal": "uma dogmática que vê com alegria esta expansão do Direito Penal e está disposta a modificar os conceitos tradicionais ou a introduzir novos conceitos, como o de bens jurídicos universais, delitos de perigo abstrato etc para adaptar-se ao moderno Direito Penal; *ou* uma dogmática que critique estas tendências e queira seguir utilizando os conceitos tradicionais de causalidade, delitos de lesão, culpabilidade etc. como barreiras infranqueáveis destas tendências?"[68] So-

[68] Francisco Muñoz Conde. "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal". *Revista Penal*, v. 5, jan., 2000. p. 48-49.

bre a alternativa exposta, a discussão está em marcha, em pleno curso, mas podem ser fixados alguns posicionamentos.

Em recente artigo, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, com base nas novas formas de criminalidade surgidas nas últimas décadas na sociedade européia – fenômenos patológicos revelados no mundo dos negócios,[69] a corrupção difusa entre as empresas e os partidos políticos,[70] o atentado das empresas ao meio ambiente,[71] o fenômeno da criminalidade organizada, conectada tanto com o mundo dos negócios como com o mundo da política[72] e os atentados contra a

(69) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini põem em destaque os *escândalos financeiros* de proporções gigantescas que aparecem com freqüência; observam que não se trata de fatos "que se exauram dentro dos confins nacionais: a globalização dos mercados financeiros se manifesta também nas situações patológicas", e concluem que a conseqüência quase automática desses escândalos "é a fuga em massa de capitais estrangeiros, a derrubada das cotações das bolsas, a ruína de pequenos poupadores, o envolvimento do sistema bancário, para terminar, muitas vezes, com o fechamento de fábricas e despedida dos operários" ("Diritto penale *minimo* e nuove forme di criminalitá". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, jul.-set., 1999, p. 802-820).

(70) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini enfatizam a correlação da criminalidade econômica com o mundo político de modo a "provocar o deslocamento de grandes fluxos de dinheiro das empresas aos partidos políticos, em troca da atribuição de contratos de empreitada, comissões e favores de todo o gênero. Os danos globais dessas práticas ilícitas podem ser assim resumidos: de um lado, a corrupção de funcionários públicos e de expoentes políticos provocou uma devastadora crise de confiança na correção e imparcialidade da administração pública e nas próprias instituições democráticas; de outro lado, as empresas corruptoras obtiveram enormes proveitos, prejudicando os concorrentes honestos e, sobretudo, toda a coletividade que pagou por uma obra pública somas muito acima do justo preço" (op. cit., p. 804).

(71) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini asseveram que, "nos últimos decênios, o desenvolvimento industrial assumiu ritmos sempre mais acelerados, multiplicando simultaneamente os riscos para a integridade dos equilíbrios ecológicos e para a saúde coletiva". "Algumas catástrofes ecológicas já tornaram visíveis a todos que a falta de respeito por parte das empresas industriais das cautelas postas à disposição pela técnica para minimizar os riscos ambientais lesa interesses vitais dos cidadãos e da coletividade" (op. cit., p. 805).

(72) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini salientam que "o enorme rio de dinheiro sujo que as mais diversas organizações criminais extraem do tráfico da droga e do comércio ilegal de armas de guerra é primeiramente lavado através de complexas operações de reciclagem, realizadas com a cumplicidade do sistema bancário internacional e depois reinvestido nas mais diversas atividades econômicas". "A moderna criminalidade organizada tem, de outra parte, uma vital necessidade de sustentação dos expoentes do mundo político que – em troca de votos eleitorais – asseguram empreitadas de obras públicas nas quais investem os capitais de proveniência ilícita e, desde que intervenham junto a magistrados corruptos ou corruptíveis para obtenção da absolvição nos processos dos expoentes da organização" (op. cit., p. 806).

integridade dos Estados –,[73] combatem, de forma decidida, as várias formulações do Direito Penal mínimo, enfatizando que a idéia central dessa corrente doutrinária reside no fato de que "o Direito Penal deve autolimitar-se, renunciando à penetração, de modo incisivo em todos os aspectos da vida social e que, onde intervenha, deva dulcificar a aspereza de suas sanções". Discordando dessa orientação, manifestam-se explicitamente por um Direito Penal expansivo já que "a retração do Direito Penal é realizada a dano dos interesses coletivos agredidos pelos poderosos da economia, pela criminalidade organizada, pelos subversores das instituições democráticas. O Direito Penal deve sim corrigir a sua natural tendência à hipertrofia, mas deve ao mesmo tempo realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos; e a doutrina penalista, precisamente no momento em que a Justiça Penal começa a dedicar suas atenções também aos grandes da economia e da política, não pode patrocinar, nem inconscientemente, um retorno ao passado, que outra coisa não pode significar senão a restauração de um esteriótipo de delinqüente recortado sobre *classes perigosas*.[74]

Esta visão invasiva do Direito Penal não é compartilhada, contudo, por Félix Herzog, que, em recente publicação, se coloca em posição diametralmente oposta a de Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. "É notório que há grandes esperanças na sociedade de que o Direito Penal possa deter a erosão das normas e vínculos sociais que modificam as fronteiras cada vez mais difusas entre o *bem* e o *mal*. Em muitas leis de Direito Penal moderno se emprega inclusive a palavra *luta* (contra a criminalidade econômica, contra a criminalidade do meio ambiente, contra a criminalidade organizada). Como se o Direito Penal pudesse vencer o mal e afastar o caos mediante a violência. Quem quer que se tenha ocupado do Direito Penal e de sua história, a partir de uma perspectiva científica, como quem quer que se dedique à praxis, sabe que se podem dizer muitas coisas sobre ele, mas que há algo que não se pode dizer: não se pode dizer que o Direito Penal solucione os conflitos sociais".[75] Além disso, "o encarniçado ataque jurídico-penal contra os sintomas da desorganização social, somente acalma, a curto prazo, os medos da população, mas, a largo prazo, aumenta a crise de confiança no Estado. Minha observação na Alemanha – mas intuo que isto não é diverso em outros países – é que, num ritmo semestral, se discute sobre novas adaptações e medidas para endurecer o Direito Penal. Assistimos a mudanças políticas indignas, debates com exemplos bizarros, acordos sórdidos, mas nenhum impulso real para a solução dos problemas sociais enfocados. O Direito Penal – permita-me a alusão a uma citação de Karl Marx – converte-se assim num médico, que, no leito de enfermo do capitalismo global tardio, sem diagnóstico, trata inutilmente de

(73) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini ressaltam ainda, em relação a atentados à integridade dos Estados, "bastará acenar à luta violenta conduzida pelo ETA, para a separação dos países bascos da Espanha ou do IRA para a separação da Irlanda do Norte da Grã Bretanha" (op. cit., p. 807-808).

(74) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 819-820.

(75) Félix Herzog. "Alguns riesgos del Derecho penal del riesgo". *Revista Penal*, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha : Praxis, n. 4, jul., 1999. p. 54-57.

curar os sintomas com meios cada vez mais severos. A delegação dos mais graves problemas sociais ao Direito Penal e à Justiça Penal parece amiúde demasiado, como uma forma de populismo com a qual a política quer simbolizar a tenacidade e capacidade de atuação sem enfrentar sua autêntica tarefa de organização da sociedade mediante a política econômica e social. Naturalmente resulta muito mais barato e provoca menos conflito endurecer o Direito Penal do meio ambiente, em lugar de obrigar mediante uma política de impostos e de infraestruturas as grandes empresas a uma mudança ecológica".[76] Bem por isso, "os riscos do Direito Penal do risco, para a função de garantia do Direito Penal, são imensos", mas não se pode olvidar os riscos que a sociedade moderna apresenta, o que convida à reflexão sobre alternativas de controle social e de regulação, além do Direito Penal.

No seu artigo sobre as perspectivas do Direito Penal futuro, Winfried Hassemer, após enfatizar que o novo Direito Penal está fundamentalmente centrado no meio ambiente, nas drogas, na economia, no tratamento informático dos dados, no terrorismo e na criminalidade organizada, salienta que tal direito se distancia das "formas de tipificação de condutas próprias do Direito Penal tradicional. Sua forma delitiva característica é o delito de perigo abstrato (como a fraude de subvenções) e o bem jurídico normalmente abstrato objeto de proteção é um bem jurídico universal vagamente configurado (como a saúde pública no Direito Penal dos entorpecentes)".[77] Na mesma linha de pensamento de Félix Herzog, considera que esse novo Direito Penal resulta de um clima político-criminal que o posiciona como "instrumento eficaz para afrontar os modernos problemas que vão desde as agressões ao meio ambiente à drogadicção, passando pelo abuso do sistema social. À vista dos grandes problemas que ameaçam a sociedade, no atual discurso político, o Direito Penal não vale tendencialmente como *ultima*, mas sim como a *prima* e, inclusive a *sola ratio*"[78]. Nesse contexto, não há acomodação possível entre os princípios fundamentais e irrenunciáveis do Direito Penal básico, respeitados há séculos, e o Direito Penal moderno. O conflito vem inexoravelmente à tona. Mesmo que se reconheça que o Direito Penal clássico não limita sua tutela a bens jurídicos individuais, como a vida, a saúde, a honra, ou o patrimônio, e pode abranger também bens juridicos universais "que, em última instância, realizam os interesses dos cidadãos posto que sem sua proteção não poderiam conviver em sociedade, como, por exemplo a autenticidade da moeda, a segurança das centrais nucleares ou o funcionamento do sistema administrativo, força é convir a inadaptação desse Direito Penal "aos exageros das exigências politico-criminais de incrementar a eficiência preventiva do Direito Penal, mesmo que à custa das garantias do Estado de Direito".[79] A falta de convergência entre o Direito Penal teoricamente correto e o Direito Penal moderno

(76) Félix Herzog, op. cit., p. 55.

(77) Winfried Hassemer. "Perspectivas del derecho penal futuro". *Revista Penal*, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha : Praxis, v. 1, jan., 1998. p. 37-41.

(78) Winfried Hassemer, op. cit., p. 38.

(79) Idem, p. 39-41.

tende, no entanto, a alargar-se na medida exata em que não se tem a perspectiva futura de uma redução da demanda de Direito Penal para a solução dos mais variados temas sociais. "Ao contrário, tanto a percepcão social dos grandes problemas como as expectativas em relação ao Direito Penal parecem extraordinariamente sólidas e com futuro. Não é, pois, uma atitude razoável, de um ponto de vista teórico, nem prático, considerá-las *irracionais* ou *exageradas* e conformar-se. Uma política criminal racional não consiste em estigmatizar a irracionalidade social e, então, ignorá-la, mas sim transformá-la em racionalidade".[80] Daí, a necessidade de buscar alternativas ao Direito Penal, que se mostrem cabíveis para o objetivo de responder efetiva e preventivamente aos problemas emergentes. O direito de intervenção proposto por Hassemer é uma dessas alternativas: "Este *direito de intervenção* estaria situado entre o Direito Penal e o Direito sancionatório administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas também com menos intensidade nas sanções que pudessem ser impostas aos indivíduos".[81] Desta forma, teria outro equacionamento as instâncias sociais no sentido do emprego constante do mecanismo penal e se liberaria, por via de conseqüência, o Direito Penal, de tarefas que não tem condições de implementar.

Refutando a possibilidade de o Direito Penal alargar o seu raio de atuação, para efeito de cumprir a sua função na sociedade de nossos dias, Jorge de Figueiredo Dias rechaça "a idéia segundo a qual, numa sociedade de risco, o Direito Penal tem abertamente de se assumir como *instrumento do governo* daquela sociedade, como *meio propulsor* de colocar e alcançar as finalidades de governo respectivas; de ganhar, por outras palavras, uma *função promocional* como meio de realização da política estatal, ainda mesmo no seio da sociedade mais extremamente liberal. Só deste modo podendo estar à altura de colaborar eficazmente no tratamento de problemas sócio-criminais tão instantes como os das agressões ao meio ambiente, à política econômica, financeira e fiscal, das drogas, da criminalidade organizada etc.". A esta concepção faltaria "*legitimidade histórica* de caracterização da sociedade contemporânea como uma *sociedade de risco* – por contraposição, pelo visto, à sociedade de antanho que seria, face à nossa, uma *sociedade de segurança* – é por demais duvidosa se não altamente contestável. Uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá antes, muito provavelmente, à conclusão de que a sociedade foi sempre – e talvez mais do que hoje e porventura será sempre – uma sociedade de risco". "Depois e decisivamente, ao Direito Penal não deve caber uma *função promocional* que o transforme de direito – (...) – de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em *instrumento de governo da sociedade*. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas". Destarte, no que se refere à atribuição ao Direito Penal de

(80) Idem, p. 40.

(81) Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 46.

uma função de prevenção "de riscos imagináveis, mas ainda não minimamente concretizados, há que manter firme a convicção de que tal tarefa só deve ser cometida, justamente em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, a *meios não-penais de política social*".[82]

Em discordância com as posições de Félix Herzog, Winfried Hassemer e Jorge de Figueiredo Dias, Silva Sánchez considera cabível a formulação de um modelo sancionatório que atenda às ingentes aspirações e demandas da sociedade atual e que seja dotado de um grande poder de intervenção e de regulação. Partindo da idéia de que "a configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como das garantias gerais de cada sistema têm uma clara dependência de suas conseqüências jurídicas, de sua configuração e de sua teleologia", ressaltou que seria perfeitamente admissível estabelecer diferentes regras de imputação e de princípios de garantia dentro do Direito Penal, "em função do concreto modelo sancionatório que este acabe por adotar".[83] Muito embora Hassemer construa um direito de intervenção a meio caminho entre o Direito Penal e o administrativo sancionador, ele próprio reconheceu que "para combater as formas modernas de causação de danos, deveria pensar-se na construção de um sistema jurídico que tenha elementos absolutamente penais, mas que esteja orientado em termos estritamente preventivos e, seja como for, renuncie à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de direito de intervenção assim configurado poderia integrar formas de imputação coletiva".[84] Na linha desse entendimento, Silva Sánchez figurou a possibilidade de existência de um modelo de menor intensidade garantística, mas *dentro* do sistema penal. Tal modelo teria condições de conviver com o Direito Penal nuclear que gira em torno do "núcleo duro do Direito Penal" e que "repele, em princípio, qualquer intento de flexibilizar regras de imputação ou princípios de garantia".[85] Essa configuração dual do sistema do Direito Penal, em dois planos ou em duas velocidades, permite que, de um lado, se coloquem fatos e sua mais grave conseqüência jurídica, que é a pena privativa de liberdade, para cuja imposição se exigirá sempre a maior rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes no Direito Penal; e, de outro, se posicionem fatos e conseqüências jurídicas de "um Direito Penal mais distanciado do núcleo do criminal e no qual se impõem penas mais próximas às sanções administrativas, se flexibilizam os critérios de imputação e as garantias político-criminais".[86]

Em relação à concepção dualista do sistema do Direito Penal, algumas observações devem ser feitas.

(82) Jorge de Figueiredo Dias. "O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999. p. 70-74.

(83) Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999. p. 117.

(84) Jesús-María Silva Sanchez, op. cit., p. 117-118.

(85) Idem, p. 126.

(86) Idem, p. 124.

Enquanto, no pensamento de Hassemer, a alternativa – o denominado direito de intervenção – era concebido *fora* do Direito Penal, nas vizinhanças da área do Direito Administrativo sancionador, Silva Sánchez deslocou o modelo excludente da pena privativa de liberdade e, portanto, o modelo menos garantístico para *dentro* do sistema penal. E o fez porque pretendia preservar "a manutenção do significado *penal* dos injustos e das sanções sem que estas tivessem a repercussão social da pena privativa de liberdade", e ainda porque objetivava aproveitar a dimensão simbólico-comunicativa do julgamento penal. "Frente ao Direito Administrativo e, portanto, dentro do âmbito do sancionatório, o Direito Penal contribui com sua maior neutralidade a respeito da política, e com a imparcialidade própria da via jurisdicional. Isso torna mais difícil para o infrator a utilização de *técnicas de neutralização* do juízo de desvalor (censuras de parcialidade, politização) de que aquele se serve com freqüência frente à atividade sancionadora das administrações públicas".[87] E sob este ângulo, parece assistir-lhe razão, máxime em relação aos países periféricos onde a administração pública não tem estrutura consistente e que é, além disso, extremamente permeável à influência política ou aos interesses econômicos. É óbvio que a jurisdição penal não está inteiramente livre desses males, mas o seu nível de segurança é inquestionavelmente maior. Além disso, põe-se em discussão no presente momento, como afirma Hassemer em seu recente trabalho, se "o Direito Penal tem *um potencial simbólico* e, nesse caso, quais possibilidades cabe dar-lhe nesse sentido. Este discurso está no início e, baseando-se na experiência, sugere que a ameaça penal e a execução penal também tenham efeitos simbólicos. Deste modo, põe sobre a mesa o problema das relações (dos fins simbólicos e instrumentais no Direito Penal), que lhe podem ser atribuídas empírica e normativamente".[88]

Critica-se também o posicionamento de Silva Sánches com o argumento de que o Direito Penal moderno, na concepção dualista, assumiria as características do "bom e velho Direito Penal oitocentista" que como escreveu Klaus Lüderssen, "era sobretudo um direito de classe...; não se voltava jamais contra os *grandes* seja no plano da economia, seja no plano da política, dominado como era pela idéia segundo a qual "os pequenos eram enforcados, os grandes eram mandados embora".[89] Assim, o ladrão deveria suportar uma pena privativa de liberdade enquanto que, por exemplo, os delinqüentes econômicos ou contra o meio ambiente receberiam a sanção mais suave. Silva Sánchez retruca, no entanto, que não se trata de "distinguir segundo os sujeitos, mas sim segundo fatos e segundo conseqüências jurídicas. Sobre o significado relativo dos *fatos* – prévio à distinção entre eles, à imposição de conseqüências jurídicas e à decisão sobre o regime aplicável – pode e deve discutir-se obviamente como acontece sempre quando estão em jogo valorações sociais. Não obstante, uma vez transposto o filtro anterior, resulta mais que explícita a necessidade de distinguir os diversos regimes em

(87) Idem, p. 120.

(88) Winfried Hassemer. "Perspectivas del derecho penal futuro". *Revista Penal.* Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha : Praxis, n. 1, jan., 1998. p. 38.

(89) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 816.

função dos quais sejam as conseqüências jurídicas que se decida impor, apesar de seu comum caráter jurídico-penal".[90]

Por fim – e esta parece ser a questão central –, o sistema penal dualístico não poderá conter dois modelos impossibilitados de convivência, totalmente apartados, sem que, em nenhum momento, se torne possível qualquer manobra de acoplamento. A censura endereçada a Silva Sánchez mostra-se, sob este prisma, apropriada, posto que o resultado final, apesar de sua contestação, seria, sem dúvida, a separação dos dois modelos, não pelos fatos ou suas conseqüências, mas sim pelos sujeitos: o poderoso receberia um prêmio, apesar da minimização do processo garantístico, e o fraco, uma pena privativa de liberdade, não obstante disponha de garantias plenas...[91] Para atalhar essa argumentação, só há uma saída: a possibilidade de migração de um modelo para outro. E isso se mostra factível quando, no segundo modelo, a autoria deixa de ser coletiva ou incerta e se individualiza numa pessoa concreta. Nesse caso, o autor deverá ser catapultado do segundo para o modelo central e ali, respeitado o processo garantístico, poderá ser atingido pela pena privativa de liberdade, sem prejuízo de aplicação de sanções referentes ao segundo modelo à empresa de que fazia parte. Figure-se a hipótese de que a direção de uma certa fábrica determine que as sobras de produtos químicos sejam lançadas num rio que, em conseqüência, fica poluído. É óbvio que a empresa poderá ser alcançada por qualquer das sanções cominadas no segundo modelo (sanção penal como a multa, ou sanções administrativas, com caráter penal, como a dissolução da firma, a suspensão de suas atividades etc., ou sanção, de conotação civil, como a reparação de danos etc., mas todas elas aplicadas pelo juiz penal[92]). Se, no entanto, no curso do processo, ficar identificado de quem emanou a ordem para despejo do lixo químico, é evidente que esta pessoa deve ser transferida para o modelo central, sem que a empresa, por isso, fique liberada das sanções cominadas no segundo modelo. Caso contrário, se houvesse a migração, sem que a empresa sofresse as conseqüências

(90) Jesús-María Silva Sánchez, op. cit., p. 122-123.

(91) Eugenio Raúl Zaffaroni ressalta que "se deve fazer um direito penal de duas velocidades: um com maiores garantias para os fracos e outro com menores garantias para os poderosos, ignorando que o último não fará outra coisa senão alcançar os menos poderosos, aos não poderosos que aspiram a sê-lo e aos que perderam frente a outros mais poderosos, e que, além disso, terminará, banalizando-se" (op. cit., Editorial, p. XVIII).

(92) Silva Sánchez enfatiza que será sempre necessário "que a sanção se imponha por uma instância judicial penal, de modo que a conservar (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito penal (op. cit., p. 127). Ainda acrescenta Luiz Regis Prado, "a vigência do princípio *societas delinquere non potest*, de valor político-criminal relevante, não obsta ou inviabiliza a necessária aplicação de medidas sancionatórias extrapenais (*v.g.* administrativas etc.) às pessoas jurídicas, notoriamente em um Direito Penal minimalista, fragmentário e de natureza verdadeiramente garantista. Igualmente não há qualquer empecilho para que essas sanções, sobretudo, as mais graves, sejam aplicadas pelo juiz criminal" (*Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 169).

da ordem provinda de sua diretoria, criar-se-iam, com facilidade, bodes expiatórios. Além disso, a imagem pública de uma empresa sofre muito mais agravos quando se envolve num processo de caráter penal, do que num processo civil ou administrativo.

É evidente que a acolhida do sistema penal dual acarretará, de pronto, a necessidade de renovar o equipamento conceitual do Direito Penal, com a criação de novos conceitos ou readaptação de conceitos já existentes. As dificuldades serão imensas para estabelecer quais as concretas garantias que devem ser restringidas, quais as regras de imputação jurídico-penal que devem ser alteradas e quais os conceitos que necessitam ser ajustados (flexibilização dos critérios de autoria, da comissão por omissão, do erro, da tentativa, da multiplicidade de intervenientes, da pluralidade de infrações etc), mas, aqui, já se cuida de questões que refogem, por completo, aos objetivos dessa conversa.

Em resumo, entre a expansão sem freios da intervenção penal, defendida por Giorgio Marinucci e Emílio Dolcini e a preservação do núcleo do Direito Penal, fundamentado na função exclusiva de proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais e de defender direitos, liberdades e garantias das pessoas, conforme Félix Herzog, Winfried Hassemer e Jorge de Figueiredo Dias, põe-se de permeio a expansão moderada de Silva Sánchez.

Esse é um quadro que retrata alguns dos mais sugestivos posicionamentos sobre o papel do Direito Penal neste fim de século e na abertura do próximo milênio. Cuida-se de matéria que provoca acirradas discussões[93] e que permanece em aberto e para a qual todos são convidados a realizar uma profunda reflexão. Vale, no entanto, à guisa de contribuição para essa reflexão, a palavra de Claus Roxin no seu prognóstico sobre o Direito Penal do próximo século: "o Direito Penal da era moderna partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; e esta pena estava justificada principalmente de maneira filosófica ou teológica, tal como na Alemanha o fizeram os sistemas idealista de Kant e Hegel e também a Igreja, concebendo o juízo penal como a execução, na figura de representação, da sentença judicial divina. Ao contrário, o Direito Penal do futuro se traduz num fator de ordenação social totalmente secularizado, tendo por objetivo conduzir a uma síntese o asseguramento da paz, a previsão de existência e de conservação da liberdade cidadã. Junto à pena, empregar-se-á elementos de direção sociopolítica muito diferenciados e flexíveis, vinculados a uma conduta punível, mas de caráter somente similar a de uma pena".[94]

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. É bem possível também que, em nível interno, haja uma demora significativa para que se aclare em qual campo

(93) Manuel Gómez Tomillo. "Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal". *Actualidad Penal*, n. IV, 24 a 30.01.2000, p. 69-89.

(94) Claus Roxin. "El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo". *Dogmática penal y política criminal*. Lima : Idemsa, 1998. p. 463.

devem ser tratadas as ingentes questões que perturbam e intranqüilizam a sociedade moderna. É preciso, no entanto, começar a caminhar na direção desses objetivos, com o compromisso de alcançá-los. Para alguns, trata-se de mais uma utopia. Mas o que é a utopia senão algo que tem visibilidade à distância?

> "*Ela está no horizonte, me aproximo dois passos*
> e ela se afasta dois passos.
> Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.
> Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei.
> Para que serve, então, a utopia?
> *Serve para isso, para fazer caminhar.*"[95]

[95] Eduardo Galeano. *Las palabras andantes*. Montevideo : Del Chanchito, 1993. p. 310.

2.4

CRIMINALIDADE ORGANIZADA: TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS MODERNAS EM RELAÇÃO AO DIREITO PENAL TRANSNACIONAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bases interpretativas do problema da criminalidade organizada: 2.1 A crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade; 2.2 A tendência de introduzir preceitos penais segundo critérios supranacionais definidos no âmbito internacional; 2.3 A globalização do Direito Penal tende a relativizar as garantias clássicas (materiais e processuais) e a flexibilizar as regras de imputação; 2.4 O tratamento jurídico da delinqüência organizada transnacional possui perfil fundamentalmente econômico; 2.5 A tendência de buscar um conceito uniforme em nível internacional sobre o que se considera "crime organizado"; 2.6 A adoção de regras especiais sobre a autoria e participação e o incremento da utilização da teoria da imputação objetiva – 3. Conclusões.

Resumo: Procurando alcançar uma precisão terminológica sobre o significado da "criminalidade organizada", requisito mínimo para construir considerações sólidas, o autor parte da observação de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um "conceito unânime". Daí, afirma que essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibiladade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade. Por isso, busca comentar essas particularidades como forma de compreender a dimensão total da questão, expondo uma estratégia de abordagem tangencial, analisando a literatura internacional sobre certas matérias que são tratadas com freqüência, para, finalmente, identificar os pontos principais do fenômeno. Depois de analisar essas premissas, o trabalho atenta para o fato de que certos elementos ou tendências deverão influenciar decisivamente nas opções dogmáticas e político-criminais que o Direito Penal irá manifestar nas sociedades do futuro. As perspectivas revelam que algumas posturas são incontroláveis e certamente irão definir o perfil dos mecanismos de resposta formulados pelos Estados frente ao delito passível de ser classificado como "organizado". Dados como a *flexibilização dos sistemas de imputação e do princípio de territorialidade*, a crescente introdução de normas baseadas na *infração do dever de garantia* (gerando tipos penais fundados na comissão por omissão), a tendência de adoção da *teoria do domínio do fato* e os postulados fundamentais da *teoria da imputação objetiva* serão componentes de um novo modelo dogmático destinado a encontrar respostas ao fenômeno da criminalidade organizada.

Palavras-chave: Criminalidade organizada – Crime organizado – Associação criminosa – Direito Penal transnacional – Prevenção do crime.

1. Introdução

Poucos temas despertam na atualidade tanto interesse quanto o problema da criminalidade organizada. Muito embora difundida e repetida com insistência no âmbito acadêmico, a expressão "crime organizado" transmite uma idéia muito vaga de um acontecimento delituoso e, com freqüência, transforma-se num "lugar comum" ou numa denominação imprecisa. Trata-se, entretanto, de fenômenos importantes relacionados tanto com a dogmática como com a política criminal das nações modernas.

Falar com precisão a respeito do crime organizado exige alcançar uma precisão terminológica sobre seu significado, requisito mínimo para construir considerações sólidas. De ver-se, contudo, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um "conceito unânime". Essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibilidade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade. Nessas breves linhas, buscaremos comentar essas particularidades como forma de compreender a dimensão total da questão. A estratégia de abordagem deste texto é, portanto, tangencial, analisando a literatura internacional sobre certas matérias que são tratadas com freqüência, para finalmente identificar os pontos principais do fenômeno. Em razão da própria complexidade do tema, abordaremos apenas as questões fundamentais que devem compor o grande mosaico da criminalidade organizada.

Outro dado importante encontra-se na base interpretativa da qual partimos, fundamentada no conceito de *transnacionalidade*, idéia que será tratada como o principal componente estrutural externo da política criminal em matéria de delinqüência organizada. Por tal motivo, antes de ingressar no elenco de idéias que auxiliam a compreender a criminalidade organizada nos dias de hoje, é necessário realizar uma distinção preliminar sobre os diferentes âmbitos assumidos pela Política Criminal moderna.

Analisando os sistemas aplicados pelos Estados contemporâneos, percebemos uma acentuada e progressiva distinção entre suas faces interna e externa. Internamente, a Política Criminal está voltada para a solução das manifestações criminológicas que tradicionalmente ocorrem na comunidade e que são a base da filosofia de segurança pública que vem sendo desenvolvida pela maioria dos países. Uma vertente, porém, vem ganhando espaço e protagonismo no momento em que o Estado busca tratar da delinqüência. Essa outra face da Política Criminal moderna é a "externa", também denominada por alguns autores *transnacional* ou *globalizada*. Como resultado dessa dualidade, o exame da "resposta jurídico-penal" em relação à delinqüência organizada pode ser feito sob duas "perspectivas", como veremos.

O fato é que os poderosos efeitos gerados pela globalização parecem remeter o problema do crime organizado preponderantemente a âmbitos mais amplos e genéricos, quase obrigando seu estudo sob uma ótica de integração supranacional (ou visão externa da questão). No contexto dessa *perspectiva externa*, determi-

nadas posturas ganharam força no cenário dogmático internacional, auxiliando o intérprete a compreender um pouco melhor o fenômeno. O elenco de conclusões abordadas em seguida, além de indicar um caminho interpretativo, transmite uma idéia aproximada de como será a Dogmática Penal e a Política Criminal sobre a matéria num futuro não muito distante.

2. Bases interpretativas do problema da criminalidade organizada

Além do marcante perfil transnacional, contribuem para definir o perfil da delinqüência organizada atual:

2.1 A crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade

O exame dos mecanismos atuais de cooperação internacional revela que não é mais viável conceber uma "concepção estática de ordenamentos jurídicos", nem tampouco manter a exclusividade da resposta penal em mãos de um único Estado. Pelo contrário, percebe-se uma verdadeira tendência (principalmente nos países de Direito escrito) em "relativizar o princípio de territorialidade" em favor do chamado "princípio de justiça universal", introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal.

Com relação à relativização do instituto da extradição, basta recordar os recentes e polêmicos casos envolvendo narcotraficantes bolivianos e colombianos extraditados aos Estados Unidos. Um outro exemplo foram as importantes conquistas alcançadas com a modificação de princípios de competência em relação ao julgamento de terroristas e autores de delitos de genocídio. A própria polêmica do "Caso Pinochet" revelou que as bases teóricas e a principiologia do sistema tradicional de extradição estavam demandando importantes mudanças, o que refletiu sensivelmente no perfil do Direito Penal que cada nação irá adotar para o futuro.

No Brasil, um exemplo concreto dessa moderna tendência é a perspectiva de adoção em nosso País de mecanismos legais especiais para combater a corrupção. Em setembro de 1998, atendendo a recomendações das Nações Unidas, foi apresentado um Projeto de Lei tipificando a corrupção ativa e passiva sob o enfoque da "transnacionalidade".[1] Partindo da idéia de que os atuais tipos penais definidores dos delitos de corrupção ativa e passiva são insuficientes para enfrentar a criminalidade organizada e os altos índices de impunidade que imperam em relação ao problema, foi formulado um esboço legislativo bastante amplo, que incluiu a concussão, o patrocínio indevido, o tráfico de influências, a violação de segredo funcional e novas formas de receptação. A grande novidade do mencionado Projeto foi justamente pautar o tratamento jurídico da corrupção em critérios "transnacionais". Ao abordar as transações comerciais internacionais, o novo esboço normativo possibilita a dupla incidência penal, sem ferir as garantias

(1) O Projeto de Lei foi elaborado no âmbito do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, atendendo a solicitação e recomendações das Nações Unidas, e apresentado ao então Ministro da Justiça, Renan Calheiros, em setembro de 1998.

clássicas. Diante da flexibilização do conceito de territorialidade, em face dos nefastos efeitos da criminalidade organizada e da corrupção, seria possível dentro do esquema legal proposto no referido Projeto a punição de um agente em diferentes países, evitando-se assim a impunidade que acompanha grande parte dos casos desta natureza. Por exemplo: se praticado um crime de corrupção ativa por um brasileiro em Miami, nos Estados Unidos, no curso de uma transação comercial envolvendo os dois países, incidiria a lei penal americana, sem prejuízo da punição do agente também no Brasil.

Tal proposta, sem precedentes no Direito Penal brasileiro, está de acordo com os fundamentos político-criminais defendidos pelas Nações Unidas e guarda grande afinidade com futuras normas reguladoras da corrupção no âmbito da União Européia.[2]

2.2 A tendência de introduzir preceitos penais segundo critérios supranacionais definidos no âmbito internacional

É evidente que leis especiais como as que tratam da lavagem de dinheiro e dos delitos informáticos atendem demandas globais, já que a prática de tais crimes (*iter criminis*) em geral não é exclusiva de um único país. A dissociação produzida entre a execução material do delito e o resultado (que pode ocorrer em separado, tanto no espaço como no tempo) são fatores que exigem modelos unificados de resposta penal. O preenchimento de "lacunas legais internacionais" é sensivelmente potencializado se o tipo de delito em questão tem o perfil de delinqüência organizada.

2.3 A globalização do Direito Penal tende a relativizar as garantias clássicas (materiais e processuais) e a flexibilizar as regras de imputação[3]

A própria impotência dos ordenamentos jurídicos nacionais em relação ao crime organizado produz demandas públicas que obrigam o Estado a equacionar o problema sob bases mais pragmáticas e utilitaristas. Por tal motivo é possível perceber que as respostas penais encontradas até o momento, principalmente nas culturas ocidentais, preocupam-se muito menos com a coerência sistemática do

(2) O próprio Conselho de Ministros da União Européia tem emitido recomendações no sentido de que os Estados-membros deveriam adotar em seu Direito Penal interno normas que possibilitem a flexibilização das rígidas regras de territorialidade, permitindo inclusive a incidência de mais de um odenamento jurídico sobre determinado fato.

(3) Apesar de não existir unanimidade sobre esse ponto de vista, a maioria da doutrina internacional acredita que as modificações introduzidas no sistema penal clássico por conta do combate ao crime organizado e em razão da crescente harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais terão como conseqüência modelos menos garantistas e mais maleáveis em termos de imputação.

sistema jurídico punitivo do que com os resultados concretos que ele possa alcançar. Além disso, os sistemas penais tendem a abandonar postulados seculares em busca de uma maior "eficácia" da resposta jurídico-penal. Um exemplo característico foi a significativa mudança de orientação do Direito Penal francês (escrito e codificado) em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, introduzindo regras de imputação dentro do próprio Código Penal, abraçando a experiência político-criminal vigente nos países da *common law*.

Especial preocupação e atenção merece a questão da *flexibilização de garantias*. Mesmo que sob a bandeira de uma maior proteção ou eficácia da tutela penal, não se pode esquecer que estão em jogo importantes (e inegáveis) conquistas alcançadas pelo Direito Penal tradicional, especialmente ao longo deste século. Nesse passo, encontrar um "termo médio" ou um caminho de equilíbrio é uma das mais difíceis tarefas reservadas à Dogmática Penal nos próximos anos.

2.4 O tratamento jurídico da delinqüência organizada transnacional possui perfil fundamentalmente econômico

Sob um ponto de vista empírico, a delinqüência organizada costuma ser a criminalidade dos poderosos, caracterizada pela amplitude de seus efeitos, principalmente econômicos. Sua grande capacidade de desestabilização dos mercados e seu poder corruptor acabam por determinar o conteúdo dos principais textos supranacionais que fundamentam atitudes coordenadas das nações. Desde as "Recomendações das Nações Unidas", passando pelas "Resoluções e Recomendações do Conselho da União Européia", até as normas internacionais de extraterritorialidade (fundadas em tratados e convenções), percebe-se que as normas e princípios invariavelmente trazem como pano de fundo a tutela de interesses de índole econômica. Textos como o *Corpus Iuris*[4] e a última *Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado* repetidamente versam sobre aspectos de tutela direcionada à proteção das relações econômicas e sobre a normalidade do tráfego financeiro.[5] O Direito Penal transnacional, portanto, tem demonstrado preponderante interesse em relação ao "delito econômico organizado".

2.5 A tendência de buscar um conceito uniforme em nível internacional sobre o que se considera "crime organizado"

Analisando as conclusões do último Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Budapest, em setembro de 1999, que

(4) Instrumento legal supranacional recentemente formulado no âmbito da União Européia, que pretende estabelecer, pela primeira vez, regras penais que irão vigorar de forma comum em todos os países-membros.

(5) Outro exemplo é a criação de tipos penais sobre lavagem de dinheiro como forma de combater o crime organizado, especialmente o tráfico de entorpecentes, de armas e atividades de tipo mafioso.

tratou especialmente da questão do crime organizado, percebe-se uma orientação genérica no sentido de ser alcançada uma maior precisão terminológica. Essa busca de forma e conteúdo em relação ao crime organizado tem sido uma preocupação constante no cenário internacional, especialmente quando se busca uma uniformidade entre nações de uma mesma região geopolítica, como a União Européia. Um interessante exemplo foi a tentativa realizada pelo Conselho Europeu em definir o que se deve entender por "organização delitiva". Em essência, no âmbito comunitário, será criminosa uma organização fundamentada na associação de duas ou mais pessoas, estabelecida durante um certo período de tempo, atuando de maneira planejada, com o fim de cometer um número indeterminado de delitos sancionados com pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva, com o mínimo de quatro anos, independentemente de que constituam um fim em si mesmas ou um meio para obter benefícios patrimoniais, ou ainda uma maneira de influir indevidamente no funcionamento da administração pública ("independência funcional típica"). Essa tentativa de definir os requisitos mínimos para que se considere certa atividade como sendo "crime organizado" revela o fato de que os Estados deverão seguir pautas externas no momento de tipificar condutas e definir critérios punitivos.[6]

2.6 A adoção de regras especiais sobre a autoria e participação e o incremento da utilização da teoria da imputação objetiva

Finalmente, dentre tantas correntes doutrinárias que buscam respostas satisfatórias em relação ao problema da criminalidade organizada, algumas teorias merecem destaque. Tratando de criar um sistema de imputação que regule com eficácia a delinqüência organizada, surgiram nas últimas décadas várias tendências: a "teoria da indução", segundo a qual os agentes da organização criminosa respondem na qualidade de "indutores" ao delito; as "teorias da co-autoria", em que os mentores da organização e os executores devem ser equiparados dentro de um sistema de co-autoria pura e simples; a "teoria da cooperação necessária", pela qual os responsáveis pela organização criminosa e os agentes intermediários na cadeia de comunicação interna do grupo estariam agindo em "cooperação necessária" ou "cumplicidade obrigatória" em relação ao comportamento daqueles que serão os executores do projeto criminoso idealizado pelo grupo; e, finalmente, a "teoria do domínio do fato", derivada da teoria da autoria mediata, pela qual o órgão central de poder que comanda a organização atua como verdadeiro autor distante ou mediato em relação ao executor da ordem proferida.

(6) O art. 31 do Tratado de Amsterdam estabeleceu que a cooperação judicial em matéria penal incluirá a adoção progressiva de medidas que estabeleçam normas mínimas relativas aos elementos típicos dos delitos no âmbito da delinqüência organizada, do terrorismo e do tráfico de drogas. O Conselho Europeu reuniu-se em 21.12.1998 e adotou uma regra denominada "ação comum", originária do art. K.3 do Tratado da União Européia, relativo à tipificação penal da participação numa organização delitiva em qualquer um dos Estados-membros da CEE. Em síntese, as regras que inspiram as legislações européias no momento foram traçadas no âmbito comuni-

De todas as teorias mencionadas, a que vem ganhando protagonismo é a do "domínio do fato", para a qual a cúpula de poder numa organização possui um amplo domínio sobre a ação e a vontade dos agentes do grupo, mantendo o que vem sendo denominado "domínio funcional do fato".[7] Essa teoria é a que possivelmente tem oferecido respostas mais eficazes ao problema da autoria e participação em Direito Penal. Segundo seu principal divulgador, Roxin, deve ser considerado autor aquele que tem o domínio final do fato, *i.e.*, tanto aquele que é a figura central da ação como aquele que a determina e condiciona. Não é exigível que realize materialmente a ação, bastando que domine o acontecimento que conduzirá ao resultado. É interessante notar a existência de pontos de conexão e convergência entre essa teoria e a da "imputação objetiva", que também tem oferecido importantes contribuições para solucionar situações de grande dificuldade técnica, como os casos de delinqüência organizada.

3. Conclusões

Uma vez expostas tais premissas, percebe-se que certos elementos ou tendências influem decisivamente nas opções dogmáticas e político-criminais que o Direito Penal irá manifestar nas sociedades do futuro. As perspectivas revelam que algumas posturas são incontornáveis e certamente irão definir o perfil dos mecanismos de resposta formulados pelos Estados frente ao delito passível de ser classificado como "organizado". Dados como a *flexibilização dos sistemas de imputação e do princípio de territorialidade*, a crescente introdução de normas baseadas na *infração do dever de garantia* (gerando tipos penais fundados na comissão por omissão), a tendência de adoção da *teoria do domínio do fato* e os postulados fundamentais da *teoria da imputação objetiva* serão componentes de um novo modelo dogmático destinado a encontrar respostas ao fenômeno da criminalidade organizada.

Sob outro aspecto, certamente contaremos com uma Política Criminal cada vez mais globalizada e mutante. Acreditamos que o sistema penal do futuro pouca semelhança terá com a atual estrutura político-criminal. A *transnacionalidade* será sua marca. O ímpeto de mudança, sua potência.

Um atento acompanhamento de tais alterações é o dever que cabe aos que manejam a transformação do Direito Penal, como única forma de defender a dignidade humana e as garantias fundamentais frente ao contínuo processo de mutação imposto pela modernidade.

tário e definem critérios básicos. Atualmente, deve ser sancionado o comportamento de toda pessoa que, de forma intencional ou tendo conhecimento do objetivo da atividade delitiva da organização, participe ativamente de suas atividades. É importante salientar que as formas de participação apresentam-se muito amplas, admitindo tanto a execução propriamente dita como a circunstância de o agente ter conhecimento de que sua atividade contribui para a execução das ações delitivas planejadas pela organização criminosa.

(7) Sobre a teoria do domínio do fato, vide Claus Roxin, especialmente *Autoría y domínio del hecho en derecho penal*. Madri : Marcial Pons, 1998.

2.5

IRRETROATIVIDADE E RETROATIVIDADE DAS ALTERAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA PENAL*

ODONE SANGUINÉ

SUMÁRIO: 1. Exposição do problema – 2. A proposta de solução no campo jurídico-penal: aplicação das regras do erro de proibição – 3. Fundamentos para a solução do problema no âmbito constitucional: 3.1 A segurança jurídica como fundamento da garantia da irretroatividade; 3.2 O princípio da determinação da lei penal e a teoria da separação dos poderes – 4. Retroatividade da jurisprudência posterior mais favorável e revisão criminal.

Resumo: O artigo aborda o tradicional princípio de legalidade penal desde uma nova perspectiva, propondo, desde uma perspectiva constitucional e com apoio na idéia de segurança jurídica, na exigência de determinação da lei penal e realizando uma revisão do dogma da "separação" dos poderes (*rectius*: harmonia dos poderes), a extensão da garantia da proibição de retroatividade às modificações da jurisprudência penal, mantendo-se vigente o mesmo texto legislativo. Em conseqüência, examina duas situações distintas: a) a alteração jurisprudencial agravadora da situação do acusado; b) a correlata questão da retroatividade da jurisprudência mais benéfica ao acusado, com a conseqüente possibilidade de ajuizamento de revisão criminal.

Palavras-chave: Jurisprudência – Irretroatividade – Retroatividade – Revisão criminal – Princípio de legalidade penal.

1. Exposição do problema

A abordagem do princípio da legalidade penal e de seu corolário da irretroatividade da lei exige especial atenção para uma problemática específica consistente em saber se a proibição da retroatividade abrange as *alterações*

(*) Palestra proferida na Ajuris, no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados, em 27.03.1998. Uma versão prévia deste texto foi publicada no livro coletivo, editado pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, VV. AA. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso* (org. João M. de Araújo Jr.), Forense, 1992. p. 465-481, sob o título: "Irretroatividade e retroatividade das variações da jurisprudência penal", e na revista *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5 (ano 5), n. I, p. 3-16, Fabris, 1992. Neste escrito realizo alterações e acréscimos levando em consideração a bibliografia posteriormente aparecida.

supervenientes da jurisprudência mantendo-se vigente, todavia, o mesmo texto legal. A questão aqui suscitada é distinta, portanto, da hipótese em que a modificação jurisprudencial decorre da vigência de uma nova *lei posterior* (penal ou de outra natureza) e que conduz à aplicação agravatória de uma norma vigente no momento de realizar-se o fato delitivo.[1] Por outra parte, um problema correlato que se apresenta é o da *retroatividade da jurisprudência mais benéfica* para o condenado sem que tenha ocorrido uma alteração legislativa.

O problema da possível aplicação da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais – proposto na Alemanha, mas perfeitamente exportável a outros países, dada a índole geral da problemática suscitada – se apresenta quando um tribunal, após haver mantido uma linha interpretativa constante em relação com um determinado preceito legal, durante um espaço de tempo relativamente longo, modifica essa linha interpretativa em um sentido prejudicial ao réu.[2]

Exemplos elucidativos desta problemática: no Direito Comparado (Alemanha[3] e Suíça[4]) a) a *redução pela via jurisprudencial da taxa limite de alcoolemia*, que

(1) Luis Felipe Ruiz Antón. "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia". *Poder Judicial*, n. Especial VI, p. 105.

(2) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, Univ. de Valencia, 1983. p. 92.

(3) Na Alemanha a questão foi objeto de intensa discussão ao modificar-se o critério jurisprudencial sobre o grau alcoólico que devia considerar-se como suficiente para pôr em perigo a segurança do tráfego de automóveis. A discussão surgiu a partir da sentença do BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Superior Federal), de 9 de dezembro de 1996, que após um período de mais de 10 anos de jurisprudência constante (interpretando a expressão "não esteja em situação de conduzir o veículo de forma segura", utilizada pelo legislador ao redigir o § 316 do Código Penal alemão) no sentido de que uma pessoa devia ser considerada como absolutamente incapaz de conduzir um veículo automotor, sem possibilidade de prova em contrário, quando se superava o limite de concentração de álcool no sangue de 1,5 g/l%; porém, a partir de um determinado momento, aceitando as críticas provenientes do campo da medicina e sobretudo com base no informe da Oficina Federal para a Saúde (*Bundesgesunheitsamt*) de 1966, a jurisprudência modificou seu critério e decidiu reduzir tal limite ao índice de 1,3 g/l %. Em 1990, o BGH decidiu pela redução dessa quota-limite da absoluta incapacidade para dirigir de 1,3% para 1,1%. Daí a dúvida sobre a possibilidade de levar-se em conta essa variação jurisprudencial com relação aos fatos realizados com anterioridade à nova interpretação e, conseqüentemente, considerar delituoso um comportamento que no tempo de sua realização não era apreciado como tal pelos Tribunais de Justiça. No entanto, o OLG (*Oberlandesgericht* – Tribunal Supremo de cada Estado Federal) de Karlsruhe, em sentença de 5 de outubro de 1967, aplicou retroativamente este valor limite, negando-se a aplicar a proibição de retroatividade, confirmando a tese de que os tribunais podem, mediante a redução no limite de alcoolemia, punir fatos que, segundo a anterior interpretação jurisprudencial, eram impunes. Por conseguinte, para a jurisprudência alemã, se se condena pelo § 316 a alguém que, antes de ditar-se a nova sentença do BGH, houvesse dirigido com 1,2% de alcoolemia, isso não infringe a garantia da irretroatividade da lei penal (vide F. Madrid Conesa, *El principio de irretroatividade de la Ley Penal y las variaciones jurisprudenciales*

implica a incapacidade total para dirigir um veículo automotor;[5] b) em outro caso, mais antigo, o *Reichsgericht* (Tribunal Supremo Imperial) declarou punível a fraude no caso de contratos contrários à moral, que, segundo a jurisprudência até então, era isenta de pena; essa nova concepção jurisprudencial foi imediatamente aplicada ao caso que deu ocasião a esta nova jurisprudência;[6] c) na *jurisprudência brasileira*, um caso paradigmático é o da variação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que modificou sua orientação, firmada em 1964 (no sentido de que não configurava crime a *manutenção de casa de prostituição* tipificado no art. 299, do CP, na zona de meretrício se ela estava licenciada pelo Poder Público, que lhe concedera alvará de funcionamento e lhe cobrava impostos, além do que tal fato era tolerado e inclusive fiscalizado pela polícia, razão por que decidiu o STF que não se tratava de crimes contra os costumes, mas fato tolerado e até

desfavorables al reo. Universidad de Valencia, 1982. p. 9 et seq.; o mesmo, *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 92; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 104-105; Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general,* I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson, Astrea, 1994. p. 198-199; Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. M. Conde, Luis Arroyo Zapatero, Bosch, 1984. p. 325; Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general,* t. I. *Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997. p. 166).

(4) Essa taxa, que havia sido fixada pela jurisprudência em 1%, foi reduzida em julgamento do Tribunal Federal Suíço proferido em 1964 (ATF 90 IV 159 (JdT 1964 IV 131) para 0,8% (José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale,* I. *Notions fondamentales et loi pénale*, Éditions Universitaires, Fribourg, 1991, p. 186).

(5) No Brasil, atualmente este problema poderá surgir em relação ao crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23.09.1997), que tipifica a conduta de "conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". A jurisprudência sobre a contravenção de direção perigosa de veículo em via pública (art. 34 da Lei das Contravenções Penais), com base no art. 2.º da Resolução 737/89 do Contran, havia fixado a concentração de 0,8 dg de álcool por litro de sangue como limite comprobatório de ebriez alcoólica. Os arts. 165 e 276 do novo Código de Trânsito, para caracterização e prova da realização de 'infração administrativa', reduziu esse limite de concentração de álcool por litro de sangue para 0,6 como nível comprobatório de que "o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor". Não obstante, o mencionado tipo legal de crime é omisso em relação à definição do grau de alcoolemia necessário para a caracterização do delito de trânsito, de modo que a jurisprudência é que irá fixar o limite mínimo – que pode ser diferente daquele estabelecido para a infração administrativa –, isto é, em tese, inferior ao de 0,6 dg de álcool por litro de sangue. Não obstante, esse parece ser o limite inferior aquém do qual o fato será atípico, embora possa configurar infração administrativa. Porventura adotado esse limite legal (e não jurisprudencial), a questão da irretroatividade da jurisprudência dificilmente seria suscitada.

(6) Gustav Radbruch. *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, 1962. p. 58, nota 1.

mesmo imposto pelos costumes – HC 40.161, rel. Min. Ribeiro Costa; HC 40.124, rel. Min. Vilas Boas), e passou a considerar tal conduta como criminosa com fundamento na irrelevância do licenciamento e tolerância policial (*RTJ* 60/104 e 85/487);[7] d) a jurisprudência dos Tribunais Superiores reconhece o furto privilegiado (§ 2.° do art. 155 do CP) quando o "pequeno valor" da coisa furtada, para o reconhecimento do furto privilegiado, previsto no § 2.° do art. 155 do CP não excede o valor do salário mínimo vigente à época do fato. Assim, uma eventual alteração mais restritiva desse critério jurisprudencial não poderia retroagir em prejuízo do autor.

Esses exemplos demonstram a insuficiência da garantia que a proibição de retroatividade aplicável às *leis* penais oferecia ao indivíduo, dada a grande importância que adquiriu em relação à regulação do caso concreto a atividade jurisprudencial na aplicação da lei. Por essa razão, um importante setor da doutrina alemã afirma que desde o ponto de vista do indivíduo é psicologicamente indiferente que se lhe puna de forma retroativa por causa de uma lei ditada pelo Parlamento ou por causa de uma nova interpretação jurisprudencial – impossível de conhecer antes de sua declaração – de uma lei já existente. Esta situação cria uma lacuna desde o ponto de vista do Estado de Direito que, nos limites do mesmo, há de encontrar uma solução[8] que responda satisfatoriamente esta questão que envolve um conflito de objetivos: o resguardo da *segurança jurídica*, por um lado, e a *possibilidade da formação evolutiva do direito*, por outro.[9] A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem a função de *evoluir continuamente o Direito*. A evolução jurisprudencial tem tanta importância para os indivíduos implicados como uma modificação do teor literal do tipo penal e esta evolução atua naturalmente com efeito retroativo, uma vez que foi fundamentada somente em relação com o caso respectivo.[10]

A doutrina não apresenta, contudo, uma solução uniforme à questão de se as modificações jurisprudenciais agravadoras da situação do acusado, posteriores à realização do fato punível, estão submetidas à proibição de retroatividade prevista para a lei penal posterior desfavorável ao réu. Pode-se identificar basicamente

(7) Na Argentina, a irretroatividade da jurisprudência foi objeto de posturas antagônicas: por um lado, um julgado da Câmara Criminal da Capital (*La Ley* de 26.12.1966) admitiu a aplicação retroativa de uma interpretação judicial plenária ampliadora do conteúdo do tipo, atribuindo caráter delituoso a uma conduta que antes não o tinha para algumas Câmaras Criminais (vide Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2. ed., 1980. t. I, p. 301). Porém, em sentido contrário, a Câmara Criminal da Capital, em decisão de 16 de julho de 1946, não admitiu que, após diversos pronunciamentos plenários, pudesse ocorrer variação de critérios desfavoravelmente em prejuízo de um indivíduo, atribuindo-lhe qualidade delituosa a um fato que no momento de sua realização não era delito (vide Guilhermo J. Fierro. *La ley penal y el derecho transitorio*, Depalma, 1978. p. 347).

(8) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 92-93.

(9) Reinhart Maurach e Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 199.

(10) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 324.

três posições doutrinárias sobre o tema: 1.ª) a *ortodoxa*, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2.ª) a postura *contemporânea dominante* que defende a idéia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3.ª) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição de retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis.

A *opinião tradicional* sustenta que uma modificação de uma jurisprudência firme dos Tribunais Superiores, em conseqüência de uma alteração na concepção jurídica ou com fundamento em um novo conhecimento, não se submete à proibição de retroatividade, que somente vige para a modificação das leis, não da jurisprudência.[11] Tal atitude esteve justificada, durante longo tempo, pela idéia de que não pode haver conflito entre jurisprudências sucessivas: uma jurisprudência

(11) Heleno Fragoso. "Observações sobre o princípio da reserva legal", *Revista de Direito Penal*, Forense, n. 1, p. 84; o mesmo, *Lições de direito penal. Parte geral.* 10. ed., Forense, 1986. p. 95. No direito comparado, veja-se: Johannes Wessels. *Derecho penal. Parte general,* Depalma, 1980. p. 15; o mesmo, *Direito penal. Parte geral* (tradução e notas por Juarez Tavares), Sérgio A. Fabris, 1976. p. 12; H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, 1981. v. 1, p. 185-186, nota 34. Radbruch também negou a possibilidade de a proibição de retroatividade valer tanto no sistema do direito jurisprudencial inglês, em que o *judge made law*: "um novo precedente encontra necessariamente pela primeira vez aplicação a um fato, no momento da realização no qual a nova opinião jurisprudencial não existia ainda", como para o direito penal alemão. Os juízes ingleses – dizia – têm feito uso somente com sensata prudência da possibilidade de criar novo direito penal através dos precedentes jurisprudenciais. A cláusula da Constituição dos USA veda apenas as leis retroativas (*ex post facto law*), mas não o direito dos juízes (G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, ob. cit., p. 58, nota 1). Essa afirmação deve ser matizada e atualizada, uma vez que, por um lado, no *direito Inglês*, se bem o precedente judicial (*rule of precedent*) criado pelos Tribunais Superiores é obrigatório e vinculante (*binding precedent*) a partir do momento mesmo de sua existência, a partir de 1966 a Câmara dos Lordes tem a faculdade de separar-se de seus próprios precedentes, se assim o exigem considerações de Justiça; por outro, no *direito norte-americano*, a norma do *stare decisis* (isto é, do respeito aos precedentes), ponto chave da *Common Law,* é suscetível de uma alteração profunda, de modo que efetuar uma alteração jurisprudencial não é nada estranho (Roland Séroussi, *Introducción al derecho inglés y norteamericano* (versão de E. Alcaraz Varó), Ariel, 1998. p. 26-28 e 108). Roubier, referindo-se ao sistema dos países anglo-saxões do precedente judiciário (*case-law*), deixa em aberto a tese da assimilação da jurisprudência à legislação e menciona que lá uma *decisão isolada* é suficiente para fazer aparecer uma verdadeira regra de direito com valor obrigatório. Assim, desde o instante em que se pode datar a nova jurisprudência, graças ao princípio de autoridade imediata das decisões se poderia assimilar o tratamento das alterações jurisprudenciais ao das modificações da legislação (Paul Roubier, *Le droit transitoire* (*Conflit des lois dans le temps*), 2. ed., Dalloz-Sirey, 1960. p. 26-28). A Constituição Federal, com a cláusula do *due process of law* (inciso LIV, art. 5.º), estabelece a proibição de leis *ex post facto*. Abrange, portanto, a ampliação judicial imprevisível de uma lei penal através de

nova se aplica sempre a todos os processos novos, sem que se tome em consideração a data na qual os fatos do processo foram produzidos, mesmo que tais esses fatos sejam anteriores à modificação da jurisprudência. Se recusava ver na jurisprudência outra coisa senão uma pura interpretação da lei e sem autoridade ou alcance mais além da causa na qual ela era aplicada. Isso reduzia as *funções da jurisprudência* à sua mais simples expressão, olvidando o papel criador que ela pode desempenhar.[12] Esse mesmo argumento da diferente função da jurisprudência em relação à lei vem repetido, na atualidade, por Jakobs ao afirmar que "apesar da possível igualdade de efeitos da jurisprudência superior em relação à lei, entretanto, à jurisprudência não lhe afeta nenhuma proibição de retroatividade, pois à igualdade de efeitos não corresponde a igualdade de funções". Desta maneira, embora exista também uma confiança na jurisprudência, "até agora não se determinou se as vantagens da proteção não se veriam compensadas pelos inconvenientes derivados do maior imobilismo da jurisprudência, de maneira que isso não seria desejável por representar "uma exigência excessiva ao poder judicial", pois "se todo Tribunal estivesse sujeito aos princípios de toda sentença anterior e de toda sentença dos Tribunais Superiores, isso equivaleria a vedar à Administração de Justiça que aprendesse de seus próprios erros".[13] Segundo Roxin, "se o

uma interpretação judicial retroativa. Nos EUA, a jurisprudência entendeu, inicialmente (Ross. V. Oregon, 227 Us. 150-1913), que a proibição de ditar leis *ex post facto* somente estava dirigida contra a ação legislativa, sem alcançar as decisões errôneas ou contraditórias introduzidas pelos tribunais; concerne à elaboração da lei, não à sua interpretação pelos tribunais (Cf. David Feldman, "Tuttella della libertà e due process of law negli Stati Uniti D'America", *La libertà personale* (ed. a cargo de Leopoldo Elia e Mario Chiavario), União Tipográfica, Ed. Torinense, 1977. p. 166; vide também *La Constitución de los Estados Unidos da America*, t. I, Guilhermo Kraft, 1949. p. 330). Porém, em decisão mais recente, a Suprema Corte Americana considerou que a proibição relativa às leis *ex post facto* se estende também à aplicação retroativa de uma lei pela decisão judiciária. Assinalou a Corte que se o legislador não pode, a exemplo da cláusula *ex post facto*, emanar leis tendo tal natureza, um Tribunal. pela cláusula do *due process*, não pode chegar àquele mesmo resultado por meio de instrumento judiciário. Uma ampliação judicial imprevisível de uma lei penal, aplicada retroativamente, opera precisamente do mesmo modo que uma *ex post facto law*. Assim, a Corte Estadual está impedida de obter exatamente o mesmo resultado através de interpretação judicial (Paul Sieghart. *The international law of human rigths*, Claredon Press, 1984. p. 209).

(12) Paul Roubier, *Le droit transitoire*, ob. cit., p. 25, esclarecendo que no direito francês, se bem as modificações jurisprudenciais são conhecidas e comentadas, como as leis novas, há um obstáculo insuperável: a impossibilidade de se determinar, com suficiente precisão, o momento em que a jurisprudência é fixada, na medida em que isso ocorre unicamente pouco a pouco pela repetição de decisões uniformes; não se pode, por essa razão, assimilar a modificação que se produz no direito jurisprudencial a uma modificação da lei (ob. cit., p. 26); José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I, ob. cit., p. 185.

(13) Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, 1995. p. 126-128.

Tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado que como o havia feito a jurisprudência anterior, este tem que suportá-lo, pois, conforme o seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravação retroativa, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida".[14] Frente a isso, uma opinião minoritária, porém crescente, pretende subsumir na proibição de irretroatividade a hipótese de modificação de uma jurisprudência constante e que parecia garantida; pois sustenta que o cidadão confia em uma jurisprudência firme o mesmo que na lei e não se pode defraudar essa confiança.[15] De acordo com Roxin, porém, essa posição não se pode compartilhar, por ser contrária à idéia básica do princípio de legalidade já que equipararia legislação e jurisprudência. O cidadão não tem por que conhecer a jurisprudência (o que seria já uma exigência excessiva para uma maioria dos cidadãos), e não deve confiar nela, mas somente no teor literal da lei! Dado que as alterações jurisprudenciais têm que manter-se dentro do âmbito do sentido literal possível, de todo modo são tendencialmente menos gravosos e mais previsíveis que as modificações legais, e em alguns casos o cidadão pode e deve ajustar sua conduta aos mesmos.[16]

Com base nessa linha de argumentação, a doutrina dominante, desde uma perspectiva estritamente *formal*, defende a postura de que a proibição de retroatividade abrange somente as *alterações legislativas* em sentido estrito, de maneira que tal não sucede com a mera alteração da jurisprudência baseada em *meros critérios de interpretação*.[17]

Em geral, a doutrina majoritária exclui que as variações juridisprudenciais agravadoras posteriores à realização do fato punível se submetam à proibição de irretroatividade aplicável à sucessão de leis penais. Em apoio dessa tese se sustenta, resumidamente, diversos argumentos: a) que uma nova jurisprudência tem indubitavelmente um efeito similar ao de uma nova Lei, porém que daí *não cabe deduzir uma idêntica função*; b) que a jurisprudência não vincula da mesma maneira que a legislação, pois do contrário *os Tribunais teriam praticamente o poder de legislar*. Em realidade, as alterações jurisprudenciais somente implicam uma correção da interpretação de uma vontade legislativa já existente no momento do fato;[18] c) que se diminuiria a faculdade dos Tribunais de mover-se em todo o âmbito delimitado pelo tipo.[19]

(14) Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte general,* ob. cit., t. I, p. 165.

(15) Idem, p. 166.

(16) Idem, ibidem.

(17) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(18) E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal. Parte general.* 4. ed., Akal/Iure, 1997, p. 86, que menciona (em nota n. 227) que o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu, em sentido contrário, recentemente (STC DE 29.09.1997, atribuindo efeito de lei retroativa às decisões do TC sobre a interpretação do direito penal); José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamentos de derecho penal*, 3. ed., Tirant lo Blanch, 1993. p. 325.

(19) Joaquin Cuello Contreras. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general,* I, Civitas, 1993. p. 144.

Efetivamente, como ponto de partida resulta certo que não é admissível a entrada em vigor de uma *lei* com efeitos retroativos.[20] Em contraposição, resulta extremamente discutível se a proibição de retroatividade vale também no caso da alteração de uma *jurisprudência* reiterada em *prejuízo* do acusado.[21]

Sem dúvida, unicamente a partir da necessidade de admitir que a jurisprudência mude não cabe deduzir a admissibilidade de fazer valer toda modificação em todo momento.[22] Segundo Zipf, "como ponto de partida é certamente correto que os princípios de interpretação – também geralmente reconhecidos – não caem sob a proibição da aplicação retroativa e que, com isso, o princípio de proibição de efeito retroativo *não pode viger, simplesmente, para cada alteração da jurisprudência*".[23] Em síntese, a proibição de irretroatividade não pode valer, *tout court*, para qualquer interpretação e por isso incidir sobre cada mudança jurisprudencial. Do contrário, poderia ocorrer que uma falsa interpretação não pudesse ser corrigida através de uma correta aplicação da lei ao caso concreto, o que levaria a imobilizar a jurisprudência em um determinado setor do conhecimento jurídico-penal.[24] Uma ampliação da proibição de retroatividade à jurisprudência suporia sua paralisação pura e simplesmente e cujo resultado previsível seria que dissimuladamente se burlaria dita proibição, pois se exigiria algo impossível.[25] Assim, como afirma Tavares, "se a interpretação traz somente ao conhecimento novos dados sobre a matéria, mantendo-se sempre fiel ao texto da lei, não se submete ela à proibição de retroatividade".[26] Realmente, ao menos em inúmeras situações, o Tribunal se encontra ante oscilações da jurisprudência ou mesmo entre pontos de vista contraditórios, sem que se apresente uma linha firme e constante, não surgindo, assim, a necessidade de vincular-se a sua própria jurisprudência, podendo, sempre, alterar seu rumo.

2. A proposta de solução no campo jurídico-penal: aplicação das regras do erro de proibição

A questão da irretroatividade das alterações da jurisprudência diz respeito a dois tipos de questões: por um lado, uma questão *constitucional* concernente a se a proibição de retroatividade para as *leis* penais desfavoráveis resulta aplicável à jurisprudência (*solução objetiva* – porquanto se deixa de lado a situação concreta

(20) Heinz Zipf, ob cit., p. 92.

(21) Heinz Zipf in Maurach / Zipf, *Strafrecht*, Allgemeier Teil, Teilband 1, 5. ed., 1977. p. 165; o mesmo, in Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 198-199.

(22) Günther Jakobs. *Derecho penal*, ob. cit., p. 126.

(23) Heinz Zipf in R. Maurach / H. Zipf. *Strafrecht*, A. T, ob. cit., p. 165; Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 199.

(24) Juarez Tavares, nota 5, in J. Wessels. *Direito penal. Parte geral*, ob. cit., p. 12.

(25) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 324-325.

(26) Juarez Tavares, nota 5, in J. Wessels. *Direito penal*, ob. cit., p. 12-13.

em que atuou o autor) e, por outro, desde a perspectiva *jurídico-penal,* se o autor que realiza o fato na confiança de que é impune pode ver-se surpreendido por uma nova jurisprudência que qualifique seu fato como punível, isto é, se este autor atua em um erro penalmente relevante (solução *subjetiva* – porque se propõe a solução do problema desde o ponto de vista da culpabilidade do autor).[27]

Na medida em que a proibição do efeito retroativo não seja aplicável às alterações jurisprudenciais, será possível, sem dúvida, admitir a possibilidade de que o sujeito invoque *um erro de proibição,* que protege o autor ante a exigência excessiva no caso de alteração na jurisprudência[28] ou, se for o caso, um *erro de tipo,*[29] na hipótese em que ele, no momento de realizar o fato, não houvesse em absoluto podido prever a antijuridicidade de seu comportamento, existe um *erro de proibição invencível* ou inevitável sobre a ilicitude do fato, excluindo-se a culpabilidade[30] e isentando o agente de pena (art. 21 do CP). Portanto, a confiança do cidadão seguiria estando protegida pelos preceitos sobre o erro de proibição.[31] Para Hurtado Pozo, "ninguém deveria poder se aproveitar do fato que a antiga jurisprudência lhe era favorável, mesmo quando a nova jurisprudência tenha se produzido após o momento da infração. Entretanto, o acusado pode invocar o erro de proibição.[32] Segundo opinião de Roxin, "naturalmente que ocorrem muitas ações nas quais seu autor havia confiado de modo não reprovável em uma determinada jurisprudência e inclusive havia obtido assessoramento jurídico especificamente a tal efeito; e em ditas hipóteses seguramente não é lícito castigar ao sujeito por sua confiança no Direito no caso de que haja uma modificação posterior de jurisprudência. Porém, em tal caso, a absolvição se produzirá de todas as maneiras por haver um erro de proibição não-culpável".[33] É que,

(27) F. Madrid Conesa. *El princípio...*, ob. cit., p. 11.

(28) Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general,* I, ob. cit., p. 199; Günther Jakobs. *Derecho penal*, ob. cit., p. 128; F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 34; José Cerezo Mir. *Curso de Derecho penal español*, I , 5. ed., Tecnos, 1997. p. 184, nota 41; E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 86; Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 325. Essa posição que recorre à teoria do erro de proibição não é, entretanto, unitária, porque dentro dela há um leque de posturas que vai desde a que exige a comprovação em cada caso concreto da existência ou não deste erro no autor até as que afirmam a existência em todo caso de um erro inevitável de proibição, uma vez que, ainda na hipótese de que o autor se esforçasse tudo o que lhe é exigível para chegar ao conhecimento sobre a proibição de sua conduta, não poderia chegar a alcançar tal conhecimento devido, precisamente, ele realizar o fato desconhecendo a existência da jurisprudência que declara sua conduta como impune (Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 27-28).

(29) E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 86.

(30) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p, 105.

(31) H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 186, nota 34; Conesa. *El princípio...*, ob. cit., p. 11, nota 20.

(32) José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale,* I, ob. cit., p. 186.

(33) Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 166.

afirma Hassemer, "se nem mesmo os penalistas sabem o que é correto no caso concreto (e, por exemplo, a questão jurídica relevante é respondida de maneira diferente nas diversas instâncias), deve-se admitir que também o acusado pode atuar em erro de proibição – em uma extensão maior do que admite a jurisprudência".[34]

Essa solução penal *subjetiva* de acudir à teoria do erro de proibição, tentando salvar *in extremis* o problema, deslocando a questão ao âmbito da culpabilidade, não resulta satisfatória, porque não resolve um grande número de casos e sobretudo pelos inconvenientes que desde o ponto de vista da segurança jurídica suscita – desde o ponto de vista do autor que se dispõe a realizar uma ação – uma solução deste tipo.[35] Em primeiro lugar, o autor não se acha em erro sobre a proibição de sua conduta, já que, segundo a jurisprudência existente até esse momento, sobre tal conduta não recaia uma proibição, senão que seu erro consiste em suscitar uma "falsa prognose sobre o futuro desenvolvimento da jurisprudência".[36] Em segundo lugar, este expediente somente é satisfatório nos casos em que a jurisprudência posterior declara delituosa uma conduta que anteriormente era considerada lícita. E nem sequer resolve a hipótese em que o sujeito, devido a seus especiais conhecimentos jurídicos, considera ilícito o fato que o Tribunal houvera reputado lícito e prevê a alteração jurisprudencial.[37] Por último, esta proposta não resolve as *hipóteses em que a alteração jurisprudencial não afeta propriamente a valoração da ilicitude do fato*, mas *a outros pressupostos da pena*: não-consideração de uma *condição objetiva de punibilidade*, que até então se apreciava como tal, ou repercute no sistema de determinação da pena, ou na própria culpabilidade (ampliação dos sujeitos aos quais se deve considerar imputáveis).[38] Tendo em vista essa solução não ser satisfatória de forma geral, pelos inconvenientes que implica desde o ponto de vista da segurança jurídica: a aplicação ou não da nova jurisprudência ao concreto acusado depende, em grande medida, do arbítrio do Tribunal, um setor doutrinário propõe como *solução a vigência efetiva da exigência de determinação da lei penal*, isto é, para aqueles âmbi-

(34) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal,* ob. cit., p. 325.

(35) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito,* ob. cit., p. 93; o mesmo, *El principio...,* ob. cit., p. 27-28; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...,* ob. cit., p. 105.

(36) Madrid Conesa. *El principio...,* ob. cit., p. 28.

(37) M. Cobo Del Rosal, T. S. Vives Anton. *Derecho penal. Parte general,* 4. ed., Tirant lo Blanch, 1996. p. 185, nota 7; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...,* ob. cit., p. 105-106; para Contreras, tampouco a solução do erro de proibição é satisfatória. A circunstância de que o acusado saiba que a jurisprudência vinha castigando a partir de 1,5 % não quer dizer que desconheça que também está proibido de dirigir com 1,1 % por mil de álcool no sangue. A menor quantidade de injusto realizado pode servir como atenuante (Joaquin Cuello Contreras. *El derecho penal español,* ob. cit., p. 144-145). Não obstante, esse exemplo é de um *erro de subsunção,* que se bem não é um erro de proibição, mas unicamente sobre a punibilidade, pode referir-se também à proibição (José Cerezo Mir. *Curso...,* ob. cit., p. 184, nota 41, invocando Welzel).

(38) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...,* ob. cit., p. 106.

tos da regulação nos quais existe necessidade de proibição de retroatividade, porque a jurisprudência faz as vezes do legislador, este deverá *intensificar a regulação legal e tomar medidas corretivas* para corrigir o erro de técnica legislativa; apenas subsidiariamente caberia recorrer ao âmbito da culpabilidade para invocar as regras sobre o erro de proibição.[39]

3. Fundamentos para a solução do problema no âmbito constitucional

A posição mais correta consiste em solucionar a questão desde a *perspectiva constitucional* (solução objetiva) estendendo a proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Essa postura se ampara, por um lado, na idéia de *segurança jurídica como fundamento do princípio da irretroatividade* e, ademais, na proposta de *revisão do vetusto significado da doutrina da separação dos poderes*; por outro, na *harmonização dessa doutrina com o princípio de determinação* a fim de substituir a posição tradicional por uma nova *visão superadora da tradicional distinção absoluta entre a função da lei e a da jurisprudência penal.*

3.1 A segurança jurídica como fundamento da garantia da irretroatividade

O *princípio da legalidade* implica a lógica necessidade de prévia existência da lei e a obrigação de *formulação determinada* desta.[40] A garantia da *irretroatividade* significa, por sua vez, que a lei penal não pode regular nem tampouco aplicar-se senão àqueles fatos cometidos sob seu império de vigência temporal (*tempus regit actum*).[41] A *proibição de retroatividade das leis* representa uma conquista irrenunciável do processo racionalizador dos sistemas jurídicos enquadrados nas matrizes ideológicas do Estado de Direito e que encontrou acolhida no célebre postulado do Iluminismo Jurídico: *Nullum crimem nulla poena sine lege*, constituindo uma decorrência básica e específica do princípio da *segurança jurídica* no sentido de que suas normas estabeleçam sempre conseqüências jurídicas *ex ante* e não *ex post facto*.[42] A idéia de *segurança jurídica* está estreitamente vinculada ao principio da legalidade penal. Tal princípio se propõe

(39) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 30-34; Günther Jakobs. *Derecho penal,* ob. cit., p. 127-128.

(40) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979. p. 33-35.

(41) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 98.

(42) Antonio-Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica.* Ariel, 1991. p. 91, que esclarece o sentido da *retroatividade*: a projeção do âmbito temporal das normas a fatos ou condutas prévias a sua promulgação. Convém observar que nenhuma lei é retroativa *stricto sensu*, posto que a lei não pode nem regulamentar, nem modificar o passado, mas somente estender suas conseqüências jurídicas *no presente* a situações que se produziram no passado (ob. cit., p. 90-91).

a garantir, em sentido formal, a confiança e a segurança para o cidadão; em sentido material, como previsão calculável dos próprios atos e garantia da orientação que vai dar ao comportamento pessoal.[43] Uma das manifestações materiais do princípio da legalidade penal é tanto a proibição de *editar* leis com efeitos retroativos desfavoráveis como de *aplicá-las* a fatos cometidos com anterioridade a sua entrada em vigor e, de igual forma, em sentido prejudicial para o afetado. Trata-se do reconhecimento de um âmbito de liberdade ao indivíduo, frente ao *ius puniendi* do Estado.[44]

A garantia da irretroatividade serve para que se realize o "princípio da confiança" (*Vertrauensgrundsatz*), que é elemento necessário do *Estado de Direito*: todo indivíduo deve saber de antemão quais são as possíveis conseqüências de seus atos, e o Estado se compromete a assegurar de forma efetiva a confiança do cidadão ante as imprevisíveis e arbitrárias alterações legislativas suscetíveis de serem aplicadas retroativamente ou com absoluto desprezo do pensamento inerente à generalidade das leis que os cidadãos possuem em que não vão ser tratados de forma arbitrária (igualitária) pelo sistema. A proibição de irretroatividade obriga não somente ao legislador mas também ao juiz penal na *aplicação* das leis. Da mesma maneira como se pode *promulgar* leis com efeito retroativo, se pode também "aplicar com efeito retroativo" a um fato que se haja cometido antes de que essas leis entrassem em vigor. Nesse sentido, vigem para o juiz os mesmos limites que para o legislador.[45] Portanto, o fundamento da proibição de retroatividade dos delitos e suas penas se encontra na idéia de *segurança jurídica*, isto é, na *proteção da confiança* de todos em que os limites da liberdade estejam marcados de antemão de um modo vinculante e possam ser lidos em qualquer momento nas leis.[46]

Por sua vez, o *princípio de determinação* da lei penal se apóia na idéia de *certeza do Direito*[47] e se dirige diretamente ao legislador, porém nasceu para atuar como limite ao poder judiciário, procurando vincular ao máximo a atividade interpretativa do juiz à lei positiva. Portanto, seus resultados garantidores irão ocorrer através da atividade do juiz.[48]

Em resumo, os dois princípios de *irretroatividade* e *determinação* têm uma idêntica *ratio* na perspectiva da *certeza* entendida como máxima predeterminação

(43) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 95.

(44) Luis Felipe Ruiz Antón. Idem, p. 95-96.

(45) Winfried Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 320-324; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 96-97; F. Madrid Conesa. *La legalidad delito*, ob. cit., p. 87-88.

(46) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit. p. 96-97; no mesmo sentido, Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro,* Revan, 1990. p. 67.

(47) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, ob. cit., p. 54.

(48) F. C. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 34 e 296-297; Conesa. *La legalidad...*, ob. cit., p. 159; F. Bricola. *Legalitá e crisi, la question criminale*, 2/3, 1980. p. 184; Fiandaca-Musco. *Diritto penale. Parte generale.* Zanichelli, 1985. p. 30; F. Mantovani. *Diritto penale*, Cedam, 1979. p. 95-96.

não somente da lei, mas também do seu conteúdo e o da decisão judiciária fundada na lei mesma, sendo praticamente indiferente que o cidadão não possa conhecer previamente a norma do próprio agir e prever a conseqüência da sua ação por causa da existência ou da obscuridade da própria norma que impedisse a previsão da decisão judiciária.[49] Em outras palavras, segundo Bricola, "reserva de lei, taxatividade e irretroatividade da lei penal tem um *denominador comum* representado pela garantia do cidadão contra o arbítrio normativo do Executivo, da interpretação do Poder Judiciário e da aplicação retroativa da lei.[50]

Em síntese, a *proibição de retroatividade* encontra seu fundamento último na "garantia de liberdade" e "igualdade" dos cidadãos frente ao poder punitivo, com que se "protege a confiança" dos mesmos em que o Estado não os tratará de forma arbitrária. O princípio da irretroatividade serve para que se realize o *princípio da confiança*, que é elemento necessário do Estado de Direito: o Estado se compromete a garantir de forma efetiva a confiança que os cidadãos têm em não ser tratados de forma "arbitrária" pelo Estado por atuações não previstas nem previsíveis.[51] Logicamente, o poder (atividade) judicial está sujeito ao princípio da irretroatividade, que vige para as leis penais, para que assim o cidadão não se veja surpreendido por uma nova interpretação jurisprudencial que ele não podia prever.[52] Como afirma Mauro Leone, do princípio constitucional da irretroatividade da lei mais severa cabe extrair "uma diretriz no sentido de rechaçar interpretações mais severas da norma penal, não admitidas à época da realização do crime e desenvolvida somente em época posterior por efeito da evolução dos tempos. Poderá, portanto, nessa perspectiva afirmar-se a irretroatividade da interpretação evolutiva quando implique conseqüências penais mais graves em dano ao sujeito.[53]

A rigor, toda sentença é infalivelmente retroativa porque ela é sempre sucessiva ao fato julgado, a menos que se conceba, irrealisticamente, a atividade do juiz como integralmente mecânica e automática. Partindo dessas premissas, afirma Palazzo, é claro que o problema da irretroatividade da jurisprudência se torna exclusivamente uma questão de limites no qual pode ser admitida na decisão a presença de um conteúdo inovador em relação à lei. Em definitivo, nos encontramos frente ao real problema dos limites da sujeição do juiz à lei e que pode resolver-se somente com base na exigência de determinação que se entende impor à lei. A determinação do conteúdo da sentença e, portanto, a sua irretroatividade, é uma conseqüência da *determinação da lei,* no sentido de que os limites de dita predeterminação e retroatividade coincidem com os limites da suficiente determinação.[54]

(49) F. C. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 35.

(50) Franco Bricola. *Legalitá e Crisi,* ob. cit.. p. 185.

(51) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 86-87; o mesmo, *El princípio...*, ob. cit., p. 14; Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 320; F. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 34.

(52) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito,* ob. cit., p. 128-129.

(53) Mauro Leone. *Il diritto penale nel tempo, I, Aspectti costituzionali del principio di irretroatività.* Napoli : Jovene, 1980. p. 59.

(54) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza*, ob. cit., p. 36-37.

3.2 O princípio da determinação da lei penal e a teoria da separação dos poderes

A objeção mais relevante contra a proibição de retroatividade da alteração jurisprudencial deflui das conseqüências do *princípio da separação dos poderes,* na medida em que este exige a subordinação do juiz à lei escrita, e, assim, com a exclusão de vinculação dos juízes, em decisões futuras, à jurisprudência anterior.[55] Daí a necessidade de se realizar uma revisão da tese que atribui, no sistema continental, funções diferentes à lei e à jurisprudência penal, como conseqüência do dogma da separação de poderes.

É inegável que a formação das regras jurisprudenciais está intimamente associada ao respeito do princípio da separação de poderes, garantia de uma independência do juiz, reclamado para a garantia dos direitos dos jurisdicionados.[56] A opinião tradicional sustenta, pelo contrário, que *a jurisprudência*, nos países continentais, inspirados na concepção da soberania da lei, *não é fonte do Direito,* ao contrário dos anglo-saxões onde o *judge made law*. Fundamento claramente inspirado na idéia de "segurança jurídica", que norteia o Estado de Direito. Portanto, se utiliza o argumento da negação da criação judicial do Direito Penal.[57] A doutrina clássica sempre defendeu a distinção teórico-formal entre lei e jurisprudência: a retificação legislativa, por sua diferente índole (aspecto de fonte formal do Direito Penal), não pode retroagir por força do princípio da irretroatividade, enquanto a jurisprudência estaria desprovida de caráter obrigatório no sentido de que nenhum tribunal fica ligado a sua própria jurisprudência e sempre são possíveis alterações de rumo.[58] Cerezo Mir, por exemplo, afirma que "desde o momento em que a jurisprudência não é fonte do Direito, no sentido de que não pode criar normas de caráter geral, de segura aplicação no futuro, carece de fundamento exigir a irretroatividade das variações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu".[59] Não obstante, como afirmou Pizzorusso, "estamos hoje ante a possibilidade de revisão teórica do dogma tradicional que, nos ordenamentos continentais, nega à jurisprudência a condição de fonte do Direito".[60]

(55) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais.* Editora Coimbra, 1990. p. 286.

(56) Jean Prier. "Jurisprudence et principe de séparations des pouvrois". *Archives de philosophie du droit*, tome 30, Sirey, 1985. p. 117 et seq.

(57) Vide, F. Madrid Conesa. *El princípio...*, ob. cit., p. 21-23.

(58) Jean Carbonier. *Derecho civil*, t. I, v. 1, Bosch, 1960. p. 150.

(59) José Cerezo Mir. *Curso...*, ob. cit., p. 184. Apesar de reconhecer que "a jurisprudência não é outra coisa que a aplicação concreta das leis", Carbonell Mateu se limita a dizer que "não parece possível pronunciar-se pela irretroatividade das alterações jurisprudenciais prejudiciais" (Juan Carlos Carbonell Mateu. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* 2. ed. Tirant lo Blanch, 1996. p. 148).

(60) A. Pizzorusso. *Lecciones de derecho constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, 1984. t. II, p. 400.

Na verdade, hoje não há mais um limite radical separador entre as funções que levam a cabo o juiz e o legislador, tal como se concebia no Iluminismo, seja porque as leis são redigidas de forma abstrata e hão de ser concretizadas pelo aplicador da norma, seja porque a linguagem utilizada pelo legislador, por sua própria natureza, não oferece limites precisos ou pela existência de uma valoração judicial na aplicação dos elementos descritivos e normativos do tipo penal.[61] Além disso, a difundida sujeição do juiz somente à lei tem um valor puramente acadêmico que não se corresponde em absoluto com a prática dos Tribunais, de forma que uma jurisprudência constante dos Tribunais Superiores se aproxima muito a um mandato de caráter legal. Se se quer saber o conteúdo *efetivo* de uma lei, se há de estudar os comentários à mesma onde se recolhe a jurisprudência relativa ao preceito legal.[62] Os Tribunais são órgãos de produção jurídica. Não se trata, porém, de criacionismo radical, como uma questão de tudo ou nada, ou de identificar por completo o legislador e o juiz, mas sim em relativizar e submeter a controles a atividade do Judiciário.[63]

O mandato de *determinação* ou de taxatividade das condutas puníveis é também uma *exigência de segurança jurídica* e se apresenta como condição necessária para a realização *efetiva* dos demais corolários do princípio da legalidade penal. A *tarefa do juiz* não é meramente interpretativa, mas *criadora do direito.* Ao relacionar a lei com o caso concreto, sempre acrescenta algo novo à concretização da mesma e, nesse sentido, ajuda a sua determinação: *cada nova decisão judicial ajuda a delimitar de forma mais precisa* os *limites da lei.*[64] Desde uma perspectiva contemporânea realista – e não ingênua –, o Juiz, ao elaborar a norma jurisprudencial, cria direito. O juiz não é mais a boca que pronuncia as palavras da lei, como dizia Montesquieu, mas seu manejo da lei tem caráter criador,[65] não como legislador, mas por agregar à Lei todas as circunstâncias valorativas do fato, suplementando o que a Lei não pode dizer por sua absoluta generalidade e abstração.[66] Pode-se dizer até que a função da jurisprudência é superior à Lei, pois lhe incumbe reescrever e aperfeiçoar o teor da lei, acrescentando elementos valorativos atuais e particulares que o legislador não previu nem poderia fazê-lo". Como mostra a experiência, a jurisprudência pode alterar-se em aspectos fundamentais de conteúdo sem que ao mesmo tempo tenha se alterado a correspondente lei.[67] Portanto, há segurança na jurisprudência, pois do contrário

(61) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 13.

(62) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 13-14.

(63) Vide, Luiz Prieto Sanches. *Ideologia e interpretación jurídica*, Tecnos, 1987. passim.

(64) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 97 e 141-142.

(65) Winfried Hassemer. "Sistema jurídico y codificación: La vinculación del juez a la ley", in Arthur Kaufmann, W. Hassemer. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, 1992. p. 202-211; C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência,* LTr, 1996. p. 223.

(66) Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, LTr, 1996. p. 223.

(67) W. Hassemer. "Sistema jurídico y codificación...", ob. cit., p. 203.

não seria sumulada, nem teria valor os repositórios jurisprudenciais.[68] Assim, firmar a jurisprudência significa dar segurança jurídica.[69] Apesar de que a jurisprudência não é considerada como fonte do Direito, a tendência moderna em diversos países, inclusive no Brasil, é considerar a jurisprudência como *fonte complementar*, incluindo-a como nova forma de expressão de sua expressão, superando assim o dogmatismo vigente.[70]

A solução do problema deve situar-se no campo constitucional (perspectiva *objetiva*), incluindo na garantia da proibição de retroatividade as alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Essa discussão passa necessariamente pela da revisão e redefinição do *dogma da separação de poderes.*

Pode-se afirmar que a tese de Montesquieu exposta especialmente no célebre capítulo sobre a Constituição da Inglaterra engendrou um verdadeiro *mito da 'separação' dos poderes*. Os juristas do final do século XIX e princípio do XX é que lhe atribuíram um *'modelo teórico' puramente imaginário* reconduzível à *teoria dos três poderes rigorosamente separados*: o Executivo, o Legislativo e o Judicial. Cada poder redescobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Essa teoria (pura) comprovadamente inexistiu em Montesquieu, pois se tratava, na realidade, de 'combinação', de 'fusão', e de 'conexão' de poderes ou potências. A famosa separação de poderes não passa de *'divisão moderada' do poder* entre potências determinadas: o rei, a nobreza, o povo.[71] Assim em que pese não corresponder à realidade do pensamento de seu autor, essa teoria – mediante esquematizações, simplificações e dogmatizações – foi consagrada pelo constitucionalismo americano e liberal, chegando a ser um de seus pilares.[72] A partir da equivocada difusão deste princípio é que se recusa à jurisprudência o valor de verdadeira fonte de Direito e ao juiz o papel de guardião do ordenamento social.[73]

(68) Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, ob. cit., p. 37-38.

(69) C. Aurélio Mota de Souza. Idem, p. 159.

(70) Carlos Aurélio Mota de Souza. Idem, p. 38-39, indicando que há projeto de lei expressamente nesse sentido.

(71) Charles Eisenmann. *L'spirit des lois et la séparation des pouvrois;* o mesmo, *La penseé constitutionelle de Montesquieu*, cf. Louis Althusser. *Montesquieu. A política e a história*, 2. ed., Presença, 1977. p. 129 et seq.; J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, 4. ed., Almedina, 1987, p. 195; François Châtelet. *História das idéias políticas*, Zahar, 1995. p. 67; Jean Jacques Chevalier. *História do pensamento político*, Zahar, 1983. t. 2, p. 90 et seq.; Luis Maria Dominguez Rodrigo. *Significado normativo de la jurisprudência: Ciência del derecho e decision judicial?* V. i. 1984. p. 76 et seq.; Roberto Bergalli. *Pena y estructura social*, de Rusche e Kircheimer, p. XXI e XV, nota 11; Nicos Poulantzar. *Poder política e classes sociais* (trad. de Francisco Silva), Martins Fontes, 1977. p. 302-303.

(72) Luis M. Dominguez Rodrigo. *Significado...*, ob. cit., p. 78.

(73) A. Pizzorusso. *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid : CEC, 1984. t. II, p. 400.

Com efeito, ao juiz apenas se permitia o poder de interpretar e aplicar as normas positivas e queridas pelos legisladores.[74] A sentença judicial se reduzia a uma *decisão declaratória*, sem nenhum valor de precedente. Tal visão fetichista legalista importou na exclusão da jurisprudência das fontes formais do Direito, certamente devido, em grande parte, a um errôneo entendimento da *doutrina da separação de poderes*,[75] que não pode entender-se atualmente como um valor absoluto. Somente pode ser considerado como um atentado intolerável a este princípio as *intromissões de um poder no núcleo essencial do outro*.[76] A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes, relativizando a rígida mecânica de divisão destas funções, pois ela envolve sempre uma certa invasão de um poder reservada a outro, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de* poderes (no regime parlamentarista) ou de *independência e harmonia de* poderes (no regime presidencialista). Este último sentido foi recepcionado pelo sistema constitucional brasileiro com a cláusula do art. 2.° da CF, segundo a qual "são poderes da União, *independentes e harmônicos entre si,* o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A subordinação dos órgãos estatais ao *'princípio da harmonia'* significa consciente *colaboração e controle recíproco*.[77]

O princípio da separação dos poderes, em que a sujeição do juiz à lei constitui um aspecto fundamental, é tradicionalmente concebido como um instrumento bastante eficaz para assegurar o respeito à liberdade individual.[78] Esse princípio fica assegurado pelo princípio da legalidade. O princípio da harmonia entre o Legislativo e o Judiciário garante o princípio *nullum crimen* ao distribuir o poder punitivo do Estado entre o Parlamento (que promulga as leis penais) e o Judiciário (que pronuncia as condenações penais) e excluir desta matéria ao terceiro poder (o Governo). Assim, o legislador e o juiz, no domínio de sua competência própria, se contêm um ao outro.[79] Há, portanto, uma estreita vinculação entre o princípio da separação dos poderes e a idéia de *segurança* dos cidadãos,[80] que o Direito Penal quer atingir recorrendo ao princípio da legalidade com seus corolários da proibição de retroatividade e da exigência de determinação.[81]

(74) Luis M. Dominguez Rodrigo. *Significado...*, ob. cit., p. 78.

(75) Idem, ibidem.

(76) F. Madrid Conesa. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 14.

(77) Manoel G. Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 1989. p. 118; Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 1989. p. 149; José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, 12. ed., Malheiros, 1996. p. 110-112.

(78) F. C. Palazzo. *Il Principio di determinatezza nell diritto penale*, ob. cit., p. 139.

(79) Jean Paul Doucet. *La loi pénale*, 1986, p. 51-53; Claus Roxin. *Introducción al derecho penal de hoy*, 1981. p. 103 e 114; Stella, Crespi, Sucalà. *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, 1986. p. 3; Pablo Lucas Verdu. *Curso de derecho político*, 2. ed., Tecnos, 1977. v. II, p. 145-146.

(80) J. Prier. *Jurisprudence...*, ob. cit., p. 118.

(81) Francesco Palazzo. *Il princípio...*, ob. cit., p. 33; o mesmo, *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de Gérson P. dos Santos, Fabris, 1989. p. 43 et seq.

Como escreve Palazzo, "a harmonização entre a exigência de determinação e o princípio da separação dos poderes se alcança partindo da premissa de que dito princípio deve ser entendido antes como proibição para cada um dos poderes de penetrar, por intenção, qualidade e quantidade da interferência, no *núcleo central* de um dos outros poderes". Assim, "quando o juiz procede a 'concretizar' e especificar o conteúdo de um tipo (*fattispecie*) elaborado de forma indeterminada pelo legislador, ele não invade o *núcleo central* da função legislativa". Em termos de qualidade e quantidade da interferência, sem dúvida, a 'norma' emanada do juiz, despojada como é de validade geral e destinada a regular cada caso concreto, não está em grau de abalar o complexo edifício das normas legislativas e de subtrair *o núcleo central* da função do legislador.[82]

Assinala Madrid Conesa que "o problema da possível irretroatividade das variações na interpretação jurisprudencial é, em verdade, um problema de maior ou menor determinação da lei penal e sua solução deve achar-se neste campo".[83] Conforme Palazzo, quanto mais a lei é determinada, tanto mais limitado resulta o 'poder' do juiz no confronto com o Legislativo, que considerará, portanto, reduzida a 'concorrência' do Judiciário na atividade de criação normativa.[84] Uma visão realista obriga a reconhecer hoje que a *jurisprudência,* sobretudo no domínio da 'concretização' das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, assume o papel de um 'legislador complementar'. Assim, no caso de indeterminação da regra escrita, o juiz põe um *princípio* que se torna uma verdadeira *regra de direito.*[85] A violação da proibição de retroatividade vale para aquelas situações em que se verificam alterações na definição do objeto do ilícito no interior do tipo, na medida em que o novo direito, com novas características do tipo, se una a elementos de fato irrelevantes para o direito vigente até então.[86] Como observa Muñoz Conde, "a jurisprudência, ao menos teoricamente, não é fonte de criação do Direito Penal. Isso quer dizer que as alterações de critério, que às vezes adota em relação com a interpretação de um preceito jurídico-penal, nada tem que ver com a vigência temporal da lei penal. Porém, uma consideração fática do problema obriga a admitir que a proibição de retroatividade se aplique também diretamente às modificações jurisprudenciais quando estas sejam desfavoráveis ao réu". Em favor desta opinião está, além de razões de justiça material, o fato de que pela própria indeterminação da lei penal o suporte fático da mesma tem que ser completado por via jurisprudencial, com o que é a própria jurisprudência,

(82) F. Palazzo. *Il princípio di determinatezza nel diritto penale*, ob. cit., p. 141.

(83) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 95.

(84) F. C. Palazzo. *Il princípio...*, ob. cit., p. 139.

(85) J. Batista Machado. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador,* Almedina, 1985. p. 162-163; Michel Fromont. *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1987, p. 26.

(86) Cf. Heinz Zipf. *Política criminale*. Trad. A. Bazzoni, Giuffrè, 1989. p. 165. Leone também se posicionou contra a retroatividade da jurisprudência evolutiva, considerando inadmissível uma interpretação mais severa da norma penal, não admitida à época da prática do fato e desenvolvida somente em época posterior pelo efeito da evolução do tempo (*Il diritto penale nel tempo*, ob. cit., p. 59).

com autorização tácita do legislador, que, no final de contas, fixa o âmbito de proibição a que se estende o tipo penal. Isso, não cabe dúvida, no fundo representa uma sutil infração do princípio da certeza, porém, na medida em que a aplicação da proibição de retroatividade favoreça ao réu, entra dentro do espírito que inspira as exceções do princípio da legalidade, retroatividade da lei mais favorável, analogia *in bonam partem*. De todo modo, o problema se apresenta por não ter sabido ou podido o legislador cumprir com o mandato de certeza e determinação que é inerente ao princípio de legalidade".[87] Não seria correto que na hipótese de descumprimento da exigência constitucional de determinação da lei penal pelo Poder Legislativo, o Judiciário, ao preencher essa lacuna, também deixe o indivíduo desprotegido em sua liberdade frente ao Leviatã Estatal. Do contrário, o princípio da distinção dos poderes e o da legalidade penal se tornariam dogmas ambíguos e perigosos porque não garantiriam o seu telos ideológico: a liberdade aos destinatários do poder.[88]

Como a proibição da retroatividade se fundamenta na *proteção da confiança dos cidadãos* de que não vão ser surpreendidos por atuações arbitrárias não previstas nem previsíveis dos poderes estatais, desde o ponto de vista do indivíduo é psicologicamente indiferente que seja punido de forma retroativa imprevista e imprevisível por causa de uma lei editada pelo Parlamento que não existia no momento de realizar o fato ou que se chegue a esse resultado através de uma nova interpretação jurisprudencial, decorrente de uma lei já existente, impossível de conhecer antes de sua declaração.[89] A lei e sua interpretação se encontram em um vínculo necessário de complementação, de maneira que a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando, para um determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato e que corresponda à verdadeira pretensão normativa. Assim, anota Tavares, "se a concepção jurídica se altera de tal forma que implica praticamente em um complemento legal, não pode retroagir em prejuízo do autor.[90] Assim, nas situações em que a concretização do sentido da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência e é através desta que se chega aos atingidos, deveria aplicar-se excepcionalmente a proibição de retroatividade à jurisprudência vigente à época da realização do crime.[91] Há casos de uma sólida jurisprudência dos mais altos tribunais, que exerce a função de substituir a lei ou complementá-la; como nessas hipóteses a jurisprudência uniforme da jurisdição superior cumpre a mesma função de orientação que uma lei desempenha, deve aqui também ter lugar a proibi-

(87) Nota, in W. Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 326; no mesmo sentido, Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 106, nota 35.

(88) Vide, sobre isso, Nicola Matteuci. In Bobbio et alii. *Dicionário de política*, EUB, 1986. p. 248; Karl Loewestein. *Teoria de la Constituición*, Ariel, 1976. p, 55.

(89) F. M. Conesa. *La legalidad*, ob. cit., p. 93; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 14-15.

(90) Nota 5, in Johannes Wessels. *Direito penal. Parte geral.* ob. cit., p. 12-13; adota esta posição, João Mestieri. "A norma no direito criminal", VV. AA. *A norma jurídica* (coord. Sérgio Ferraz), Freitas Bastos, 1980. p. 159.

(91) W. Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 326.

ção de retroatividade.[92] Como observa Ruiz Antón, "uma alteração jurisprudencial agravadora e posterior à realização do fato, e que implica uma alteração radical do critério anteriormente mantido de forma reiterada e constante não é diferente, desde uma valoração material, à aplicação de uma lei sancionadora desfavorável ou restritiva de direitos individuais. Se afirma que a lei e a aplicação judicial do direito representam uma unidade da qual se deduz o que está ou não proibido".[93] Desde um ponto de vista realístico, uma mudança jurisprudencial produz efeito durante o processo em curso e atinge, desde logo, retroativamente os fatos passados e pode conduzir à condenação de uma pessoa da mesma forma que uma lei.[94] É indispensável, todavia, que a modificação jurisprudencial seja de tal importância que eqüivalha a uma intervenção do legislador.[95] Por isso, segundo Stratenwerth, quando a jurisprudência dos tribunais superiores se aproximar de tal maneira e de modo tão uniforme em seus efeitos à lei, em princípio resulta obrigatório considerar que as modificações *in malam partem* estão submetidas à proibição de retroatividade.[96] Portanto, apesar de que, formalmente, uma modificação agravadora não constitua uma variação legislativa, em sentido estrito, enquanto a jurisprudência não é fonte de Direito Penal; e, ademais, a lei segue sendo a mesma e unicamente o que se altera é a interpretação que fazem dela os Tribunais – assinala Ruiz Antón –, com estes argumentos se está ignorando que o princípio de irretroatividade não é senão a expressão da garantia de segurança jurídica. A segurança jurídica – fundamento da proibição de retroatividade desfavorável – resulta profundamente afetada quando uma modificação jurisprudencial dá lugar, como efeito material, à aplicação da lei de forma mais gravosa; e isso é o que sucede se é interpretada de modo diferente e como vinha sendo, constante e reiteradamente, no momento da realização do delito.[97] Irretroatividade e segurança jurídica são duas idéias indissoluvelmente unidas. A garantia de segurança jurídica leva consigo o pensamento de um prévio cálculo do conteúdo das decisões judiciais conforme o critério reiterado e constante.[98]

Apesar de que a solução do problema através do recurso ao erro de proibição seja, em princípio, correta, se olharmos com maior cuidado a questão da proibição de retroatividade no âmbito jurisprudencial, escreve Hassemer, "se observam situações em que a comunidade jurídica tem um conhecimento maior do conteú-

(92) Zipf. In R. Maurach, H. Zipf. *Strafrecht*, A. T., ob. cit., p. 165; Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal, Parte general*, I, ob. cit., p. 199, com apoio em Müller-Dietz, Schreiber, Naucke, Strassburg, Gross, Baumann/Weber.

(93) Luis Felipe Antón Ruiz. *El principio...*, ob. cit., p. 106.

(94) Jean-Paul Doucet. *Précis de droit pénal géneral*, Liége, 1976. p. 33.

(95) Fulgencio Madrid Conesa. *El princípio...*, ob. cit., p. 29.

(96) Gunther Stratenwerth. *Derecho penal. Parte general*, I, El hecho punible. Trad. de Gladys Romero, Edersa, 1982. p. 37.

(97) Luis Felipe Antón Ruiz. *El principio...*, ob. cit., p. 106; no mesmo sentido, José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamentos de derecho penal*, 3. ed., Tirant lo Blanch, 1993. p. 326.

(98) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 106-107.

do da jurisprudência penal do que do conteúdo da lei penal e *confia* também na *situação da jurisprudência*. Ocorre isso quando a jurisprudência marca com precisão pautas gerais de uma lei e quando estes limites são conhecidos corretamente pelos afetados".[99] Por conseguinte, "quem entenda a proibição de retroatividade desde o ponto de vista da proteção da confiança, não pode menos que admitir que nestes casos, em que a concretização da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência e é através desta como chega aos afetados, deveria aplicar-se excepcionalmente a proibição de retroatividade a essa jurisprudência".[100] O acusado poderá pedir ao tribunal superior que aplique a jurisprudência constante estabilizada no momento da prática do fato punível. Em conseqüência, em casos similares aos exemplos antes mencionados, quando a fronteira entre o que é e o que não é punível depende do juiz, a jurisprudência não pode mais retroagir em prejuízo do acusado.[101]

Entretanto, é preciso mencionar que *uma decisão isolada não constitui jurisprudência*. O precedente para constituir jurisprudência deve ser uniforme e constante,[102] chegando, muitas vezes, a cristalizar-se em *Súmula da Jurisprudência Dominante*, cujo verbete enuncia os critérios jurisprudenciais consolidados e predominantes sobre temas controvertidos.[103] Apesar de que as Súmulas não possuam efeito vinculante ou obrigatório para os Juízes e Tribunais de jurisdição inferior, *desempenham, na prática, idênticas funções às das Leis formais editadas pelo Parlamento*. O provimento dos recursos extraordinário e, respectivamente, especial, assegura-lhes idênticos efeitos.

A fortiori, se porventura forem instituídas as denominadas *Súmulas Vinculantes* do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores,[104] elas serão obrigatórias para os juízes e tribunais com jurisdição inferior. Os efeitos das

(99) W. Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 325. A jurisprudência constante dos tribunais superiores se aproxima muito de um mandato de caráter legal. Se se quer saber o conteúdo efetivo de uma lei, se deve estudar os comentários da mesma onde se recolhe a jurisprudência relativa ao preceito (Conesa, *El princípio de irrectroatividade...*, ob. cit.. p. 13-14, também, Ricardo A. Andreucci, *Direito penal e criação judicial*, RT, 1989. p. 64).

(100) Winfried Hassemer. *Fundantentos del derecho penal*, ob. cit., p. 326.

(101) José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I, ob. cit., p. 186.

(102) C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, ob. cit., p. 153.

(103) Vide Dínio de Santis Garcia. "Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores", *RT* 734/44-45. A Súmula foi criada em 1963 pelo Supremo Tribunal Federal e adotada também pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o art. 479 do CPC estendeu o sistema das referidas súmulas aos demais Tribunais Superiores. O art. 103 do Regimento Interno do STF prevê a revisão dos seus enunciados, por iniciativa de qualquer Ministro, para evitar a imobilização da natural evolução da sua jurisprudência, o que, de fato, tem ocorrido com o cancelamento ou modificação de diversas súmulas.

(104) Sobre as dificuldades da adoção das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico, vide Dínio de Santis Garcia. "Efeito vinculante dos julgados...", ob. cit., p. 40-47.

Súmulas Vinculantes serão idênticos aos de uma modificação legal posterior desfavorável. Se a jurisprudência é obrigatória, tal como ocorre com a figura dos "assentos" em Portugal (isto é, acórdãos com jurisprudência *obrigatória*), indubitavelmente à sua alteração tem de se aplicar os princípios constitucionais da proibição da retroatividade de normas penais desfavoráveis e da aplicação retroativa das normas penais favoráveis.[105]

O *ponto de convergência* entre a Súmula e a Lei está na sua generalidade, enquanto a *diferença* está no grau de cogência porque esta possui potestas (decisões que valem por si mesmas) e *auctoritas* (se impõe pelo saber do órgão judiciante) e aquela somente este último efeito, mas tal distinção desaparece se for introduzida no sistema jurídico a Súmula vinculante. A norma jurisprudencial uniformizada, e sobretudo quando expressada em forma de Súmula, possui valor jurídico equivalente à norma legal, em razão dos poderes constitucionais outorgados ao Supremo Tribunal Federal.[106]

Assim, tanto em relação às Súmulas da Jurisprudência Dominante como às Súmulas Vinculantes, em ambos os casos se deverá aplicar a garantia constitucional de irretroatividade, pois a alteração jurisprudencial agravadora está motivada por uma alteração legislativa ou quase-legislativa levada a cabo com posterioridade à realização dos fatos. Não se trata apenas de um problema de *interpretação*, mas de *aplicação* da "legislação" vigente.[107]

A extensão da proibição de retroatividade às variações jurisprudenciais desfavoráveis ao acusado se dará através da introdução de uma nova forma de sentenciar, por meio da qual se avisa, sem força para o caso concreto em que se produz, que o Tribunal reformou seu critério interpretativo e que a partir desta sentença julgará no sentido que na mesma se expressa. Esta nova forma de julgar se lograria mediante a introdução nas sentenças de uma cláusula *ex nunc*, vale dizer, "de agora em diante".[108] Para quem defende a possibilidade de aplicar a proibição de retroatividade à jurisprudência, essa auto-retificação da jurisprudência em sentido agravatório somente deve aplicar-se aos casos futuros e que nos processos em curso unicamente cabe anunciá-la *pro futuro*.[109]

(105) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 285.

(106) Nesses termos, C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica...*, ob. cit., p. 176-177.

(107) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(108) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 286; F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 93-94; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 17-18, objetando contra estas sentenças diz que a jurisprudência de nosso sistema jurídico não tem caráter vinculante e os juízes, portanto, não se acham ligados às interpetrações dos Tribunais Superiores, nem sequer a suas próprias interpretações, de modo que este tipo de cláusulas constituiria um atentado ao princípio de que os juízes se acham submetidos unicamente ao império da lei (ob. cit., p. 23).

(109) Cf. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 166.

Contra as objeções de que esse tipo de sentença conduziria provavelmente a uma estagnação de evolução da jurisprudência,[110] pode-se responder que não estará proibida a aplicação da nova jurisprudência agravadora aos fatos realizados já sob a vigência dessa nova interpretação jurisprudencial, pois aí não se cogita de retroatividade, mas sim de mera aplicação da regra *tempus regit actum*.

4. Retroatividade da jurisprudência posterior mais favorável e revisão criminal

No caso de admitir-se a aplicação da proibição de retroatividade para as alterações jurisprudenciais desfavoráveis, cabe aceitar-se correlativamente o princípio da retroatividade das interpretações jurisprudenciais favoráveis ao réu, com a possibilidade conseqüente de admitir *revisão criminal* em favor do condenado de todas as condenações em execução ou já executadas cada vez que se produzisse uma mutação jurisprudencial que pudesse beneficiá-lo.[111] O *alcance* dessa retroatividade somente está limitado pelo fato de que sua aplicação produza algum efeito favorável na esfera de direitos do condenado.[112] Ademais, da mesma forma que para a proibição de irretroatividade, a aplicação retroativa da nova jurisprudência mais favorável através de revisão criminal exige que a nova orientação tenha se *consolidado* em sentido diverso da concepção seguida ao tempo do crime ou da condenação, não sendo admissível ante mera divergência ou oscilação jurisprudencial.

A *doutrina brasileira dominante*, entretanto, não admite revisão criminal com fundamento em "dissídio jurisprudencial" sob o argumento formal de que o inciso I, do art. 621, do CPP, cogita apenas de sentença condenatória contrária ao texto expresso pela lei penal[113] ou mesmo ante a consolidação de jurisprudência

(110) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 286; F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 94.

(111) F. Madrid Conesa. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 24-25.

(112) Ignacio Serrano Butragueño. "El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial". *Revista La Ley* 4768, 06.04.1999. p. 10.

(113) Sérgio de Oliveira Médici. *Revisão criminal*, RT, 1998. p. 156-159. O autor – após rechaçar nossa posição – menciona em apoio a sua posição recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 61.552-6/RJ, rel. Min. Vicente Leal, 6.ª T., *DJU* de 14.10.1996, p. 39.040), no sentido de que a revisão não se presta para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais. Sentença contrária ao texto expresso da lei penal não se confunde com a adoção de certa linha exegética sobre tema cuja compreensão é controvertida nos Pretórios (ob. cit., p. 159, nota 27). Entretanto, o ilustre autor não alcança com precisão o núcleo da controvérsia. Convém observar que a decisão do STJ – assim como a doutrina dominante que não admite o cabimento de revisão criminal – se refere à sentença condenatória que optou por determinada orientação jurisprudencial sobre tema controvertido, hipótese em relação à qual, realmente, não cabe revisão criminal (Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, 5. ed., Saraiva, 1998. p. 457;

mais favorável.[114] Porém, a jurisprudência já admitiu revisão criminal por violação à *Súmula*.[115] Um *exemplo* pode ilustrar melhor o problema. O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, vinha decidindo que era inadmissível o crime continuado quando o agente realizasse roubos contra vítimas diferentes; mais tarde, entretanto, em decisões plenárias, consolidou um novo critério jurisprudencial oposto e passou, então, a admitir a continuidade delitiva em tais hipóteses. Mas no caso em que um condenado interpôs revisão criminal pedindo a aplicação da *jurisprudência mais favorável*, o STF, em decisão do Pleno, decidiu que "a simples mudança de jurisprudência sobre a continuidade em crimes de roubo não justifica o pedido de revisão criminal".[116]

No *direito comparado*, pelo contrário, alguns autores expressam a opinião de que ao se admitir a aplicação da proibição de retroatividade para as interpretações

Julio F. Mirabete. *Processo penal*, 8. ed., Atlas, 1998. p. 677-678), nem se aplica a proibição de retroatividade da jurisprudência desfavorável não consolidada e tampouco ao caso da jurisprudência posterior favorável que ainda não esteja firme.

(114) Maria Elisabeth Queijo. *Da revisão criminal (condições da ação)*, Malheiros, 1998, p. 207 e nota 87, que afirma que o recurso especial é o instrumento adequado para analisar a questão, o que nos parece inaceitável, na medida em que a revisão criminal pressupõe o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório.

(115) *JTJ* 168/333, TJSP.

(116) ReCrim 4.592-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cordeiro Guerra, maioria de votos, julgado em 12.11.1980, *RTJ* 97/77 et seq., cf. Cordeiro Guerra, *Um decênio de judicatura, acórdãos e votos*, Forense, 1984, v. 1, p. 152. Ficou vencido, com a opinão correta, o Min. Pedro Soares Muñoz, que admitiu a revisão criminal com fundamento na mudança de jurisprudência. Afirmou em seu voto: "Se o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da lei, se ele é quem expressa a vontade e o conteúdo da lei, não vejo razão por que deixar de aplicar, mediante revisão, os princípios do art. 2.º, do CP (que consagra a retroatividade da lei mais benéfica), à jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, quando mais favorável ao requerente". A esse argumento objetou o voto vencedor do Min. Cordeiro Guerra que "a alteração da jurisprudência dominante não é causa suficiente para a revisão criminal, máxime em incidente de execução de sentença condenatória, proferida conforme a lei". Baseou-se na orientação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, fazendo alusão às conseqüências que a aplicação retroativa dos princípios adotados pela nova orientação jurisprudencial traria em detrimento da segurança jurídica. Por isto, a nova jurisprudência só será aplicada nos casos futuros, e não retroativamente. Replicou-lhe o Min. Soares Muñoz que "se a própria lei mais benigna se aplica a atos pretéritos, a mesma razão haveria para se aplicar, também, a jurisprudência mais favorável ao réu" (cf. Cordeiro Guerra. *Um decênio...*, ob. cit., p. 157-163). Por sua vez, o Min. Leitão de Abreu admitiu a revisão porque a interpretação do STF tem caráter vinculativo, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado, obtendo-se o mesmo resultado pela via do recurso extraordinário (ob. cit., p. 175). Essa função de manter a vigência das leis federais é hoje atribuída ao *recurso especial* dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, permanecendo com o STF função similar à de Corte Constitucional.

jurisprudenciais desfavoráveis, isso implicaria correlativamente o princípio da retroatividade das interpretações jurisprudenciais favoráveis ao réu, com a possibilidade, então, de admitir revisão criminal das condenações.[117] No caso de sentença com trânsito em julgado, se o sujeito foi condenado com base em uma norma interpretada em um determinado sentido e sucessivamente a jurisprudência evoluciona favoravelmente em sentido diverso, como falta a norma legal que elimine tal gravíssima situação de prejuízo ao cidadão, deve haver a plena retroatividade da interpretação evolutiva quando resulte favorável ao imputado para evitar essa situação de iniqüidade e contradição.[118] O Tribunal Supremo da Espanha recentemente (STS 176, de 13.02.1999) estendeu o âmbito da revisão criminal admitindo-a no caso de alteração da doutrina jurisprudencial em favor do réu,[119] aplicando a nova jurisprudência decorrente de decisão do Pleno da "Sala Segunda", que passou a reconhecer absorvido o delito de contrabando pelo tráfico de drogas (e não mais concurso real ou, às vezes, ideal, como vinha entendendo), rescindindo retroativamente (*ex tunc*) a condenação pelo delito de contrabando. Conforme comentário de Butragueño, a expressão legal "fatos novos" que evidenciem a inocência do condenado não são apenas os que fisicamente se vão sucedendo no tempo, mas também os novos fatos sociais ou novos fatos *jurídicos*, como a entrada em vigor de uma lei, ou a substituição de uma norma por outra, ou uma *alteração de jurisprudência*. O importante é que essa alteração de jurisprudência evidencie a inocência do condenado por sentença transitada em julgado. Isso somente ocorrerá quando uma conduta considerada punível até um determinado momento, devido a uma alteração na interpretação e aplicação das normas penais, passe a considerar-se impune. A jurisprudência firme é considerada norma ou regra de direito e quando se altera, declarando impune uma conduta até então estimada punível, pode estender seu efeito mais além da coisa julgada, permitindo a revisão de sentenças firmes condenatórias injustas quando as mesmas não tenham esgotado ainda seus efeitos. Ainda que a vinculação a essas regras ou normas de direito não é absoluta, pois, por motivos de muito fundamento, podem apartar-se dessa doutrina ou, inclusive, mudar de critério, não obstante, o princípio da igualdade ante a lei – igualdade na interpretação e

(117) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 24-25; Casabó Ruiz. VV. AA. *Comentarios al Código Penal*, II, Ariel, p. 55; algum autor se mostra indeciso sobre o cabimento da revisão criminal, mas salienta que, de todo modo, o caso suscitaria problemas em relação ao princípio constitucional da igualdade ante a lei (José Miguel Zugadía Espinar. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 326).

(118) Mauro Leone. *Il diritto penale nel tempo*, ob. cit., p. 59-61.

(119) A *Ley de enjuiciamento criminal*, no seu art. 954, n. 4, possibilita o recurso de revisão criminal "cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado", hipótese bastante similar ao inciso III do art. 621 do CPP "quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado...", porém, em nenhum dos quatro motivos que justificam a revisão na lei processual espanhola se cogita de revisão por contrariedade expressa ao "texto legal", tal como prevê o inc. I do art. 621 do CPP.

aplicação da lei – proíbe que os Tribunais resolvam de forma distinta casos similares, sem que exista uma causa bastante para isso. Quando a justiça (verdade processual) material prevalece sobre a formal representada pela coisa julgada, se utiliza o Direito como um instrumento para a realização da Justiça, que, junto com a *segurança jurídica* em seu sentido de *tutela judicial efetiva*, constituem os fundamentos da revisão criminal.[120]

Por isso, a revisão criminal se insere no mesmo sentido do *princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu*,[121] cuja fundamentação não é única, mas complexa,[122] isto é, responde principalmente à modificação de valoração jurídica em sentido desincriminador ou atenuador que expressa a nova lei, por parecer mais *justo* (princípio da *igualdade*) aplicá-la também aos fatos anteriores, tratando-os igualmente aos cometidos com posterioridade; *desnecessidade de punição* à luz das finalidades de prevenção geral e especial, ou motivos *humanitários*.[123] Em definitivo, se trata de razões *político-criminais* ou de justiça material,[124] presentes tanto no caso de modificação legal como no caso de sua interpretação jurisprudencial. O pedido de revisão encontra amparo, então – através de uma interpretação extensiva em consonância com os princípios e direitos fundamentais constitucionais –, no inciso I ou III do art. 621 do CPP.

Quanto à retroatividade da jurisprudência mais benéfica consolidada ou, *a fortiori*, de *Súmula* (de jurisprudência dominante ou vinculante), ocorrem idênticos fundamentos aos esgrimidos para admitir a retroatividade da lei mais favorável. Por isso, o Tribunal superior deve adotar a nova jurisprudência vigente, baseada em considerações de *política criminal*, que conduza a garantir o "princípio da igualdade" e de "justiça material", admitindo, em conseqüência, revisão criminal com base na jurisprudência estabilizada mais favorável ao condenado.

(120) Ignacio Serrano Butragueño. *El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial*, ob. cit., p. 1 et seq.

(121) E. Fiandaca, G. Musco. *Diritto penale*, ob. cit., p. 35, para quem a *ratio* de ambos os princípios é idêntica: "num caso e no outro, de fato, o ordenamento está animado a garantir ao cidadão a liberdade ou, de qualquer modo, maior espaço de liberdade".

(122) Cobo Del Rosal, Vives Antón. *Derecho penal*, ob. cit., p. 177.

(123) Diego-Manuel Luzón Peña. *Curso de derecho penal*. Parte generale I, Universitas, 1996. p. 183. Na doutrina italiana, vide, por todos, Crespi, Stella, Zucalà. *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, 1986. p. 11. Esse mesmo argumento foi utilizado pelo Min. Leitão de Abreu: "a igualdade perante a lei implica igualdade na aplicação da lei pelo Judiciário. Logo, se o Supremo Tribunal, consoante orientação que hoje nele prepondera, aplica o § 2.º do art. 51 do CP de modo que beneficiaria o requerente" terá que conceder revisão criminal "sob pena de violação ao princípio da igualdade perante a lei, pois daria ao demandante tratamento desigual, mais gravoso, que vem atribuindo aos réus em crime de roubo" (Cordeiro Guerra. *Um decênio de judicatura...*, ob. cit., p. 177).

(124) Claus Roxin. *Derecho penal*, ob. cit., p. 167; Cobo Del Rosal, Vives Antón. *Derecho penali*, ob. cit., p. 177.

2.6

SEIS POSTULADOS SOBRE A PRISÃO NA UTOPIA DE UMA SOCIEDADE IGUALITÁRIA E DEMOCRÁTICA

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

"Somos todos responsáveis por tudo e por todos, diante de todos, e eu muito mais do que todos os outros"
(Dostoiévsky).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os postulados e sua análise: 2.1 A pena de prisão é excepcional, temporária e a mais grave do sistema penal; 2.2 O lugar da prisão é quase-humano: há espaço para o corpo e espaço para a palavra do preso; 2.3 *Habeas locus* é o instituto processual usado por qualquer cidadão para desativar presídio em que se constate não haver espaço para o corpo ou espaço para a palavra do preso; 2.4 O cumprimento da pena de prisão deve ser contínua e socialmente transparente, através de Conselhos da Comunidade; 2.5 O lugar da prisão é um espaço democrático e igualitário; 2.6 Sociedade e presídio condicionam-se mutuamente. Metodologicamente, é mais interessante e acessível interferir no presídio do que na sociedade, aí desvelando as regras de poder e aí estabelecendo as normas prudentes de alteração da convivência humana – 3. Conclusão – 4. Compilação dos postulados e seus corolários: 4.1 Postulados; 4.2 Corolários.

Resumo: O trabalho traz à tona a contradição do sistema penitenciário: a pena de prisão não serve para atingir os fins a ela inerentes, mas, ao mesmo tempo, o Estado e a sociedade perseveram na política de privilegiá-la como o principal gravame imposto ao sentenciado. Para superar a oposição, são propostos e desenvolvidos alguns postulados, seguidos de corolários, buscando relativizar o domínio do homem sobre o homem, no interior dos presídios, através do respeito ao corpo e à palavra da pessoa presa. Enfim, são estabelecidas relações entre democracia e cárcere.

Palavras-chave: Prisão – Democracia – Corpo – Palavra – Direitos Humanos – Abolicionismo progressivo.

1. Introdução

"Hitler – diz Adorno – impôs aos homens (...) um novo imperativo categórico: organizar o seu agir e pensar de modo que Auschwitz não se repita, que nada

de semelhante aconteça".[1] E muito de semelhante aconteceu, após o término da guerra, em 1945, e a solene Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Entre nós, as condições carcerárias renovam os horrores dos campos de concentração. O massacre do Carandiru, em 1992, comoveu a consciência de quem possui um mínimo de sensibilidade ética diante dos fatos sociais. Auschwitz, para desgosto do filósofo, repete-se indefinidamente. O que fazer? Ao menos, há um acordo universal: a pena de prisão divorcia-se dos fins para os quais veio a ser criada. Além de não lograr a emenda do convicto nem puni-lo de modo a respeitar a sua dignidade, a privação da liberdade deixa de intimidar o cidadão comum para que não cometa atos contrários à lei penal. Contudo, o consenso universal não impede que, em todo o país, a taxa de encarceramento recrudesça em proporções alarmantes. Sabemos, assim, que a pena de prisão está falida e, a um tempo, continuamos a meter a ferros todos os infratores condenados. Em verdade, não temos ou não encontramos ainda alternativas eficazes à pena de prisão. As que instituímos em nossa legislação brasileira, ou são tímidas quanto ao espectro de crimes abrangidos, ou sua aplicação é contida pelos operadores jurídicos, temerosos de que a extensão de sua prática estimule a impunidade e favoreça os índices de criminalidade.

O trabalho ora apresentado move-se nessa ambivalência e busca superá-la. "Postulados" são pedidos, solicitações cuja aceitação conduz a certos efeitos ou corolários. Não são axiomas, afirmações evidentes que dispensam prova ou demonstração. Por isso, mais sinalizam o caminho do que estabelecem uma solução dogmática ao problema das prisões.

2. Os postulados e sua análise

2.1 A pena de prisão é excepcional, temporária e a mais grave do sistema penal

Em primeiro lugar, é excepcional, isto é, só deveria ser utilizada em casos de extrema gravidade, em função da natureza do ilícito penal e da atuação de seu responsável. A excepcionalidade, no entanto, não é respeitada em nossa prática cotidiana. Ao contrário, a regra é a prisão, inclusive nas hipóteses em que poderia ser substituída por outro gravame. Por quê? A indagação é pertinente, uma vez que todos sabem, sem exceção, na área do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Defensoria Pública, que o egresso do Sistema Penitenciário é mais nocivo à sociedade, pelos vícios contraídos no aprisionamento, do que o era quando de sua entrada na cadeia. A resposta é complexa, envolvendo as crenças sociais, sempre abundantes nas esferas públicas, e a influência dos meios de comunicação, incapazes de sofrear a ânsia pelo sensacionalismo e a insistência nos direitos da vítima, como se estes fossem prejudicados porventura permanecesse solto o sentenciado.

(1) *Negative Dialektik*, p. 330. Apud Umberto Galeazzi. "Por uma libertação da prisão da imanência". *Deus na filosofia do século XX*. São Paulo : Loyola, 1998. p. 357-371.

Em segundo, a pena de prisão é limitada no tempo, jamais se prolonga indeterminadamente. A Constituição do Brasil preceitua, a propósito do tema, que "não haverá penas ... de caráter perpétuo" (art. 5.°, XLVII, *b*). O Código Penal também prescreve o limite de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade, findos os quais o condenado deverá ser solto, independentemente do fato de superar tal marco a soma aritmética dos módulos de suas penas (art. 75, § 1.°). A temporariedade é um atributo importantíssimo, pois significa, no fundo, que o meio social espera o retorno do sentenciado ao convívio familiar e comunitário, que a exclusão, portanto, é provisória. Lida desta forma, a provisoriedade da pena privativa de liberdade assume uma feição positiva. Busca-se relativizar o confinamento através do princípio da progressão de regime carcerário. Todavia, se a leitura incidir sobre o modo de acolhimento do egresso, terminada sua pena, ver-se-á que um só dia de prisão – temporariedade tendendo a zero – estigmatiza indelevelmente o ser pessoal do recluso, impedindo-o de ser um cidadão normal, com pleno acesso às oportunidades da coexistência social.

Enfim, a pena de prisão, com ser a mais grave do sistema penal, elide a possibilidade de implantação do castigo supremo, a pena de morte. É preciso, porém, neste ponto, caminhar com muita prudência. Em última análise e devido às condições concretas de nossas prisões, a pena de privação de liberdade equivale à pena de morte. A despeito do que determina a Constituição, segundo a qual "não haverá penas (...) de morte, salvo em caso de guerra declarada ..." (art. 5.°, XLVII, *a*), as condições de desenvolvimento da execução penal, por serem de uma precariedade extrema, "favorecendo o contágio de enfermidades, alterações físicas e psíquicas de todo tipo, e inclusive a morte ...",[2] definem a privação de liberdade como uma modalidade de extermínio, autorizando E. Neuman a dizer: "Um juiz que priva alguém da liberdade está, ainda que ordinariamente não o saiba nem pense, condenando um pouco à morte".[3]

2.2 O lugar da prisão é quase-humano: há espaço para o corpo e espaço para a palavra do preso

Não existe prisão humana. De fato, a ablação da liberdade ambulatória e o domínio, em nome do Estado, que um agente de segurança penitenciária exerce sobre o homem preso, tornam inumano o local da expiação da pena. É para a liberdade que o homem foi feito. Liberdade de entraves, de cadeias de qualquer espécie, e liberdade para construir, para criar-se a si e a um grupo solidário. Tudo isto a prisão nega. Ela é, pois, o contravalor por excelência da humanidade. Mas, existe, está aí como um problema a requerer solução. A expressão "quase-humano" procura atenuar a insolubilidade da questão. Tem duplo sentido; inicialmente, reconhece a impossibilidade de vir a ser a prisão, por melhor que seja, um lugar humano, onde o preso aperfeiçoaria seus dons e faculdades; em segundo, e

(2) Ana Messuti. "Derecho penal y derechos humanos". *RBCCrim*, n. 28, p. 36, out.-dez., 1999.

(3) Apud Ana Messuti, ibidem.

o ponto nuclear aqui reside, quer dar a entender que é possível suportá-la como instituição, desde que haja espaço para o corpo e a palavra do preso. Exemplarmente, a Constituição disciplina a matéria:

"é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.°, XLIX);

Trata-se mais de uma política não invasiva do que um preceito de conteúdo positivo. *Não* torturar o corpo do preso, *não* obrigá-lo a dizer o que não quer. Com isto, confessa-se a veracidade do mito da ressocialização. Até hoje, o tratamento penal fracassou rotundamente, não se conseguiu que, na prisão, as potencialidades físicas e morais do presidiário florescessem e dessem frutos razoáveis. Se alguém, confutando a regra, tornou-se pessoa, depois do encarceramento, tal o fez contra este, a despeito deste, combatendo minuto a minuto, sem descanso, as recordações da casa dos mortos, como afirmaria novamente Dostoiévski.

É bem certo que, no primeiro mundo, as dificuldades inerentes à ressocialização encontram na anuência expressa do reeducando ao tratamento penal uma forma de solução. Proposto o tratamento (e não imposto), aceito livremente pelo preso, chegar-se-ia a um resultado afirmativo, a um "produto" em que se poderia visualizar o desenvolvimento da personalidade do encarcerado.[4] A nosso ver, o domínio que o Estado, por seus representantes legais, exerce sobre o corpo e a palavra do preso sempre obstará, em qualquer alternativa e em qualquer excelência de tratamento penal consentido, a que o presidiário atinja no cárcere ou a plenitude de sua personalidade ou a mera aproximação desse ápice. Portanto, o local da prisão, faticamente, desumaniza o preso, e, idealmente, quase o humaniza, porquanto a humanidade íntegra de alguém não se compadece com um mínimo de privação de liberdade.

2.3 Habeas locus *é o instituto processual usado por qualquer cidadão para desativar presídio em que se constate não haver espaço para o corpo ou espaço para a palavra do preso*

Se é parte legítima para propor ação popular, nos casos contemplados pela Constituição (art. 5.°, LXXIII), o cidadão também o será para interpor junto ao Poder Judiciário uma ação de *Habeas locus*, cuja legitimidade e existência decorrem do mesmo artigo constitucional, em seu parágrafo segundo:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

A interdição do presídio compete ao juiz (Lei de Execução Penal, art. 66, VIII). Mas a intromissão da sociedade nesse assunto, por qualquer um de seus integrantes, requerendo do Poder Judiciário, em virtude das mazelas do estabelecimento penal, que seja este desativado, pertence à novíssima linha dos responsáveis pela execução penal. No início, a responsabilidade recaía exclusivamente sobre o Poder Executivo; depois, e hoje vivemos essa fase, com a

(4) Anabela Miranda Rodrigues. "Consensualismo e prisão". *RBCCrim*, n. 28, p. 11-27, out.-dez., 1999.

jurisdicionalização do processo executivo penal, os juízes passaram a vigiar a administração da pena; finalmente, e hoje assistimos aos pródromos de semelhante etapa, a questão carcerária tornou-se política, de interesse da cidade e de seus membros, os quais assumem como sua a obrigação de participar da execução penal na condição de seus guardiães. Outrora, o alheamento do Poder Judiciário e da Sociedade; atualmente, o interesse de ambos na execução justa de uma sentença criminal. Basta presenciar o envolvimento dos cidadãos, nas chamadas penas de prestação de serviços à comunidade, para perceber a aurora desse nível de "socialização da execução penal".

A inexistência de espaço ou para o corpo ou para a palavra, fundamento do instituto processual *Habeas locus*, é aferida pelo art. 5.°, III, da Constituição Federal:

"ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

Como se observará no Postulado 4, a presença do cidadão comum poderá ter o condão de trazer à luz, na prática carcerária cotidiana, a ocorrência da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes, em suas maneiras brutas e sutis. Por exemplo, o amontoamento de presos em exíguos espaços, açulando-lhes a recíproca violência, mesclando indiscriminadamente primários e reincidentes, provisórios e condenados, jovens e adultos, sentenciados com penas longas e os com penas curtas, constitui nítida infringência ao citado ditame constitucional, repetido, aliás, em outro dispositivo do mesmo artigo:

"a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (XLVIII).

Outras formas mais refinadas de revogação do espaço para o corpo e a palavra do preso exigem do homem comum, para apreendê-las, a educação do olhar e o desenvolvimento do senso crítico. Figure-se a censura da correspondência do preso, continuamente empreendida pelas autoridades do presídio sob a desculpa regulamentar dos "imperativos da segurança", sem excepcionar inclusive as comunicações feitas a quem tem por ofício o conhecimento e a análise das queixas contra a administração penitenciária, e ver-se-á um modo sutil de castrar a palavra do preso, de obrigá-lo a calar-se ou a dizer, quando questionado por visitantes esporádicos, que tudo flui bem no transcurso da execução de sua pena. Analogamente, o contínuo isolamento, por mais de um mês (Lei de Execução Penal, art. 58), imposto ao preso, ainda que interrompido por alguns minutos diários de sol ou por raros momentos de visita de familiares, configura prática de tortura, de acordo com normas internacionais, ratificadas pelo país:

"O isolamento prolongado é ilícito: na sua Observação Geral 20/44 sobre o art. 7.° do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 1992), o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou especificamente que 'o isolamento prolongado do detido ou do preso pode equivaler a' actos proibidos de tortura. Por exemplo no caso Larrosa c. Uruguay (Comunicação 88/1981), o Comité dos Direitos Humanos decidiu que o isolamento por mais de um mês era prolongado e violava os direitos do recluso a um tratamento digno."[5]

(5) "Penal reform international". *Making standards work*, Procuradoria-Geral da República, Lisboa, 1996, verbete 68, p. 54.

O *Habeas locus* impetrado pelo cidadão comum terá por base a adequação entre o que a Constituição manda, para garantir os direitos fundamentais do homem preso, e o que efetivamente acontece em determinada unidade penitenciária. Verificada a inadequação, a ordem deveria incontinenti ser deferida, sob pena de cumplicidade do Poder Judiciário com o aviltamento dos direitos humanos dos presidiários. Realmente, "fazer uma lei e não a mandar executar é autorizar a coisa que se quer proibir" (Cardeal Richelieu).

2.4 O cumprimento da pena de prisão deve ser contínua e socialmente transparente, através de Conselhos da Comunidade

Já em 1984, a Lei de Execução Penal ordenava ao Estado arregimentar o concurso da sociedade para as tarefas da execução de penas (art. 4.°). E o mesmo diploma, em riquíssimo preceito, erigia no art. 80 os Conselhos da Comunidade em órgãos destinados àqueles fins. O ônus de sua instalação foi remetido ao magistrado, o qual, entretanto, por uma série de motivos, poucas vezes se desincumbe de tal múnus. Em verdade, raras comarcas contam com seu Conselho, e, quando o têm, logram uma invejável execução da pena, justa e atenta às garantias fundamentais do recluso. Qual a causa da má vontade do Poder Judiciário, tanto mais incompreensível e inaceitável quanto as experiências iniciais alcançaram êxito? Lamentavelmente, dos três Poderes, é o menos democrático e o mais conservador. Teme que a abertura de suas portas ao leigo e suas manifestações conspurque os julgados e confranja a consciência de seus juízes. Valoriza a transparência circular, "intramuros", endógena, mas anatematiza a abertura ao Outro e suas inquietações, tachando de espúria, heterodoxa e ameaçadora a transparência exógena, aquela que permite a um do povo controlar adequadamente a prestação de um serviço público. Conserva, em suma, o preconceito de serem inatacáveis e irrecorríveis, de parte do usuário, os conhecimentos e práticas referentes a uma especialidade técnica, mesmo na hipótese de influírem dramática e fundamente na existência e coexistência dos cidadãos.

Imagine-se a dona de casa, membro de Conselho da Comunidade, abraçando a causa dos presos de cadeia pública e protestando ao juiz, reclamando-lhe urgentes providências para pôr cobro às condições infra-humanas do cárcere. Há duas soluções possíveis: a) o magistrado ouve, investiga, julga procedente a reclamação e determina as medidas imprescindíveis para sanar a situação ilegal; b) o magistrado ouve, tem por indevida a intromissão da dona de casa e, simplesmente, dissolve o Conselho, amargurando o dia em que lhe assomou à inteligência a idéia de instalá-lo na cidade de sua jurisdição. A primeira alternativa já tem ocorrido no interior do Estado de São Paulo e em várias comarcas de outras unidades federativas. A segunda, com a paulatina, porém demasiadamente lenta democratização do Poder Judiciário, tende a ser absorvida e superada pelo crescimento mais célere do espírito crítico das organizações populares e não-governamentais, fator de inegável pressão sobre as posturas dos organismos públicos.

Como quer que seja, o antigo e opressor panóptico de vigilância dos mínimos atos do preso deve ceder à presença do "panóptico social", apto a dar visibilidade ao encarcerado e às condições da execução penal. Esta transparência da execução

da pena, acaso efetivada, torna impossível o divórcio entre os mandamentos constitucionais e a práxis carcerária. Com efeito, a visão das atrocidades e desmandos, o testemunho ocular de inúmeros cidadãos leigos não pode ser elidido: ou se procede à substancial mudança das condições prisionais, ou se emenda a Constituição para infirmar as garantias fundamentais dos reclusos. O último membro da disjunção exclusiva é insustentável, pois, sobre serem pétreas as cláusulas atinentes àquelas garantias, ninguém em são juízo coonestaria sua revogação para poder ratificar os maus-tratos infligidos aos presos. O estágio da eticidade do homem do novo milênio, nutrida por informações obtidas em mão própria e *ictu oculi*, não se harmoniza com a opressão e a exploração da dignidade humana.

2.5 O lugar da prisão é um espaço democrático e igualitário

a) A única medida compulsória é a ablação da liberdade de ir, vir e ficar;

b) cada presídio tem uma autonomia relativa;

c) os presidiários participam ativamente da gestão democrática do presídio, inclusive da formulação e fixação do regimento interno.

O quinto postulado convive com o segundo, mercê de um equilíbrio instável e precário. Em um lugar quase-humano, sem liberdade de movimentos, é possível instaurar um espaço democrático e igualitário?

a) Conste, desde logo, o que o preso pode fazer enquanto preso. Transcrevamos dois artigos de lei, com o objetivo de circunscrever seu âmbito de ação:

"O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral" (Código Penal, art. 38).

"Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei" (Lei de Execução Penal, art. 3.º).

Em tese, por conseguinte, perduram todos os direitos não afetados pela perda da liberdade ambulatória. Vale dizer, os ideais de igualdade e solidariedade, próprios de um espaço democrático, ficam intocados no presídio. Nunca será demais insistir, oportuna e inoportunamente, neste tópico essencial de qualquer política democrática vigente em um Estado Democrático de Direito. *A pena de prisão só abala e restringe a liberdade de movimentos físicos do sentenciado, deixando incólumes as outras faculdades, garantias e direitos da pessoa encarcerada.* Subrepticiamente, introduziu-se a convicção, seguida de prática intensa e constante, de que o preso, além desta restrição fundamental e por causa dela mesma, a tudo deve suportar, dores físicas e morais, desprezo, retaliações, perseguições, perda de voz e expressão e nome, extirpação da dignidade de ser humano. Não é penoso distingui-la; veja-se o estupor na face de cidadão deseducado, ao saber que presos se amotinam e reclamam dos Poderes a atenção devida às garantias fundamentais dos reclusos. Estupefação que se traduz em frases e interrogações modelares – "mas, não são presos?! O que desejam, um tratamento idêntico ao conferido aos honestos e trabalhadores? Por que não pensaram antes de cometer seus crimes? Quem está na prisão deve sujeitar-se ao que aí acontece". Semelhan-

te convicção veicula um duplo equívoco, de funestas conseqüências. Primeiro, desconhece a brutalidade do castigo prisional em si, à parte de algum outro incidente que ocorra no curso da satisfação da pena; esse desconhecimento revela-se no fato de idêntica surpresa defronte à circunstância de um sentenciado, hipoteticamente, haver cumprido sua pena tão-somente, sem sofrer qualquer outra seqüela nesse período de detenção. Segundo, faz da prisão, coerentemente com o caminho do primeiro equívoco, não um castigo, mas o lugar dos castigos, como se ela, pelo mero fato de existir, justificasse todas as outras penas, aqueles incidentes que a permeiam. Na linha do argumento, Heleno C. Fragoso assevera que "a pessoa é mandada para a prisão como castigo, não para ser castigada. O castigo é fundamentalmente a perda da liberdade". No mesmo sentido, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal profliga a hipertrofia da pena.[6]

A rigor, tal crença coletiva é que ampara, inconscientemente, os autores das ilegalidades no interior dos presídios, e que obnubila o discernimento dos ocupantes dos Poderes, convalidando a ação e a omissão criminosas de todos na questão penitenciária.

b) Se o lugar da prisão não é um local de castigos, mas um espaço democrático e igualitário, então cada presídio pode ser uma célula com relativa autonomia.

Os regimes carcerários introduzem, por sua natureza, diferenças expressivas nos presídios que os abrigam. A unidade de segurança máxima, por exemplo, é reservada ao regime fechado, o mais severo deles. O regime médio, de transição entre o fechado e o aberto, dispensa os mecanismos de prevenção de fuga, muito visíveis no sistema mais rígido de cumprimento da pena privativa de liberdade. Os regulamentos internos, por sua vez, adaptam-se às funções que a unidade penitenciária desempenha, segundo o regime aí vigorante. A adaptação sugere também que, a despeito da perda momentânea da liberdade ambulatória, os presidiários e o corpo administrativo e de segurança da unidade prisional podem conviver em igualdade de dignidade humana, respeitadas as diferenças advindas da posição de cada um na coexistência carcerária. A quase-humanidade retorna à consideração para clarificar a relativa autonomia do presídio. Esta última, se bem centrada em um organismo penitenciário maior, definido em lei e submetido às peculiaridades regionais, revela a feição que lhe é conferida pelas pessoas integrantes de seu universo. Fala-se em cadeia exigente ou laxa, tensa ou calma, produtiva ou inerte, tirânica ou democrática. A democracia, na prisão, assusta tanto quanto a participação do aluno em sua aprendizagem; para a pedagogia conservadora, o discípulo é passivo e o mestre, só ele, sabe o que é bom e útil ao aprendiz. É um escândalo para alguns que o educando opine sobre sua educação. Analogamente, que o presidiário proponha, em sua unidade prisional, medidas tendentes a aperfeiçoar a satisfação da pena. Em ambos os casos, as críticas supõem falsamente que o preso e o educando sejam objeto, respectivamente, do cumprimento de pena e do processo educacional. Porém, um e outro são sujeitos, centros dessas atividades, e, como tais, tomam iniciativas, discutem providências, aquilatam seu

(6) a) *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 10. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1986. p. 301.

b) Exposição de Motivos, n. 20.

próprio desempenho. É certo que a quase-humanidade não enseja, jamais, na hipótese dos estabelecimentos totais, a plena democracia, mas permite, pelo fator humano que ainda comporta, a vivência de valores que relativizam a opressão do cárcere e a imposição da escola. Por estranho que possa parecer, essa quase-democracia aproxima a escola da prisão: as duas são artificiais, correm à margem da vida enquanto prisão e enquanto escola, isto é, enquanto dura a aula e enquanto dura o cumprimento da pena. Entretanto, a duração afastada da vida real pode transcorrer em espaço igualitário e parcialmente livre, anelante de um lugar onde o pensar e o agir bem provenham exclusivamente de uma escolha interior da pessoa.

c) A gestão democrática de um presídio, inexistente na prática, causa-nos, do ponto de vista teórico, resistências, quando não gargalhadas. As reações são utilíssimas para a análise da questão penitenciária. Identificamos o regime carcerário, inconscientemente, ao regime tirânico. Ao lado da identificação inconsciente, desenvolve-se em nós a vivência de ser a democracia um ideal muito longínquo e pouco realizável. Historicamente, nossa prática democrática é ínfima: acostumamo-nos aos regimes de exceção e arbitrariedades. A dialética senhor-escravo permeia a existência dos brasileiros, os quais, independentemente da classe social a que pertencem, vêem no poder e no dinheiro os valores maiores na convivência humana. Assim, as galhofarias e as resistências têm razão de ser. Se, nas atribulações diárias do cidadão comum, o Estado Democrático de Direito está longe de interferir, cedendo passo ao mais forte e ao despotismo da Economia, como então, no círculo fechado e excludente da prisão, se ousaria invocar uma gestão que levasse em devida conta a participação ativa de quem é indigno de viver e estar em sociedade?! A condenação criminal da pessoa que, na existência comum, já estava desprovida de poder e bens materiais, ratifica esplendidamente sua incapacidade de reclamar e participar ativamente de uma tarefa em conjunto. Inversamente à expressão "Sabe com quem o senhor está falando?", denotadora da força social de seu prolator, assoma a outra, dita também por este último – "Quem é o senhor para pretender isto?". Se o economicamente desvalido sequer pode erguer a voz para protestar ou opinar, o que se dirá do homem que não se adstringiu a seu canto, mas teve a temeridade de atentar contra um artigo da lei penal? Ele mesmo, indagado, pensará tratar-se de motejo ou brincadeira de péssimo gosto o perguntar-lhe a opinião sobre sua execução penal ou o solicitar-lhe a participação ativa no estudo e reforma de um regulamento de presídio. E, contudo, cumpre que aprenda a dizer a sua palavra, que instrua, por seu exemplo, os cidadãos comuns quanto à ilegalidade de existirem, no cerne de um Estado Democrático de Direito, corpos sociais geridos por normas tirânicas, desrespeitadoras dos direitos de seus destinatários.

2.6 Sociedade e presídio condicionam-se mutuamente. Metodologicamente, é mais interessante e acessível interferir no presídio do que na sociedade, aí desvelando as regras de poder e aí estabelecendo as normas prudentes de alteração da convivência humana

a) Os "abandonos imperceptíveis" do respeito à dignidade humana podem vir a ser corrigidos pela "visibilidade e enfrentamento do intolerável".

O macrocosmo social e o microcosmo penitenciário mantêm íntimas ligações. O segundo, porém, por suas dimensões reduzidas em relação ao todo social e pelo caráter exacerbado e tenso de suas regras informais de convivência, é um universo privilegiado para a análise dos atores e fatos sociais. A influência da sociedade no presídio é facilmente perceptível à observação do pesquisador, ao defrontar-se com a presença indisfarçável dos meios de comunicação social no interior do estabelecimento penal. Qual seria, por seu turno, a ação da penitenciária sobre a sociedade? A resposta é muito clara nos tempos atuais. A prisão, ao representar o papel de lugar de exclusão social e de rejeição indelével futura de seus ocupantes, a-presenta ao cidadão comum, de forma didática e persuasiva, a desigualdade entre os homens como um fator, irrecusável e irremovível, de classificação das pessoas em categorias que oscilam da maior dignidade à maior execração públicas. Logo, o presídio, em sua estrutura e tábua axiológica contemporâneas, convence os homens livres de que nem "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos".[7] Em suma, o presídio, em atividade circular, re-presenta a exclusão e a discriminação de pessoas, e, concomitantemente, a-presenta-se à sociedade como prova de que a dignidade humana, como direito universal, é insustentável.

O fascínio da questão penitenciária deflui precisamente da constatação do retorno e das reações da vida prisional sobre a cidadania do homem mais alheio a esse problema, do homem que, ao saber da remoção de um seu semelhante ao cárcere, por motivo de sentença criminal, dá de ombros e julga que o acontecimento não lhe merece a atenção. E, todavia, a repercussão real sobre a cidadania do homem alienado é de tal monta, que o penitenciarista suspeita que o destino do ser humano despreocupado com a situação do encarcerado depende diretamente da forma da execução penal. Realmente, no cotidiano trivial, os "abandonos imperceptíveis", de que fala Sartre a propósito das pequenas ameaças e danos à dignidade humana, evoluem insidiosamente para a tortura e a eliminação da pessoa, sem que ela, desatenta à sutil e maléfica evolução dos sintomas, caia em si para interrompê-la e saná-la. No instituto penal, entretanto, o atentado à dignidade humana salta aos olhos, quando estão lá para o ver. A visibilidade das condições carcerárias ao olhar do homem médio, de quem inicialmente se desinteressara da execução de uma pena privativa de liberdade, arrasta-o ao estupor e à rejeição do quadro prisional; antes tolerante com o fato de alguém ser levado à prisão, agora se insurge contra ela e exclama: "Isso é francamente intolerável".[8] Destarte, a transformação da vida carcerária, através do enfrentamento do intolerável, a cargo da própria sociedade, representada pelo seu integrante comum, devolve a dignidade ao homem preso e, por um caminho de regresso ao meio social dos homens livres, faz aflorarem os "abandonos imperceptíveis", impede-os de progredir e assegura a todos o respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

3. Conclusão

Dos seis Postulados, aqui expostos, decorrem os seguintes Corolários.

(7) Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 1948, início do art. 1.º.

(8) Paul Ricoeur. *Em torno ao político*. São Paulo : Loyola, 1995. p. 174.

1. O homem preso, por sua inviolável dignidade e pelas constantes e profundas violações que sofre em seu Corpo e em sua Palavra, é o sujeito primordial de toda transformação de uma ótica excludente para uma ótica inclusiva do ser humano.

a) "Tampouco a distância entre a teoria e a prática pode impedir afirmar-se que o cumprimento da pena há que ser sempre compatível com o respeito às garantias fundamentais do condenado e, portanto, a execução penal, bem como qualquer espécie de intervenção no seu decorrer, tem como limite o respeito à dignidade humana."[9]

2. Parafraseando Max Weber, é lícito asseverar que há uma fecunda e tensa dialética entre ética de convicção (a abolição crescente da pena de prisão) e ética de responsabilidade (a violência regrada do realismo político), permeando todo o processo de resposta estatal e social ao crime.

3. Quanto maiores os limites impostos à dignidade humana, tanto maior a repercussão do agir endereçado a destravá-los.

a) A maximização da parte mínima (J. Rawls) traz o equilíbrio da Justiça ao todo social;

b) a referida maximização deve ser democraticamente aceita pela comunidade.

4. Da mesma forma como a pena de prisão, no caso concreto, é temporária (e não perpétua), o instituto da pena de prisão é transitório, tendendo à sua abolição conforme o grau crescente de solidarização na comunidade.

a) A falta de liberdade ambulatória, ainda compensada pelo eventual respeito ao Corpo e à Palavra do preso, impede que a prisão seja um lugar humano;

b) um presídio, por melhor que seja, não se apresenta a ninguém como desejável;

c) assim como a progressiva elevação da taxa de encarceramento não influi no decréscimo da criminalidade, também a eventual abolição da pena de prisão não levará à revogação das conquistas históricas do Direito Penal, tampouco à impunidade do infrator do código mínimo do grupo.

4. Compilação dos postulados e seus corolários

4.1 Postulados

1. A pena de prisão é excepcional, temporária e a mais grave do sistema penal.

2. O lugar da prisão é quase-humano: há espaço para o Corpo e espaço para a Palavra do preso.

3. *Habeas locus* é o instituto processual usado por qualquer cidadão para desativar presídio em que se constate não haver espaço para o Corpo ou espaço para a Palavra do preso.

[9] Carmen Sílvia de Moraes Barros. "A individualização da pena na execução penal". Tese de Mestrado em Direito Penal, Fadusp, 1999, em via de publicação.

4. O cumprimento da pena de prisão deve ser contínua e socialmente transparente, através dos Conselhos da Comunidade.

5. O lugar da prisão é um espaço democrático e igualitário.

a) A única medida compulsória é a ablação da liberdade de ir, vir e ficar;

b) cada presídio tem uma autonomia relativa;

c) os presidiários participam ativamente da gestão democrática do presídio, inclusive da formulação e fixação do regimento interno.

6. Sociedade e presídio condicionam-se mutuamente. Metodologicamente, é mais interessante e acessível interferir no presídio do que na sociedade, aí desvelando as regras de poder e aí estabelecendo as normas prudentes de alteração da convivência humana.

a) Os "abandonos imperceptíveis" do respeito à dignidade humana podem vir a ser corrigidos pela "visibilidade e enfrentamento do intolerável".

4.2 Corolários

1. O homem preso, por sua inviolável dignidade e pelas constantes e profundas violações que sofre em seu Corpo e em sua Palavra, é o sujeito primordial de toda transformação de uma ótica excludente para uma ótica inclusiva do ser humano.

a) Tampouco a distância entre a teoria e a prática pode impedir afirmar-se que o cumprimento da pena há que ser sempre compatível com o respeito às garantias fundamentais do condenado e, portanto, a execução penal, bem como qualquer espécie de intervenção no seu decorrer, tem como limite o respeito à dignidade humana.

2. Parafraseando Max Weber, é lícito asseverar que há uma fecunda e tensa dialética entre ética de convicção (a abolição crescente da pena de prisão) e ética de responsabilidade (a violência regrada do realismo político), permeando todo o processo de resposta estatal e social ao crime.

3. Quanto maiores os limites impostos à dignidade humana, tanto maior a repercussão do agir endereçado a destravá-los.

a) A maximização da parte mínima (J. Rawls) traz o equilíbrio da Justiça ao todo social;

b) a referida maximização deve ser democraticamente aceita pela comunidade.

4. Da mesma forma como a pena de prisão, no caso concreto, é temporária (e não perpétua), o instituto da pena de prisão é transitório, tendendo à sua abolição conforme o grau crescente de solidarização na comunidade.

a) A falta de liberdade ambulatória, ainda compensada pelo eventual respeito ao Corpo e à Palavra do preso, impede que a prisão seja um lugar humano;

b) um presídio, por melhor que seja, não se apresenta a ninguém como desejável;

c) assim como a progressiva elevação da taxa de encarceramento não influi no decréscimo da criminalidade, também a eventual abolição da pena de prisão não levará ao desrespeito das conquistas históricas do Direito Penal, tampouco à impunidade do infrator do código mínimo do grupo.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

PROBLEMAS PONTUAIS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fases ou técnicas de lavagem de dinheiro – 3. Problemas específicos da lei brasileira: 3.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem; 3.2 O problema da prova do crime antecedente; 3.3 Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98); 3.4 Crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem e cometidos no estrangeiro – 4. Participação no delito prévio e no delito de lavagem.

Resumo: A artigo aborda questões relativas à lavagem de dinheiro, analisando as várias técnicas e métodos utilizados para este fim. Trata de problemas específicos da legislação brasileira, tais como prova do crime antecedente, os delitos que podem gerar bens aptos a serem lavados e os casos em que o sujeito participe tanto do delito como da própria lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Crime organizado – Devido processo legal.

1. Introdução

O crime organizado, mercê de suas atividades ilícitas (tráfico de drogas, contrabando de armas, extorsão, prostituição etc.), dispõe de fundos colossais, mas, inutilizáveis enquanto possam deixar pistas de sua origem. Da necessidade de ocultar e reinvestir as ingentes fortunas obtidas, ora para financiar novas atividades criminosas, ora para a aquisição de bens diversos, surge a lavagem de dinheiro com o fim último de evitar o descobrimento da cadeia criminal e a identificação de seus autores. A reciclagem do dinheiro converte-se, assim, em requisito imprescindível para sua impune introdução no circuito econômico. A partir deste momento, o poder econômico do crime organizado se converte em exponencial. O dinheiro lavado pode ser então investido sem levantar suspeitas e contribuir para que seus detentores se adornem com um verniz de responsabilidade sob a cobertura de atividades honráveis. Existe com isso o perigo de que economias inteiras caiam sob seu controle, que se distorça o sistema financeiro e que o sistema democrático, em determinados países, fique sem estabilidade.[1]

(1) Felipe Renart García. "El blanqueo de capitales en el derecho suizo". *Poder Judicial* 50, 1998. p. 119-120.

Como o objeto deste trabalho não é este, apenas a título de introdução conceituaremos a lavagem de dinheiro, ou melhor, o que significa este fenômeno. A maior parte da doutrina estrangeira entende o fenômeno da lavagem de dinheiro como "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou o dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro".[2] Em sentido similar, Gomez Iniesta, assinala que por lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem sempre ilícita (procedente de delitos que se revestem de especial gravidade) é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita.[3] Diez Ripollés, ao tratar do tema, refere-se aos procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim que se desfrute das quantias juridicamente inquestionáveis.[4]

De todas as formas, praticamente todos os autores que analisaram o fenômeno de lavagem de dinheiro acabam por defini-lo de maneira semelhante.

2. Fases ou técnicas de lavagem de dinheiro

Conceituado o fenômeno, cabe a análise de algumas fases ou técnicas de lavagem de dinheiro. A doutrina estrangeira já escreveu muito sobre os sistemas e métodos empregados para a lavagem de capitais. Como o tema tem recebido cada vez mais importância em nosso país, torna-se freqüente em todos os tipos de publicações. O problema é que o tratamento jornalístico da questão é dirigido a enfatizar os aspectos menos importantes do fenômeno – corrupção, escândalos, conivência do poder público em determinados casos – que abordar de forma rigorosa a explicação dos procedimentos de lavagem. De outro lado, os procedimentos de lavagem são relativamente complexos e utilizam os instrumentos, mecanismos e técnicas do sistema financeiro, de forma que sua explicação requer um prévio conhecimento deste sistema.

Existem vários métodos ou fases que normalmente se utilizam com a finalidade de lavar o dinheiro, porém, sucintamente, mencionaremos algumas delas.

A primeira fase consiste na *ocultação*. De acordo com a doutrina, esta é a fase em que os delinqüentes procuram desembaraçar-se materialmente das im-

(2) Julio Diaz-Maroto y Villarejo. *El blanqueo de capitales en el derecho español.* Dykinson, 1999. p. 5.

(3) Diego J. Gomez Iniesta. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español.* Barcelona : Cedecs, 1996. p. 21.

(4) José Luis Diez Ripollés. "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas". *Actualidad Penal* 32, 1994. p. 609.

portantes somas em dinheiro que foram geradas pelas suas atividades ilícitas.[5] O montante arrecadado é normalmente trasladado a uma zona ou local distinto daquele em que se arrecadou. Em continuação, coloca-se este dinheiro em estabelecimentos financeiros tradicionais ou em estabelecimentos não-tradicionais (casas de câmbio, cassinos etc.) ou, ainda, em outros tipos de negócios de condições variadas (hotéis, restaurantes, bares etc.).[6]

A característica principal desta fase é a intenção dos criminosos de desfazerem-se materialmente das somas arrecadadas em dinheiro, sem ocultar todavia a identidade dos titulares.[7] Isso ocorre porque os criminosos têm ciência de que a acumulação de grandes somas de dinheiro pode chamar a atenção em relação a sua procedência ilícita. Esta acumulação significa também o perigo constante de furto ou roubo, o que obriga de uma forma ou outra aos criminosos a despachar fisicamente grandes somas para fora do lugar de obtenção, com destino a outro lugar onde seja mais fácil ocultar a sua origem criminosa.[8]

Existem inúmeras formas de ocultação, mas não é objeto deste trabalho a análise de cada uma delas, portanto, somente faremos menção a elas. Assim, pode-se ocultar o dinheiro obtido de forma ilícita, colocando-o através de entidades financeiras de forma fracionada; através da cumplicidade do próprio pessoal do banco; através de estabelecimentos financeiros não tradicionais; misturando-se fundos lícitos com ilícitos, através do contrabando de dinheiro (passando-o pela fronteira de outros países).[9]

A segunda fase denomina-se *mascaramento*. A função desta fase consiste em ocultar a origem dos produtos ilícitos mediante a realização de numerosas transações financeiras.[10] Se os "lavadores" de capitais têm êxito na primeira fase, tratarão agora de tornar mais difícil e complicada a detecção dos bens mediante a realização de múltiplas transações que, como camadas, irão se amontoando uma depois da outra, dificultando o descobrimento da origem daqueles bens.[11]

Portanto, nesta fase, é preciso fazer desaparecer o vínculo existente entre o criminoso e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o

(5) Caty Vidales Rodriguez. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal*. Valencia : Tirant lo blanch, 1997. p. 72.

(6) Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios. *La prevención del blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1998. p. 35.

(7) Javier Zaragoza Aguado. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994. p. 134.

(8) Isidoro Blanco Cordero. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1997. p. 71-72.

(9) Nesse sentido, ver Blanco Cordero, ob. cit., p. 72 et seq.; Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 35 et seq.

(10) Javier Zaragoza Aguado, ob. cit., p. 135.

(11) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 78.

recurso à superposição e combinação de complicadas operações financeiras que tratam de dificultar o seguimento do que se conhece como "pegada ou rastro do dinheiro".[12]

Assim, o propósito perseguido nesta fase é "desligar os fundos de sua origem, gerando para isso um complexo sistema de transações financeiras destinadas a apagar as pegadas contábeis destes fundos ilícitos". Esta forma complexa em que as transações são desenvolvidas, mescladas e superpostas tem como finalidade que se torne extremamente difícil para as autoridades detectar estes fundos.

As formas usualmente utilizadas nesta fase são a conversão do dinheiro em instrumentos financeiros; aquisição de bens materiais com dinheiro em espécie; transferência eletrônica de fundos etc.[13]

Por fim, a última fase denomina-se de *integração*. Nesta etapa, o capital ilicitamente obtido já conta com aparência de legalidade que se pretendia que tivesse. De acordo com isso, o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se se tratasse de dinheiro licitamente obtido.[14] Consumada a etapa de mascarar, os "lavadores" necessitam proporcionar uma explicação aparentemente legítima para sua riqueza, logo, os sistemas de integração introduzem os produtos "lavados" na economia, de maneira que apareçam como investimentos normais, créditos ou investimentos de poupança.[15]

Assim, os procedimentos de integração situam os valores obtidos com a lavagem na economia de tal forma que, integrando-se no sistema bancário, aparecem como produto normal de uma atividade comercial. Quando se chega nesse estágio, é muito difícil a detecção da origem ilícita destes valores. A menos que se tenha seguido seu rastro através das etapas anteriores, dificilmente se distinguirá os capitais de origem ilegal dos de origem legal.[16]

Os métodos utilizados nesta etapa são: venda de bens imóveis; "empresas de fachada" e empréstimos simulados; cumplicidade dos banqueiros estrangeiros; faturas falsas de importação e exportação; sistemas bancários clandestinos ou irregulares; comércio cruzado; companhias de seguros; agentes da bolsa de valores etc.[17]

(12) Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 73.

(13) Sobre estas técnicas, ver em detalhes, Eduardo Fabian Caparros. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, 1998. p. 140; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 79 et seq.; Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 37.

(14) Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 73-74; Diego J. Gomez Iniesta. "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español". *Estudios de derecho penal económico*. Universidad de Castilla-La Mancha, 1994. p. 140; Eduardo Fabian Caparros, ob. cit., p. 149.

(15) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 84.

(16) Nesse sentido, Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 38.

(17) Sobre estas técnicas, em detalhes, Javier Zaragoza Aguado, ob. cit., p. 138 et seq.; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 85 et seq.

3. Problemas específicos da lei brasileira

3.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem

De acordo com a redação dada a esse dispositivo, o legislador brasileiro menciona no tipo tão-somente a palavra "crime" antecedente, o que leva a doutrina a estabelecer o que significa esse termo. O art. 2.°, § 1.°, estabelece expressamente:

"A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime".

A primeira indagação cinge-se a buscar a interpretação que o legislador procurou dar ao termo "crime antecedente". Um setor da doutrina menciona que o crime de lavagem é autônomo e, assim, não estaria condicionado ao processo e julgamento do crime antecedente.[18] Não estamos de acordo com essa posição. É que ela pode ser verdadeira se for complementada, pois ainda que o crime de lavagem seja considerado autônomo, mister se faz alguns requisitos para a verificação da existência do "crime" antecedente que pode gerar bens aptos a serem lavados.

Outro setor da doutrina brasileira posiciona-se de forma diferente quanto à redação desse preceito, sob o fundamento de que o crime antecedente condiciona o tipo de lavagem de dinheiro previsto na lei brasileira. De acordo com isso, não seria possível a condenação do sujeito pelo crime de lavagem se não houvesse absoluta certeza da realização do tipo antecedente. Portanto, o fato antecedente deve ser ao menos típico e antijurídico para a sua caracterização como delito prévio.[19]

A melhor interpretação nos parece ser esta, ou seja, somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação do sujeito pelo delito de lavagem de capitais. Como o legislador exigiu a existência suficiente de indícios do "crime" antecedente, ao menos o fato deve ser típico e antijurídico. Isso porque pode ocorrer no delito antecedente a exclusão da tipicidade (erro de tipo) ou da antijuridicidade, o que levaria à não existência do crime antecedente. Assim, se não há crime antecedente, torna-se impossível a aplicação do art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/98.

Além disso, o legislador adotou para os delitos de lavagem de dinheiro o princípio da acessoriedade limitada, ou seja, há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a comissão de um delito de lavagem se o fato antecedente previsto na lei não puder ser considerado

(18) Willian Terra de Oliveira, em Raúl Cervini, Willian Terra de Oliveira e Luiz Flávio Gomes. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo : RT, 1998. p. 325 et seq.

(19) Fábio Roberto D'Avilla. "A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais". *Boletim IBCCrim* 79, ano 7, jun., 1999. p. 4.

crime. Assim, é necessário que fique provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do crime antecedente, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência do crime antecedente e, por isso, não haveria a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele.[20]

Na esfera da participação criminal, denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico.[21] Logo, se a culpabilidade não é requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito, deduz-se que o são a tipicidade e a antijuridicidade. Portanto, é correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada.[22]

Essa classe de acessoriedade é a que se pode depreender do conteúdo do art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/98. A razão não é porque o artigo não estabeleça expressamente que elementos têm que concorrer para determinar que o fato prévio seja um crime, senão porque menciona o que não é necessário para a sua consideração como tal: a culpabilidade (o parágrafo menciona isenção de pena).

Duas conseqüências podem ser extraídas da aplicação do princípio da acessoriedade limitada. A primeira delas é que quando os bens não têm sua origem em um fato típico, não poderá haver um delito de lavagem de dinheiro. O que significa que se o fato prévio que origina os bens não se encontra descrito em algum tipo no Código Penal ou numa lei especial, as condutas de lavagem que recaem sobre estes bens não podem ser típicas.[23]

A segunda conseqüência que se depreende da aplicação do princípio da acessoriedade limitada é que quando ocorre uma causa de justificação no fato prévio que origina os bens, não poderá também haver um delito de lavagem de dinheiro. É dizer, que se as condutas que podem constituir lavagem recaem sobre bens que tem sua origem num fato típico mas que não é antijurídico, não se pode apreciar um delito de lavagem de dinheiro.[24]

De acordo com essa posição, é irrelevante para o delito de lavagem de dinheiro o requisito da culpabilidade, pois se a conduta que constitui lavagem recai sobre bens que tiveram a sua origem num fato típico e antijurídico, ainda que o

(20) Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

(21) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Comares. p. 596 et seq.; Enrique Bacigalupo. *Principios de derecho penal. Parte general.* 5. ed., Akal/Iure, 1998. p. 379; Nilo Batista. "Concurso de agentes". *Liber Juris*, 1979. p. 124 et seq.; José Henrique Pierangelli. *Escritos jurídicos penais.* São Paulo : RT, 1992. p. 62; André Luís Callegari. "Breves anotações sobre o concurso de pessoas". *RT* 761, ano 88, mar., 1999. p. 454 et seq.

(22) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 128; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 2.

(23) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 129; Idem, ob. cit., p. 238.

(24) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 129; Idem, ibidem, p. 238.

sujeito que interveio no delito prévio seja isento de pena, será possível a apreciação de um delito de lavagem de capitais.

3.2 O problema da prova do crime antecedente

Esclarecido o que deve se entender por crime antecedente, é dizer, que ao menos seja um fato típico e antijurídico para que possa gerar bens aptos a serem lavados, torna-se necessário verificar a problemática da prova para viabilizar a condenação pelo crime de lavagem de capitais. É que o art. 2.°, II, da Lei 9.613/98, estabelece expressamente:

"Art. 2.° O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II – Independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país."

De acordo com o conteúdo deste artigo e seu inciso, pode haver uma sentença condenatória pelo delito de lavagem de dinheiro ainda que não se julgue o crime antecedente que deu origem aos bens que foram lavados. Porém, baseado em que prova o juiz condenaria o sujeito acusado de lavar dinheiro? A sentença condenatória fundamentada somente com indícios do crime antecedente fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que sequer restou provado o fato anteriormente imputado ao acusado. Assim, no processo penal dominado pelo princípio da presunção da inocência, a atividade probatória deve atender à verificação dos fatos imputados[25] e não aos indícios destes. Traduzindo-se isto para o crime de lavagem, torna-se necessária a verificação do crime antecedente para viabilizar a sentença e não somente os indícios daquele.

Pelo princípio da presunção de inocência, requer-se a prova de que os bens supostamente lavados procedam de um delito prévio. Nesse sentido, caberiam duas possibilidades para dar crédito à comissão do delito antecedente. A primeira seria no sentido de exigir uma sentença condenatória com trânsito em julgado que reconhecesse a existência de um fato típico e antijurídico. A segunda possibilidade é a de deixar ao juiz que julga o delito de lavagem de capitais que determine se existiu previamente o delito exigido pela lei. De todas as formas, não é suficiente a prova de um delito prévio, senão que também se prove que os bens procederam do mesmo.

O problema da prova do crime prévio é simples nos casos em que uma sentença declare a existência do fato típico e antijurídico, mas torna-se problemático no caso em que ela não exista.[26]

Um setor da doutrina estrangeira utiliza a jurisprudência da receptação para resolver o problema, afirmando que nos casos deste delito não é preciso uma sentença condenatória com relação ao delito prévio, mas exige, em todo caso, um

(25) Antonio Magalhães Gomes Filho. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo : Saraiva, 1991. p. 39.

(26) Eduardo Fabian Caparros, ob. cit., p. 385.

fato minimamente circunstanciado.[27] Porém, é necessário que o juiz responsável pelo julgamento dos atos de lavagem considere provada a existência de um fato delitivo prévio, ou seja, é necessário saber com precisão qual foi o fato criminoso que originou os bens.[28] Nesse sentido, não se faz necessária a sentença condenatória sobre o crime antecedente, mas, ainda assim, a receptação deve estar plenamente acreditada em sua realidade e em sua natureza jurídica, sem que baste para isso uma mera denúncia ou diligências policiais, senão que, por tratar-se de um elemento constitutivo do tipo, é necessário que as provas destinadas a acreditá-la se pratiquem com as garantias constitucionais e processuais que possibilitem respeitar a presunção de inocência.[29] Portanto, ao menos é necessário que fique provado perante o juiz competente para julgar o crime de lavagem de capitais que os bens procedem de um delito grave.[30]

No Brasil, a receptação recebe o mesmo tratamento, ou seja, não há necessidade da sentença penal condenatória que ateste a ocorrência do crime antecedente, mas torna-se indispensável a prova de sua ocorrência.[31]

A adoção do tratamento dispensado ao delito de receptação parece coerente, possibilitando sua utilização em relação ao preceito estabelecido no art. 2.°, II, da Lei 9.613/98. Assim, para que se viabilize uma sentença condenatória no processo e julgamento de um crime de lavagem de capitais ao menos seria necessário que houvesse uma prova convincente do delito antecedente, prova essa que pudesse ser acreditada em relação a um dos delitos previstos na lei brasileira de lavagem.

Porém, outro setor da doutrina sustenta que o delito prévio é um elemento normativo do tipo, ou seja, que a exigência do delito prévio constitui um autêntico elemento do tipo,[32] ou uma elementar do tipo.[33] Esta última posição é sustentada no Brasil por Fábio D'Avilla, que assinala que a técnica legislativa adotada pelo legislador brasileiro tornou o crime antecedente elementar do tipo previsto no art. 1.° da Lei de Lavagem, condicionando-o a sua verificação plena. Para o autor, a incerteza do crime antecedente redundaria na incerteza quanto a um dos

(27) Andrés Palomo Del Arco. "Receptación y figuras afines", em "Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial". *Estudios de Derecho Judicial* 2, 1996. p. 380.

(28) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 252; Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 47.

(29) Nesse sentido, *STS* 20, ene., 1999.

(30) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 252. O legislador espanhol não estabeleceu um rol taxativo de crimes antecedentes aos de lavagem, pois considera como crime antecedente ao de lavagem todo aquele que tenha uma pena grave.

(31) *RT* 404/288, 663/293, 718/425; *RJD* 25/338.

(32) Bockelmann. "Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortag", NJW, p. 620 e Schmid. "Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB art. 350 bis", *Schweizerischer Anwaltsverband, Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Zürich, 1991. p. 111, citados por Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 222 e 223.

(33) Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

elementos objetivos do tipo, impossibilitando, assim, a sua adequação legal.[34] Isso se deve ao fato de que o legislador, ao redigir o tipo penal de lavagem e após definir os verbos que compõem a figura típica, utilizou a palavra "crime", ou seja, para haver lavagem de dinheiro é necessário que os bens ocultados ou dissimulados, por exemplo, provenham de um dos "crimes" definidos pelo legislador nos incisos I a VII da Lei de Lavagem.

Esta posição parece levar a um critério mais rigoroso para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem de dinheiro, já que seria necessária a constatação da existência do crime antecedente, ou seja, ao menos que este seja um fato típico e antijurídico. A razão disso é que se o crime antecedente é elementar do tipo de lavagem de dinheiro, a inexistência do crime antecedente (erro de tipo, por exemplo), impossibilita a condenação pelo delito de lavagem. O mesmo ocorreria se fosse reconhecida uma excludente da ilicitude. Portanto, reconhecida uma excludente da ilicitude ou da tipicidade, não haveria o crime antecedente e, por conseqüência, a absoluta impossibilidade de subsunção típica pela ausência da elementar "crime" constante no art. 1.° da Lei de Lavagem.[35]

Mencionamos linhas acima que esta posição parecia levar a um critério mais rigoroso do que a utilização do critério da receptação para a condenação do sujeito pelo crime de lavagem de capitais, isto porque exige, como elementar do tipo, a existência do crime antecedente. Porém, como a disposição do art. 2.°, II, da Lei de Lavagem é processual, de todas as formas deverá restar provada no processo (como no critério da receptação) a existência do crime antecedente ao de lavagem.

A nosso juízo, por qualquer critério utilizado, exige-se um convencimento acurado ou, ao menos, uma prova segura do crime antecedente, que poderá ser efetivada no próprio processo de lavagem ou em outro em que se apura o crime antecedente. Se houver dúvida sobre a existência do crime antecedente,[36] o juiz não pode condenar o réu pelo crime de lavagem de capitais.[37]

3.3 Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/98)

O art. 2.°, parágrafo primeiro da Lei de Lavagem estabeleceu que a denúncia será instruída com indícios suficientes do crime antecedente.

(34) Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

(35) Nesse sentido, Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

(36) Ver Winfried Hassemer. "Crítica al derecho penal de hoy", *Ad-Hoc*, p. 88.

(37) Nesse sentido, Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 84. Ademais, assinala o autor que "a comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura o crime de *lavagem*. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção".

No processo penal, a regra é a de que existam indícios da autoria e prova da materialidade do crime para o oferecimento da denúncia. A Lei de Lavagem inovou ao exigir somente os indícios do crime antecedente. Porém, fica a indagação se este dispositivo não fere as garantias do acusado, é dizer, da mais ampla defesa e da presunção de inocência. Isto porque de acordo com o preceito contido no dispositivo, o acusado terá que se defender de uma acusação de lavagem de capitais baseada num crime antecedente que não restou provado, ou seja, há apenas indícios suficientes deste crime.

É certo que o processo penal é considerado geralmente um instrumento necessário de proteção dos valores recolhidos pelo Direito Penal, cuja função principal consiste em dotar o Estado de um procedimento preestabelecido para a aplicação do *ius puniendi*. A finalidade, portanto, das medidas restritivas de direito fundamentais suscetíveis de serem adotadas no processo penal orientaria-se, assim, em princípio, a permitir aos órgãos do Estado a satisfação dos fins próprios do Direito material, dando deste modo resposta ao interesse de persecução penal que anima sua atuação neste âmbito e que se opõe ao *ius libertatis* dos cidadãos.[38]

O questionamento que se impõe é no sentido de que até que ponto o Estado pode efetivar essas medidas de persecução penal sem ferir os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ainda que o crime de lavagem seja um crime grave, não se pode permitir ao Estado que viabilize uma acusação contra o indivíduo baseada em "indícios suficientes" dos crimes antecedentes.

Montañez Pardo,[39] ao tratar da prova indiciária na Espanha, afirma que é possível a aceitação desta, mas, adverte que ela deve observar alguns requisitos e os resume desta forma: a) Os indícios devem estar plenamente seguros. Assim, não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; b) Concorrência de uma pluralidade de indícios. É necessário que concorram uma pluralidade de indícios, pois um fato único ou isolado impede fundamentar a convicção judicial com base na prova indiciária; c) Existência de razões dedutivas. Entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.

Talvez, utilizando-se este critério para a verificação dos indícios do crime antecedente, seria possível que se viabilizasse a inicial acusatória pelo crime de lavagem de dinheiro. Acreditamos que o melhor seria uma prova segura do crime antecedente, que, necessariamente não significa uma sentença condenatória, mas, que permita ao juiz a verificação dos fatos típicos e antijurídicos que geraram os bens aptos a serem lavados.

A doutrina brasileira menciona que a denúncia não precisa descrever minuciosamente o crime antecedente, pois isso deve ser feito em relação ao crime de lavagem. Mas enfatiza que cabe ao Ministério Público demonstrar ao juiz que a

(38) Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Colex, 1990. p. 243.

(39) Miguel Angel Montañes Pardo. *La presunción de inocencia*, 1999. p. 106-109.

inicial acusatória está fundamentada em seguros indícios de que o crime de lavagem provém direta ou indiretamente da prática de um daqueles crimes antecedentes previstos na Lei 9.613/98.[40] Assim, se não houver uma base probatória mínima que demonstre a existência do crime antecedente, a denúncia deverá ser rejeitada.[41]

3.4 Crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem e cometidos no estrangeiro

Uma das características do delito de lavagem de capitais é a possibilidade de ser realizado em um país distinto daquele onde foi cometido o delito prévio que originou os bens,[42] é dizer, é possível que o delito prévio que dá origem aos bens tenha sido cometido em um país e o delito de "lavagem" em outro diferente.[43]

Os legisladores, preocupados com a internacionalização deste delito, atendem às recomendações internacionais em matéria de lavagem de capitais relativas aos delitos prévios cometidos no estrangeiro e introduzem nos Códigos Penais dispositivos para prevenção desta forma de delito.[44]

Nossa legislação adotou esta sistemática, pois a Lei 9.613/98 trouxe previsão expressa no sentido de que o crime antecedente que gera bem idôneo para o delito de lavagem de dinheiro possa ser cometido no estrangeiro. Assim, o art. 2.°, II, da Lei 9.613/98, estabelece expressamente:

"Art. 2.° O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II – Independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país."

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o legislador brasileiro adotou um critério fechado ou *numerus clausus* para descrever os crimes que podem gerar bens suscetíveis e idôneos para serem "lavados". Assim, somente serão objeto de "lavagem" os bens que tenham sua origem ou procedam de um dos delitos previamente enumerados na Lei 9.613/98.[45]

(40) Cfr. Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 82.

(41) Luiz Flávio Gomes, em Raúl Cervini, Willian Terra de Oliveira e Luiz Flávio Gomes, ob. cit., p. 356.

(42) Gonzalo Quintero Olivares. *Comentarios a la parte especial del derecho penal.* Aranzadi, p. 708.

(43) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Tirant lo blanch, 1997. p. 141; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 244; Gonzalo Quintero Olivares. *Comentarios a la parte especial del derecho penal.* Aranzadi, 1996. p. 703.

(44) Na Espanha há disposição expressa neste sentido, de acordo com o art. 301, número 4, do Código Penal. O legislador alemão também fez tal previsão no art. 261, 2, VIII, do Código Penal alemão.

(45) Nem todos os países adotam este sistema. O legislador espanhol, por exemplo, menciona que os bens suscetíveis e idôneos para constituir-se em objeto de lavagem de dinheiro são os que têm sua origem ou procedam de um delito grave. Assim, o fator decisivo é a gravidade da pena e não o delito propriamente dito.

Como nosso legislador fez esta opção, é dizer, trouxe um rol taxativo dos delitos prévios que podem gerar bens que serão objeto material do delito de "lavagem", não importa a gravidade da pena destes delitos.

Assim, de acordo com o art. 1.º da Lei 9.613/98, os crimes antecedentes que podem gerar bens idôneos para "lavagem" são: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa.

A nosso juízo, a redação deste preceito pode gerar problemas. Como já mencionamos, nosso legislador adotou um sistema fechado ou taxativo de crimes antecedentes que podem gerar bens aptos a serem "lavados". De acordo com isso e com o preceito contido no art. 2.º, II, da Lei 9.613/98, os crimes praticados no estrangeiro possíveis de gerar bens para a "lavagem" serão somente os previstos na lei brasileira.

Não será fácil a tarefa de aplicar o preceito contido neste artigo, isso porque, como frisamos, o art. 2.º, II, menciona expressamente que os delitos prévios são "os crimes antecedentes referidos no artigo anterior", ou seja, o legislador restringiu a possibilidade aos delitos previstos na lei brasileira.

De acordo com a interpretação literal da lei, existem delitos prévios previstos na Lei 9.613/98 que se forem praticados no estrangeiro não serão aptos a gerar bens objeto de lavagem de capitais no Brasil. Ao adotar um sistema taxativo, o legislador brasileiro tem que ficar adstrito aos delitos previamente previstos em nossa lei. Para exemplificar: quando o legislador menciona os crimes cometidos contra o "sistema financeiro nacional" ou contra a "Administração Pública" como crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, está fazendo referência ao sistema financeiro do Brasil ou, à nossa administração pública. Assim, se um sujeito comete um crime contra o sistema financeiro da Alemanha e introduz os valores obtidos de forma ilícita no Brasil, não se pode falar em lavagem de dinheiro, isso se respeitarmos o princípio da reserva legal garantido pela Constituição Federal e pelo Código Penal.

Porém, há outros delitos que praticados no estrangeiro não podem gerar bens idôneos para serem "lavados". A lei brasileira de lavagem de dinheiro estabelece o terrorismo como crime antecedente ao de lavagem. Neste caso, há uma particularidade. O Brasil não possui a figura típica de terrorismo.[46] Portanto, como seria possível lavar bens procedentes de um crime de terrorismo praticado no exterior se o Brasil não descreve esta modalidade de conduta? Assim, ainda que o terrorismo seja praticado no estrangeiro e os bens obtidos através deste sejam introduzidos no Brasil, não acreditamos que possam ser considerados objeto de lavagem de dinheiro.

(46) Marco Antonio Barros. *Lavagem de dinheiro*. Oliveira Mendes, 1998. p. 14-15, assinala que o nosso Direito não define a figura típica do terrorismo, embora a Constituição Federal e a lei que dispõe sobre os crimes hediondos façam menção ao crime de terrorismo, em nenhuma delas encontra-se a definição.

Outro crime antecedente ao de lavagem que pode trazer problemas é o praticado por uma organização criminosa. Novamente não temos uma definição precisa de organização criminosa no Brasil.[47] Logo, se o legislador brasileiro não definiu o que é uma organização criminosa, ainda que esta pratique crimes no exterior e o proveito destes seja introduzido no Brasil, não serão objeto de lavagem de capitais.

Superados estes problemas, não resta superado um outro: como se define que a conduta praticada no exterior constitui um crime? O crime deve estar tipificado em ambos países, isto é, onde o delito prévio foi cometido e onde os bens foram lavados? Basta a tipificação do delito no país onde foi cometido? Ou, ainda, basta a tipificação como crime no país onde foi introduzido para ser lavado?

Como mencionamos linhas acima, nossa legislação parece resolver o problema somente mencionando que os bens aptos a serem lavados devem proceder de um dos crimes taxativamente enumerados no art. 1.°, I a VII, da Lei 9.613/98. A doutrina também não se posicionou a respeito.

É perfeitamente possível que o fato não seja crime no país onde foi executado, mas, constitua crime segundo a legislação brasileira. Imagine-se a hipótese em que um sujeito vende drogas num país onde esteja despenalizada e legalizada tal atividade, ou quando realize um delito no exterior, também previsto na lei brasileira, mas sob o abrigo de uma causa de justificação não prevista no direito brasileiro. Se posteriormente transferem-se os bens que resultem de tal delito ao Brasil, quem os oculta ou dissimule sua natureza será responsável pelo delito de lavagem de capitais de acordo com os dispositivos da lei brasileira.[48]

Com fundamento na doutrina estrangeira, não é possível esta interpretação, pois não é possível a punição dos casos em que o fato no qual têm sua origem os bens não é delito no país aonde foram realizados. Isso porque se um dos fundamentos da incriminação das condutas de lavagem é evitar o enriquecimento ilícito, enquanto estes bens procederem de fatos que no país onde foram realizados não constituem delito, não se pode afirmar que se produziu um enriquecimento ilícito. Mas, chega-se à mesma conclusão partindo-se de outra das razões da incriminação desta conduta, qual seja, a de evitar que se incorporem, no tráfico econômico, bens que não são lícitos. Assim, quando os bens não têm a origem delitiva, não necessitam ser lavados e, pela mesma razão, sua incorporação ao tráfico econômico não pode produzir nenhuma alteração no mercado.[49]

Por fim, uma das finalidades da norma penal é a proteção de bens jurídicos através da incriminação de condutas que podem lesá-los. As condutas que reca-

(47) Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 28; Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. "Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034", em *Justiça Penal, Críticas e Sugestões* 3, São Paulo : RT, 1995. p. 167 et seq.; Winfried Hassemer. "Segurança pública no estado de direito", *RBCCrim* 5, ano 2, jan.-mar., São Paulo : RT, 1994. p. 55 et seq.

(48) Cfr. Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 249.

(49) Cfr. Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 148.

em sobre os bens que procedem de fatos que não são constitutivos de delito no país onde foram cometidos ou segundo a lei brasileira, de nenhuma maneira podem lesionar a circulação dos bens no mercado como bem jurídico protegido por este delito.[50]

Estamos de acordo com esta interpretação, ou seja, somente poderá haver o crime de lavagem de capitais se o delito previsto na lei brasileira que originou os bens aptos a serem lavados também constituir crime no estrangeiro. Assim, não basta a previsão expressa pelo legislador brasileiro dos crimes antecedentes que são aptos a gerar bens idôneos à lavagem. Torna-se necessário verificar se o fato também é previsto como crime no país de origem.

Para solucionar a questão, melhor seria que utilizássemos o princípio da dupla incriminação,[51] utilizado pela doutrina estrangeira na extradição e também sustentado para os delitos de lavagem de dinheiro.[52] Isso porque se o pressuposto essencial para que os bens constituam objeto material do delito de lavagem de capitais é que tenham sua origem num fato típico e antijurídico, o mesmo deve aplicar-se aos bens que procedam de um fato cometido totalmente no estrangeiro. Assim, os bens terão que proceder de um fato típico e antijurídico tanto no país onde foram realizados como segundo a legislação brasileira. Por isso, dupla incriminação ou princípio da identidade.

Isso não significa que deva existir uma identidade total das leis penais que incriminem o fato prévio, no sentido de que ambos tipos delitivos protejam o mesmo bem jurídico e que sua estrutura seja a mesma, senão que as normas protejam um bem jurídico semelhante e que o tipo penal sancione sua lesão como um tipo comum.

Acreditamos, assim, que é imprescindível que o fato prévio cometido no estrangeiro tenha de ser típico e antijurídico tanto na legislação do país onde foi executado como na legislação brasileira. Portanto, descabe a aplicação literal do conteúdo do art. 2.°, II, que faz referência expressa aos crimes referidos no artigo anterior (art. 1.°), ou seja, só poderão ser objeto de lavagem os bens procedentes dos crimes previstos no art. 1.° e cometidos no exterior se, no país onde forem cometidos, também forem considerados fatos típicos e antijurídicos.

4. Participação no delito prévio e no delito de lavagem

Um problema que merece atenção pela doutrina é o de solucionar os casos em que o sujeito tenha participado tanto no delito prévio como na própria lava-

(50) Cfr. Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 148.

(51) Sobre o princípio da dupla incriminação, vide Garcia Arán, em Muñoz Conde e Garcia Arán. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed., p. 171 et seq.; Santiago Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general. 4. ed. Barcelona : PPU, 1996. p. 24; José A. Sainz Cantero. *Lecciones de derecho penal. Parte general.* 3. ed. Barcelona : Bosch, 1990. p. 436; Gonzalo Rodriguez Mourullo. *Derecho penal. Parte general.* Civitas, 1978. p. 175.

(52) Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 149; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 249.

gem de dinheiro. Por exemplo, o sujeito intervém no crime de tráfico de drogas e, posteriormente, oculta ou dissimula a origem dos valores obtidos na comissão daquele delito.

Nesses casos em que o sujeito intervém nos dois delitos, isto é, no delito prévio e na própria lavagem, deve-se analisar por qual crime ou crimes será responsável. A doutrina brasileira não faz um estudo detalhado da questão.

Como as condutas estabelecidas na Lei de Lavagem são similares aos crimes de receptação e favorecimento real, seria possível sustentar que o autor do crime antecedente somente reponde por este, ficando impune a conduta posterior. Com relação ao crime de receptação a doutrina majoritária brasileira reconhece que o sujeito ativo da receptação pode ser qualquer pessoa, salvo o autor, co-autor ou partícipe do delito antecedente. Ainda que execute o crime antecedente, não poderá ser autor da receptação.[53]

Essa fundamentação se deve à adoção do princípio da consunção em que a consumação se amplia para abarcar também, através de critérios valorativos, uma pluralidade de fatos e ocorre nos casos de ações anteriores ou posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro de uma figura típica constitui o que normalmente ocorre. Assim, os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior, são por este consumidos.[54] Por exemplo, no caso do furto, aquele que participa da conduta de subtração e depois compra a parte do outro, não responde por receptação.

De acordo com o sustentado para a receptação, o sujeito que participasse do delito prévio descrito na Lei de Lavagem não poderia ser autor deste delito, pois sua conduta ficaria consumida pelo delito anterior.

Não é possível a aplicação do princípio da consunção ao delito de lavagem, porque para que ocorra um fato posterior impune é necessário que o fato posterior praticado pelo sujeito não lese um bem distinto ao vulnerado pelo delito anterior, isto é, a conduta do sujeito ativo deve lesionar um mesmo bem jurídico. Assim, os tipos penais prévios previstos na Lei de Lavagem de capitais teriam que já incluir o desvalor da própria lavagem. Mas, isso não ocorre, pois não há identidade de bem jurídico protegido entre os delitos prévios e o posterior delito de lavagem, uma vez que o delito de lavagem é uma figura autônoma que tem seu próprio bem jurídico, o que permite diferenciar com exatidão este delito com relação aos delitos prévios. Deste modo, a conduta de lavagem de capitais do sujeito que também tenha participado do delito prévio lesiona um novo bem jurídico, permitindo a

(53) Damásio de Jesus. *Direito penal. Parte especial.* 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 2, p. 426; Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal. Parte especial.* 3. ed. São Paulo : Atlas, 1986. v. 2, p. 323; Heleno Fragoso. *Lições de direito penal.* Parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. v. 1, p. 551.

(54) Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. A nova parte geral.* 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 377; Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral.* 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 134-135.

apreciação de uma nova infração, independente da que se realizou previamente. Portanto, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha participado no delito prévio, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior[55] ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam.[56]

A outra possibilidade é considerar as condutas posteriores à lavagem de dinheiro como favorecimento real (art. 349, CP). Isso porque a hipótese de favorecimento real diz respeito, justamente, às pessoas que não tenham participado do delito prévio, ou seja, o auxílio deve ser prestado depois da prática do delito. O sujeito do crime previsto no art. 348, CP, não pode ter participado do crime anterior, pois é impune a ação de "autofavorecer-se".[57] De acordo com isso, se o sujeito atua no delito prévio, por exemplo, tráfico de drogas e depois ajuda de qualquer forma a ocultar os bens provenientes daquele delito, não pode ser condenado pela ocultação, pois seria autor do delito prévio.[58] Uma primeira análise do tipo penal do crime de lavagem de dinheiro permitiria esta interpretação, pois o art. 1.º, da Lei 9.613/98, menciona os termos "ocultar ou dissimular". Logo, aquele que trafica drogas e depois oculta o proveito obtido, em tese, estaria cometendo o delito de favorecimento real previsto no art. 349 do CP e, assim, ficaria impune por esta ocultação e não responderia pelo delito de lavagem que tem tipificação similar.

Um setor da doutrina espanhola defende esta posição aplicando o privilégio do "autoencubrimiento" previsto no art. 451 do Código Penal espanhol[59] ao tipo de lavagem de dinheiro. Os argumentos utilizados para quem defende esta postura são no sentido de que ainda que o artigo referente à lavagem de capitais mantenha silêncio a respeito do tema e constitua uma tipificação autônoma de um delito de "encubrimiento", é possível afirmar que o critério em que se apoia a impunidade do delito posterior cometido pelos responsáveis do fato prévio quando pretendam elidir a ação da justiça é o privilégio do "autoemcubrimiento" e o

(55) Heleno Fragoso, ob. cit., p. 376.

(56) Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 236.

(57) Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. Parte especial.* 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. II, p. 531; Celso Delmanto. *Código Penal comentado.* 3. ed. Renovar, 1991. p. 537; Rui Stoco, em Alberto Silva Franco e Rui Stoco. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 6. ed. São Paulo : RT, 1997. v. 1, t. II, p. 3.875.

(58) Magalhães Noronha. *Direito penal.* 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. vol. 4, p. 390.

(59) O art. 451 do Código Penal espanhol estabelece: "Será castigado com a pena de prisão de seis meses a três anos o sujeito que, com o conhecimento da comissão de um delito e sem intervir no mesmo como autor ou cúmplice, intervém posteriormente a sua execução, de algum dos modos seguintes: 1.º) Auxiliando aos autores ou cúmplices para que se beneficiem do proveito, produto ou preço do delito, sem ânimo de lucro próprio. 2.º) Ocultando, alterando ou inutilizando o corpo, os efeitos ou os instrumentos de um deleito, para impedir seu descobrimento".

fundamento de tal fato reside no princípio da não exigibilidade de outra conduta distinta da realizada.[60]

O argumento da inexigibilidade de outra conduta reside no fundamento de que não se pode exigir de uma pessoa que delinqüiu que se entregue à polícia ou à justiça. O sujeito, ante a possibilidade de evitar os efeitos prejudiciais que podem derivar-se da ação policial ou judicial, encobre seu delito mediante a ocultação dos bens que dele obteve. Assim, não se pode exigir uma conduta distinta de quem cometeu um delito e pretende sua ocultação mediante o encobrimento dos bens que daí derivaram, uma vez que se encontra numa situação em que resulta compreensível a atuação desta maneira. Do contrário, se estaria exigindo uma declaração contra si mesmo e não se pode exigir do criminoso que se descubra, isto é, não se pode castigar um criminoso porque encobriu os bens derivados do delito que cometeu, pois isto eqüivaleria a exigir-lhe uma declaração contra si mesmo.[61]

Não concordamos com esta posição. O bem jurídico tutelado no delito previsto no art. 349, CP, é a Administração da Justiça, pois o auxílio tem o sentido de assegurar o proveito do crime, dificultando ou impedindo a ação da justiça[62] e a doutrina brasileira que se manifestou a respeito do delito de lavagem de dinheiro assinala que o bem jurídico protegido é o sistema econômico e financeiro do país.[63] Assim, quando o sujeito do delito prévio realiza condutas que constituam um novo delito autônomo tipificado numa lei especial para castigar precisamente condutas dirigidas a evitar o descobrimento por parte das autoridades do delito prévio cometido, não tem aplicação o "autofavorecimento" previsto no art. 349 do Código Penal brasileiro.

As modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei 9.613/98 não tipificam condutas de favorecimento, ainda que possam parecer similares. É que a comissão de condutas típicas de lavagem não supõe o ataque ao bem jurídico Administração da Justiça, senão à circulação ou tráfico de bens no mercado econômico e financeiro do país, o que significa que as condutas de lavagem possuem uma tipificação autônoma.

A nosso juízo, a solução para os casos em que o sujeito participa do delito prévio e também do delito de lavagem de dinheiro é a aplicação do concurso de delitos, ou seja, deve-se aplicar a regra do concurso material de delitos prevista no art. 69 do Código Penal brasileiro.

A intenção do legislador, sem dúvida, foi boa. Aliás, todos os países vêm adotando leis que visam combater a lavagem de capitais. O problema, como sempre, é a pressa do legislador em editar leis que, após sua promulgação, dificilmente serão aplicadas. A solução passa para as mãos do Poder Judiciário, que, ao enfrentar a péssima técnica legislativa, acaba não dando efetividade à lei, vale

(60) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 479 et seq.

(61) Com mais detalhes, Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 471 et seq.

(62) Heleno Fragoso, ob. cit., p. 534.

(63) Marco Antonio Barros, ob. cit., p 5.

dizer, não consegue aplicá-la. A lei acaba misturando disposições penais e processuais, alterando regras já existentes, esquecendo garantias, tudo objetivando sua aplicação, mas, na realidade, provoca o contrário, sua falta de aplicação pela péssima redação.

Hassemer já assinalava que o Direito Penal material e o Direito Processual Penal estão unidos funcionalmente. Um direito penal autenticamente respeitoso com os princípios jurídicos só é possível se também o Direito Penal material for autenticamente respeitoso. A criminalização em grande escala no Direito Penal também deve conduzir a um direito processual regulado para esta grande escala. "Atuar com justiça" não é, por conseguinte, um problema do Direito Processual Penal, senão também do Direito Penal material.[64]

(64) Winfried Hassemer. "Rasgos y crisis del derecho penal moderno". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. II, p. 246.

3.2

ALGUNS ASPECTOS AINDA CONTROVERTIDOS RELATIVOS AOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

SUMÁRIO: 1. Introdução. Aspectos importantes relativamente pacificados – 2. A intributabilidade dos bens, valores e direitos oriundos de atividades ilícitas – 3. Diferenciação entre delito contra a ordem tributária, delito contra a Administração Pública, e crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Delito praticado por organização criminosa – 4. Conclusões.

Resumo: Análise detalhada de alguns aspectos já pacificados e outros ainda controvertidos referentes aos delitos contra a ordem tributária. Algumas das questões abordadas tratam da existência de um elo indissolúvel entre o ilícito penal e a exata compreensão da matéria tributária, ou a intributabilidade dos bens, valores e direitos oriundos de atividades ilícitas ou, ainda, a diferença entre as sanções aplicáveis aos delitos de sonegação fiscal e as aplicáveis aos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores descritos na Lei 9.613/98.

Palavras-chave: Sonegação fiscal – Lavagem de dinheiro – Execução fiscal – Perdimento de bens – Ilícito tributário – Crime tributário.

1. Introdução. Aspectos importantes relativamente pacificados

Sobre as questões jurídicas sempre haverá de existir controvérsia. O direito é continuamente descoberto e redescoberto, sendo a lei, no sentido formal, mero enunciado lingüístico. Desde *Oscar Bülow,* tornou-se cediço afirmar que a criação do direito não se esgota no ato legislativo. Esse o motivo – as constantes mutações e evoluções de sentido – pelo qual o sistema jurídico prevê uma série de princípios, que pacificam, encerram os conflitos ou conferem um mínimo de segurança (coisa julgada, prescrição) ou contraprincípios, capazes de atenuar a arbitrariedade ditada pela necessidade de estabilidade (a retroatividade benigna).

Apesar disso, certos pontos essenciais, que provocaram conflitos mais intensos entre os contribuintes e os Fiscos (e Ministério Público), parecem hoje acomodados. Esses pontos têm como núcleo central, *a unidade do injusto.* A partir da aceitação dessa unidade, tomou-se como certo que a exclusão da ilicitude por parte do legisla-

(*) Publicação do VI Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

dor tributário acarreta a exclusão da ilicitude penal (ação conforme o Direito) e compreendeu-se melhor a extensão do art. 138 do CTN. Da mesma forma, se estudaram mais adequadamente as relações entre outras causas extintivas do crédito tributário e os delitos contra a ordem tributária.

Ninguém duvida de que *não pode haver distinção entre os crimes sancionados com pena privativa de liberdade, no corpo do Código Penal e outros, disciplinados pelo legislador em leis especiais e, por ele, também punidos com igual pena.* Sob esse aspecto, não há discrepância na doutrina nacional ou estrangeira (e mesmo na jurisprudência dos mais diversificados países). Ao contrário, mesmo aqueles doutrinadores que se esforçaram – inutilmente – por buscar uma autonomia científica do Direito Tributário, distinguindo entre as *sanções penais repressivas*, campo próprio do Direito Penal, e aquelas *sanções indenizatórias ou ressarcitórias (multas pecuniárias)*, que configurariam o ilícito tributário não penal, admitiram a aplicação dos princípios básicos do Direito Penal aos *delitos de fundo tributário, sancionados com penas privativas de liberdade* (como a sonegação fiscal), ainda que tais delitos venham regulados em leis próprias, estranhas ao Código Penal.

Não se discute, há muito tempo, o óbvio, ou seja, se um crime é crime, se o delito de sonegação fiscal, sendo delito, merece o mesmo tratamento dos demais. Pareceu lógico e justo à doutrina e à jurisprudência da massa dos países ocidentais que, se o legislador ordinário contemplou tal espécie penal em lei própria, extravagante, destacada do catálogo dos crimes elencados no Código Penal, tal fato não o privava dos mesmos princípios fundamentais constitucionais e gerais, comuns aos outros lá constantes. Hoje se vai além. O que quer a maior parte da doutrina é a unidade do ilícito, do injusto ou da antijuridicidade. E foi a partir dessa unidade que o grande penalista Beling construiu a sua teoria dos tipos, ou da tipicidade, ainda nas primeiras décadas deste século.

Lembra García Belsunce que, embora Rousseau já tivesse dito que "as leis criminais, no fundo, antes de serem uma espécie particular de leis, são a sanção de todas as outras" (*Du contrat social*, t. II, cap. XII), coube a Binding estabelecer a diferença entre norma e lei penal, diferença que veio a fundamentar a *unidade do injusto* (*Derecho tributario penal*. Buenos Aires : Depalma, 1985. p. 50-51).

Efetivamente, Binding empreendeu a dissociação entre lei e norma. Observou que a lei penal descreve uma conduta que é, precisamente, a do delinqüente, o qual, portanto, *não a viola*, como comumente se diz. É que, segundo Binding, no ordenamento jurídico, há normas que, geralmente, não vêm formuladas expressamente. Em matéria penal, elas derivam, unicamente, da primeira parte da lei penal (cf. Die Normen und ihre Übertretung, 1919, apud Armin Kaufmann. *Teoría de las normas*. Trad. Enrique Bacigalupo e outro. Buenos Aires : Depalma, 1977. p. 5-6). Assim, quem comete o delito que vem descrito na primeira parte da lei penal, positiva, faz aquilo que a proibição, que vem contida na norma implícita, quer que se omita (nos delitos comissivos). A norma é editada apenas para *evitar a ação descrita*. Daí resulta que, para Binding, as normas mais importantes, que contém as proibições, não estão expressas no direito escrito, mas vêm formuladas *através* da lei penal; são deduzidas por meio dela, mas não estão nela.

Com razão, Sebastián Soler afirma que Beling derivou sua *teoria do tipo* exatamente dessa dissociação entre norma e lei. *A norma é a conduta desejável,* pressupostamente prescrita. Enquanto a lei penal é a descrição da conduta oposta, proibida. A norma é logicamente autônoma e seu alcance não pode ser uma figura imaginariamente descrita, *ela apenas valora.* Já a lei penal é que descreve e cria figuras penais (cf. Derecho penal argentino. 4. ed. Buenos Aires : Ed. Argentina, 1973. vol. I, p. 113).

A unidade do injusto assim como a noção de norma implícita, além do Direito Penal, acarretaram a concepção de que o antijurídico não se deduz desse último ramo jurídico, *mas das restantes partes do Direito, as quais são aquelas efetivamente lesadas pela ação delituosa.* Beling, como Binding, afirma que, ao contrário, o delinqüente obra segundo o pressupõe a lei penal e, deste modo, melhor a realiza (cf. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo.* Trad. de S. Soler. 1. ed. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 22).

Nos delitos de fundo tributário, as normas que valoram, que são efetivamente lesadas, *são aquelas tributárias.* O comportamento descrito na lei penal – de sonegação fiscal, de infringência à ordem tributária – se concretizado, realizará a lei penal. Mas a *antijuridicidade* (vale dizer, o injusto ou a ilicitude da ação) só se compreende por meio da interpretação e integração das leis tributárias, que definirão os deveres e direitos que devem ser observados. Por isso, Adolf Merkel, com base nessas premissas, acentuou o critério unitário do injusto. Lembra Jimenez Asúa que todos os ensaios de diferenciação entre os pretendidos ilícitos civis, penais e administrativos fracassaram. A doutrina sustenta que não há diferença ontológica ou qualitativa entre o ilícito penal comum, o administrativo, civil ou tributário. Assim também Beling, Franz von Liszt, von Hippel, Mezger, Welzel, Schwaiger, Mayer, Wagner, Hensel, Blumenstein, Sainz de Bujanda, Sebastián Soler, Manzini, Dino Jarach, Marienhoff, Rizzi, Terán Lomas, Rodríguez Devesa, R. Bielsa, Freytes, Zanelli e Martínez (Ver por todos, Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires : Losada, t. II, p. 834-845).

Alguns desses autores admitem distinguir entre delito e contravenção, a partir da diferente natureza do bem jurídico protegido, mas a maior parte funda a distinção apenas na natureza da sanção. A sanção penal acarreta uma diminuição de um bem jurídico do transgressor, sendo repressiva, enquanto a sanção civil teria cunho compensatório ou ressarcitório. Mas negam uma diferença qualitativa ou ontológica. E mais, não apenas inexiste tal distinção essencial, mas, ainda, *a compreensão do injusto penal depende da compreensão do injusto tributário.* A lei penal, que descreve delitos de fundo tributário, como a sonegação fiscal, não pode ser aplicada sem apoio no Direito Tributário, porque as *espécies penais* nela estabelecidas *são complementadas pelas normas tributárias.* Alguns juristas, como Klaus Tipke, chamam-nas de normas penais em branco ou a serem preenchidas por outro ramo jurídico (Blankettvorschriften) e afirmam:

"para aquele que quer se ocupar do Direito Penal Tributário, como advogado ou juiz, os conhecimentos de Direito Tributário são imprescindíveis" (cf. "Für den, der sich im Steuerstrafrecht als Anwalt oder Richter betätigen will, sind

daher steuerrechtliche Kanntnisse unerlässlich ". Tipke. Steuerrecht. 9. Köln. O. Schmidt, 1983. p. 627).

O fenômeno é realçado ou salientado no Direito Penal e Tributário, como lembra o renomado autor tedesco, citado acima, pois os crimes de fundo fiscal dependem da violação dolosa ou fraudulenta dos deveres materiais e formais, minuciosamente descritos nas leis tributárias (e não nas leis penais). Mas, de modo geral, o mesmo ocorre com outros delitos e outros ramos jurídicos. Sebastián Soler argumenta, corretamente, que a lei penal apenas descreve as hipóteses de ilicitude (matar alguém, apropriar-se de coisa alheia móvel...). Para que o tipo descrito pela lei penal seja um *fato ilícito e punível, deve ser executado sem direito*, e "este problema não se resolve no direito penal mas em toda a ordem jurídica. Um fato ilícito não é um fato contra o direito penal, mas contra todo o direito" (cf. *Derecho penal argentino*. 4. ed. 1978. t. I, p. 12).

Então, a conduta típica – apropriar-se de coisa alheia – só é penalmente relevante, se for antijurídica, contrária ao Direito. Se a apropriação estiver autorizada em outro ramo jurídico (exercício regular de direito, estado de necessidade etc.), não poderá trazer conseqüências penais. Igualmente os delitos contra a ordem tributária supõem não só a realização das condutas "típicas", descritas na lei penal, como ainda, necessariamente, a infringência dos deveres tributários. Se o Direito Tributário autoriza o comportamento, exclui-se a antijuridicidade e não se configura o crime.

O princípio da unidade do injusto penal e tributário (como penal-civil ou penal-comercial), por força do qual, aquilo que é penalmente sancionado, é também ilícito para a totalidade do sistema jurídico, não encontra nenhuma exceção. Nem é desmentido pelo fato inverso de que determinada conduta pode ser civil, administrativa ou tributariamente ilícita, embora não seja delito, nem seja sancionada pela lei penal, com pena privativa de liberdade.

Não é crime, por exemplo, deixar de pagar o tributo, ou de recolhê-lo de forma reduzida, embora esse fato contrarie um dever jurídico, sancionado com multas e execução forçada. Também não poderá ser criminoso um fato autorizado pelo Direito Tributário. Embora possa preencher, aparentemente, o requisito da "tipicidade", o fato autorizado *não será delito, não poderá ser penal tributário, pois estará excluída a antijuridicidade*.

Se um único fato é gerador de responsabilidade civil e penal, a nossa lei mantém o princípio da independência da responsabilidade dispondo:

"A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime" (art. 1.525 do CC).

A independência da responsabilidade e da ação civil em relação à penal não autoriza a rejeição da fusão do antijurídico, sob o argumento de que o injusto se quebraria em tantas partes quantas sejam os setores do Direito, pois falar-se-ia em antijuridicidade penal, administrativa, civil, tributária etc.

É esclarecedora a imagem oferecida por K. Roxin, formada por dois círculos concêntricos. Com rara felicidade, escreve o jurista tedesco:

"A antiga figura de Beling, de dois círculos secantes , com a qual se queria representar as relações entre tipicidade e antijuridicidade requer, portanto, uma pequena correção: pode pensar-se em dois círculos concêntricos, dos quais o *menor* representa o tipo penal e o *maior*, a antijuridicidade. Desta forma se compreende que não se dá um comportamento tipicamente adequado que não ocorra dentro do âmbito da antijuridicidade, mas que uma conduta antijurídica de nenhuma maneira deve ser necessariamente típico-penal" (cf. *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico.* Trad. E. Bacigalupo. Buenos Aires : Depalma, 1979. p. 287-288).

Conclui-se, então, que não pode existir crime tributário de qualquer espécie que, simultaneamente, não configure transgressão de dever tributário, ilícito fiscal. Mas a recíproca não é verdadeira. Inversamente, poderá haver infringência de norma tributária (não pagamento de tributo, ou pagamento insuficiente), portanto antijuridicidade tributária, sem que, entretanto, ocorra fato delituoso (v. estudo mais completo em nosso *Direito tributário, direito penal e tipo.* São Paulo : RT, 1988. p. 165-166). A unidade do injusto penal-tributário, fenômeno de integração e complementação jurídica necessária, acarreta as seguintes conseqüências, diretamente relacionadas com os delitos de fundo fiscal, ou crimes contra a ordem tributária:

1. nenhuma decisão de direito penal pode ser tomada sem pleno conhecimento da exata extensão e compreensão das normas tributárias, relacionadas com a espécie, as quais são inteiramente aplicáveis;

2. aplicam-se aos delitos de natureza tributária as mesmas garantias constitucionais, jurisdicionais e legais, que representam a proteção histórica do cidadão frente às possíveis arbitrariedades do Estado, como legalidade, especificidade conceitual rígida dos delitos, irretroatividade, retroatividade da lei mais benigna, culpabilidade pessoal, benefício da dúvida, devido processo penal, admissão do erro excusável etc. (v. Dino Jarach. *Curso superior de derecho tributario.* Buenos Aires : Liceo Proficional. Cima, 1969. p. 333 et seq.);

3. em cada caso concreto, a identificação da conduta do agente à espécie penal depende não só da subsunção aos dados descritivos, contidos na lei penal, como àqueles complementares da norma tributária;

4. exclui-se a existência do delito, se a conduta do agente estiver autorizada pelo Direito Tributário, pois a antijuridicidade penal decorre da totalidade da ordem jurídica (exercício regular de direito, por exemplo);

5. finalmente, convém lembrar também que o direito brasileiro, como sucede em muitos outros países, não comina pena privativa de liberdade para as infrações, nas dívidas pecuniárias. Assim, para a mora, ou para o não pagamento do tributo, total ou parcialmente, são previstas somente multa e execução forçada. Portanto, os delitos de fundo tributário exigem, para sua configuração, a prática dolosa de ações ou omissões descritas na lei penal, específicas, e não somente o não recolhimento dos tributos devidos.

Como os conhecimentos especializados do Direito Tributário são imprescindíveis e mais do que isso, uma questão prejudicial ao Direito Penal, é preciso lembrar as principais normas e princípios jurídico-tributários pertinentes.

Já registramos que a unidade do injusto e a noção de norma implícita, além do Direito Penal, acarretaram a concepção de que o antijurídico não se deduz desse último ramo jurídico, mas das restantes partes do Direito. Daí resultou a *visão tricotômica do delito*, de Ernst von Beling (v. *Esquemas de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. 1. ed. Buenos Aires : Depalma, 1944).

Segundo a visão tricotômica do delito, a mais difundida entre os doutrinadores de Direito Penal, o delito compõe-se de três elementos, partes ou aspectos: a adequação ao *Tatbestand*, também chamada de tipicidade, *a antijuridicidade* e a *culpabilidade*.

O *Tatbestand*, como elemento objetivo, é descrição da ação delituosa, contida na lei penal, avalorativa e independente, puro conceito legal, logicamente anterior, cuja *inexistência torna inviável a existência dos subseqüentes*.

O segundo elemento necessário à configuração do delito é a *antijuridicidade*, que encerra a valoração e resulta do exame da totalidade do sistema jurídico. Também independente, sua inexistência não compromete a existência do *Tatbestand*, mas impossibilita a do último elemento: *a culpabilidade*. Independente e isoladamente, cada um dos elementos é, no entanto, insuficiente para a formação do delito, embora seja cada um também imprescindível.

A dissociação radical entre cada um desses elementos, como se sabe, não mais prevalece nos dias de hoje. Com Meyer, descobriram-se os elementos normativos da espécie penal, abalando-se a confiança em uma tipicidade carente de valor e em uma antijuridicidade puramente objetiva, livre de elementos psíquicos. Com Mezger, a rígida separação entre tipicidade e antijuridicidade não mais se coloca, pois a delimitação do injusto se realiza através do *Tatbestand*, que é fundamento real e de validade *(ratio essendi)* da antijuridicidade (cf. *Tratado de derecho penal*. 9. ed., t. I, rev. José Arturo R. Muñoz, 1955. p. 379). Com Hans Welzel, o criador da teoria da ação finalista, deu-se a impregnação do aspecto subjetivo ao tipo, até então dotado apenas de elementos objetivos e externos da ação, o dolo desprendendo-se da idéia de culpabilidade para deslocar-se em direção ao *Tatbestand*. Segundo a teoria da ação finalista, como se sabe, o dolo é o saber, o conhecer o *Tatbestand* e querer a sua realização, configurando a verdadeira ação típica. O *Tatbestand* não é objetivo, no sentido de alheio ao subjetivo, mas "no sentido de objetivado" apenas. A *culpabilidade* passa a assentar-se em duas premissas, de acordo com Welzel: a) na capacidade, que exclui da imputação os menores e demais incapazes; b) na possibilidade de o autor da ação compreender a antijuridicidade de seu propósito, no fato de o autor não omiti-la, podendo e devendo fazê-lo (nos tipos comissivos) ou de omiti-la, podendo e devendo realizá-la (nos tipos omissivos). Assim, separa-se do dolo a consciência da ilicitude. O dolo do fato é transferido para o injusto, integrando o Tatbestand legal. Já a consciência da ilicitude é compreendida dentro da culpabilidade (cf. *Derecho penal alemán*, 11. ed. Ed. Jurídica de Chile, 1976).

Foi notória a influência da corrente finalista na reforma da Parte Geral de nosso Código Penal (Lei 7.209/84), pois "a posição assumida pelo legislador

levou-o a situar o problema do erro no terreno preferido pelos finalistas" (cf. M. Pedro Pimentel. "A teoria do crime na reforma penal". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* 23/11-26, 1985. p. 17).

Não importa quantas divergências existam nessa matéria. De qualquer maneira que prefiramos enfocar o tema, filiando-nos aos causalistas ou aos finalistas, o certo é que os crimes contra a ordem tributária pressupõem *dois núcleos essenciais, ligados em uma relação necessária de causa e efeito:*

1. a existência de tributo a pagar, inclusive acessórios, cuja redução ou supressão é o fim colimado pelo agente;

2. a prática dolosa de omissões ou atos específicos e fraudulentos, que servem como instrumentos de obtenção da vantagem financeira almejada: a supressão ou redução de tributo devido.

Assim, a desonestidade passível de incriminação não se apresenta pelo não pagamento do tributo, mas pelo engodo, embuste, pelo ludíbrio a que a Fazenda Pública é conduzida por meio dessas ações, dificultando-se, ou, às vezes, impossibilitando-se a descoberta do débito do contribuinte criminoso. Com lucidez e precisão, escreveu Roberto Lyra: "trata-se de iludir, de fraudar. É inconfundível. A incriminação pelo não pagamento em si importaria o regresso à arqueologia absolutista. Prisão por dívida..." (cf. *Criminalidade econômico-financeira.* Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 60).

Portanto, as causas que inibem o exercício da competência tributária ou a ocorrência do fato jurídico, como as imunidades e as isenções (inclusive alíquotas zero), são causas que afastam o tipo delituoso. Uma vez ocorrentes, não há competência (no caso das imunidades), nem fato tributável (no caso das isenções), portanto, inexiste dever tributário ou possibilidade de surgimento do dever tributário. Há patente impossibilidade de ocorrência do fato criminoso.

A lei brasileira não considera delituosa a conduta do contribuinte de manter omissa ou desatualizada a escrita, ou de não serem emitidos corretamente os documentos fiscais, se o tributo foi pago ou se não há tributo a pagar. As omissões ou atos específicos do contribuinte somente serão dolosos, se norteados pela vontade de lesar a Fazenda Pública e isso não será possível se o tributo devido foi pago ou se inexiste dever tributário.

Mas existem causas extintivas e supervenientes ao nascimento da obrigação tributária. A primeira causa extintiva do crédito tributário é o pagamento. Não resta a menor dúvida de que o pagamento *tempestivo* dos tributos devidos afasta mesmo a "tipicidade" penal, pois os delitos contra a ordem tributária pressupõem a prática de atos ou omissões dolosas, com o objetivo de reduzir ou suprimir tributo devido. Se houve o pagamento do tributo devido, o mero descumprimento de obrigações acessórias não caracteriza o delito contra a ordem tributária. Como vimos, tais delitos exigem, para sua configuração, não somente a omissão ou a prática de atos fraudulentos, como a existência de tributo, cujo pagamento se pretende evitar total ou parcialmente.

Questão interessante, não obstante, apresenta-se com o pagamento *intempestivo* do tributo. Será eficaz para afastar a punibilidade, nos termos pre-

vistos em lei. Hoje a nossa ordem jurídica elege o pagamento (efetuado antes da denúncia criminal) como causa extintiva da punibilidade.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 138, estabelece:

"A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

"Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."

A denúncia espontânea, disciplinada no art. 138 supra citado, é uma espécie de confissão cumulada com desistência do proveito da infração. Ao excluir a responsabilidade tributária, exclui, automaticamente, a penal. É preciso ponderar que, pesando as alternativas, ou estimular a desistência espontânea do proveito financeiro da infração com a total recomposição das perdas da Fazenda Pública ou correr o risco de sequer descobrir o delito e a extensão real dos prejuízos causados ao erário, o legislador optou, sabiamente, pela primeira. Se não existe possibilidade de aplicação de sanções tributárias, afastada fica também a punibilidade penal. A valoração do injusto é legal e se impõe ao intérprete e aplicador da lei. Outra interpretação colocar-nos-ia diante de uma contradição legal, em que o comando de uma norma se invalida pelo de outra. Se o fim da norma é facilitar a arrecadação, oferecendo ao contribuinte, que se denuncia espontaneamente, a vantagem de não sofrer penalidades pecuniárias, esse fim colimado estaria prejudicado se a denúncia levasse à condenação penal. A denúncia espontânea descaracteriza o ilícito tributário e, conseqüentemente, o penal.

O primordial é que a unidade do injusto indica que o antijurídico penal deriva das restantes partes do Direito, que são aquelas efetivamente lesadas com a ação criminosa. Se o Direito Tributário descaracteriza a ilicitude com a denúncia espontânea, na forma do art. 138 do CTN, também fica descaracterizada a antijuridicidade penal.

O mesmo raciocínio se pode utilizar quando o legislador tributário conceder remissão – causa extintiva do crédito – atingindo indiretamente a matéria penal. Embora a questão seja mais complexa pois a remissão pode ser concedida não só pela União, mas também por Estados e Municípios, entes políticos que não podem legislar sobre Direito Penal. Em se tratando de anistia, o Código Tributário Nacional coíbe a sua concessão, quanto "aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação". Mas essa espécie de limitação não existe em relação à remissão. A dispensa legal do pagamento de tributo devido, que caracteriza a remissão, não havendo ato definitivamente julgado, também descaracteriza a ilicitude e deve ser analisada a partir do primado do injusto.

Parece que essas questões acima apontadas têm merecido um tratamento homogêneo e, em seus aspectos mais essenciais, uma relativa pacificação.

Evidentemente inúmeras outras matérias são desafiantes, a saber: o processo criminal iniciado antes do término do procedimento administrativo tributário; os prazos prescricionais da ação penal e tributária; o erro excusável no campo da sonegação fiscal e a importante questão do sigilo bancário nas investigações penais de fundo tributário.

Não obstante, gostaria de realçar um tema que é central e prévio. Trata-se de pressuposto essencial sobre o qual não tem a doutrina meditado profundamente. A questão é: podemos tributar os bens e valores, que sejam oriundos de atividades ilícitas?

2. A intributabilidade dos bens, valores e direitos oriundos de atividades ilícitas

Não faltam ainda hoje autores de Direito Tributário que afirmam ser possível tributar atividades ilícitas ou rendimentos delas provenientes. (Parece-nos inadequado admitir a irrelevância da ilicitude. *Non olet!*)

Ao contrário, na ordem jurídica nacional, o correto é concluir que, estando comprovado o crime do qual se originaram os recursos ou o acréscimo patrimonial, seguir-se-á a apreensão ou o seqüestro dos bens, fruto da infração. E é absolutamente incabível a exigência de tributos sobre bens, valores ou direitos que se confiscaram, retornando às vítimas ou à Administração Pública lesada. Pois o tributo, que não é sanção de ato ilícito, repousa exatamente na presunção de riqueza, em fato signo presuntivo de renda, capital ou patrimônio.

De longa data, entre nós, as leis prevêem o destino dos bens de origem criminosa. O Código Penal disciplina a matéria, o Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946, diz incluírem-se entre os bens da União, "os bens perdidos pelo criminoso condenado por sentença proferida em processo judiciário federal" (art. 1.°, *k*). O Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689/41) determina o seqüestro de bens imóveis ou móveis (sendo o caso, busca e apreensão) adquiridos pelo indiciado com os proventos do crime. O perdimento daqueles bens, produto da infração, é assim a regra geral.

Mais recentemente, a Lei 9.613/98, que disciplina o crime de "lavagem de dinheiro", renovando, em alguns aspectos, as normas processuais pertinentes, determinou, como efeitos da condenação, a perda dos bens, direitos e valores, produto daquela espécie de delito, assim como a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza (art. 7.°, I e II). Mas o perdimento dos bens, fruto do ilícito é a regra geral, para todos os delitos.

Imposto poderá incidir sobre a ostentação de riqueza ou o crescimento patrimonial incompatíveis com a renda declarada, no pressuposto de ter havido anterior omissão de receita. Receita, em tese, de origem lícita, porém nunca comprovadamente criminosa. Não seria ético, conhecendo o Estado a origem criminosa dos bens e direitos, que legitimasse a ilicitude, associando-se ao delinqüente e dele cobrando uma quota, a título de tributo. Comprovada a última hipótese, a solução jurídica correta é o perdimento de bens.

Portanto, põem-se alternativas excludentes, ou a origem dos recursos é lícita, cobrando-se em conseqüência o tributo devido e sonegado, por meio da execução fiscal, ou é ilícita, sendo cabível o perdimento dos bens e recursos, fruto da infração.

3. Diferenciação entre delito contra a ordem tributária, delito contra a Administração Pública, e crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Delito praticado por organização criminosa

A Lei 9.613, de 03.03.1998, dispõe sobre o crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, conceituando-o em tipo próprio, apartado da figura clássica da receptação, impõe regras sobre o perdimento daqueles bens, direitos e valores, produtos de infrações penais, assim como cria uma série de medidas destinadas a prevenir e reprimir aqueles delitos, entre as quais se incluem a quebra indireta do sigilo bancário e a criação de órgão administrativo próprio, denominado Conselho de Controle de Atividade Financeira – COAF.

O Brasil ratificou, pelo Dec. 154, de 26.06.1991, a *Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas* de Viena/1988. Além disso, esforços conjuntos internacionais se fazem, todos voltados para combater o crime organizado, que, em suas roupagens modernas, apoia-se em estruturas que "limpam" ou "lavam" o dinheiro proveniente do ilícito, consolidando patrimônios e estimulando atividades econômicas, de modo a conferir-lhes manto aparente de licitude. Não resta dúvida, assim, de que a tipificação contida na citada lei é de suma relevância e condiz com os interesses nacionais de erradicação desses organismos que ocultam bens de origem criminosa e servem de sustento ao comportamento criminoso.

A Lei 9.613/98 não reduz o tipo penal à lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes mas estende-o a outras condutas relativas a bens e valores oriundos de outros crimes graves e de características transnacionais. Portanto os crimes originários ou antecedentes, cujo produto o delito de "lavagem" visa a ocultar ou legitimar são, segundo seu art. 1.º, o de tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de terrorismo; de contrabando ou tráfico de armas; de extorsão mediante seqüestro; de lesão à Administração Pública e ao sistema financeiro nacional; ou praticado por organização criminosa. Portanto a "lavagem" de dinheiro, proveniente de infrações de outra natureza, continua disciplinada genericamente pelo art. 180 do CP.

Jurídica, ética e moralmente, são radicalmente diferentes uns dos outros, o delito contra a ordem tributária, aquele contra a Administração Pública e o crime de "lavagem" de dinheiro, distanciando-se uns dos outros. O chamado delito contra a ordem tributária nem tampouco configura *crime antecedente* (como seria o crime contra a Administração Pública), nem tampouco o *crime em si de "lavagem", ocultação de bens, direitos e valores.*

Por tal razão, a Exposição de Motivos 692/96, que acompanhou o Projeto de Lei 2.688/97, de que se originou a Lei 9.613 ora comentada, assim expôs:

"Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento de patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito" (Item 34).

O crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores configura, assim, um *delito de sobreposição sobre outro delito*, um *sobredelito*, pois pressupõe:

• crime antecedente ou anterior, do qual se originam os bens, direitos ou valores;

• atos de receptação, ocultação, dissimulação daqueles bens e valores, capazes de injetá-los no circuito econômico ou no patrimônio do agente criminoso, com aparência de legitimidade.

Entretanto, o delito contra a ordem tributária e o delito contra a Administração Pública não configuram um delito de sobreposição sobre outro delito. Não se estruturam sobre um delito antecedente. Ao contrário, o delito contra a ordem tributária repousa na resistência (dolosa e fraudulenta) do agente ao pagamento do tributo devido, incidente sobre a renda licitamente auferida, o capital ou patrimônio legitimamente obtidos. Em nossa ordem jurídica, a evidência da proveniência ilícita dos bens deve desencadear o seqüestro ou a apreensão dos mesmos bens, nunca a incidência do imposto, que legitimaria a propriedade usurpadora, o Estado associando-se ao agente criminoso. Ao contrário, a possível incidência do tributo pressupõe (presunção *iuris tantum*) a licitude da renda ou do patrimônio imponível. Inconfundíveis, pois, os crimes contra a ordem tributária e o crime de "lavagem" de dinheiro, pois enquanto o primeiro assenta-se na licitude dos meios de obtenção dos recursos, não repousando sobre um delito anterior (uma vez que a ilicitude originária dos bens deve, ao contrário, acarretar o perdimento daqueles bens, nunca a incidência de tributos), o segundo tem como pressuposto a prática de um crime antecedente.

Que crime antecedente ou anterior atrai a incidência da Lei 9.613/98 ora comentada? Já registramos que o legislador não estendeu a espécie a qualquer crime anterior (em ampla revisão da receptação dolosa), nem tampouco limitou-o ao tráfico ilícito de entorpecentes. O legislador elencou em seu art. 1.° alguns crimes originários graves e de características transnacionais, a saber:

"Art. 1.° Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedades, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à exportação;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

(...)."

Os crimes contra a Administração Pública estão elencados no Título XI do Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940). Tais figuras típicas compreendem o Capítulo I, arts. 312 a 327 (que são os crimes exclusivamente praticados por funcionário público contra a administração em geral, como o peculato, o extravio ou inutilização de livro ou documento, o emprego irregular de verbas públicas, a concussão e o excesso de exação, a corrupção passiva, a facilitação de contrabando ou descaminho, a prevaricação, a condescendência criminosa, a violência arbitrária, o abandono de função, o exercício funcional ilegal, a violação de sigilo funcional e de propostas de concorrência); o Capítulo II, arts. 328 a 337 (delitos que, embora possam ser perpetrados por qualquer pessoa, envolvem apenas tipos como usurpação de função pública, resistência, desobediência, desacato, exploração de prestígio, corrupção ativa, contrabando ou descaminho, fraude de concorrência, inutilização de edital ou sinal ou de livro e documento) e o Capítulo III, arts. 338 a 359, que somente abrange os delitos contra a administração da Justiça. Como se constata, no seio dos crimes praticados contra a Administração Pública em geral, de longa data, já não se incluíam os delitos de sonegação fiscal, disciplinados pela Lei 4.729, de 14.07.1965. Posteriormente, os delitos de sonegação ficaram absorvidos na materialidade dos crimes contra a ordem tributária, descritos e puníveis segundo a Lei 8.137, de 27.12.1990. Portanto, tradicionalmente, aquilo que em nossa ordem jurídica denomina-se de crime contra a Administração Pública tem e sempre teve especificidade própria, diferente da sonegação fiscal ou do delito contra a ordem tributária. O intérprete, portanto, tem de se limitar em questão penal a enquadrar dentro dos delitos antecedentes (que servem de suporte ao crime de "lavagem" de dinheiro) apenas aqueles tipos que, segundo o Direito positivo nacional, a ordenação sistemática do Código Penal e a taxionomia jurídica tradicional, correspondem a crimes contra a Administração Pública. Não lhe é dado alterar tal ordenação, para expandir sem autorização legal, o quadro em que se inserem os crimes de "lavagem" e ocultação de bens, direitos e valores.

Assim, o legislador, corretamente, não equiparou o delito de sonegação ou contra a ordem tributária ao delito contra a Administração Pública. De fato, na maior parte dos casos de crime contra a Administração Pública em que há enriquecimento (deixamos de lado aqueles em que, não havendo enriquecimento, também não haverá interesse em "lavar" o dinheiro, como seria a hipótese possí-

vel no desacato, na simples desobediência, no abandono de função pública etc.), a causa direta e eficiente do aumento de riqueza do infrator reside exatamente na prática do crime. Portanto a riqueza e o bem adquiridos são resultado e efeito do delito (em geral, a obtenção do fim almejado pela prática do delito). Já nos crimes de sonegação fiscal (ou contrários à ordem tributária) a ilicitude é posterior, superveniente ao ganho realizado, nunca a causa da renda, do patrimônio ou de seu acréscimo. A existência da renda, do capital ou da atividade econômica é que são convertidos pela lei em fatos geradores de obrigação tributária. O agente sonegador pratica sim falsidades documentais, omissões e outros atos voltados a ludibriar a Fazenda Pública, todos para ocultar do credor o ganho obtido (licitamente). O dever de pagar tributo repousa exatamente na aparência de capacidade econômica, de riqueza, na presunção de ter o contribuinte obtido (licitamente) renda ou patrimônio (aparência e indícios que o contribuinte ilicitamente quer ocultar do credor na sonegação).

Como já constatamos, os delitos de sonegação fiscal, legalmente conceituados pela Lei 8.137/90, "Dos crimes contra a ordem tributária", estão determinados por dois núcleos cumulativos, inseparáveis e necessariamente dependentes, sem os quais não se configura a espécie delituosa, legislativamente delineada:

• a existência de tributo a pagar, cuja supressão ou redução é o resultado obtido ou singelamente o fim colimado pelo agente;

• a prática *dolosa* de atos ou omissões específicos, fraudulentos e desonestos, que servem como instrumento à evasão parcial ou total do tributo devido; ou retenção-desconto prévio ou recebimento de tributo *devido* por terceiro, sem a transferência da importância à Fazenda Pública.

Nenhum desses núcleos pode ser considerado isoladamente do outro, de modo que podemos chamá-los de notas ou características essenciais do conceito legal. O delito de resultado pressupõe a efetiva supressão ou redução do tributo devido (art. 1.º), enquanto aquele descrito no art. 2.º pune o ato ou a omissão fraudulenta que tenciona obter a economia ilícita de tributo. Mas tanto em um caso, como em outro, deverá existir o efetivo direito de crédito da Fazenda Pública (que se lesa ou se pretende lesar). E somente surge o direito de crédito, se previamente ocorrer o fato jurídico tributário, fato esse que é um fato-signo presuntivo de riqueza, renda, capital ou patrimônio, no dizer de A. A. Becker. Os fatos jurídico-tributários repousam, assim, no princípio da capacidade econômica, consagrado no art. 145, § 1.º, da CF:

"Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos adquiridos e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

E mais. O art. 3.º do CTN, ao conceituar tributo, expressamente o estrema das sanções por ato ilícito, assim dispondo:

"Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção de ato ilícito*, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Débitos nascerão se ocorridos os fatos jurídico-tributários, que são todos fatos-atos lícitos e manifestação de capacidade econômica do contribuinte. Exatamente por tal razão, na sonegação, o contribuinte falseia informações, esconde terem ocorrido aqueles fatos jurídico-tributários, que demonstram sua capacidade econômica. Os atos e omissões fraudulentos são um *posterius*. Se, excepcionalmente, forem concomitantes à ocorrência do fato, em nenhuma hipótese, serão a sua causa eficiente.

Em resumo, os delitos contra a ordem tributária são dolosos, pela inexistência de previsão legal da forma culposa, delimitando um campo específico, em que alguns pontos importantes podem e devem ser destacados:

a) A inexistência, em nosso sistema jurídico, de prisão por dívida, ou seja, da cominação de pena privativa de liberdade pela simples ausência de pagamento do tributo devido pelo agente. Se esse agente cumpriu regularmente com suas obrigações acessórias, informou corretamente a Fazenda Pública sem fraude, ludíbrio ou omissão, inexiste portanto crime. Não basta deixar de pagar o tributo devido. É ainda necessário para a configuração dos crimes contra a ordem tributária a existência de conduta material (comissiva ou omissiva) que fraude a fiscalização, inserindo-se falsidades em declarações, operações, livros ou documentos (sonegação) ou ainda com a posse dolosa de valor de tributo, previamente descontado ou cobrado de terceiros pelo contribuinte e que deveria ter sido recolhido aos cofres públicos. Se não há alteração de documentos ou omissão de dados obrigatórios, *se não há desonestidade na escrita, com o fito de esconder o acontecimento do fato jurídico (fato lícito), fica afastada, de imediato, qualquer possibilidade de ilicitude penal. "O simples não pagamento do tributo, por si só, não retrata forma delituosa"* (cf. Ramagem Badaró. *Delitos de sonegação tributária*. São Paulo : Juriscrédi, p. 178).

Com sabedoria, escreve K. Tipke, na Alemanha, que os delitos centrais do Direito Tributário como a sonegação e as ações que os caracterizam podem ser resumidos em uma só expressão: "*ações ou omissões desonestas*" (cf. "Steuerunehrliche Handlungen", op. cit., p. 632).

b) Inexistência de pena privativa de liberdade por descumprimento de obrigação acessória, se *inexiste tributo devido.*

Ao contrário de algumas ordens jurídicas, que prevêem delitos de risco, com a prática de atos que dificultem a fiscalização, mesmo inexistindo tributo a pagar (como a Lei 23.771/90 da Argentina), segundo a lei brasileira, o erro ou/e a omissão na escrita ou nas informações do contribuinte, isoladamente, não preenchem os pressupostos legais, ou as notas características do conceito legal delituoso. Na verdade, não há dolo, pois nenhuma intenção de reduzir ou suprimir imposto se configura na espécie, uma vez que não há tributo a pagar. O mesmo acontece se o agente retém ou recebe importância de terceiro a título de tributo (mas que não é devido à Fazenda Pública), sem repassá-la ao Fisco. Pode haver até um delito de outra natureza se houve dolo, mas jamais um crime contra a ordem tributária.

Assim, duas perguntas devem ser feitas de plano no estudo dos delitos contra a ordem tributária:

• há tributo devido a pagar?

• há descumprimento de obrigação acessória, dolosamente?

Com isso, podemos deduzir facilmente que a ordem jurídica não pune criminalmente o descumprimento em si da obrigação de pagar tributo, pois inexiste, entre nós, prisão por dívida. O delito de sonegação supõe necessária e paralelamente a ocorrência de atos ou omissões fraudulentos, enfim, ludíbrio, desonestidade destinada a diminuir ou eliminar dívida tributária, que viria a reduzir o patrimônio do contribuinte. E, como tributo não é sanção de ato ilícito, tal qual está definido no art. 3.º do CTN, o que se omite, esconde ou disfarça é exatamente o fato lícito que deu origem ao débito fiscal (a renda, o capital ganho ou o patrimônio licitamente obtido). O devedor faltoso não aumenta o seu patrimônio, nele injetando valores novos, ilegitimamente ganhos, como fruto de outros delitos. Deixa apenas, por meio de ato ou omissão fraudulenta, de reduzir o próprio patrimônio, lesando o direito do credor, como se dá em qualquer descumprimento de obrigação patrimonial. No delito contra a ordem tributária há sempre duplo fenômeno: descumprimento de obrigação tributária, com lesão ao direito do credor, ou intenção de descumprimento + ato ou omissão fraudulenta.

O delito de sonegação não é, assim, um delito do qual decorra aumento ilícito de riqueza para o contribuinte, como se dá nas hipóteses dos crimes antecedentes enumerados no art. 1.º da Lei 9.613/98 ora comentada. Por tal razão, os delitos contra a ordem tributária configuram a consumação concomitante (unidade do ilícito) de duas infrações (distintas quanto a suas conseqüências) a saber: o ilícito tributário (singelo não pagamento do tributo devido) + ilícito penal (crime contra a ordem tributária, ou seja, não pagamento ou intenção de não pagar + fraude). As conseqüências serão diferentes, a saber, executará a Fazenda Pública o seu crédito, acrescido de penalidades pecuniárias, após inscrevê-lo em dívida ativa. Trata-se de execução própria e ínsita a toda obrigação patrimonial, em que o direito do credor é lesado. A execução tem origem em uma causa jurídica prévia (fato lícito), dela decorrendo o direito do credor. Paralelamente, estando presentes os pressupostos legais, punir-se-á penalmente o infrator pela prática do crime de sonegação fiscal.

Entretanto, em todos os delitos antecedentes, descritos no art. 1.º da Lei 9.613/98, sendo ilícito o enriquecimento, o perdimento dos bens, direitos e valores decorrentes (não a execução de dívida) será a conseqüência a ser imposta. São, em verdade, incompatíveis o crime contra a ordem tributária (ou sonegação) e aquele de "lavagem de dinheiro". Enquanto o primeiro se especializa por *atos ou omissões fraudulentos, que escondem do credor a ocorrência de um fato lícito (tributário), que desencadeou capacidade econômica para o devedor,* o segundo – ao contrário – configura *atos de ocultação e de legitimação de fatos ilícitos anteriormente praticados, dos quais advém a fortuna do agente.*

Ora, se, em regra, os delitos contra a ordem tributária supõem, além do ilícito penalmente punível, obrigação jurídica, nascida em decorrência de fatos lícitos praticados pelo contribuinte – obter renda, importar mercadoria, prestar serviço, industrializar produtos etc. – que desencadeiam execução fiscal e judicial, *ainda*

que praticados de forma organizada, de modo algum se enquadram como delito antecedente na formação típica da "lavagem de dinheiro", consignada no inc. VII do art. 1.° da Lei 9.613/98. São incompatíveis as duas conseqüências: o perdimento de bens (pena inerente ao crime de "lavagem de dinheiro") e a execução do crédito tributário. Exatamente por isso, o crime de sonegação fiscal não acarreta o perdimento dos bens correspondentes ao valor do tributo devido, mas, ao contrário, além das sanções de caráter penal, comporta a execução judicial do crédito tributário.

4. Conclusões

Podemos concluir que, a rigor, o ilícito é intributável. O perdimento dos bens e valores objeto ou fruto do delito deve ser a pena a ser perseguida, em nossa ordem jurídica.

Um mesmo acontecimento pode, sob certo ângulo, configurar ilícito tributário e, sob ângulo diverso, ilícito penal. Por detrás de um mesmo acontecimento há que se descobrir o específico da infração tributária e o específico da espécie delituosa. Deixar de pagar o tributo, simples inadimplência, não é crime, mas configura ilícito tributário. Somente haverá delito se, com a intenção dolosa de reduzir tributo devido, ou de anulá-lo, o contribuinte ou responsável praticar ato fraudulento, falseando a verdade, para enganar a Fazenda Pública. Como se sabe, o que se pune, no Direito Penal, são antes ações ou omissões desonestas.

Portanto, os crimes contra a ordem tributária não atraem o perdimento de bens. Eles configuram, como acontece nas infrações penais, via de regra, a convivência do ilícito penal com o ilícito tributário. Pelas razões expostas, o ilícito penal desencadeia a aplicação de sanções de caráter penal, sanções que não podem ser o perdimento dos bens, pois, paralelamente, o ilícito tributário (singelo descumprimento de obrigação jurídica, decorrente de fato lícito) suporta a execução fiscal, cobrando a Fazenda Pública o seu crédito, em juízo, como qualquer credor, desde que o inscreva em dívida ativa, depois de prévio procedimento administrativo, assentado no contraditório e na ampla defesa (art. 5.° da CF).

Pelas razões expostas acima, podemos acolher as mesmas conclusões do II Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário, realizado em Belo Horizonte, em 1998, no sentido de que "as conseqüências, sanções e procedimentos previstos na Lei 9.613/98, definidora dos 'crimes de lavagem de dinheiro', que configuram atos de dissimulação, ocultação e legitimação de bens, direitos e valores obtidos por meio e através do crime, e se lhes impondo o perdimento de tais bens, direitos e valores, não se aplicam ao crime de sonegação fiscal".

4. CRIMINOLOGIA

4.1

APLICAÇÃO DA CRIMINOLOGIA NA JUSTIÇA PENAL – A CRIMINALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

AUGUSTO THOMPSON

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve escorço da questão na perspectiva jurídica – 3. A questão pelo viés criminológico: 3.1 O perigo da contaminação; 3.2 O real sentido da pena pecuniária; 3.3 A pretensa agilidade da justiça penal; 3.4 A burla da concomitância da punição das pessoas naturais; 3.5 A ineficácia intimidativa; 3.6 Esclarecimento final.

Resumo: A responsabilidade criminal da pessoa jurídica, entre nós encampada pela Lei 9.605/98, tem sido tema de acurados e judiciosos estudos na perspectiva do *jus puniendi*. O presente trabalho busca enfocar o problema pelo viés criminológico, empregando uma espécie de criminologia que, longe de bem comportada, muito distante das matrizes positivas, nutre o objetivo de desmistificar os biombos da hipocrisia, as imposturas dos raciocínios tendenciosos, de sorte a, no caso, desencobrir os sectários subterfúgios em que se escamoteiam os interesses facciosos que amparam a adoção da novidade em causa. E os riscos de perigos daí advindos para as garantias fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Pessoa jurídica – Criminalização – Criminologia – Contaminação – Garantias.

1. Introdução

Dentre as últimas novidades legislativas – e não são poucas – ressalta a admissão da responsabilidade criminal das empresas (Lei 9.605/98, relativa à proteção do meio ambiente).[1]

Como do ponto de vista da dogmática penal tem merecido freqüente e acurada análise de parte de especialistas do melhor escol, seria de tomar por inoportuno, no nosso caso até temerário, tornar ao tema pelo mesmo ângulo.

(1) Embora não conste explicitamente da lei citada, parece que dela estão excluídas as pessoas jurídicas de direito público interno (cf. Sergio Salomão Shecaira, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Pauto : RT, 1998; Pedro Krebs, "A (ir)responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público interno", *Boletim IBCCrim*, São Paulo, 88/3-4, mar., 2000). Na legislação francesa há expressa ressalva quanto ao Estado (de forma absoluta) e às coletividades territoriais (em parte) (cf. Luiz Regis Prado, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo francês", *Boletim IBCCrim*, São Paulo, 46/3, set., 1966).

Ocorreu-nos, então, cuidar da matéria do viés criminológico.

Claro, não de uma criminologia bem comportada, clássica, lombroso-ferrigarafaloana, de matiz positivista. Esta, como se limita a tomar por objeto de estudo o criminoso assim designado pela ordem formal, pela lei em combinação com a máquina repressora, a ela se curva de modo servil, apenas aparelhando de vestes tidas como científicas o boneco pronto e acabado recebido daquelas fontes. Semelhante criminologia e justiça penal enroscam-se num único e mesmo contexto, tornando impossível especular acerca da *aplicação de uma sobre a outra.* Como diz o povo, são tão diferentes quanto seis e meia dúzia.

Anima-nos o propósito de submeter o tema a uma criminologia rebelde aos cânones prestigiados, em geral, pela tradição.

Que criminologia?

Da anomia? Radical? Crítica? Marxista? Uma anticriminologia?

Uma criminologia cujo objetivo primacial consista na busca das razões reais determinantes de dadas providências tomadas no campo jurídico-penal, de sorte a desmascarar retóricas explicações montadas em motivos humanitários e democráticos.

Por exemplo: a substituição, em número avultado de casos, da pena de morte natural pela morte civil, em Portugal, ocorrida no início do século XVI, apesar de imodificada a fórmula legal das Ordenações Filipinas do *morra por ello,* é vista, comumente, como fruto da misericórdia das autoridades. Pura aparência. A medida veio socorrer a necessidade de arregimentar gente para, vencendo o terror que a idéia inspirava, povoar as terras recém-descobertas. A morte física virava morte civil, a civil, degredo, e os condenados viam-se forçados a ocupar as paragens longínquas e selváticas da África, pior ainda, do Brasil, onde se prestavam para garantir a posse das novas colônias para os senhores do reino. Na Espanha, a mesma coisa. Idem na Inglaterra, onde, após a independência dos Estados Unidos, e dadas as dificuldades de transporte para a Austrália (escolhida em substituição à colônia americana para destino dos desterrados), deu origem ao surgimento dos *hulks,* que acabaram impulsionando a adoção da pena prisional. E assim por diante.

Uma criminologia capaz de, na permuta do isolamento em instituições fechadas (prisões, reformatórios, hospícios) pelo tratamento em comunidade (de criminosos, menores infratores, doentes mentais), mostrar-se apta a explicar que tal mudança pouco tem a ver com o discurso liberal que a racionaliza, o qual fala em benevolência e tolerância, mera camuflagem da meta verdadeira: redução de custos. Fica mais barato devolver essa gente às suas origens, impondo-lhes cerco apertado para que não saia de seus guetos, do que mantê-la em custosas concentrações. Afinal, quem vai sofrer com a convivência perturbadora são, mesmo, os demais moradores dos próprios guetos.[2]

Criminologia anarco-cristã, como de certa feita a classificou o nosso (excelente) filósofo Leandro Konder?

(2) Andrew T. Scull. *Decarceration.* New Jersey : Prentice-Hall, 1977.

Que seja, que seja. Contanto que arrombe os biombos da hipocrisia, desmistifique as imposturas do raciocínio interesseiro, ponha a nu as escamoteações e subterfúgios de que se valem os que empalmam o domínio dos semelhantes.

[Obviamente – e assim se dará no correr deste trabalho – usamos construção propositadamente simplista, redutora. Fazemo-lo para agudizar o contraste entre o palanfrório e o fato. Longe estamos de imaginar que existe "uma classe criando maquiavelicamente a ideologia dominante para sujeitar as outras classes",[3] já que, na realidade, "a ideologia dominante não engana apenas as classes dominadas, ela engana também a classe dominante. A ideologia é também menos a expressão de uma fraude que de uma situação cujas aparências são enganadoras".[4]]

Inobstante a ressalva, acreditamos, de qualquer modo, competir ao estudioso diligenciar, e mostrar, onde se encontra a crua verdade, levantando os véus toscos ou diáfanos que a escondem.

A verdade, ainda que se afigure nociva à obtenção de fins altamente louváveis, é melhor que a mentira, por mais generosa que esta pretenda ser. Relembremos Stalin e o stalinismo.

2. Breve escorço da questão na perspectiva jurídica

De longa data, prestigiava a doutrina o princípio *societas delinquere non potest*, excluindo a possibilidade de admitir na condição de agente de delito a pessoa jurídica,[5] que só pode ser caracterizada como pessoa no plano da mera ficção, ou, no máximo, como realidade encontrável apenas na abstração do mundo jurídico. A perfeita equalização da pessoa jurídica com a pessoa natural, por óbvio, não há ginástica dialética que a permita. Aquela carece dessa substância imaterial que produz e sustenta as atividades da vida psíquica e vivifica o organismo, a que se chama alma, ou espírito, ou psique, ou mente (no sentido de *mind*, em inglês) a qual, talvez, represente a diferença específica apta a distinguir o homem de todos os demais seres do universo. Só o ser humano dispõe de condições de se assumir como sujeito, arrojando tudo aquilo que não faça parte de seu eu para a posição de objeto – estabelecendo e identificando com precisão tal alteridade. Por ausência de semelhante habilitação, à pessoa jurídica falece capa-

(3) Michel Miaille. *Introdução crítica ao direito*, Coimbra, s/ed., 1979.

(4) Idem, ibidem.

(5) Entre nós, Francisco de Assis Toledo, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Damásio de Jesus, Basileu Garcia, Manuel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, José Hentrique Pierangelli, Jair Leonardo Lopes, Antonio de Queiroz Filho, Luiz Luisi, Júlio Fabbrini Mirabete, João José Leal, Sheila Jorge Selim Sales; na literatura internacional, só entre os modernos, Bettiol, Welzel, Jescheck, Maurach, Antolisei, Zaffaroni (René Ariel Dotti. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica", *RBCCrim* 11, São Paulo, jul.-set., 1995. p. 191-192).

cidade para satisfazer quaisquer das exigências requisitadas para a composição da conduta delituosa no tangente ao componente de natureza subjetiva. Ora, aí reside precisamente a pedra de toque do direito penal hodierno, cujo fundamento precípuo descansa sobre a culpabilidade. Nela se incrustam aqueles princípios impeditivos do reconhecimento de um dado comportamento como delituoso, caso não esteja permeado do dolo ou culpa, da vontade própria, da consciência da injuridicidade ou ilicitude, tanto quanto, como premissa básica, da imputabilidade. Em uma palavra: vedada está, de forma absoluta, a punição penal escorada em responsabilidade puramente objetiva. Irrecusável que a culpabilidade de cunho subjetivo demanda uma constelação de elementos bio-psicológicos que exclusivamente a pessoa natural pode possuir. Qualquer tentame no rumo de negar a circunstância, merece vista, como o disse Lord Lindley, no posto de *Lord of Appeal*, como sutilezas metafísicas.[6] De tal sorte, em termos de dogmática penal, afigura-se absurdo tomar uma firma como autora de crime.

De outra parte, parece existir antinomia entre a regra autorizativa da criminalização da pessoa jurídica e o comando insculpido na Carta Magna, art. 5.°, XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado". Com efeito, a punição da companhia a uma multa, a uma interdição, a uma eventual dissolução, inexoravelmente atingirá os acionistas, graúdos e pequenos, os empregados e seus dependentes, os quais, na maior parcela, em nada colaboraram para o cometimento da infração.

Sobre isso, cabe acrescentar, no concernente à aceitação da pessoa jurídica no papel de delinqüente, ocorre violação ao dado que especificamente serve para distinguir como penal uma dada norma dentre as regras pertinentes aos outros ramos do universo legal. Como concorda a maioria dos autores, tal discrime não assenta no preceito, na determinação, na ordem contida na norma, mas na sanção. Somente quando esta consiste em uma pena, no sentido especial assumido por tal palavra no direito, sanção específica, autônoma e grave, a castigar bens jurídicos de superior valoração, será viável considerar estarmos diante de uma norma penal. Uma vez vencida a fase em que a punição se descarregava sobre o corpo do condenado – pena capital, amputações, chibatadas, vergastadas, ferro em brasa etc. –, entramos no período atual, em que o flagelo se consubstancia no constrangimento à liberdade do culpado, na pena de prisão. Então, como uma empresa não pode ser encerrada num ergástulo, por concretamente insubmetível a tal espécie de padecimento, a norma que a dá como criminosa perde a característica que lhe permitiria habitar a morada do direito repressivo.[7] Nem se alegue que, em face do evidente fracasso da prisão em atingir as metas a ela propostas, a pena

(6) Apud L. H. Leigh. *The criminal liability of corporation in english law*. London : Lowe & Brydone, 1969. p. 5.

(7) Steven Box. *Power, crime and mystification*, London : Tavistock, 1983. p. 71-72, discute uma fórmula capaz de permitir a "prisão" da empresa: fazer ocupar seus cargos de direção, por um dado período, por funcionários designados pelo Estado. Admite tratar-se de medida draconiana, importando, além do mais, em sanção penal de cunho "socialista", o que só por si a tornaria desaconselhável. Em seu lugar, propõe a imposição de uma *probation order* pela corte. Mas previne: não para que

detentiva, ainda no que toca às pessoas naturais, encontra-se substituída em inúmeros casos pelo emprego de sanções alternativas, como as interdições de direito, a prestação de serviços à comunidade, multas, suspensões condicionais etc., sem que, como conseqüência disso, tais hipóteses se vejam alijadas do redil do *jus puniendi*. Pois, em verdade, tais expedientes minimizadores da aplicação do encarceramento, encontram-se garantidos pelo... encarceramento, uma vez que a cominação dele permanece funcionando como garante contra a eventual desobediência do apenado àquelas medidas. O espectro da perda da liberdade – bem jurídico de subido valor – mantém-se presente, a satisfazer a exigência conceitual da sanção grave, capaz de caracterizar a norma como norma penal. Dita ameaça mostra-se escusada no caso das empresas, as quais, como já anotamos, são indenes a lesões no bem jurídico *liberdade*, até porque não o possuem.

Talvez a única maneira de conciliar as discrepâncias apontadas no plano jurídico esteja na aceitação da concepção esposada por Jescheck para o problema. Em resumo, sustenta o tratadista que, em direito penal *stricto sensu*, as pessoas jurídicas não podem ser autoras de delitos, já que lhes falta capacidade de conduta. As normas sancionatórias das pessoas jurídicas, acaso existentes na órbita criminal, representam, tão apenas, a concessão de faculdades administrativas ao juiz penal. Não importam em sanções propriamente penais, mas conseqüências administrativas das práticas observadas pelas empresas. Sanções administrativas susceptíveis de aplicação às pessoas jurídicas pelo juiz penal, na mesma sentença em que sancione, eventualmente, as pessoas físicas, cuja atividade delitiva estiver comprovada no caso. Tal faculdade decorre de mera extensão de competência, à qual não é estranho o direito repressivo, haja vista para que, de há muito e muitas vezes, tal prorrogação do poder decisório encontra-se previsto na lei. Basta lembrar, *verbi gratia*, o capítulo das medidas de segurança: rejeitadas no terreno das penas, abrigam-se no conceito de providências administrativas submetidas à discrição do juiz criminal.

Bem, em última instância, pode-se seguir o conselho de Zugaldía Espinar: "Si la dogmática penal no sirve para cubrir las necesidades de la política criminal, tanto peor para la dogmática".[8]

um relatório semanal declare que tudo vai bem, e, sim, que sejam designadas equipes de *probation officers*, a formar um *pool* de contadores, advogados, engenheiros, mecânicos, químicos, administradores de empresa etc., de sorte a monitorar os padrões de operação da companhia submetida à suspensão do processo, sob a ameaça de, caso ela recuse implementar as medidas recomendadas, sofrer a revogação da *probation*, com seu retorno à corte para ser ressentenciada. Ah, sim, as despesas com o *team* de especialistas correriam à conta da própria empresa. Ressentenciada a quê? A pessoa natural em *probation*, caso descumpra as obrigações assumidas, vai para a cadeia. Mas, e as empresas? Volta-se à estaca zero. E se o sistema de *probation* fracassa no que diz respeito ao controle de condenados pés-rapados, por que haveria de dar certo no controle de grandes empresas? Ainda mais quando demandaria um colegiado de fiscais da *probation*?

(8) Apud Klaus Tiedemann. "Responsabilidad penal de personas juridicas y empresas en derecho comparado", *RBCCrim*, São Paulo, n. 11, p. 26, jul.-set., 1995.

3. A questão pelo viés criminológico

3.1 O perigo da contaminação

Comecemos por trabalhar com o fenômeno da *contaminação,* embora, por invencíveis deficiências pessoais, sem a mesma maestria com que o antropólogo Roberto Kant de Lima timbra em fazê-lo.

Na medida em que se conforma a ordem legal com aceitar a punição criminal das pessoas jurídicas a título de responsabilidade exclusivamente objetiva – algo impossível de descartar, já que à pessoa jurídica faltam condições de compor a culpabilidade subjetiva –, abrem-se ensanchas de, por contágio, impor-se tratamento igual para as pessoas naturais. Algo que já ocorre nos países anglo-saxônios:

"Este concepto se ve alentado y reforzado por la admisión de una responsabilidad penal sin culpa, o sin necesidad de probar la culpa ('strict liability'), y esto no solo para las agrupaciones sino también para todos los autores."[9]

"Second, the requirement that criminal intent be demonstrated has been eliminated from an increasing number of criminal laws."[10]

A moda pode pegar... E aí voltaremos a topar com a condenação de seres humanos a título, tão apenas, de responsabilidade objetiva.

O risco é manifesto.

A retirada desta garantia – pois a cobrança da responsabilidade subjetiva representa uma sublime garantia[11] – já foi realizada no período da ditadura. E tal prática, animada pela inclusão da pessoa jurídica como autora de crime, pode voltar, sobretudo naquelas áreas em que a persecução penal ocorre em estado de plena histeria.

Impossível?

Atente-se para a nota seguinte:

"*Como na ditadura*

'As crescentes apreensões de drogas em escolas e o envolvimento de alunos e até professores com o tráfico tornaram-se uma das maiores preocupações da Polícia Federal. Em relatório encaminhado no fim de abril ao Ministério da Justiça, a PF destaca a importância de responsabilizar criminalmente os diretores de estabelecimentos escolares que sejam omissos com a prevenção do tráfico e o consumo de drogas em suas dependências'

Jornal do Brasil, 04.06.1996, p. 4."[12]

(9) Idem, p. 27.

(10) Edwin H. Sutherland. *White collar crime.* New Haven : Yale Un., 1983. p. 61.

(11) "'Sem culpabilidade não existe pena'. Este é um dogma de segurança individual garantido pelo sistema penal brasileiro, que não admite a responsabilidade objetiva ou sem culpa" (René Ariel Dotti, ob. cit., p. 196).

(12) *Discursos sediciosos.* Rio de Janeiro, p. 252, 1.º e 2.º semestres 1999.

3.2 O real sentido da pena pecuniária

O fundamento justificador da criminalização da pessoa jurídica oferece, como seria de esperar, uma argumentação forte no acento igualitário, a lhe dar substrato moral, e uma estruturação aparentemente lógica, a lhe fornecer sentido racional. Alega que, como nos delitos perpetrados através das empresas por seus membros (de toda a hierarquia organizacional, dos donos aos operários, passando por diretores, conselheiros, superintendentes, gerentes, chefes etc.), apresenta-se extremamente difícil apurar as responsabilidades individuais, sobretudo no que toca ao pessoal de nível mais elevado, a única maneira de fazer tais autores de delitos purgarem a indispensável punição retributiva será sancionando penalmente a própria empresa. Dessa maneira, obter-se-á, finalmente, a façanha jamais alcançada de castigar as práticas infracionais de cunho criminal dos que pertencem às classes média e alta, revertendo a rotina aborrecida de ver reservado o escarmento penal apenas para a gente de baixa condição. Por circunstâncias inamovíveis, está bem que as companhias não possam ser encerradas em penitenciárias, nem vir a gozar das benesses do tratamento recuperatório nelas desenvolvido. Mas há como remediar a situação. Que se lhes apliquem interdições de direito, obrigação de prestar serviços à comunidade e, acima, de tudo, multas. Vale lembrar, prossegue a arenga explicadora, que a única coisa capaz de levar alguém encaixado nos elevados patamares econômico-financeiros à verdadeira sensação de sofrimento é afligir-lhe o bolso. Então, que multas, grandes multas, sejam cominadas, delas resultarão intimidações particular e coletiva eficazes. Sabe, só assim se atingirá o ponto vulnerável e sensível da elite. Aí, lograremos alcançar a glória de sujeitar os ricos aos martírios da execução penal, até agora reservados para a ralé.

Ah, a doce algaravia da dominação, atraente, cativante, aliciante, convincente. Sedutor discurso.

Composição, entretanto, se bem analisada, tricotada com os fios da falácia.

A afirmativa de que a pena pecuniária amedronta mais o rico do que uma cela de presídio evidentemente desmerece ser levada a sério. Não tem pé nem cabeça, se tomada denotativamente. Acaso assim fosse, por que magnatas americanos, eventualmente submetidos a processo, com decreto de prisão provisória (às vezes isso acontece por lá), imploram aos juízes a concessão de fiança, dispondo-se a pagar fabulosas somas para se verem livres do encarceramento? Só um louco sentiria mais uma ruptura no bolso do que a dilaceração da alma no inferno da penitenciária. Se nem pobre suporta a cadeia, o bem de vida é que a encararia com destemor?

O caso é outro.

A questão não diz respeito às preferências penológicas dos abastados. O que ocorre é que à magistratura (tomada no seu conjunto, desde o juízo de primeiro grau, monocrático, às instâncias recursais, sempre colegiadas) repugna a aplicação de pena reclusiva a uma pessoa pertencente a seu próprio estalão. Resiste, por muito mal que se tenha conduzido o desajuizado, a arremessá-lo à promiscuidade do ambiente prisional. No dilema entre mandar prender ou absolver (tomada a

palavra em seu sentido mais lato, incluindo no termo causas de extinção de punibilidade etc.) fala mais alto a piedade pelo (socialmente) próximo do que o imperativo de cumprir cegamente a lei. Ainda que um juiz, por muito impetuoso ou muito moço ou excêntrico, aja de maneira diversa, sempre haverá corrigenda em algum dos escalões superiores. A proclamada dor maior pela perda de numerário do que pela perda da liberdade racionaliza a constatação de que, prevista a pena de multa, haverá menos acanhamento em sua aplicação do que a que inibe o emprego da sanção detentiva

Prisão, para *nós*, só excepcionalmente. De preferência, jamais.

3.3 A pretensa agilidade da justiça penal

Seja lá, porém, qual for a susceptibilidade peculiar da nata, admita-se funcionar para ela mais eficazmente a multa que a reclusão.

Pergunta-se: se é assim, por que transferir a punição pecuniária para o campo penal, com todas as complicações e perigos daí decorrentes, se tal penalidade mostra-se perfeitamente exeqüível na esfera administrativa? Ainda mais quando, embora na órbita penal, aplicada pelo juiz penal, permanece caracterizada como medida administrativa, segundo a única justificativa possível (a de Jescheck)?

Por causa do terrível atraso que a burocracia da emperrada máquina estatal do Executivo determinaria, a enfraquecer a segurança e os prontos efeitos da cobrança imediata – dir-se-á.

De onde, contudo, provém a informação de que a burocracia da emperrada máquina estatal do Judiciário anda com mais celeridade que sua similar do Executivo?

Mostra-se a justiça criminal ágil, rápida, fulminante como o raio?

Se a dificuldade de coibir as atividades ilícitas das empresas decorre dos atrasos na cobrança e execução das multas aplicáveis, então o que é necessário resolver diz respeito a alterações no andamento dos processos. Transferir o problema do Executivo para o Judiciário não soluciona nada, pois ambos padecem de males semelhantes. Acrescente-se: é mais fácil desembaraçar o serviço do Executivo do que o do Judiciário, já que neste vige toda uma série de exigências e garantias postas pelas leis, inclusive de hierarquia constitucional, infinitamente mais rígidas que as que vigoram naquele.

Apresentam-se demorados os processos penais.[13]

A explicação não convence.

(13) As queixas são freqüentes, a tal respeito, nos países que punem criminalmente as empresas: "A criminal information was filled in 1947 against Rubber Company and others for a twelve-year policy of price-fixing and limitation of production. This case has not yet been tried, so far as discovered" (Sutherland, ob. cit., p. 36). Como seria de esperar, há expedientes para adiar julgamentos *ad aeternum*, ou evitar condenações (cf. Box, ob. cit., p. 69).

3.4 A burla da concomitância da punição das pessoas naturais

O efetivo substrato que esteia a criminalização da pessoa jurídica, a autorização para puni-la, apresentando-a como criminosa, sua exibição ostensiva como a culpada a ser imolada no altar da purificação repressora, sua transformação em objeto da vingança penal, em vazadouro da iracúndia popular, reside na circunstância de permitir que, com ela, se deixe de mão a perseguição às pessoas naturais causadoras, objetiva e subjetivamente, dos malefícios sucedidos. Presta-se a providência para quebrar o rancor provocado pela exigência da contrapartida expiatória à lesão da lei. Dispomos de uma culpada? Vai padecer grandes multas (o quando, o quanto, isso fica para depois)? Fez-se, no calor da ocorrência, atoarda, estardalhaço sobre o fato e sobre o castigo que irá, um dia, infligir-se? Então, tudo bem. Podemos voltar à perseguição dos assaltantes e traficantes do dia-a-dia com redobrado vigor, já que, democraticamente, provamos configurar nossa justiça penal um sistema despido de preconceitos, isonômico em termos de camadas sociais.

A empresa, lamentavelmente – impossível evitá-lo –, não vai para a penitenciária. As pessoas naturais que, nela, deram causa aos ilícitos, na medida em que a pessoa jurídica assume o papel ostensivo de vilão a ser malhado, diluem-se no anonimato. E o mundo dos negócios e dos negociantes libera-se, como há de se configurar correto, dos riscos e ameaças da imundície das penas carcerárias.[14]

Não, não é assim, redargüir-se-á, a lei manda punir não só a pessoa jurídica como, também, cumulativamente, as pessoas naturais que deram causa à eclosão do evento delituoso.

Com todas as datas vênias do mundo, tal argumento peca por iniludível circularidade.

Com efeito, fundamenta a criminalização da pessoa jurídica a quase impossibilidade, a extrema dificuldade em apurar a culpa individualizada dos seus membros, no concernente ao resultado danoso. Por causa disso, impôs-se responsabilizar a empresa, levá-la ao pelourinho. Porém, alega-se, acompanhada dos humanos autores do crime.

Mas, vem cá, não era tão intricado, a ponto de se mostrar inviável, colocar essa gente no banco dos réus? Não foi por isso que se inventou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas? Agora, justamente agora, no momento em que dispomos do que ocupe o lugar de réprobo apto a receber a descarga do ódio represado no inconsciente coletivo, é que se tornou exeqüível e trivial indicar as responsabilidades individuais? Dispondo da empresa para suportar a acusação, vão nossas autoridades persistir em fazer prova, através de custosas investigações, contra as

(14) "Realmente, a partir do momento em que o inquérito policial, civil ou administrativo, se satisfizesse com a identificação da pessoa jurídica como 'responsável' pela infração penal, os partícipes, ou sejam, os instigadores ou cúmplices, poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação" (Dotti, ob. cit., p. 188).

pessoas naturais responsáveis? Mas não foi o reconhecido e rotundo fracasso de tais tentativas que levou ao cerebrino – e sobretudo perigoso – expediente de fazer da pessoa jurídica sujeito ativo do crime?

3.5 A ineficácia intimidativa

Recentemente na França e em alguns outros países – inclusive, praticamente agora, no Brasil – encampou-se a penalização das empresas. Que frutos daí advirão? Está certo, o futuro a Deus pertence, como gostava de dizer o Ministro Armando Falcão. Não custava nada, entretanto, como medida preventiva e cautelar, levar a efeito uma pesquisa a respeito dos resultados alcançados pela medida nas paragens onde há tempos foi adotada, antes de legitimá-la. Por que alterar drasticamente a doutrina penal aqui prevalecente em favor de providência caracterizada por inópia de resultados positivos?

Em verdade, pífios mostram-se os efeitos dissuasórios da apenação criminal das pessoas jurídicas nos países onde a medida foi adotada. Na Inglaterra, a partir do final da guerra (1944), no Estados Unidos, desde o século passado, há bastante tempo no Canadá e na Austrália:

"There is also a growing sense of dismay that attempts to contain and control corporate crime are largely absent or ineffectual."[15]

Por exemplo, a lei anti-trust – criminal – nos EEUU, de 1890, de tal data até 1969 contou com 1.551 casos investigados, dos quais só 45% processados criminalmente; destes, 80% condenados, mas pelo *nolo contendere,* existindo, em regra, modestas sentenças a propósito – sendo certo que, mesmo quando aplicadas grandes multas, estas, se comparadas aos lucros auferidos, mostram-se minúsculas.[16] Algo pode ser feito para modificar o quadro? A história não provoca otimismo. Apesar de inovações na legislação, da proliferação de agências de *enforcement,* do relativamente novo uso da prisão das pessoas naturais responsáveis, das avantajadas multas impostas às corporações infratoras, não tem havido substancial decréscimo no crime empresarial.[17]

As informações de Sutherland, defensor da criminalização das empresas, apresentam-se também desanimadoras. Arrola, por exemplo, extensa relação de grandes companhias punidas. A maioria, com reincidência tão recorrente que, segundo o autor, deveriam ser classificadas como *habitual criminals.*[18] Onde o efeito intimidativo, onde a diminuição de incidência na prática das condutas proibidas? Ou será que as empresas se aperceberam de que as condenações criminais das pessoas jurídicas, como preleciona Jescheck, não são mais que sanções administrativas aplicadas pelo juizo criminal? Aliás, como anota o mesmo Sutherland, de 980 decisões tomadas contra as 70 maiores firmas industriais e comerciais

(15) Box, ob. cit., p. 19.

(16) Idem, p. 48-49.

(17) Idem, p. 65.

(18) Sutherland, ob. cit., p. 19-23.

americanas, todas por agir ilegalmente, somente 158 (16%) foram adotadas por cortes criminais.[19]

A medida não parece, mesmo, destinada a coibir a prática das faltas empresariais, de proporcionar maior segurança à população, de garantir melhor nível de vida, menos agressões a nós, pobres mortais.

3.6 Esclarecimento final

Não se pense, pelo amor de Deus, que desejo ver as pessoas abastadas recolhidas a masmorras prisionais. Num seminário, já alguém acusou-me de, apaixonada e odientamente, orientar a bússola ideológica nesse rumo.

Nada disso.

Essa crítica lembra-me curioso episódio ocorrido há tempos atrás. Convocado, fui depor pela primeira vez (depois houve outras) numa Comissão Parlamentar de Inquérito sobre sistema penitenciário, na Câmara de Deputados. Longamente sustentei a total incapacidade da prisão funcionar como agência terapêutica, descabendo dela esperar a consecução da meta referente à regeneração dos criminosos. Ao terminar, quando saía, já no corredor, abordou-me discretamente um dos membros da CPI. A voz em surdina, confidencial, quase sediciosamente, declarou: "O senhor me convenceu. De agora em diante, *também* fico a favor da pena de morte".

Imagine-se a minha cara.

Tentei explicar ser contra as execuções capitais, que pretendia, isto sim, ver a substituição da sanção prisional por alternativas menos traumatizantes, menos dolorosas, menos perversas. Não adiantou. Piscou-me um olho o nobre parlamentar, sorriu matreiro, como quem promete guardar silêncio sobre o segredo que nos unia, e se despediu num sussurro, a jeito de aliado em secreto plano subversivo: "Estou consigo".

Ao procurar demonstrar que o direito penal nada mais representa que um dos braços ("de estivador", diria o Chico Buarque) do sistema de controle social, a descarregar a pesada clava sobre os "elementos" das massas submetidas, não me anima, de maneira alguma, o anelo de alcançar o equilíbrio isonômico entre as classes sociais por meio do encarceramento dos membros dos estratos superiores. A igualdade que se me antolha justa consiste em liberar dos horrores da privação da liberdade *também* os miseráveis. Ou só o corpo destes sente no couro as dores da prisão, enquanto o dos outros não liga a mínima, sendo seu único órgão sensível o bolso?

(19) Idem, p. 45.

4.2

VÍTIMA, JUSTIÇA CRIMINAL E CIDADANIA: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania*

LÉLIO BRAGA CALHAU

Há crimes... há vítimas... há quem precise de ser ajudado, apoiado, aconselhado.[1]

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias – 2. A vítima e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – 3. O sistema criminal brasileiro – 4. A vítima criminal no direito comparado – 5. Conclusões –Bibliografia.

Resumo: O artigo trata da vítima do crime como elemento necessário à concepção de cidadania no Estado Democrático de Direito. A correta observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana passa pelo resgate da vítima, de seus direitos e de sua cidadania.

Palavras-chave: Vítima. Vitimologia. Criminologia. Cidadania.

1. Notas introdutórias

Nos primórdios da vivência do Direito, a vítima e sua família ocupavam uma posição de destaque. A elas facultava-se requerer a vingança ou a compensação.[2] Com a evolução social e política e o desaparecimento da vingança privada, o Estado passou a ser o titular da *persecutio criminis* e a vítima migrou de uma posição central para uma situação periférica[3] junto ao Direito.

(*) O presente trabalho foi classificado no IV Seminário de Ciências Humanas, Letras e Artes, promovido pelas universidades federais de Minas Gerais, em Viçosa (MG), na área "Política, Estado e Cidadania", em 1999.

(1) Extraído do *site* na Internet da Associação Portuguesa de Apoio às Vítimas, Lisboa, 1999.

(2) Vigia um sistema de vingança privada.

(3) A multa reparatória inicialmente era destinada à vítima. Com a estatização da justiça criminal passou a ser fonte de receitas do Estado.

Um ponto que chama a atenção nas sociedades modernas é o desamparo a que se vêem as vítimas abandonadas pela máquina estatal, e mesmo pela sociedade civil, quando da ocorrência de fatos delituosos.

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou a amenização da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em conseqüência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente.

Essa situação é chamada de *sobrevitimização do processo penal ou vitimização secundária*[4] quer dizer o dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal formal em seu funcionamento.[5]

Se de um lado a vítima, no Brasil, não recebe atenção nenhuma do sistema penal ora vigente, com a única exceção do Juizado Especial Criminal, por outro, a própria sociedade também não se preocupa em ampará-la, chegando, muitas vezes, a incentivá-la a manter-se num covarde anonimato. contribuindo para a formação da malsinada "cifra negra", o grupo formado pela quantidade considerável de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema penal.

Essa "cifra negra" é uma das responsáveis pela falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público, e desta, uma grande parte não recebe nenhuma resposta por parte do Estado.

Essa "cifra negra" acaba gerando um "efeito dominó", citado pelo Professor Louk Hulsman da Universidade de Rotterdam: "Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à Polícia, esta também não transmite todos os fatos ao *Parquet,*[6] o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte".[7]

Dentro dessa realidade muitas vezes as vítimas deixam de buscar seus direitos junto à Justiça por não acreditarem que terão uma solução rápida e digna.

O certo é que a vítima é esquecida pelo modelo criminal vigente. O próprio mestre Francesco Carnelutti, em *Misérias do processo penal,* mostra, em cores vivas, o drama da Justiça Penal, falando do Juiz, do Ministério Público, do advogado e do acusado, mas da vítima penal nada se comenta.[8]

(4) Tenho preferência por esta expressão *vitimização secundária. O dano à vítima criminal* já começa na Delegacia de Polícia, antes mesmo da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, no qual teríamos, então, o processo criminal.

(5) Raúl Cervini. Os *processos de descriminalização.* Trad. Eliana Grania et alii. 2. ed. São Paulo : RT, 1995. p. 232.

(6) Ministério Público.

(7) Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. *Penas perdidas: O sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 65.

(8) Francesco Carnelutti. As *misérias do processo penal.* Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas : Conan, 1995. p. 5.

No mesmo sentido, a opinião de Elías Neuman:

"Ya no fue posible alzar de hombros frente a la víctima. En las leyes sustanciales y formales que componen el orden legal, el delincuente tuvo y tiene muchos más derechos y garantías que su víctima. Allí está los principios de legallidad o reserva, de defensa en juicio, de inocencia ... Y, al menos en la letra de la ley, las possibilidades de un hábitat carcerario digno, el tratamiento, la redaptación social. Entretanto, la víctima quedaba en la indiferencia, librada a la suerte, bajo la pesada losa de sus necesidades insatisfechas y siri contención material o moral."[9]

No conceito moderno de cidadania o cidadão não é apenas o possuidor de direitos, mas também o cumpridor dos deveres cívicos. Por isso a verdadeira cidadania requer simultaneidade no gozo dos direitos e no cumprimento dos deveres, uns e outros inerentes à participação na vida da sociedade política.[10]

A vítima está inserida nesse contexto. Uma sociedade que não protege e não presta assistência às vítimas de seus crimes não obtém níveis de cidadania dignos para o momento histórico em que a humanidade se encontra.

Nesse sentido, a proteção aos direitos da vítima é também lembrada por Alessandro Baratta: "O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus princípios 'garantistas': princípio da limitação da intervenção penal, de igualdade, *de respeito ao direito das vítimas,*[11] dos imputados e dos condenados".[12]

Enfim, essa preocupação de respeito à posição da vítima é reafirmada pela própria Organização das Nações Unidas (ONU), em suas "Recomendações sobre a Cooperação Internacional em Matéria de Prevenção do Crime e de Justiça Penal no Contexto do Desenvolvimento", item 13, de 14.12.1990:

"No que diz respeito às vítimas da criminalidade e de abuso de poder, há que preparar um guia que contenha um amplo inventário de medidas de informação sobre os meios de proteção contra a criminalidade e sobre a proteção, assistência e indenização às vítimas. Este guia aplicar-se-ia de acordo com as circunstâncias jurídicas, socioculturais e econômicas de cada país, tendo em conta o importante papel que cabe, nesta matéria, às organizações não governamentais."[13]

(9) Elias Neuman. *Mediación y conciliación penal.* Buenos Aires : Depalma, 1997. p. 22.

(10) José Pedro Sousa et alii. *Dicionário de política.* São Paulo : T. A. Queiroz, 1998. p. 93.

(11) Grifos nossos.

(12) Alessandro Baratta. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico". *RBCCrim* 5/23.

(13) Organização das Nações Unidas. *Recomendações sobre a cooperação internacional em matéria de prevenção do crime e de justiça penal no contexto do desenvolvimento,* item 13, de 14.12.1990, 68.ª sessão plenária. Gabinete de Direito Comparado, Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1999.

2. A vítima e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

A palavra princípio tem duas acepções; uma de natureza moral, e outra de ordem lógica.

Quando dizemos que um indivíduo é homem de princípios, estamos empregando, evidentemente, o vocábulo na sua acepção ética, para dizer que se trata de um homem de virtudes de boa formação e que sempre se conduz fundado em razões morais.[14]

A outra, de ordem lógica, pode nos ser explicada pela Filosofia do Direito na seguinte forma. Para isso devemos nos ater aos conhecimentos revelados pelos juízos, que são apreciações a respeito de algo e, quando combinamos juízos entre si segundo um nexo lógico de conseqüência, dizemos que estamos refletindo, que estamos na verdade raciocinando. Raciocínio, portanto, é um conjunto ordenado e coerente de juízos.[15] Não é possível haver ciência, é claro, sem esta operação elementar de enunciar juízos e de combinar juízos entre si. A ciência implica sempre uma coerência entre juízos que se enunciam. É necessário que os enunciados – e a enunciação é a essência do juízo – não se choquem e nem se conflitem, mas se ordenem de tal maneira, que entre eles exista um nexo comum que lhes assegure coerência e validez.[16]

O Direito não se furta a essa realidade. São várias as legislações que incluem entre as formas subsidiárias do direito, além dos costumes, os *princípios gerais do direito,* tais como a brasileira, argentina, mexicana, italiana etc.

Os princípios se conceituam como proposições ideais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a eles se reportam, informando-o.[17] As coisas tendem a persistir enquanto não cessarem as razões que lhes ditaram o surgimento. Assim também, os princípios de direito vieram antes da lei e sobrevivem a elas.[18]

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas de uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, reconduzem e/ou se subordinam.[19]

(14) Miguel Reale. *Filosofia do direito.* 17. ed., São Paulo : Saraiva, 1996. p. 59.

(15) Op. cit., p. 59.

(16) Op. cit., p. 60.

(17) Maurício Godinho Delgado. *Introdução ao direito do trabalho.* São Paulo : LTr, 1995. p. 147.

(18) Francisco Meton Marques Lima. "Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal". *Revista LTr,* 5/621, v. 61, maio, 1997.

(19) Ruy Samuel Espíndula. *Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.* São Paulo : RT, 1998. p. 47.

O princípio da *dignidade da pessoa humana* é definido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Título I, Dos Princípios Fundamentais, art. 1.°, III, da Constituição Federal de 1988). Mais do que um princípio geral do direito, agora ele se encontra positivado no instrumento jurídico máximo do Estado brasileiro.

Não há de se negar ao princípio constitucional sua natureza de norma, *de lei,* de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito. Por sua própria essência, evidencia mais do que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição; expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de sociedade.[20]

Reforçando tal idéia vem a lição do eminente Prof. J. J. Gomes Canotilho da Faculdade de Direito de Coimbra:

"Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon,* ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república".[21]

Não se contenta o Estado Democrático em fornecer os meio legais e materiais para a proteção da vida corpórea, mas busca também imbuí-la de *um sentimento pessoal de satisfação pela própria vida,* que deve lhe devotar o homem ao contemplá-la e compreendê-la.[22]

Qualquer ação em relação à vítima deve ser realizada em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas que dignidade humana há se a vítima é simplesmente desprezada no Brasil?

3. O sistema criminal brasileiro

No modelo clássico de Justiça Criminal a vítima foi neutralizada; seu marco de expectativas é muito pobre; a reparação dos danos não é prioridade, senão a imposição do "castigo".[23] Aliás, vem de Kant esse princípio da igualdade no pagar o mal com o mal como fundamento válido da justiça penal.

(20) Espíndula, op. cit., p. 75.

(21) José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 2. ed. Lisboa : Almedina, 1998. p. 219.

(22) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal.* São Paulo : IBCCrim 1997. p. 183.

(23) Luiz Flávio Gomes. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos.* Em co-autoria com Antonio García-Pablos de Molina. 2. ed. São Paulo : RT, 1997. p. 468.

Agravando essa situação, o nosso sistema penal não traz ainda nenhuma forma de amenizar o seu transtorno durante qualquer fase do processo punitivo. A situação desumana das vítimas é uma verdadeira *via crucis* criminal que a aflige.

A vítima sofre com o crime; é destratada com o atendimento, muitas vezes, em péssimas condições realizado nas Delegacias de Polícia; submete-se ao constrangedor comparecimento perante o Poder Judiciário na fase processual, e na quase totalidade das vezes, desacompanhada de um advogado ou de qualquer pessoa, encontrando-se, ainda, pelos corredores do fórum, com o acusado, temerosa de uma futura represália que lhe possa acontecer caso preste corretamente o seu depoimento.

Some-se a essa situação a aflição e as dúvidas por desconhecer sobre o andamento do processo criminal em que está envolvida, e se existe uma *possibilidade* efetiva ou não de ter seu dano reparado algum dia.

Fato deprimente constatável no cotidiano da prática forense é a expectativa da vítima ao achar que o ressarcimento de seu dano será atendido pelo Juiz Criminal. Resolvida parcialmente pela entrada em vigor da Lei do Juizado Especial Criminal em 1995,[24] o sistema ordinário penal brasileiro não prevê uma prioridade na tentativa de reparação do dano pelo acusado. A vítima terá de buscar a obtenção da reparação perante juízo distinto do criminal, dificultando, ainda mais, a solução definitiva do conflito como um todo.

O Código Penal com a reforma introduzida pela Lei 7.209/84 declara em seu artigo 16: "*nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa,* reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços" (grifos nossos).[25]

Não resta dúvida no sentido de que o novo texto tem a sua *mens legis* ancorada no interesse de resguardar a vítima da criminalidade patrimonial violenta, além de constituir uma solução de Política Criminal em favor do delinqüente.[26]

Os danos causados às vítimas são avaliados quando da fixação da "pena base" pelo Juiz Criminal, por força do art. 59 do CP determinando, dentre as oito circunstâncias, que arrola, e a serem examinadas pelo juiz, uma sobre as conseqüências do crime.

E aqui encontramos nossa grande dificuldade quanto ao tema. Se aceitarmos que os agentes que praticam crimes violentos ou com grave ameaça tenham acesso ao instituto da reparação do dano (art. 16 do CP), não estaremos, de certa

(24) O constituinte já atento a esta situação aproveitou a experiência realizada pelos Juizados de Pequenas Causas. Determinou no art. 98, I, da CF que Juizados Especiais Criminais fossem criados a fim de julgarem as infrações penais de menor potencial ofensivo. Sete anos depois, em 26.09.1995, foi promulgada a referida Lei.

(25) Esse dispositivo já traz uma severa injustiça para a vítima tendo em vista que se o agente praticar um crime violento ou com grave ameaça não terá o incentivo da lei de reparar o dano e ter sua pena reduzida.

(26) René Ariel Dotti. "O problema da vítima". *RT* 648/261.

forma, prejudicando um efeito ressocializador para o acusado, já que obterão os mesmos benefícios que os criminosos não violentos?

Eis o ponto fulcral, concernente à relação entre a compensação à vítima do crime e objetivos (outros) do sistema penal. Isto é especialmente importante para esclarecer se a reparação do dano que o cidadão sofreu deva ter prioridade sobre outros objetivos do sistema penal, e, se assim, de que modo e em quais casos.[27]

Chega-se a um verdadeiro paradoxo: Como trabalhar a relação entre a ressocialização do ofensor, de um lado, e de outro, a compensação à vítima? São questionamentos que a própria sociedade civil deve fazer, buscando um amadurecimento quanto ao tema. Chegou a hora de dar um basta neste sistema criminal vingativo.

A preocupação com a vítima dá ao Brasil ares de uma nação progressista; ela é objeto de reforma processual penal que está em curso. Dentre os pontos de acentuado relevo no aprimoramento de nossa legislação processual penal encontra-se a preocupação em tutelar a vítima.

Vê-se a preocupação não apenas quanto à reparação nas hipóteses de transação, mas também com o acréscimo de um inciso VII ao art. 387, e um parágrafo ao art. 63, ambos do CPP, com fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados; e, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, execução desse valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.[28]

São as palavras do Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, sobre as reformas que se vêm efetivando:

"... refletem as tendências modernas do processo penal na busca de realizar o interesse público na prevenção e repressão da criminalidade sem descurar das garantias e dos direitos do acusado, *assim como a preocupação com a vítima e seus dependentes,* atendendo a segurança jurídica e às coordenadas do Estado Democrático de Direito, proclamando pela Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento"[29] (destaquei).

Infelizmente. no Brasil, não existe uma cultura própria de estudo da justiça criminal e tampouco da vítima criminal. O problema é deixado sempre para o Estado. Não existe uma discussão séria pela sociedade civil. As medidas criminais, muitas vezes, vão de encontro aos reais interesses da sociedade. Medidas de necessidade social não são sequer estudadas. Existe um certo sentimento de fuga da população quanto a isso. Não se discute o problema. Supõe-se que o mesmo não exista.

(27) Kurt Madlener. "Compensação. Restituição. Sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais". *RBCCrim* 10, São Paulo : RT, abr.-jun., 1995.

(28) Sálvio de Figueiredo Teixeira. "A reforma processual penal". *RT* 703/424.

(29) Op. cit., p. 425.

Dentro desses acontecimentos fica uma advertência de extrema importância: em termos do Direito brasileiro, temos de equacionar nossos problemas respeitando sempre a dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira, na forma do art. 1.º, III, da CF.

Podemos comprovar a situação de desprestígio da vítima, visto enquanto cidadã, numa interpretação sistemática da Constituição Federal, pois se sobre o acusado temos várias referências a direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, CF), por outro lado, não encontramos proteções à vítima nesse terreno.

Quando no muito, uma referência a uma hipotética lei (ADCT, art. 245), que disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

A norma programática acima (de aplicação futura duvidosa) traz séria injustiça por não proteger as vítimas de crimes culposos, deixando-as desamparadas pelo Poder Público. A fim de se coibir tal injustiça material, mister se inclua na proteção das vítimas, também aquelas vítimas de crimes culposos nas mesmas condições acima referidas.

Enfim, não existe cidadania se não se proporciona à vítima o mesmo *tratamento assistencial* que o Estado recebe quando da prática de um crime, pois a vítima como cidadã, é o elemento estrutural do Estado Democrático de Direito.

4. A vítima criminal no direito comparado

No Direito Comparado são cada vez mais numerosos os casos de "redescoberta da vítima". Os Estados estão reconhecendo a importância da vítima, vinculando o tema à questão da cidadania.

O exame da legislação penal estrangeira revela a existência de institutos com características semelhantes ao nosso instituto do arrependimento posterior e demonstra que o legislador penal alienígena utiliza a reparação do dano à vítima como medida de política criminal para descriminalizar infrações penais, reduzir as sanções ou substituí-las por outras menos graves, simplificar ou evitar o processo penal e reduzir a carga do sistema judiciário e penitenciário. Nessa linha, notadamente, estão a Alemanha, Grécia, Portugal e Itália.[30]

Em diversos países já existem textos legislativos específicos de amparo às vítimas: Áustria (Lei 288/72), Alemanha, Inglaterra, Holanda, EUA (Califórnia). Na Itália a preocupação já vem desde o Código Leopoldino (1786); depois com o Código Penal para as Duas Sicílias (1819), e, nos últimos tempos, em função da Lei 13 de 02.01.1958.[31] Suécia, Países Baixos, Itália e Bélgica têm legislação que

(30) Waléria Garcelan Loma Garcia. *Arrependimento posterior*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 178.

(31) René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para os sistemas de penas*. 2. ed., São Paulo : RT, 1998. p. 303.

beneficia vítimas do crime. A Nova Zelândia, em 1964, instituiu o primeiro programa moderno de compensação às vítimas do crime.

De grande importância, também, são os programas assistenciais às vítimas do crime, atuando principalmente ante o sofrimento humano e social dos ofendidos pelo crime. E sob o ângulo de procedimentos no processo criminal, estão presentes, para superar ignorância e procrastinação de legítimos direitos.[32]

Há críticas, acusando os programas, dizendo-os indutores de ensaiar depoimentos. Advertir sobre estratagemas advocatícios, infensos à vítima e que possam industriar os assistidos contra a defesa. A advertência é lícita e, de um modo geral, a assistência dos programas é vista com seriedade.[33]

Em 1997, em reforço ao resgate da vítima, disse o Presidente dos Estados Unidos da América, William Jefferson Clinton no "1997 National Crime Victims' Rights Week Proclamation":

"This year, we can take one more historic step to ensure that victims throughout the country are guaranteed the fundamental rights to be present, to be informed of significant developments in their cases and of their rights, and to be heard at sentencing and other appropriate times throughout the criminal justice process. The Congress should pass a Victims' Rights Amendment to the United States Constitution that will, when ratified by the States, ensure that crime victims are at the center of the criminal justice process, not on the outside looking in."[34]

Fundada em 1975, a "Organização Nacional para Assistência" (NOVA) é uma das mais antigas organizações do mundo na prestação de assistência às vítimas. Sediada em Washington, a organização assessora entidades reconhecidas, e dispõe de centro de dados, cobrindo o país. Uma de suas diretorias orienta programa e os controla; treina agentes, provê assistência técnica *de hobbies for victims and witness;* promove anualmente a "Semana Nacional dos Direitos da Vítima"; instruiu para a compensação mediante pagamento, e para assegurar assistência médica hospitalar e farmacêutica, providenciando alocação de recursos a favor das vítimas impedidas de trabalhar.

Iniciativa de grande valor foi o "Ato Vítimas de Crime", de 1984 (VOCA), que instituiu um Fundo para as vítimas de crimes no Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, além da criação, pelo Departamento de Justiça daquele país, da agência OVC (Office for victims of crime) para supervisionar diversos programas que beneficiem as vítimas de crimes.

A OVC[35] fornece fundos para a assistência da vitima e programas de compensação, bem como dá suporte nos treinamentos para educação na justiça crimi-

(32) Celso Cezar Papaleo. "Programas assistências às vítimas do crime". *Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho.* Edição especial, Rio de Janeiro, dez., 1997. p. 178.

(33) Papaleo, op. cit., p. 180,

(34) Extraído do *site* da OVC/USA

(35) A maior responsabilidade da agência OVC é administrar o Fundo para as Vítimas de Crimes, o qual não é derivado de verbas de impostos americanos, mas de

nal a outros profissionais. Todo ano milhões de dólares são depositados ainda no Fundo de Assistência das Vítimas (VOCA), oriundos de rendas ligadas aos diversos programas da justiça criminal.

Existem também programas de compensação às vítimas dos crimes, administrados por todos os Estados da Federação norte-americana. Esses programas proporcionam assistência financeira a vítimas de crimes de ordem federal e estadual. O típico programa de compensação estadual requer que as vítimas reportem os crimes em três dias e reivindiquem indenizações dentro de um período fixo de tempo, normalmente dois anos. A maior parte dos Estados da Federação pode estender esses limites, se houver necessidade, exclusivamente.

A assistência às vítimas inclui, mas não limitada, os seguintes serviços: intervenções nas situações de crises, consultas, abrigo de emergência, advocacia na justiça criminal, transporte de emergência. Por toda a nação existem aproximadamente 10.000 organizações que proporcionam auxílios desses e outros tipos para as vítimas de crimes. Por volta de 2.800 dessas recebem alguma contribuição dos fundos VOCA.

Esse tipo de iniciativa demonstra claramente que os Estados Unidos se conscientizaram que a vítima, como cidadã, deve ser da mesma forma assistida como o Estado que possui o seu aparato próprio para a defesa do Direito (Ministério Público, Polícia etc.) quando da ocorrência de um crime.

Segundo Heitor Piedade Júnior, Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia: "Aqui ao lado, na Argentina, em Córdoba, nós temos um centro de apoio às vítimas do crime e de abuso de poder. Na Espanha temos cerca de 50 (cinqüenta) e tantos centros de apoio à vítima."[36]

Em Portugal, existe a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), sediada em Lisboa, e que presta serviços às vítimas criminais, tais como apoio jurídico, psicológico e social.

A APAV é composta por técnicos, voluntários e estagiários de várias formações acadêmicas. Eles trabalham numa necessária multidisciplinariedade, dado a que cada caso com as suas especificidades reclama a contribuição de várias áreas disciplinares. Estas áreas, na APAV, nunca trabalham de forma estanque, mas participam ativamente numa discussão dos casos, permutando informações específicas que se mostrem válidas e necessárias ao processo de intervenção.

recursos vindos de multas e penalidades pagas por pessoas que desrespeitaram leis federais. Cerca de 90% das receitas coletadas por ano (363 milhões em 1997) são distribuídas para os Estados com o intuito de ajudar o custeio de seus fundos de assistência e programas de compensação às vítimas criminais. Desde 1988, a OVC já distribuiu mais de 2 bilhões de dólares aos Estados que mantêm serviços de assistência e compensação às vítimas criminais.

(36) "Advocacia e justiça criminal". Organizada por Luiz Flávio Borges D'urso. *Anais do II Encontro dos Advogados Criminalistas.* São Paulo : Oliveira Mendes, 1997. p. 47.

Na área jurídica, a APAV realiza os seguintes préstimos às vítimas: informação e aconselhamento à vítima em termos jurídicos, esclarecendo sobre as sentenças e outras peças processuais; encaminhamento da vítima para os tribunais e autoridades policiais; realizam o pedido de indenização cível; instrução dos pedidos de indenização ao abrigo da legislação portuguesa de proteção às vítimas de crimes violentos; elaboração da queixa-crime quando esta deva ser apresentada ao Ministério Público (se for solicitado), assim como outros requerimentos necessários à boa condução do processo; estabelecimento de contatos com magistrados e o Ministério Público; elaboração de relatórios e informações auxiliares para os tribunais e outras instituições; patrocínio gratuito da vítima em casos excepcionais: acompanhamento pessoal da vítima junto aos tribunais e às autoridades policiais.

Na área psicológica, a APAV presta apoio regular à vítima de crime e/ou família que sofram diretamente os efeitos do crime: ouvem a vítima; encaminhamento para os serviços de Psicoterapia e Saúde Mental quando se detecta uma problemática subjacente à do crime e seja necessário uma psicoterapia de longa duração; encaminhamento para os mesmos serviços dos casos cuja problemática não se insira no âmbito de intervenção da APAV; elaboração de relatórios sobre a vítima a pedido dos tribunais; comparecimento dos profissionais da entidade como nos tribunais como testemunhas e/ou peritos a pedido do advogado de defesa da vítima; acompanhamento pessoal da vítima em diligências várias (tribunais, autoridades policiais, hospitais etc.).

Na área social, a APAV classifica a natureza da situação e do problema. Ouve a vítima, capacita o utente para a resolução da sua problemática, estabelecendo com ele um compromisso em que ambas as partes têm diligências a tomar; informam à vítima criminal todas as possibilidades e dificuldades do processo de intervenção; encaminhamento para outras instituições quando a sua problemática não se insere no âmbito de intervenção da APAV; colocam a vítima em contato com a rede institucional, em que poderá solicitar bens e serviços em face da situação-problema; assistem materialmente a vítima; os profissionais testemunham em tribunais a pedido do advogado de defesa da vítima; acompanhamento pessoal nas várias diligências do circuito institucional.

No ano de 1997 a APAV atendeu um total de 3.126 vítimas (sendo 2.379 mulheres). As vítimas por tipos de crimes foram: crimes sexuais 138: maus-tratos 1.166; ofensas à integridade física 295; difamação/injúria/ameaça 514; seqüestro/rapto 16; furto/roubo 131; abuso de confiança/burla/dano 110; homicídio 28; violação da obrigação de alimentos 35; inexistência de crime 240; outros crimes 67; não identificado 278.

Temos na Austrália, ainda, a "The Victim Support Service Inc. of South Australia", organização que fornece serviços de apoio para as pessoas que sofrem danos resultantes de atos criminais. Ela também trabalha junto à comunidade defendendo os interesses e direitos das vítimas.

Na área de trânsito, existe na Europa a "European Federation of Road Traffic Victims". A Federação é formada por associações nacionais européias das vítimas e famílias das falecidas ou incapacitadas em situações ocorridas nas rodovias

européias. Ela tem "status" de uma organização não-governamental, reconhecida, porém, pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

Iniciativas de menor monta, mas em número razoável, existem ainda em outros países, demonstrando um início de conscientização global a favor da vítima dos crimes.

5. Conclusões

No atual sistema de Justiça Criminal que o Brasil adota, a vítima foi esquecida; seu âmbito de expectativas é muito escasso; a reparação dos danos não é prioridade, senão a imposição do castigo. Busca-se, unicamente, a aplicação da pena para os acusados.

A situação vem sendo abrandada pela entrada em vigor da Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), que, no âmbito da criminalidade pequena e média, introduziu no Brasil o modelo consensual de Justiça Criminal. A prioridade agora não é o castigo do infrator, senão e sobretudo a indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima.

O Direito Penal brasileiro inovou a partir de 1984 com a instituição do "Arrependimento Posterior", beneficiando acusado e vítima, como medida de política criminal.

Urge uma reflexão imediata do aparelho estatal quanto ao tratamento prestado à vítima nas Delegacias de Polícia, Secretarias Criminais, Poder Judiciário e Ministério Público. Vítima não é testemunha. As vítimas não devem continuar a ser tratadas como objetos de direito, e sim, sujeitos de direito.

O art. 245 do ADCT, da CF vigente prevê a lei que disporá sobre a assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, mas ainda não foi regulamentado. Quando acontecer, se possível, bom senso seria a inclusão das vítimas de crimes culposos.[37]

A sociedade civil deve buscar participar de forma imediata no problema das vítimas. O Estado deve fomentar, através de subsídios, a criação de ONGs que dêem assistência às vítimas criminais.

Vários Estados, dentre eles Estados Unidos, Nova Zelândia, Inglaterra e Portugal possuem organizações que prestam grande assistência às vítimas inclusive em nível jurídico, psicológico e social.

A sociedade, para atingir o valor básico de "dignidade da pessoa humana", também deve zelar pelos direitos das vítimas promovendo a criação de entidades, tais como as associações de proteção às vítimas existentes nos Estados Unidos, subsidiando-as com fundos provenientes das multas aplicadas no sistema da Justiça Criminal brasileira.

Sem a proteção da vítima não há cidadania.

(37) Isso, porém, dependeria de emenda constitucional por alongar a hipótese da norma.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico". *RBCCrim* 5, São Paulo.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana.* 28. ed. Petrópolis : Vozes, 1999.

CALHAU, Lélio Braga. "Direito penal, vítima e cidadania". *Revista Teia Jurídica,* s.d. [on line]. Disponível: http://teiajuridica.com.br [14.04.1999].

——— (Org.). *Revista Direito Penal.* s.d. [on line]. Disponível: http://www.direitopenal.adv.br [13.03.1999].

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas : Conan, 1995.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização.* Trad. Eliana Grania et alii. 2. ed. São Paulo : RT, 1995.

D'URSO, Luiz Flávio Borges (Org.). "Advocacia e justiça criminal". *Anais do II Encontro dos Advogados Criminalistas.* São Paulo : Oliveira Mendes, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho.* São Paulo : LTr, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e filosofia.* Rio de Janeiro : Politécnica, 1952.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para os sistemas de penas.* 2. ed. São Paulo : RT, I 998.

———. "O problema da vítima". *RT* 648, São Paulo : RT.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese.* 12. ed., São Paulo : Perspectiva, 1977.

ESPÍNDULA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.* São Paulo : RT. 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal.* São Paulo : Malheiros, 1995.

GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrependimento posterior.* Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos.* Em co-autoria com Antonio García-Pablos de Molina. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro : LUAM, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques. "Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal". *Revista LTr* 5, v. 61, maio, 1997.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal.* São Paulo : IBCCrim, 1997.

MADLENER, Kurt. "Compensação. Restituição. Sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar a dano às vítimas do crime através dos tribunais". *RBCCrim* 10, abr.-jun., São Paulo : RT, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Recomendações sobre a cooperação internacional em matéria de prevenção do crime e de justiça penal no contexto do desenvolvimento violento*, item 13, de 14.12.1990, 68.ª sessão plenária, Gabinete de Direito Comparado. Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1999.

NATIONAL ORGANIZATION OF VICTIM ASSISTANCE (NOVA), s.d. [on line]. Disponível: http//www.try-nova.org [02.02.1999].

NEUMAN, Elías. *Mediación y conciliación penal.* Buenos Aires : Depalma, 1997.

PAPALEO, Celso Cezar. "Programas assistências às vítimas do crime". *Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho.* Edição especial, Rio de Janeiro, dez., 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 17. ed., São Paulo : Saraiva, 1996.

SOUSA, José Pedro et al. *Dicionário de política.* São Paulo : T. A. Queiroz, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A reforma processual penal", *RT* 703, São Paulo : RT.

4.3

ETNOGRAFÍA DE LA CULTURA DE LA SEGURIDAD; MÉTODOS CUALTITATIVOS PARA EL ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD SUBJETIVA

BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Marco teórico – 3. Métodos cualitativos y métodos cuantitativos – 4. A propósito del método cualitativo – 5. Los instrumentos de investigación – 6. Sugerencias metodológicas para el estudio de la seguridad subjetiva – 7. Estrategias metodológicas para la línea "ciudad y cultura urbana" del proyecto "ciudades seguras" – Bibliografia.

Resumo: A sensação de insegurança é gerada por diversos fatores sociais e culturais, objetivos e subjetivos, destacando-se a forma sensacionalista de divulgação de informações referentes à criminalidade. O método quantitativo e empírico, baseado nas estatísticas criminais, é insuficiente para a identificação do fenômeno só compreendido com a análise das formas de representação de determinado grupo social e de seus conteúdos simbólicos. O texto apresenta um roteiro metodológico baseado na pesquisa de campo.

Palavras-chave: Criminalidade – Sensação de insegurança – Sistemas punitivos – Metodologia – Etnografia.

1. Introducción

La inseguridad que se percibe, en mayor o menor medida, en las ciudades, resulta de la confluencia de múltiples factores sociales, económicos y culturales, tanto objetivos como subjetivos. Esto quiere decir que lo que se reconoce como la falta de seguridad ciudadana no depende solamente de lo que se supone como condiciones "reales" de una sociedad, sino que también depende de lo que los individuos y los colectivos piensan, dicen y actúan respecto de lo que les parece ser la seguridad ciudadana y respecto de lo que consideran como los factores que la determinan.

Entre esos factores subjetivos que inciden en las posibilidades que tienen los sujetos sociales para conformar condiciones de seguridad están los mitos colectivos que dan sentido a las prácticas sociales de exclusión y etiquetamiento en el campo de criminalidad. Especial mención merecen los medios de difusión cuya labor de propalar y hacer creer esos mitos es contundente.

Por ello, a pesar del creciente número de espacios en los medios destinados a la nota roja y la proliferación de detalles en las conductas delictivas que se narran, esa profusión en los datos no puede considerarse propiamente como información, pues no le da a la gente una imagen "objetiva y realista", porque generalmente los

datos que dan a conocer están falseados o por lo menos resultan exagerados o descontextualizados, lo que solamente puede generar desinformación por parte de la población

Los contenidos de esos mensajes, al enfocarse casi exclusivamente a narrar ciertas conductas aparentemente lesivas de la vida y las propiedades de las personas, en el contexto de la mitología popular, sin abordar las estrategias preventivas y punitivas seguidas por las autoridades y sus consecuencias en la población inerme ante el poder punitivo del Estado y, mucho más, sin atender a las medidas que la población puede adoptar para evitar que eso ocurra, crea en los ciudadanos una impresión de naturalidad de los crímenes y del riesgo a que se somete a la sociedad, así como de las políticas represivas instrumentadas por los gobiernos, con lo que se crea la impresión de que nada se puede hacer para garantizar la seguridad y se genera una sensación de indefensión.

La información es presentada, además, de manera alarmista y sensacionalista, lo que crea un ánimo negativo en los ciudadanos, y genera sensación de terror y actitudes de alarma social. Esta alarma social es uno de los factores subjetivos que más inciden en el incremento de la inseguridad, además de los factores sociales considerados como "objetivos".

Es importante recordar que cada sociedad tiene sus propias formas culturales de mantener el orden social, y que los factores subjetivos solamente pueden cobrar sentido en un determinado contexto cultural. Por ello es tan importante conocer las representaciones simbólicas sobre la seguridad que se hacen los diversos grupos sociales. Esto es precisamente lo que podemos llamar "seguridad subjetiva".

Pero también resulta relevante tener presente que el imaginario colectivo que se expresa en la reacción social frente a la criminalidad de una sociedad tiene que ser visto en el contexto de su devenir histórico y como resultado de las diversas tradiciones que se decantan en sus formas particulares de cultura.

Con las presentes líneas se pretende aportar algunas reflexiones y sugerencias metodológicas para el análisis de los elementos subjetivos de la seguridad que aquí se proponen como indispensables para conocer las condiciones sociales "de fondo" que condicionan lo que se conoce como seguridad de los ciudadanos.

El contenido de este texto es resultado del trabajo de la línea "ciudad y cultura urbana" del proyecto de investigación "ciudades seguras"[1] y es también parte de la formulación de su marco teórico y metodológico.

2. Marco teórico

El contemporáneo fenómeno de la criminalidad y el consecuente problema de la inseguridad de los ciudadanos han sido tematizados desde diversas

(1) Esta es una investigación realizada conjuntamente por la Universidad Autónoma Metropolitana, la Universidad Autónoma de Querétaro, la Universidad Autónoma de Tlaxcala y la Universidad Autónoma de Campeche.

ópticas, desde cada una de las cuales se proponen diferentes estrategias de solución.

Seguramente la política criminal más favorecida por los gobiernos y más reclamada por la opinión pública, es la conocida como "neorrealismo", que surge a partir de la globalización de la economía y del auge de las posiciones conservadoras de corte neoliberal. Desde esta perspectiva, a fin de conservar el orden social, los diversos sectores sociales reclaman la sobrepenalización de las conductas punibles, la suspensión de las garantías del debido proceso penal, el apoyo irrestricto a la acción represiva de los cuerpos policíacos y la instrumentación de medidas de vigilancia directa sobre posibles delincuentes.[2]

En este sentido, las estrategias en materia de seguridad ciudadana que van imponiéndose cada vez con más fuerza, son las llamadas "situacional-tecnológicas", porque se orientan casi exclusivamente a intentar anular la posible comisión de un delito en la propia situación en que ocurre, y recurriendo a medidas estrictamente técnicas tales como sistemas de vigilancia y mecanismos de seguridad. Pero estas estrategias no reducen la comisión de delitos, porque los criminales siempre encuentran la manera de evitar los sistemas técnicos o porque optan por lugares menos vigilados, además de que vuelven a los ciudadanos prisioneros de sus propios espacios. En esta línea se inscribe la llamada "Política de Tolerancia Cero" que ha inspirado diversos programas de combate a la delincuencia.[3]

Del otro extremo se encuentran las políticas asistenciales de corte Keynesiano aplicadas a la prevención del delito: muchos gobiernos han prometido reducir la criminalidad a través del otorgamiento de bienes y servicios a los sectores sociales más desfavorecidos para reducir las carencias que presuntamente motivan al delito (vivienda, educación, recreación, etc.). Estas estrategias se inspiran en la corriente funcionalista de la anomia, desarrollada por autores como Emile Durkheim,[4] Robert. K. Merton[5] y Talcott Parsons.[6] Con todo, estas políticas solamente pueden tener un efecto indirecto y no han probado nunca reducir la delincuencia, además de que el modelo del "Estado de bienestar" ha sido hoy sustituido por el modelo neoliberal, por lo que la tendencia general en todo el mundo es que los gobiernos opten por medidas punitivas antes que de prevención general positiva.[7]

Una alternativa que ha sido ensayada en varios países es la organización ciudadana para el combate a la delincuencia, a través de redes de tutela mutua, con lo que se reducen los actos de incivilidad y los desordenes públicos, pero no la criminalidad propiamente. Esta estrategia tiene el inconveniente de que fomen-

(2) Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, 1994.

(3) Ver J. Young, *The Criminology of Intolerance; zero-tolerance policy and the american prision experiment.* Center for criminology. Meddlesex University, s/f.

(4) Emile Durkheim, 1987.

(5) Robert K. Merton, 1980.

(6) Talcott Parsons, 1980.

(7) Ver L. Ferrajoli, 1989.

ta la creación de escuadrones parapolicíacos integrados por civiles y propicia actos de venganza privada al margen de la ley y la justicia del Estado.[8]

Criminólogos contemporáneos como Alessandro Barata,[9] proponen un modelo que integra estos tres anteriores, bajo las siguientes condiciones:

– Aplicación del principio de legalidad contra la impunidad de los particulares y de los funcionarios.

– Participación determinante de los ciudadanos en los planes y programas de seguridad.

– Reducción de las potestades punitivas del Estado y restitución de ellas a la sociedad civil, dentro del marco de un Estado de Derecho.

– Prioridad de las estrategias sociales orientadas a mejorar el nivel de vida de los ciudadanos, sobre la prevención situacional.

– Colaboración de los ciudadanos y la policía, bajo la conducción conjunta de la Sociedad Civil y el Gobierno.

– Apropiación por parte de los ciudadanos, de su propio saber sobre su experiencia y participación en las políticas de seguridad.

– Definición y aplicación de los planes de seguridad ciudadana de manera conjunta entre la sociedad civil y el gobierno.

– Todo ello exige nuevas formas de organización social y de participación ciudadana en un contexto de Democracia.

Desde esta óptica, puesto que para alcanzar mejores niveles de seguridad ciudadana se plantea como indispensable la participación informada de los miembros de la sociedad civil, la planeación de esas estrategias colectivas de prevención del delito deberán partir de un conocimiento racional y objetivo de las condiciones reales de la criminalidad, así como el estudio interdisciplinario de la percepción de la seguridad y de las reacciones de los ciudadanos frente a la delincuencia.

La posición que aquí se plantea en un amplio paradigma conocido como la "Corriente Crítica", inspirado en paradigmas actuales dentro de las ciencias penales tales como el "Minimalismo Penal" (L. Ferrajoli),[10] el "Abolicionismo Penal" (L. Hulsman)[11] y la "Criminología Critica" (A. Baratta),[12] con sus continuadores en América Latina: R. Bergalli,[13] R. del Olmo,[14] L. Aniyar, R.[15] Zaffaroni[16] y F. Tenorio.[17]

Esta perspectiva no es solamente la propuesta de modelo de seguridad

(8) Ver E. Carranza, 1997.

(9) Ver Baratta, 1998.

(10) Ver Luigi Ferrajoli, op. cit.

(11) Ver L. Hulsman y J. Bernat, 1984.

(12) Ver Baratta, 1989.

(13) R. Bergalli, J. Bustos y Miralles, 1983.

(14) Rosa del Olmo, 1981.

(15) Lola Aniyar, 1977 y 1987.

(16) Eugenio Raúl Zaffaroni, 1990.

(17) Fernando Tenorio, 1988.

ciudadana, sino que supone una perspectiva teórica y una prescriptiva metodológicas y se nutre de gran cantidad de líneas teóricas que van del "Interaccionismo Simbólico",[18] las "Teorías del etiquetamiento" (labelling approach),[19] el "constructivismo"[20] y la etnometodología,[21] hasta las teorías críticas del conflicto y del poder.[22]

Algunas de las propuestas de este paradigma son:

– La imposibilidad de los sistemas punitivos para resolver, por ellos solos, los problemas sociales, por lo que la persecución del delito es insuficiente para alcanzar la seguridad ciudadana y se requiere de la participación de la sociedad.

– Los sistemas penales generan muchos de los problemas que se suponen intentan evitar, no solo por la ineficiencia y la corrupción de algunos funcionarios, sino especialmente a través de mecanismos como el etiquetamiento y la estigmatización, por lo que es necesario intentar vías no punitivas para la prevención del delito.

– El sobrecrecimiento de los sistemas para la persecución del delito crean sus propios clientes, con lo que se incrementan los índices oficiales de criminalidad, por lo que es necesario intentar vías no punitivas para la prevención del delito.

– La alarma social como reacción frente a lo considerado como delito obedece más a la desinformación que generan los medios de difusión que a un conocimiento racional de la situación de seguridad, por lo que es necesario que los ciudadanos se vuelvan sujetos creadores de su propio saber.

– La inseguridad es producto de diversos factores sociales y culturales, objetivos y subjetivos, y no sólo del incremento aparente de la criminalidad, por lo que se requiere conocerlos todos a fin de diseñar programas de seguridad ciudadana más efectivos.

– El delito como desviación depende de la conciencia que lo define como tal, por ello es necesario conocer las representaciones sociales del fenómeno criminal.

Respecto de la metodología, este paradigma se opone al "ontologismo" del delito propuesto por las corrientes positivistas y lo asume como una construcción social, por lo que es necesario conocer los procesos sociales que convierten en criminales a los ciudadanos y vuelven delitos a las conductas sociales. Para ello se apoyan en métodos principalmente hermenéuticos y cualitativos tales como la "Fenomenología", la "etnometodología" y las técnicas etnográficas históricas y comparativas.

3. Métodos cualitativos y métodos cuantitativos

Existen, en efecto, diversas estrategias metodológicas para aproximarse a lo que los ciudadanos reconocen como inseguridad y cada una de ellas está

(18) Ver G. H. Mead, 1982.

(19) Ver H. Becker, 1971.

(20) Ver Peter Berger y Thomas Luckman, 1979.

(21) Ver A. V. Cicourel, 1964.

(22) Ver Michel Foucault, 1983.

soportada por distintas perspectivas teóricas y prescribe diferentes procedimientos para la investigación de su objeto de estudio.

A pesar de la gran variedad de esas aproximaciones, podríamos agruparlas en dos tipos: las de corte cuantitativo o empírico y las cualitativas o culturales.

La perspectiva cuantitativista asume que la inseguridad es una realidad empírica y por lo tanto poseen manifestaciones observables que la hacen objetivamente identificable y mensurable, lo que permite su cuantificación, a través de indicadores "objetivos" tales como los índices de criminalidad legal en un momento y tiempo determinados.

De este modo, el análisis cuantitativo define a la inseguridad como una situación real a la que están expuestos los ciudadanos y que es consecuencia de factores objetivos, por lo que, para obtener información pertinente sobre su objeto de estudio entendido de esta manera, recopila, por ejemplo, datos sobre los delitos cometidos en cierta población en un tiempo determinado y, de acuerdo con la recurrencia y frecuencia de denuncias de actos ilícitos, establece los supuestos índices de "seguridad", pero no puede aportar nada sobre las imágenes colectivas respecto de las conductas delictivas, sobre las reacciones sociales frente ellas, o sobre el sentido que tales reacciones tienen.

Desde la perspectiva cultural, en cambio, se asume a la seguridad subjetiva como el resultado de los modos como los sujetos sociales representan a las conductas consideradas como delictivas, a los sujetos determinados como delincuentes y las medidas para la prevención del delito.

Para esta aproximación, los indicios más importantes para acercarse al estudio de la seguridad no están en el campo de lo empíricamente observable, sino en el conjunto de significaciones sociales que componen la rica mitología sobre el crimen y el criminal, y que dan sentido a las prácticas de exclusión.

Por todo ello, si queremos tener una explicación suficiente y "profunda"[23] de la seguridad subjetiva, no podemos contentarnos con registrar sus manifestaciones empíricas que solamente se refieren a la recurrencia estadística de la conducta considerada como criminal, sino que tenemos que adentrarnos a los niveles profundos de la subjetividad donde se ocultan las claves de la significación cultural.

4. A propósito del método cualitativo

Como ya se dijo, cuando se hace investigación cuantitativa o empírica, se registran los datos de los eventos observables para hacer los registros y los análisis estadísticos. En el estudio de la cultura esto no es posible porque los contenidos simbólicos de las prácticas culturales no son observables directamente, lo que exige el diseño de instrumento de investigación que permitan hacer accesibles los contenidos subjetivos de significación.

Las ciencias sociales han diseñado algunas estrategias para tal efecto que consisten, en general, en la identificación e interpretación de las manifestaciones

[23] Cfr. Geertz, 1991.

objetivas de esos contenidos de significación que, de otro modo, se mantendrían ocultos en la subjetividad de los individuos.

Llamemos "objetivaciones"[24] a la expresión objetiva de algún contenido subjetivo y "proceso de interpretación" a la estrategia metodológica que consiste en el paso de lo objetivo a lo subjetivo; de lo manifiesto a lo latente; es decir en un proceso de lectura de un universo simbólico como ámbito de significación de la realidad a partir de un dato empírico, al modo de un indicio.

Este proceso de interpretación requiere la definición de una estrategia hermenéutica que, a su vez exige, primero que nada, un marco explicativo que aporte la clave de interpretación, es decir, un aparato teórico capaz de permitir el desarrollo de un instrumento que fuerce al indicio y lo haga hablar de sus contenido subjetivo latente.

Pero se necesita, además el desarrollo de un método para la recolección, registro, lectura y análisis de los indicios como datos.

Los indicios pueden ser recopilados prácticamente en todos los ámbitos de la vida de los sujetos estudiados y van desde las objetivaciones materiales (por ejemplo los monumentos y los archivos) hasta los simbólicos, por ejemplo el lenguaje.

Entendamos al símbolo como la objetivación que nos permite el paso de un ámbito de la vida a otro[25] sea por ejemplo, para establecer la correspondencia (obviamente "simbólica") entre el ámbito de vida cotidiana, donde todas las prácticas se viven como "naturales" y dotadas de sentido por sí mismas, y el ámbito de las significaciones que dan sentido a esas prácticas.

Por todo ello, si las significaciones culturales son inaccesibles de modo directo, el acceso a ellas se hará de manera indirecta por medio de sus objetivaciones a través de las expresiones empíricas de sus vestigios materiales y de sus prácticas sociales, es decir, por medio de sus manifestaciones simbólicas. Por estas razones el proceso de acceso a esos contenidos es una forma de emergencia de lo simbólico y por eso el análisis cultural es siempre hermenéutico.

En el ámbito de lo simbólico, una magnífica vía de acceso a los contenidos de la cultura es el lenguaje, siempre y cuando no se piense en una correspondencia directa y mecánica entre la forma externa (significante) y el contenido interno (significado); para que el lenguaje devele algún contenido, tiene que ser descifrado; las palabras no dicen todo lo que dicen.[26]

Para algunos estudiosos del lenguaje[27] cuando un sujeto habla en una situación determinada, siempre lo hace según una serie de prescripciones o "condiciones de decibilidad", o sea que todo acto de alocución está determinado

(24) Para la exposición de este concepto sigo básicamente la obra de Berger y Luckman consignada en la bibliografía.

(25) Cfr. Ibid.

(26) Foucault advierte, en este sentido, que el lenguaje ha despertado la sospecha de que "no dice exactamente lo que dice", 1981, p. 24.

(27) Esta posición es sostenida, entre otros, por Pierre Bourdieau en "¿Qué significa Hablar?" (1985).

por las condiciones en que se produce; las circunstancias de cada acto le imponen una cierta forma de liturgia que establece qué habrá de decirse en cada situación de la vida, y establece, incluso, los límites de la "decibilidad, es decir, lo que puede o no decirse, en qué circunstancias se puede o no, y lo que es imposible de decirse.

Por ello cuando un individuo habla, no lo hace por sí ni desde sí mismo; habla en tanto sujeto de una relación en una situación particular. Con otras palabras, cuando un sujeto habla ya sabe lo que tiene que decir, y eso es precisamente lo que hace.

De este modo, una alocución no dice, en primera instancia, mucho mas de los pueda verse en la situación directa; para indagar contenidos "profundos" en el discurso debe "dársele la vuelta" como a una trampa que atrapara al escuchante en los contenidos prescritos por la situación concreta.

En primer lugar, el signo lingüístico tiene que ser descifrado para poder pasar del "significante exterior" al "significado interior" oculto por el signo, pero además el signo lingüístico impone su propia lectura, fuerza una interpretación. El mismo Foucault advierte que las palabras:

"(...) no indican un significado, imponen una interpretación. En consecuencia, no es a causa de unos signos primarios y enigmáticos por los que hemos de dedicarnos ahora a la tarea de interpretar, sino porque hay interpretaciones, y porque no cesa de existir por debajo de todo lo que habla una enorme red de interpretaciones violentas. Y es en razón de esto por lo que hay signos, signos que nos prescriben la interpretación de su interpretación, que nos prescriben darle la vuelta como signos"[28]

En el campo del análisis cultural esto es muy importante puesto que, como se verá adelante, uno de los instrumentos mas importantes para la recolección de información, la entrevista, se estructura con base en preguntas del investigador que recibirán respuestas previamente prescritas por la situación, además de que la propia entrevista es, como situación de interacción, una forma de relación que prescribe las actitudes que habrá de tomar el entrevistado.

En este tipo de trabajo el investigador no puede conformarse con lo que le diga su informante y mucho menos tomar como verdad científica lo que le dice. Y no porque haya que pensar que el informante miente, sino porque es un error pensar que el discurso de un informante nos lleva a la realidad social[29] principalmente porque el informante no tiene por qué conocer su realidad en el mismo sentido y en la misma dimensión en que el investigador pretende hacerlo, y porque, de acuerdo con lo dicho, el informante dirá exactamente todo lo que tiene que decir en la situación de entrevista.

De aquí la necesidad de contar, en las investigaciones culturales, con las herramientas heurísticas que permitan válidamente el paso de las objetivaciones empíricas (sea el caso de un discurso) a los contenidos simbólicos.

(28) Foucault, 1981, p. 37-38.

(29) A esto llaman Bourdieau et al. (1980) "ilusión de la transparencia".

En el estudio de la seguridad subjetiva, el trabajo de investigación se vuelve más difícil puesto que las representaciones simbólicas que dan sentido a las estrategias de seguridad están marcadas por la alarma social que se ha generalizado en la población y genera actitudes de terror.

Otro gran problema es el conjunto de discursos alarmistas pero desinformados que propalan los medios de difusión, y que son aprendidos por todos y emergen inmediatamente que se habla de seguridad y que por supuesto matizan las respuestas posibles en una entrevista.

Sin embargo, si se diseña una estrategia válida de investigación, ésta deberá considerar todos estos aspectos para proceder de manera mínimamente acertada.

5. Los instrumentos de investigación

Consideremos ahora algunos de los instrumentos metodológicos disponibles para el estudio del universo simbólico en general, y de la seguridad subjetiva, más particularmente.

La observación etnográfica y el diario de campo son algunos de los recursos mas socorridos para el análisis de las expresiones culturales, la primera consiste en la observación directa de las prácticas de los sujetos que se estudian y, eventualmente también, la interacción con ellos, a fin de obtener de primera mano y directamente la información relevante para la investigación. El segundo consiste en un registro de la información que va recopilándose por medio de la observación.

El diario de campo se lleva en un libro en el que se anota, tanto la información que se levanta de las observaciones, como las reflexiones que estas suscitan, de tal modo que se pueda tener disponible la información "empírica", es decir, lo que aparentemente ocurre, lo que uno "ve", junto con las incipientes teorizaciones que, apoyadas en el marco teórico, surgen en el trabajo de observación, además de todo el material que pueda servir para probar o disprobar las hipótesis que vertebran el trabajo de investigación.

Es de notar que nunca se registra todo lo aparentemente observable (empresa por cierto imposible además de inútil) sino únicamente la información relacionada con las hipótesis de trabajo, mediante un proceso de búsqueda y selección de la información que esta dirigido por un protocolo previo.

Esto significa que un investigador no puede plantarse en una situación de observación con el ánimo de simplemente captar "lo que ocurra"; si se quiere alguna información válida y útil, tiene que hacerse la observación con preguntas previas y posibles respuestas o hipótesis que tendrán que ponerse a prueba.

Por ello es de mucho provecho hacer la observación sobre las pautas de una guía que oriente la atención hacia los indicadores y variables de que se compone la estrategia general de investigación.

Una vez que se obtiene la información, ésta debe ser registrada y organizada en el diario de campo y confrontada con las hipótesis con el fin de acumular

información pertinente para la investigación, y para contrastarla constante y permanentemente con las hipótesis.

Otro instrumento muy útil para la recopilación de información para el análisis cultural es la entrevista, que consiste en una situación de interacción en la que un investigador dialoga con un informante con el fin de obtener algún conocimiento, tanto a partir de lo dicho y actuado por el entrevistado, como de la propia situación de entrevista.

Si bien la entrevista difiere del cuestionario para encuesta por cuanto este requiere de respuesta precisa a preguntas "cerradas" para poder codificarlas y manejar estadísticamente la información, la entrevista no puede ser, en cambio, tan "abierta" que se deje al arbitrio y "espontaneidad" del informante. El discurso del entrevistado siempre estará pautado por su experiencia previa y por la propia situación de entrevista; por ello es necesario aceptar que toda entrevista es una situación artificial y que por lo tanto el entrevistador debe intervenir en ella.

La intervención en la entrevista empieza con la selección del informante idóneo y con la creación de las mejores condiciones para la realización de la situación de interacción, y exige siempre una cierta conducción por parte del entrevistador. Esta intervención se justifica en la evidente falsedad de los mitos de que la presencia de un extraño puede pasar inadvertida en una situación de interacción aparentemente natural, de que en tal coyuntura el sujeto entrevistado puede hablar espontáneamente, y de que todo lo que diga el informante es relevante para la investigación.

En el caso de la investigación de la seguridad subjetiva, ésta cuestión es mas evidente pues ya de suyo el tema suscita respuestas estereotipadas por todo el conjunto de mitos que se han creado en torno de este tema. Por esto es imprescindible que el entrevistador tome las providencias del caso para evitar que lo dicho por su entrevistado se quede en los discursos del sentido común que están en boca de todos, o en la emergencia del discurso que la propia situación de entrevista le impone.

6. Sugerencias metodológicas para el estudio de la seguridad subjetiva

El principal recurso con que cuenta un investigador es su marco teórico; éste le permite la claridad indispensable requerida para acercarse a su objeto de estudio tal como ha sido definido por las categorías teóricas, le provee de los instrumentos heurísticos para la interpretación de la información y le proporciona la base para el desarrollo de las herramientas para la recopilación de información y el registro de datos.

Para la investigación de la seguridad subjetiva, se ha propuesto en este trabajo que se le entienda como el conjunto de representaciones simbólicas (mitos, relatos e imágenes colectivas) de lo socialmente reprobable, de las probabilidades de ser víctima de ellas y de las posibilidades de evitarlas. Por ello la investigación que se sugiere se orienta a la búsqueda de esos significados que, según se propone, pueden hacerse accesibles por medio de los instrumentos antes reseñados: la entrevista y el diario de campo.

En la medida en que se aplican los dispositivos de observación e intervención en la propia situación de interacción se puede trascender la situación concreta para obtener información relevante para la puesta a prueba de una hipótesis de trabajo en el campo del análisis cultural. Lo que se hace en realidad es aplicar categorías de análisis en una realidad previamente definida desde un marco teórico.

Si, desde la perspectiva que aquí se propone, se entiende a la seguridad ciudadana como una práctica social que tiene sentido, no gracias a aparentes elementos "objetivos" propios la conducta criminal, según establecen los discursos positivistas, sino a partir de las significaciones que se han construido socialmente, tenemos entonces que lo mas importante del estudio de la seguridad ciudadana es el conocimiento de esas significaciones.

El problema ahora es acceder a esas significaciones que, como se dijo, no tienen manifestaciones empíricas que permitan conocerlas de manera directa, por lo cual hay que diseñar una estrategia de aproximación congruente con los supuestos teóricos reseñados antes y con el uso del diario de campo y la entrevista como principales herramientas para la recolección de información.

Para realizar las entrevistas es importante tener claridad en los criterios de selección de los informantes, las características de la entrevista, los temas sobre los que se orientará, etc. Hay que poner especial atención en las circunstancias que pueden hacer que el individuo despliegue respuestas aprendidas o conductas defensivas, o bien la realización de la entrevista en algún lugar que pueda imponer al informante ciertas respuestas.

Evidentemente que un contexto como el actual de alarma social genera desconfianza y temor por parte de los informantes, razón por la cual puede ocurrir que alguien, con la intención de procurar su bienestar antes que nada evite responder algunas preguntas o incluso la entrevista misma.

En realidad el investigador no puede determinar las condiciones perfectas para la realización de las entrevistas, pero tiene que procurar que las circunstancias de tiempo, lugar e interacción sesguen lo menos posible las declaraciones de su informante y los resultados de su investigación.

Respecto de las técnicas para la realización de entrevistas, una buena opción para obtener información en el ámbito de la subjetividad es lo que se llama "historia de vida", que consiste en un relato que construye el informante sobre su vida o sobre algún momento o aspecto de ella, y que resulta muy útil, por lo menos, para iniciar el diálogo y la situación de interacción. Una vez que el sujeto ha construido este primer relato, el investigador tiene ya un primer material para trabajar, hay que optar entonces por continuar con la entrevista o pedir al informante que nos conceda otra cita para continuar con el interrogatorio.

En este segundo momento el investigador pedirá al entrevistado que vuelva sobre alguno de los temas tratados en su primer relato para profundizar en él y para intentar que el entrevistado exponga algunas opiniones, haga valoraciones de eventos o de personajes en el relato; todo esto con la intención que el investigador obtenga los elementos para reconstruir el universo simbólico en el que inscriben esas opiniones y valorizaciones. De este modo no importa tanto recons-

truir una historia "objetiva" de la vida del entrevistado, como reconstruir la estructura de significaciones que le da sentido a los momentos importantes de su historia.

Para el caso de la seguridad subjetiva, es conveniente comenzar, por ejemplo, solicitando al entrevistado que relate su experiencia como agente o víctima de una acción delictiva, y una vez que ha concluido su narración, hacer los replanteamientos para profundizar en algunos eventos particulares en su historia como participante en actos criminales o en medidas de prevención del delito. Las preguntas sobre estos eventos pueden orientarse a indagar la percepción subjetiva que de ellos mantiene el sujeto.

Otro recurso muy útil es comparar los diferentes relatos que el informante elabora sobre algún dato o acontecimiento y buscar posibles inconsistencias o incoherencias. En el mejor de los casos si el entrevistador ha logrado proporcionar buenas condiciones para la entrevista, los siguientes relatos sobre el mismo evento suelen ser diferentes del primero, tanto en la descripción de las características de los eventos que se relatan, como respecto del tiempo, de lugar o los personajes que en ellos participaron.

Muy revelador resulta, por ejemplo, que algunos informantes culpan de la inseguridad a los "chavos banda", pero que al insistir en las preguntas confiesan no conocer alguno de ellos ni saber de primera mano sobre daños cometidos por ellos.

Estas diferencias en los relatos pueden ser significativas en la medida en que pueden manifestar diferentes horizontes de emergencia de los discursos y remitirlos a diferentes contenidos simbólicos. Debe tenerse presente que lo que las personas ven o leen en los medios de comunicación sobre sus condiciones de seguridad es muy diferente de sus experiencias "reales" y muy distinto también de lo que ellos creen al respecto. Por ello es muy posible que cuando se le pida a un informante repetir un relato, detallar algún evento o justificar algún juicio de valor, el discurso se quiebre y el individuo se quede sin respuestas aprendidas.

En este momento, cuando esto llega a ocurrir, el individuo realmente está pensando en su historia; puede ahora también reconstruir otros relatos y evidenciar el conjunto de significaciones que conforman su percepción de la seguridad. Entonces, por cierto, puede empezar a dejar los mitos colectivos y comenzar a construir una percepción propia; dejar de ser objeto de información estereotipada para ser sujeto de su propia experiencia de la seguridad, con lo que puede tener mejores posibilidades de protegerse de la violencia.

Lo que sigue después para el investigador es rescatar toda esa experiencia de interacción con su informante, para sistematizarla y verterla en el diario de campo, según ya se dijo antes.

Al finalizar la etapa de recolección de información el investigador podrá tener en su diario de campo la información suficiente para desarrollar la parte analítica de su trabajo, a partir de las reflexiones y los datos que recopiló.

Por último, lo que resta es organizar esa información mediante un sistema de fichas o de base de datos, y para terminar, se redacta el producto final de la investigación.

7. Estrategias metodológicas para la línea "ciudad y cultura urbana" del proyecto "ciudades seguras"

Para llevar a cabo la recolección de información dentro de la línea "Ciudad y cultura urbana" se sugiere la utilización del método etnográfico para recopilar las imágenes de los ciudadanos de las cuatro ciudades sede respecto de la criminalidad y la seguridad. Lo que se espera recolectar en las cuatro ciudades son las opiniones de por lo menos tres diversos sectores de la sociedad, relevantes para los programas de seguridad ciudadana: los propios ciudadanos, funcionarios relacionados con la seguridad o la justicia penal, y sujetos sometidos a proceso penal o involucrados como agentes en una conducta delictiva.

A través de la recolección de relatos de experiencias propias, se identificarán, en los mismos grupos y ciudades indicados arriba, los patrones subjetivos de riesgo, es decir, de la percepción de la posibilidad concreta de involucrarse en un crimen, o de ser protegido, por sí mismo o por otro. Esto supone recopilar las imágenes que tienen los sujetos respecto de los riesgos en su contexto y de los sistemas formales y no formales para la prevención del delito.

Por medio de la recopilación y comparación de relatos de experiencias concretas, se identificarán los patrones más recurrentes, en los mismos grupos y ciudades, de los modos como los ciudadanos reaccionan ante lo que se percibe como seguridad, con especial atención a las formas de protección personal, de organización ciudadana y de colaboración con las autoridades.

Se trata, finalmente, de identificar la forma como los ciudadanos se protegen (o no) ante el riesgo de sufrir un acto criminal, y de ofrecer elementos para una mejor organización ciudadana para la prevención del delito.

Concretamente, se buscará:

1. Reconstruir los contextos culturales de cada grupo, considerando que la representación que hace una sociedad y las actitudes que desarrolla, respecto de las condiciones de seguridad, están determinados por su marco cultural.

El estudio se enfocará a los siguientes ámbitos:

a) Memoria histórica: reconstrucción del contexto cultural de las ciudades, a partir de su historia, sus liderazgo, el crecimiento urbano, el desarrollo industrial, a través de la percepción que tienen los agentes sociales sobre su historia local.

b) El entorno urbano: valoración que hacen los propios ciudadanos sobre los niveles de vida en la ciudad; análisis de las condiciones de vida, los satisfactores mínimos de bienestar, la seguridad social, la educación y el trabajo. Percepción de los propios actores sociales sobre las relaciones sociales: la movilidad social y sus relaciones, lealtades y liderazgo; imágenes sobre los conflictos interpersonales y del barrio.

c) Percepción de la actuación de las autoridades: valoración del desempeño de los funcionarios autoridades, especialmente en los relativo a las respuestas a las demandas concretas de servicios públicos y de seguridad social: eficiencia honestidad y corrupción, presencia de las autoridades en la sociedad, reconocimiento por parte de los ciudadanos y capacidad de gobernabilidad.

2. Reproducir las imágenes sobre la criminalidad y la seguridad:

a) Imágenes colectivas sobre el crimen, el criminal y la víctima; naturaleza y condiciones de la delincuencia; mitos populares sobre las causas de la criminalidad; relato de experiencias personales.

b) Valoración de los niveles de riesgo-seguridad: percepción sobre las posibilidades de autodefensa y prevención del delito. Recopilación de experiencias personales en actos de delincuencia, de búsqueda de información "objetiva", de participación en de prevención y en estrategias de organización para el cuidado mutuo (vigilancia vecinal).

c) Imagen de las autoridades, de las políticas y medidas oficiales, de las normas jurídicas en materia de seguridad ciudadana y prevención y persecución del delito. Perspectiva de los ciudadanos sobre la pertinencia del marco normativo y la eficacia de las leyes.

d) Percepción sobre las medidas a adoptar en la familia, el barrio y el lugar de las actividades cotidianas.

Se entrevistará a tres tipos de informantes, cada uno con diferente perspectiva, según su participación en los procesos penales:

– ciudadanos (ama de casa, trabajadores, comerciantes, industriales, profesionistas y trabajadores).

– funcionarios, especialmente los encargados de la seguridad publica, la procuración y administración de justicia, y de los sistemas penitenciarios.

– individuos sometidos a proceso penal, tanto indiciados y procesados, como sentenciados.

Variables para el universo al que se aplicará la entrevista

– Origen étnico
– Lugar de origen
– Nivel socio – económico
– Escolaridad – formación
– Grupo de pertenencia
– Grupo etáreo
– Experiencia directa en eventos de criminalidad real

Guión general para las historias de vida

1. Lugar de origen (contexto de origen)

2. Situación delincuencia – seguridad – riesgo, en momentos previos de su vida

3. Situación delincuencia – seguridad – riesgo, en momento actual

– Qué sabe

– Experiencias directas o próximas (agresor – ofendido – autoridades – ley)

– Medidas de prevención que usa

– Medidas de prevención de que es objeto (control social)

Dimensiones de las historias de vida

– Dimensión sincrónica; ámbitos de la vida cotidiana: barrio, localidad, trabajo (espacios de convivencia)

– Dimensión diacrónica; momentos de la vida cotidiana:

– Historia del contexto (barrio – grupo)

– Historia personal

Bibliografía

ANIYAR, Lola. *Criminología de la reacción social.* Maracaibo : Universidad de Zulia, Venezuela, 1977.

———. *Criminología de la liberación.* Maracaibo : Universidad de Zulia, Venezuela, 1987.

BARATTA, Alessandro. "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos". *El Cotidiano* 90, Mexico : UAM Azcapotzalco, jul.-ago.,1998.

———. *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* Mexico : Siglo Veintiuno, 1989.

BECKER, H. *Los extraños.* Buenos Aires : Tiempo Contempotáneo, 1971.

BERGALLI, R., BUSTOS, J., MIRALLES, T. *El pensamiento criminológico.* Bogotá : Temis, 1983. v. I.

BERGER, Peter, LUCKMAN, Thomas. *La construcción social de la realidad.* Buenos Aires : Amorrortu, 1979.

BOURDIEU, Pierre. *Qué significa hablar.* Madrid : Akal, 1985.

BOURDIEU, Pierre. CHAMBOREDON, J. C., PASSERON, J. C., *El oficio de sociológo.* México : Siglo Veintiuno, 1980.

CARRANZA, Elías. *Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina.* México : Siglo Veintiuno, 1997.

CICOUREL, A.V. *Method and measurement in sociology.* Glencoe III, 1964.

DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología.* México : Siglo Veintiuno, 1981.

DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico.* México : Premiá, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* Madrid : Trota, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, Freud y Marx.* Barcelona : Anagrama, 1981.

———. *Vigilar y castigar*. México : Siglo Veintiuno, 1983.

GEERTZ, Clifford. *La Interpretación de las culturas*. México : Gedisa, 1991.

HULSMAN, L., BERNAT, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona : Ariel, 1984.

MEAD, G. H. *Espíritu, persona y sociedad*. Barcelona : Paidós, 1982.

MERTON, Robert K. *Teoría y estructura sociales*. México : Fondo de Cultura Económica, 1980.

PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Madrid : Guadarrama, 1980.

TENORIO, Fernando. "De la clínica a la crítica criminológica". *Alegatos* 9, Mexico : UAM Azcapotzalco, mayo-ago., 1988.

YOUNG, J. *The criminology of Intolerance; zero-tolerance policy and the american prision experiment*. Center for Criminology, Meddlesex University, s/f.

ZAFFARONI, E. R. "Tendencias finiseculares del derecho penal". In SOBERANES, José Luis (Comp.). *Tendencias actuales del derecho*. Mexico : Fondo de Cultura Económica, 1994.

———. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá : Temis, 1990.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

ADMISSIBILIDADE E LIMITES DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES AO INQUÉRITO POLICIAL

VLADIMIR STASIAK

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Requisitos necessários à instauração do inquérito policial – 3. Ação penal privada e pública condicionada e a inadmissibilidade de um procedimento investigatório preliminar ao inquérito policial – 4. A problematização da questão em sede de ação penal pública incondicionada: 4.1 A *delatio criminis* anônima – 5. Os meios investigatórios no âmbito da Lei 9.034/95 – 6. As investigações preliminares diante de uma análise principiológica – 7. Justificativas para a admissibilidade das investigações preliminares: 7.1 A investigação preliminar diante de um processo efetivo e sua operacionalização diante de um direito penal liberal e garantista; 7.2 A relevância de uma dogmática crítica no âmbito do processo penal; 7.3 As investigações preliminares como meio de assegurar o *status dignitatis* do cidadão – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O inquérito policial há que, indiscutivelmente, ser instaurado diante de indícios razoáveis da ocorrência de um fato delituoso, não podendo estar respaldado, apenas, em informações que não tragam consigo tais elementos. Nas hipóteses de *delatio criminis* anônima – haja vista que, nas demais situações, a própria estrutura jurídico-penal reprime delações destinadas a afetar o *status dignitatis* do cidadão, por meio da previsão do tipo de denunciação caluniosa –, onde não se pode responsabilizar quem apresenta a notícia de um fato supostamente criminoso, imputando-o a alguém, justifica-se a realização de uma investigação prévia, a qual deve objetivar a proteção da dignidade do possível indiciado, e se limitar à verificação da plausibilidade das informações. Nestas condições, encontra-se o fundamento deste procedimento, qual seja, a regra da proporcionalidade uma vez que não se pode negar os nefastos efeitos decorrentes de um indiciamento. Em se agindo desta forma, está-se sob a égide de um direito penal liberal e garantidor, e na construção das balizas de um processo penal efetivo.

Palavras-chave: Investigação preliminar – Inquérito policial – *Status dignitatis* – *Delatio criminis* anônima – Princípio da proporcionalidade.

1. Introdução

Atualmente, diante da crescente criminalidade, intensificou-se a luta contra os criminosos. No entanto, muitas ações delitivas permanecem sem solução, principalmente pelo medo generalizado instaurado entre a população. Como levar ao conhecimento da autoridade policial a notícia de um fato criminoso, sendo exigida a identificação de quem a faz, para, depois, sofrer a represália dos criminosos?

Diante dessa possibilidade, tem crescido o número de *delatio criminis* inqualificada; havendo, em muitos Distritos Policiais, um programa de incentivo a esta espécie de *notitia criminis*. São os "Disk Denúncia", que não exigem a identificação de quem informa o fato delituoso. Em decorrência disso, surgem, em alguns destes locais, órgãos incumbidos da verificação da procedência das acusações (VPI), como se vê no Rio de Janeiro.

Os foros, os tribunais, e a doutrina não podem ficar silentes diante de tais acontecimentos, devendo analisar, à luz do direito processual penal, a viabilidade, ou não, de se admitir uma atuação policial que anteceda ao inquérito, e buscar meios de evitar que, por conseqüência, surjam lesões ao *status dignitatis* dos cidadãos.

Para tanto, apresenta-se, como uma alternativa viável, a realização de investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, buscando a veracidade do que fora noticiado, bem como encontrar elementos que sustentem o início do procedimento preparatório.

É bem verdade que é necessária a presença de certas condições que legitimem o procedimento, o qual deve se desenvolver sigilosamente, mas sempre atento ao princípio da proporcionalidade, que se constitui em seu supedâneo jurídico.

A análise interpretativa das leis, objeto da dogmática jurídica, mostra-se relevante, conferindo respaldo ao procedimento, quando verificada sob uma ótica crítica; o que conduz à efetividade do processo, e à harmonização com um direito penal liberal e garantista.

Ademais, a admissão do procedimento não afronta os valores pessoais do cidadão, mas assegura a sua honra objetiva e subjetiva, qual seja, o seu *status dignitatis*.

Nessa diretriz, tem-se o presente tema como relevante para os dias atuais, e que, portanto, não pode ser deixado à margem do tratamento doutrinário conferido à sistemática jurídica processual pátria, mas ser contemplado como um elemento que tão-somente contribui para a consolidação da Justiça.

2. Requisitos necessários à instauração do inquérito policial

O inquérito policial, procedimento meramente administrativo, de caráter informativo, que se constitui num juízo de acusação, tem por finalidade fornecer elementos aptos a que o Ministério Público forme sua *opinio delicti*, e assim possa instaurar a ação penal, dando início ao juízo da causa.

Diante da sistemática processual penal brasileira, sabe-se que – mesmo mitigado – vige o princípio da obrigatoriedade – no que diz respeito à ação penal pública –, o que impõe ao representante do *Parquet* o dever de instaurar a ação penal, e a que autoridade policial inicie o inquérito policial.[1-2-3]

(1) Admitindo a obrigatoriedade pura, tem-se, *v.g.*, o ensino de Afrânio Silva Jardim, que não visualiza uma mitigação do mesmo. (Cf. Afrânio Silva Jardim. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 53.)

Todavia, tanto numa, como noutra hipótese, exige-se que certos requisitos se façam presentes, pois doutra forma haveria um constrangimento ilegal contra o denunciado, ou mesmo o indiciado.

No que concerne aos requisitos necessários para o oferecimento da denúncia, faz-se mister a existência, comprovada, de fato que constitua crime em tese e indícios da autoria.

E quanto ao inquérito policial? Basta a simples afirmação da existência de um crime para que a autoridade esteja obrigada a dar início ao mesmo? É razoável concluir que não.

Para que se dê início à persecução penal, por meio do procedimento prévio, há que se ter, ao menos, um fato a ser investigado que não seja atípico, e que existam elementos a indicar a vinculação daquele que será indiciado com o fato supostamente criminoso. Tanto é assim, que se encontrando estes ausentes, pode o inquérito ser trancado por meio de *habeas corpus* – embora medida excepcional –, haja vista o constrangimento ilegal imposto ao indiciado, pela ausência de justa causa a sustentar o procedimento.[4-5]

Deve ser esclarecido que, em se falando na não identificação do suposto autor, o inquérito será iniciado sem que haja um indiciado; assim, o requisito, acima demonstrado, referente à correlação do suposto autor do fato com o mesmo, por obviedade, nesta hipótese, não é relevante.

(2) Sustentando a mitigação deste princípio, postura à qual se filia este artigo, tem-se, *v. g.*, a preleção de Fernando Capez, que o admite, e o contempla na prerrogativa expressa no art. 28, CPP (Fernando Capez. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 26).

(3) O inquérito policial, após o advento da Lei 9.099/95, nos termos de seu art. 77, § 1.º, é dispensável nos crimes cuja competência para o julgamento seja dos Juizados Especiais Criminais.

(4) É o que já decidiu o STF: "Constitui constrangimento ilegal a instauração de inquérito para a apuração de fatos que desde logo se evidenciem inexistentes ou não configurantes, em tese, de infração penal" (*RT* 620/638).

(5) Decisão que esclarece a questão foi a proferida pelo TJSP, como se segue:
Inquérito policial – Trancamento – Excepcionalidade da medida.

"Se o inquérito for instaurado para a apuração de fatos que, em tese, configuram ilícito penal, não há como conceder-se *habeas corpus* para o trancamento desse mesmo inquérito. O deferimento só se justifica se os fatos se revelassem de pronto, atípicos, sob o ponto de vista penal. A ausência de justa causa teria que mostrar-se clara, de logo."

Inquérito policial – Indiciamento – Inadmissibilidade – Ausência de indícios de autoria de crime cuja materialidade esteja comprovada.

"A instauração de inquérito para verificação de possíveis infrações penais deve ser cercada de cuidados para só serem indiciadas realmente pessoas que tenham realmente contra si indícios de autoria de crime cuja materialidade deve estar comprovada" (Ac. unân. da 1.ª Câm. Crim. do TJSP, em 23.10.1989, no RHC 85.740-3, de Atibaia – rel. Des. Jarbas Mazzoni. In Romeu de Almeida Salles Júnior. *Inquérito policial*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1995. p. 101).

Imprescindível se faz, como se pode perceber, a presença de determinados fatores para que, justificadamente, seja instaurado o inquérito policial; e é na busca desses elementos que, em determinadas situações, realizam-se investigações que precedem o procedimento prévio, a fim de que seja verificada a viabilidade de seu início.

Cumpre destacar que nem sempre tal será admissível, mas somente quando houver previsão legal, ou na ocorrência de determinadas situações específicas, que justifiquem tais perquirições, ainda que diante de aparentes lesões.

3. Ação penal privada e pública condicionada e a inadmissibilidade de um procedimento investigatório preliminar ao inquérito policial

Ao se abordar a questão das investigações preliminares, em sede de ação penal pública condicionada e ação penal privada, é preciso esclarecer alguns pontos, que denotam a inadmissibilidade nas mesmas.

Na tratativa conferida pela legislação pátria, no que concerne ao início do inquérito policial, em se falando destas modalidades de ações penais, o procedimento prévio dependerá, respectivamente, de representação ou de requerimento do ofendido, ambos modalidades de *delatio criminis* postulatória.

A representação, enquanto pedido autorização para que se inicie o inquérito (art. 5.°, § 4.°, CPP) e para que o Ministério Público possa, em momento próprio, oferecer a denúncia (art. 24, *caput*, CPP), é a manifestação da vítima, ou de seu representante legal, conferindo permissão ao Estado para desenvolver as atividades necessárias a apurar determinada infração penal e sua respectiva autoria.[6]

A requisição do ofendido, necessária para que se possa instaurar o inquérito policial (art. 5.°, § 5.°, CPP), em sede de ação penal privada, constitui-se num pedido para que a autoridade policial realize as investigações sobre a ocorrência de um fato delituoso e sua possível autoria.

Cumpre salientar, a título de esclarecimento, que o inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal, embora seja muito freqüente nas ações penais públicas; sendo de pouca ocorrência nas privadas, cuja queixa crime é apresentada, na maior parte dos casos, sem a sustentação de uma investigação policial prévia.

Realizado um destes atos, compete, então, à autoridade policial, verificar a existência de elementos mínimos a ensejar a instauração do inquérito, pois estando estes ausentes, tais manifestações postulatórias deverão ser indeferidas, isso com fulcro no art. 5.°, § 2.°, CPP, que mesmo sendo geograficamente encon-

(6) Cf. Romeu de Almeida Salles Junior. *Inquérito policial e ação penal*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 24.

trado no âmbito do tratamento conferido ao requerimento referido no inciso II, pode ser aplicado aos demais casos previstos no artigo supra citado.[7-8-9]

Diante dessa sistemática, considerando que nas duas situações aventadas há a necessidade de identificação do ofendido, não se justifica a realização de investigações preliminares ao inquérito policial.

A solução do problema, em havendo uma *delatio criminis* maliciosa, e dotada de um desiderato escuso, está na responsabilidade penal do agente, cuja previsão legal se encontra nos arts. 339 e 340 do CP (denunciação caluniosa e comunicação falsa de crime ou contravenção).

Observa-se, na análise do crime decorrente da previsão legal aventada, que não basta, para sua caracterização, apenas que o agente dê causa ao procedimento, é fundamental que tal seja feito com dolo (tipo subjetivo), havendo ainda a necessidade do conhecimento de que o indiciado não o cometeu.

É coerente a postura legal, uma vez que se admitindo a modalidade culposa, haveria uma intimidação social no que concerne a informar as autoridades sobre possíveis crimes; dessa maneira, nada mais justificável que o delito seja previsto somente na modalidade dolosa.

As investigações, tratadas neste artigo, surgem como uma cautela da autoridade policial, o que não se justifica nestas hipóteses, onde aquele que fez a representação, ou o requerimento, é facilmente identificável, respondendo ele pela lesão que vier a ocasionar à quem foi indiciado.

Excepcionalmente, apenas realmente em caráter extraordinário, devem ser realizadas investigações que antecedem ao inquérito, isto quando, mesmo diante

(7) Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal.* 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. 1 v. p. 229.

(8) "Ao requerimento da parte, no sentido de ser instaurado inquérito, relativo a crime de ação penal pública ou provada, poderá a autoridade policial negar o deferimento, ou porque entenda que a ocorrência referida não constitui crime, ou porque se trate já irremediavelmente prescrito pela pena máxima, ou porque verifique, de plano, não haver a menor indicação, para guiar qualquer diligência." (Eduardo Espinola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro anotado.* 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954. 1 v. p. 277-278).

(9) "Conforme já referimos, a autoridade policial não tem o arbítrio de prejulgar para recusar arbitrariamente o inquérito requisitado ou pedido, tanto mais quando as suas investigações, em princípio, não constituem constrangimento imposto a liberdade de quem quer que seja.

Todavia, casos podem ocorrer que tal não se justifique, como quando alguém queira provar a inexistência de um pretendido fato criminoso ou a sua inculpabilidade, sem acusação ou denúncia e na ausência de qualquer procedimento policial.

Nesta hipótese, o seu indeferimento se legitimaria, porque não havendo interesse da justiça o ofício dos seus servidores não podem ficar à mercê de caprichos ou fantasias" (Bento Faria. *Código de Processo Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 1960. 1 v. p. 75 e 76).

de uma *notitia criminis* qualificada, inclusive com o pedido de instauração, sendo relevante a lesão noticiada, não estiverem claros os requisitos para se iniciar o procedimento preliminar, não quiser o delegado indeferir a representação ou o requerimento, conforme for o caso.

4. A problematização da questão em sede de ação penal pública incondicionada

Em sede de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial pode ser iniciado de ofício (art. 5.°, I, CPP), bastando, para tanto, que a autoridade tenha conhecimento da ocorrência de um fato, em tese, criminoso; pode, também, ser iniciado por meio de requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou por requerimento do próprio ofendido (art. 5.°, II, CPP), sendo nestas manifestações que devem estar presentes os requisitos que sustentam a sua abertura; pode ter seu início, ainda, por meio de requerimento de qualquer do povo (art. 5.°, II, § 3.°, CPP); e, finalmente, poderá ser instaurado inquérito policial com auto de prisão em flagrante (art. 8.°, CPP).

As manifestações acima mencionadas, quando dependentes da atuação do particular, poderão ser realizadas por escrito ou verbalmente, sendo esta a maneira habitual de ocorrer uma *notitia criminis* nos casos em que ela é feita pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo.

Em se verificando uma das situações aventadas, diante da identificação do autor da comunicação do crime, a solução para possíveis lesões injustificadas ao indiciado – não se pode negar que o inquérito policial, por si só, independente de posterior denúncia, atinge o *status dignitatis* do cidadão –, encontra-se na responsabilização do agente causador do dano.

Entretanto, poder-se-ia argumentar que mesmo diante de uma informação qualificada seria razoável a opção por um procedimento prévio, desde que os elementos constantes da mesma não fossem consistentes, mas tal, ao que parece, é questionável. Se existem elementos para a instauração do inquérito policial, deve o mesmo ser iniciado, caso contrário a autoridade deve desprezar as informações; exceto na hipótese mencionada no item anterior.

O problema assume outros contornos diante de comunicações anônimas de crimes, quando não se é possível identificar o agente, mas que muitas vezes são relevantes, de maneira a indicar a necessidade da instauração de um procedimento investigatório extra inquérito, e não somente extra, mas pré-inquérito.

Há que se destacar, ainda, que as diligências e investigações preliminares podem possuir objetivos variados,[10] mas sempre destinados a verificação da viabilidade de se iniciar o inquérito policial.

(10) "As investigações extra-inquérito podem ter objetivos diferentes. Algumas vezes procuram desvendar a autoria de um crime. É o que acontece em relação à quase totalidade de delitos contra o patrimônio, tais como furtos de rua,

4.1 A delatio criminis *anônima*

Esta modalidade de comunicação de fato, em tese, criminoso, encontra divergência tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, existindo duas correntes distintas, uma que a admite, e outra que, a entendendo incompatível com os tipos penais dos arts. 339 e 340 do CP, não a contempla como legítima no ordenamento pátrio.[11]

Tourinho Filho, sustentando a impossibilidade de ser legítima uma *delatio criminis* inqualificada, afirma que tal seria uma temeridade, a medida que seria ela geradora de insegurança e instabilidade social.[12]

Na mesma matiz doutrinária, deve-se aliar, ainda, a vedação constitucional ao anonimato, como preconizado no art. 5.°, IV, da CF,[13] e que tem se

roubos a transeuntes, arrombamentos e até assaltos a estabelecimentos comerciais. Nestes casos, as investigações são realizadas de forma independente e, apenas quando a autoria do crime é definida, é que o inquérito policial é instaurado, dando origem à instrução criminal provisória. Outras vezes, a autoria do fato já está plenamente caracterizada e trata-se de apurar a conveniência da instrução do inquérito policial. Então investiga-se, preliminarmente, a veracidade da informação, se o fato constitui um ilícito penal e até a própria relevância da ocorrência" (Carlos Laet de Souza. "Da investigação policial e da instrução criminal provisória". *RBCCrim* 21, ano 6, São Paulo : RT, jan.-mar., 1998. p. 160).

(11) Cf. Maurício Henrique Guimarães Pereira. "*Habeas corpus* e a polícia judiciária". *Justiça penal – Tortura, crime militar e* habeas corpus. São Paulo : RT, 1997. p. 203.

(12) "Na verdade, se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno. Daí a razão de o nosso CPP não acolher tal modalidade espúria de *notitia criminis*. Assim, quem o desejar poderá fazer a *delatio*. Contudo, é preciso que assuma a responsabilidade, identificando-se" (Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit., p. 218).

(13) "O anonimato é tradicionalmente repudiado pelas Constituições pátrias – implicitamente pelo art. 179, IV, da Constituição Federal de 1824, explicitamente pelo art. 72, § 12, da Constituição Federal de 1891, pelo art. 113, item 9, da Constituição de 1934, pelo art. 122, item 15, da Constituição de 1937, pelo art. 141, § 5.°, da

apresentado como elemento de sustentação de decisões que seguem este entendimento.[14]

De fato, não se pode negar que tais delações podem gerar instabilidade; todavia, mais em razão da credibilidade que se confira a ela que pela sua admissibilidade. Caso se encontre a autoridade diante de uma denúncia anônima, deve ficar inerte, não se mobilizar ante a falta de elemento para, sendo ela maliciosa, responsabilizar o agente? Parece que não, até porque, nos dias atuais, o medo atua como elemento repressor dos componentes de uma comunidade, sendo preferível, aos olhos do cidadão, que o criminoso fique impune à correr o risco de, delatando-o, ser perseguido, colocando em risco sua vida e a de seus familiares.

Assim, há, indiscutivelmente, uma colidência de valores. De um lado a possibilidade de serem realizadas falsas comunicações de crimes por mero capricho, ou qualquer outro interesse vil ou torpe; e de outro, a impunidade gerada pela exigência da identificação do delator. Existe, assim, um conflito entre a administração da justiça e a honra objetiva do suposto autor do delito.

Como solucionar a questão? Rejeitar, de maneira absoluta, esta modalidade de *notitia criminis* não é, com certeza, a melhor solução para o problema. Por certo, diligências e investigações preliminares ao inquérito, realizadas com discrição e cautela, limitando-se à averiguação da plausibilidade das imputações feitas, seriam aptas a eliminar possíveis, e futuras, injustiças.

Diante da crescente criminalidade, das inúmeras ações intimidatórias praticadas por criminosos, e em razão do temor generalizado, principalmente nos grandes centros, não há como desprezar as delações anônimas, em especial quando revestidas de coerência e lógica.

Nestas situações, a solução mais condizente com a realidade fática, é que a autoridade, diligenciando, de maneira sigilosa, busque elementos aptos a confirmar a veracidade das informações que lhe foram encaminhadas, e, aí então, dar início ao inquérito policial. Entretanto, tal não começará com o instrumento material (se existir) da *notitia criminis*, mas por meio de portaria (ato de ofício) expedida pelo delegado. Há, também neste mister, entendimento diverso, tanto que a Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, por meio da Portaria 29/1983,[15] vedou, expres-

Constituição de 1946, outra vez implicitamente pelo art. 150, § 8.º, da Constituição de 1967 e de novo explicitamente pelo art. 5.º, IV, da Constituição de 1988" (Maurício Henrique Guimarães Pereira, op. cit., p. 202).

(14) *Notitia criminis* anônima – TRF da 5ª Região: "Padece de inconstitucionalidade o procedimento investigatório que se origina de expediente delatório anônimo (art. 5.º, IV, da CF)" (*JSTJ* 12/417). (In Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 42.)

(15) "Proíbe a instauração de sindicância policial e procedimentos similares, como preliminar de instauração de inquérito policial. O Delegado Geral da Polícia, considerando que a sindicância policial e procedimentos similares, salvo inquérito policial, não tem forma nem figura processual, exceto, somente, consoante jurispru-

samente, o desenvolvimento de qualquer tipo de investigação sem que houvesse inquérito instaurado.

Por questão de efetivação de uma justiça eqüânime, não se pode desprezar a *delatio criminis* anônima que, em regra, tem sido admitida, ocasião em que a autoridade deverá investigar, cautelosamente, os fundamentos das informações.[16-17]

O que deve ser ressaltado, ainda, são os limites desse procedimento investigatório preliminar, que não pode realizar atos constritivos, mas tão-somente procurar os elementos suscetíveis de fundamentar a instauração do inquérito policial, os quais, para tanto, podem ser frágeis, apenas demonstrando a ocorrência de um fato, em tese, típico e, para se indiciar alguém, indícios de sua vinculação com o fato.

dência, para prova de habitualidade em contravenção penal; considerando que ao inquérito policial correspondem todos os procedimentos dessa natureza, quaisquer que sejam suas denominações; considerando que a simples existência de qualquer procedimento administrativo, persecutório, inquisitivo, preparatório de inquérito policial subtrai dos demais órgãos da Justiça Penal oportunidade para sua apreciação, enseja interpretação comprometedora da conduta da polícia civil e, mesmo, propicia a prática do crime previsto no art. 332 do CP; considerando, finalmente, que a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito, nos termos do art. 17 do CPP, resolve:

Art. 1.º Fica proibida a instauração de sindicância policial e procedimentos similares como preliminar de inquérito policial.

Art. 2.º A autoridade policial, ao conhecer do primeiro indício da existência de crime, cujo tipo subsuma habitualidade, ou de autoria de qualquer crime, instaurará, desde logo, inquérito policial, nos termos do art. 6.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Quando a prova coligida no inquérito policial não convencer da habitualidade, nos casos exigidos, e a autoridade policial conhecer de fato probatório de reiteração da conduta típica, as diligências serão procedidas em autos complementares, independentemente da existência ou não de prisão em flagrante.

Art. 3.º As sindicâncias policiais e procedimentos similares em tramitação serão imediatamente convertidos em inquérito policial.

Art. 4.º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação."

(16) "Embora o art. 5.º, IV, da Constituição Federal vede o anonimato na manifestação do pensamento, tem-se admitido a delação anônima (*notitia criminis* inqualificada). Nesta hipótese, entretanto, a autoridade deverá, antes de tudo, investigar com a máxima cautela a verossimilhança das informações. Só após a certeza da existência de sinais da infração é que deverá instaurar o procedimento" (Fernando Capez, op. cit., p. 71).

(17) "À evidência, essa verificação da procedência das informações, *in casu*, da notícia crime anônima ou apócrifa deverá ser procedida em absoluto sigilo, informalmente e sem emprego de qualquer meio de prova constritivo, seja para que cumpra sua finalidade, seja para que não se transforme em inquérito policial de fato para instauração de inquérito policial de direito" (Maurício Henrique Guimarães Pereira, op. cit., p. 204).

Dessa maneira, não se justificam as buscas domiciliares, a autorização para interceptação de comunicação telefônica, e outros atos similares, quando as diligências investigatórias se sustentam numa delação anônima.

E a precaução, a que ora se alude, encontra-se expressa, até mesmo, nas orientações para o desenvolvimento funcional do Ministério Público do Estado de São Paulo, através do art. 15 do Manual de Atuação dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato 1/84, do Procurador Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público e do Corregedor Geral do Ministério Público), no sentido de que em se tendo notícia de crime, por meio de carta anônima ou pela publicação em jornais, não se deve requisitar a instauração de inquérito sem que antes tenha sido ouvida a vítima ou seu representante.[18]

Delineadas estas considerações, posta-se pela admissão da *delatio criminis* inqualificada, com a ressalva de que as informações deverão ser confirmadas por meio de um procedimento investigatório prévio (anterior ao inquérito policial), onde não se realizarão diligências que impliquem na prática de atos constritivos. Após, não mais pela informação anônima, mas pelos fatos descobertos por meio dessa investigação, havendo sustentação, dá-se início ao inquérito policial.

A problemática é significativa, e, em face da ausência de um tratamento legal, surge uma jurisprudência policial, originária da prática da Polícia Judiciária.

No Rio de Janeiro, em razão da insegurança imprimida por certas notícias de crime, criou-se a verificação de procedência das informações (VPI), visando selecionar as ocorrências que justifiquem a instauração do inquérito policial.[19]

Assim, embora alguns sustentem o procedimento mesmo diante da identificação do autor da *notitia criminis*, o mais condizente com a sistemática pátria é aceitá-la em se verificando a ocorrência de uma informação anônima; devendo ser excepcionalíssimo nas demais hipóteses.

5. Os meios investigatórios no âmbito da Lei 9.034/95

Na tentativa de reprimir a criminalidade, geradora da crise de segurança experimentada nos dias atuais, o Estado, como sempre o faz, buscou elaborar uma lei que pudesse ser a solução para o crime organizado.

Seu objetivo foi o de criar meios de repressão, tanto que – embora contendo normas de natureza material – o texto foi publicado, no *Diário Oficial* de 03.05.1995, sob a rubrica de: "a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas".

(18) "Nos casos de recebimento de carta anônima ou de leitura de notícia de jornal, indicando a prática de crime de ação pública, não requisitar a abertura de inquérito policial sem, antes, convocar a vítima ou seu representante legal para confirmar o fato."

(19) Carlos Laet de Souza, op. cit., p. 161.

Não sobejam dúvidas de que a lei em questão se destina à repressão da macrocriminalidade,[20] estabelecendo meios investigatório e probatórios que o legislador entende aptos aos fins propostos no diploma legal. E este é o ponto que interessa à presente abordagem, cuja tratativa se dá por meio dos arts. 2.° e 3.° da Lei 9.034/95.

O legislador, por meio dos artigos mencionados, cria a possibilidade de serem realizadas investigações e diligências, visando robustecer o conjunto probatório, em qualquer fase da persecução penal, a qual, como se sabe, *divide-se em fase policial (judiciária) e fase processual, que nasce com a ação penal.*[21] Todavia, é inegável que, pelas próprias finalidades dos procedimentos previstos, bem como por suas características, eles podem, e em muitos casos devem, ser realizados antes do inquérito policial, até mesmo para se obter os elementos necessários à sua instauração.

A questão da infiltração, vetada pelo Presidente da República,[22] faz com que, no interesse deste artigo, restem os incisos II e III, do art. 2.° da Lei, e, de igual modo, a preservação do sigilo constitucional, prevista no art. 3.° da mesma Lei. Deve ser esclarecido, que não se pretende fazer um estudo dos institutos contemplados nestes artigos, mas apenas demonstrar que a investigação preliminar, em determinadas hipóteses, como é o caso do crime organizado, pode decorrer de prerrogativa legal.

No que diz respeito à ação controlada (art. 2.°, II, Lei 9.034/95), ela poderá ocorrer a partir de qualquer fase do *iter criminis*, desde os atos preparatórios aos

(20) "Embora a lei não esclareça, seu objetivo é a grande criminalidade, e não as 'quadrilhas de bagatela'. O número de associados me parece indiferente, não obstante o próprio artigo 1.° falar em 'ações de quadrilha ou bando'. Mas, na prática é impensável um 'crime organizado' com pouca gente. O fato é que toda exegese legal deve ser feita no combate das grandes organizações criminosas, evidentemente sem ofensas aos direitos fundamentais. Para o combate às pequenas, a denominada 'criminalidade tradicional ou clássica', a legislação anteriormente existente já é o bastante" (Adhemar Ferreira Maciel. "Observações sobre a Lei de Repressão ao Crime Organizado". *RBCCrim* 12, ano 3, São Paulo : RT, out.-dez., 1995. p. 97).

(21) Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini. *Crime organizado.* 2. ed. São Paulo : RT, 1997. p. 117.

(22) "Dentre os meio investigatórios, o inciso I, do art. 2.°, da Lei 9.034/95, previa a 'infiltração' em organizações criminosas. É a operação *undercover*. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República e, desse modo, não se transformou em lei. De qualquer modo, pouco poderíamos esperar desse meio investigatório, visto que jamais seria possível autorizar o infiltrado a cometer crimes. Uma das primeiras provas a que ele é submetido, para ser admitido como membro do grupo, consiste em praticar delitos. Os grupos organizados, principalmente, não admitem infiltração sem o cometimento de crime. A lei, por seu turno, não pode admitir a não punição de qualquer crime que venha a ser praticado pelo infiltrado. Em conclusão, pouca eficácia seria de esperar de tal meio investigatório, que acabou, por essa e outras razões, sendo vetado" (Idem, ibidem, p. 114).

de execução,[23] sempre com a finalidade de se obter um melhor esclarecimento dos fatos, e determinar o envolvimento do maior número de pessoas possível.

Procedimento como o previsto acima, sem sombra de dúvidas, ocorrerá, na grande maioria das vezes, antes da instauração do inquérito policial, constituindo-se numa diligência prévia ao mesmo.

Da mesma maneira se pode verificar o exercício da prerrogativa expressa no art. 2.°, III, do mesmo *Codex*, já que a quebra de sigilo bancário, e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, pode se verificar antes do início do inquérito. Deve ser feita a observação, aqui, de que a doutrina mais abalizada, para evitar lesões às garantias constitucionais, entende necessária a prévia autorização judicial, independente do momento em que se efetivará a medida. Coerente é tal postura, até para que se oportunize ao Magistrado a possibilidade de proceder nos termos do art. 3.° da Lei.

Nestas hipóteses, em se falando nas diligências e investigações preliminares, não são suscitadas maiores dúvidas, justamente pela previsão legal a sustentar o procedimento.

6. As investigações preliminares diante de uma análise principiológica

Os princípios, que nos ensinos de Reale[24] são as regras contidas num ordenamento, ou verdades fundantes de um sistema, devem, em sede de processo penal, nortear as investigações e as diligências, sejam realizadas por ocasião da instrução probatória desenvolvida em juízo, no inquérito policial, ou mesmo nas investigações preliminares, que antecedem ao inquérito.

A discussão, no entanto, surge no que concerne às últimas, no sentido de serem, ou não, revestidas de um conteúdo que lesa alguns princípios do processo penal.

Num primeiro momento, sendo compreendido como balisa maior de todo o processo, há que se fazer uma análise da questão sob os contornos do princípio do devido processo legal, haja vista dele emanarem as diretrizes fundamentais dos procedimentos processuais.

Inicialmente, há que se fazer menção que, segundo entendimento que se consolida doutrinariamente, do devido processo legal emanam inúmeros outros princípios, chegando-se, em certas ilações, à conclusão de que bastaria à Constituição

(23) Cf. Valdir Sznick. *Crime organizado: comentários*. São Paulo : Leud, 1997. p. 231.

(24) A expressão princípios significa "certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber", acrescenta, ainda, que "são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidos, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis" (Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 299).

Federal estabelecê-lo expressamente, que todos demais estariam resguardados, pois não se pode falar em um processo legal sem que exista contraditório, ampla defesa, garantia de um juiz natural etc.[25]

Numa primeira análise, não restam dúvidas que o devido processo legal, bem como os princípios que dele decorrem, são desrespeitados em se admitindo a viabilidade das investigações e diligências preliminares.

Basta ver que não existe um procedimento estabelecido em lei para o seu desenvolvimento, devendo, quando realizadas, seguirem o bom arbítrio da autoridade, o que, inexoravelmente, é temerário.

Ademais, não se instaura o contraditório, e não se garante a ampla defesa, nem mesmo no inquérito policial;[26] todavia, a publicidade é assegurada, o que não se justifica nos atos investigatórios que o antecedem, pois causaria, em sendo assim, os mesmo riscos da instauração do inquérito, atingindo o *status dignitatis* do cidadão.

Quanto à publicidade, ainda, fazendo-se a ressalva de que a disposição constitucional refere-se aos julgamentos judiciais, estende-se também ao inquérito, que é, em regra, público. Neste mister, o problema das diligências que o antecedem encontram amparo, para serem sigilosas, no próprio texto da Carta Magna, nos termos do art. 5.°, LX, a medida que se pode restringir a publicidade dos atos em defesa da intimidade e do interesse social, neste caso, justificar-se-ia tal postura em defesa dos valores pessoais e íntimos do suposto autor do fato noticiado.[27-28]

Pode-se falar, também, no desrespeito à garantia do estado de inocência, previsto constitucionalmente; pois sem que existam os elementos mínimos para ser iniciado o inquérito policial, realizam-se investigações, que podem vir a incriminar alguém, sem que este tenha, contra si, qualquer fato que justifique a

(25) É o que prelecionam os doutrinadores, sustentando que o devido processo legal engloba os princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade, motivação das decisões, juiz natural, constituindo-se, estes, em aspectos complementares do mesmo (cf. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 41).

(26) Infelizmente, no âmbito do inquérito policial, tais princípios não são respeitados, muito embora, diante das prerrogativas constitucionais que os assegura, devessem viger, também, durante as investigações prévias (IP), pois somente assim se consolidariam na realidade fática, as garantias formalmente previstas na Carta Magna.

(27) "A Constituição estabelece: 'todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos' (art. 93, IX); por sua vez, o art. 5.°, LX, manda: 'a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (José Cirilo Vargas. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992. p. 222).

(28) Os fundamentos da publicidade estão para além da lei, sendo critério próprio da Justiça, como se vê:

"Justiça bôa é Justiça livre. Justiça livre é Justiça com publicidade.

não observância dessa garantia, ou, como preferem alguns, do princípio da presunção de inocência.

Há que se mencionar, também a título de questionamento, da licitude das provas obtidas nesses procedimentos preliminares ao inquérito. Qual seria a validade dessas provas? Poderiam ser, em conjunto com as advindas do inquérito posteriormente instaurado, sustentar a formação da *opinio delicti* do Ministério Público? Essa análise deve ser feita sob a égide do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Há que observar que a prova pode ser ilícita ou ilegítima,[29] ambas albergadas pela vedação constitucional, cuja distinção se mostra irrelevante ao Direito e sua aplicação, pois como ensina Pietro Nuvolone, ambas lesaram a ordem jurídica, e isto basta para se caracterizar como inadmissível.[30] A problemática centra-se no fato de saber se há, ou não, lesão às regras penais ou processuais penais na coleta de provas durante as investigações realizadas como antecedentes do inquérito.

De outro lado, tem-se o interesse da justiça na elucidação do fatos criminosos, que não permite fique a autoridade inerte diante da notícia de um fato descrito como criminoso, ainda que esta se efetive anonimamente; e, não devendo desprezar as informações, nem atingir, injustificadamente, a honra objetiva e subjetiva do cidadão, relevante se mostra a verificação das informações antes de dar início ao inquérito.

Diante do que se afirma, há a necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana, princípio e garantia constitucional, que resguarda não apenas a integridade física do indivíduo, mas igualmente a sua integridade moral e psicológica.

Como, então, conciliar as investigações e diligências que antecedem o inquérito com uma visão garantista do direito,[31] que produz reflexos no processo penal? E como agir, mesmo nos limites devidos, sem atingir as prerrogativas estabelecidas em favor do cidadão, muitas, inclusive, expressas constitucionalmente?

O princípio da publicidade é inerente a todo Estado que se fundamenta na liberdade e na igualdade de todos perante a lei. Disso decorre que o princípio, menos do que de processo penal, se estende, em nossos dias, a tôda administração da justiça. A própria experiência fez nascer o princípio; não é bôa, nem duradoura, a Justiça que não traz em si publicidade" (Nilzardo Carneiro Leão. *Princípios do processo penal*. Recife, 1960. p. 67 e 68).

(29) Provas ilícitas são as que ferem regra de direito material, sendo praticado, para sua obtenção, um ato criminoso, ou seja, sendo realizada uma ação penalmente típica; enquanto a prova ilegítima é a que fere regra de direito processual, não se adotando o procedimento legal para a sua produção.

(30) Cf. Ada Pellegrini Grinover. "Provas ilícitas". *O processo em sua unidade, II*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 170.

(31) "Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto

A resposta a estes questionamentos encontrará guarida na seara do princípio da proporcionalidade, que estabelece o contraponto entre valores colidentes.

Cumpre observar que a proporcionalidade tem em vista o fim a que se propõe o sistema de direito, de tal sorte que a ordem jurídica obedece a um mandamento finalístico, sendo relevante, neste campo, o caráter teleológico do Direito,[32] que lhe confere um conteúdo instrumental, muito mais acentuado em seu ramo processual.

Na aplicação do princípio devem se fazer presentes três elementos principais, ou subprincípios, quais sejam a pertinência ou aptidão do meio, a necessidade, e a própria proporcionalidade *stricto sensu*, de maneira que quem se utiliza do mesmo, deve fazê-lo através do meio certo para alcançar determinado fim calcado no interesse público, diante de uma obrigação relevante, que manifesta a necessidade de atuação e utilização dessa interdição de maneira proporcionada.[33] Além destes elementos, devem ser observadas a legalidade e a justificação teleológica da solução a se efetivar.

No Brasil, hoje, o princípio da proporcionalidade encontra-se assegurado constitucionalmente, e mesmo não existindo como norma geral de direito escrito, revela-se de maneira difusa na Carta Magna, podendo ser inferido de princípios que lhe são correlatos.[34]

Mas qual a razão de sua aplicação? Não pode, este princípio, ser enfrentado apenas como regra de interpretação, embora o seja, pois é, igualmente, regra de diretiva procedimental na busca material da decisão, e relevante para a efetivação da justiça num caso concreto.

vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes, institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno" (Luigi Ferrajoli. "Teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal". *Boletim IBCCrim* 77, ano 7, abr., 1999).

(32) Cf. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 357.

(33) Idem, ibidem, p. 360 e 361.

(34) "O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que faz inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia

Em nível de processo penal, o princípio da proporcionalidade manifesta-se pela primeira vez na Alemanha, em 1875, quando do julgamento de jornalistas que haviam se recusado a testemunhar noutro processo, muito embora o seu maior marco tenha ocorrido em 1926, no processo instaurado contra o Dr. Hoffle, que preso preventivamente, faleceu na prisão, e a partir de então, toda medida restritiva dos direitos fundamentais do cidadão, passou a ser analisada sob o enfoque da necessidade e da proporcionalidade em razão do fim pretendido.[35]

Outras legislações, a exemplo da alemã, o prevêem expressamente. É o que ocorre no Código de Processo Penal Italiano (art. 229.2)[36] e Português (art. 193.1)[37]; ou, em outros países, embora não expresso, encontra respaldo na sistemática doutrinária e jurisprudencial. É o que se verifica na Espanha, onde o princípio tem a sua aplicabilidade fundamentada nos arts. 8 e 10 do Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos.[38]

Em sede de Direito Processual Penal brasileiro, considerando que o princípio é albergado pela Constituição Federal, e que, pacificadamente, é tido como um princípio geral do Direito, tem ele a finalidade de, em qualquer ramo, obrigar o operador jurídico a buscar o justo equilíbrio de interesse conflitantes.

No âmbito específico das investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, como já se demonstrou, existem interesses em colisão, e que, por força da regra da proporcionalidade, pode-se estabelecer a justa e equilibrada solução do conflito.

ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade" (Idem, ibidem, p. 396 e 397).

(35) Cf. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, op. cit., p. 44.

(36) "Quando le esigenze cautelari risultano attentuate ovvero la misura aplicata non appare pi propozionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata (275), il giudice sostituisce la misura com un'altra meno grave ovvero ne dispone l applicazione com modalità meno gravose" (Idem, ibidem, p. 45).

(37) "As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas" (Idem, ibidem).

(38) "Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício de suas funções, desde que esta medida esteja prevista por lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do País, a defesa da ordem e a prevenção dos direitos e das liberdades dos demais."

"As restrições que, nos termos do presente Convênio, se imponham aos citados direitos e liberdades não poderão ser aplicadas a não ser com a finalidade para a qual foram previstas."

A questão é: seriam admissíveis, dentro de uma análise principiológica, as investigações preliminares? Parece que sim, porém com algumas reservas, e sempre se pautando na regra da proporcionalidade.

Inicialmente, deve se estabelecer como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado, e que se apresenta como lesionado na notícia de crime;[39] ou seja, o bem jurídico penalmente tutelado deve ser revestido de relevância social.

Não se justificaria uma investigação preliminar ao inquérito, caso o que estivesse contido na *notitia criminis* fosse um delito cuja proteção jurídica é de pouca significação social.

Não seria aceitável, assim, que se realizassem investigações e diligências, buscando elementos para instauração de inquérito, na hipótese, *v.g.*, de ser noticiado (anonimamente) que o indivíduo "A", sem que ninguém visse (exceto o denunciante), furtou um sapato de uma loja. Todavia, se a mesma informação tivesse como conteúdo o fato de que o crime era de homicídio, haveriam que se realizar as investigações mencionadas.

Qual o parâmetro de solução para se chegar à conclusão retro? A proporcionalidade, com os seus subprincípios, diante das garantias a serem violadas com a efetivação das diligências e investigações, é apta a dirimir a problemática existente.

Não é razoável que se proceda, sem o respaldo de previsão legal, a primeira averiguação. Melhor é desprezar a delação. O procedimento é adequado aos fins, mas não há um relevante interesse público presente, a demonstrar a necessidade de sua operacionalização. Existiria uma desproporção entre o fim pretendido e os meios para sua concreção.

No segundo exemplo a situação é outra, justificam-se os procedimentos. Ele é adequado, há um interesse público relevante em questão, sendo aceitável as possíveis violações que possam ocorrer (proporcionalidade *stricto sensu*). Diante desse quadro, não podendo ser desprezada a informação, considerando-se que a dignidade da pessoa deve ser assegurada (o que impede, de início, sem os mínimos elementos, a instauração do inquérito policial), admite-se a realização das diligências.

Um segundo ponto a ser observado, é a plausibilidade da delação, de maneira que se ela for inverossímil, impossível, não pode dotada de qualquer crédito, nem mesmo para a realização deste procedimento. É o caso, *v.g.*, de se afirmar (sempre anonimamente) que o indivíduo "A" praticou o crime de latrocínio, matando uma pessoa para roubar o sua nave espacial, que estava estacionada em frente a uma agência bancária. Sendo absurda a informação, deve ser desprezada.

Uma terceira consideração, é a de que o procedimento deve ter por finalidade apenas buscar a sustentação imprescindível à instauração do inquérito policial, não extrapolando este limite, pois doutra maneira não há como se ter por correta a investigação; e é por este motivo que não podem ser admiti-

(39) No caso, anônima, pois nos demais casos ela não pode ser aceita como razoável, o que já foi esclarecido anteriormente.

das medidas constritivas, por mais sutis que sejam, haja vista que estas dependem de elementos que, estando presentes, fundamentam o início do procedimento policial informativo. A autoridade buscará apenas indícios da ocorrência de um crime, em tese, e, junto com estes, encontrando evidências da vinculação de alguém com o mesmo, instaurará o inquérito contra o suposto autor; ou, caso não haja este, instaurar-lo-á com indiciado incerto (autoria a apurar).

Por fim, o procedimento deve se revestir da cautela necessária a não atingir a intimidade do averiguado, nem direitos e garantias estabelecidas constitucionalmente, além dos proporcionalmente necessários para se alcançar um fim justificável.

Por tais argumentos, atendidos os pressupostos apontados, há que se admitir um procedimento investigatório que anteceda ao inquérito policial, sempre observando-se o princípio da proporcionalidade, que se consubstancia em seu fundamento jurídico.

7. Justificativas para a admissibilidade das investigações preliminares

Demonstrou-se, até aqui, que as investigações preliminares ao inquérito devem ser admitidas como legítimas em razão do princípio da proporcionalidade, que vige em sede de direito pátrio, e, até mesmo, pela ausência de qualquer vedação legal nesse sentido.

Entretanto, outros fatores vêm a justificar o já referido procedimento, os quais não podem ficar à margem desta breve abordagem, pois apresentam-se como fatores de sustentação da postura que se pugna nesta matéria.

Assim, sem perder de vista que o Direito tem que ser efetivo, e o processo não pode se furtar a esta realidade, que para ser atingida, depende da verdade real pretendida na instrução probatória, e de uma decisão justa e eficaz.

Relevante se mostra, igualmente, uma análise dogmática crítica do direito, não conformada com uma realidade meramente legalista do mesmo, e que se coadune com os valores sociais em sua relação com o direito.

E, por fim, a justificação do procedimento prévio como meio de proteger, e assegurar, o *status dignitatis* do cidadão, a medida que contra ele não se instaurará o inquérito, sem que existam os elementos mínimos que o sustentem, ou que se possa responsabilizar o delator.

Portanto, várias são as razões para que se conclua ser admissível a investigação e as diligências que antecedem o inquérito – ainda que em casos determinados.

7.1 A investigação preliminar diante de um processo efetivo e sua operacionalização diante de um direito penal liberal e garantista

O processo penal, autônomo e instrumental, não tem um fim em si mesmo, mas destina-se a viabilizar a aplicação concreta do direito penal, e, para tanto, há que ser efetivo.

A efetividade do processo, brilhantemente retratada, no âmbito do processo civil por Cândido Rangel Dinamarco,[40] deve nortear, também, o processo penal, principalmente no que concerne à justiça e à própria efetivação da decisão.

Na busca dos fins do processo, qual seja sua efetividade, mister se faz, *ab initio*, que a *persecutio criminis* se desenvolva de maneira a assegurar as garantias constitucionais do cidadão, e, por conseguinte, nos limites de um direito penal liberal[41] e garantidor.

Para se atingir tal desiderato, deve-se ter em mente as considerações expendidas sobre os valores em conflito nas investigações e diligências preliminares, e a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois assumindo postura como a descrita, mantém-se a linha garantista do direito penal, que se impõe delineie também o processo penal.

Objetivando assegurar as prerrogativas estabelecidas constitucionalmente ao cidadão, ao contrário do que se possa imaginar, em decorrência de uma delação anônima, estando presentes os elementos anteriormente argumentados, há que se realizar uma investigação na busca de fatores razoáveis à instauração do inquérito.

Pode ser argumentado, até com certa coerência, porém diante de uma análise irrefletida do sistema processual, que as investigações de que se trata neste artigo não viriam a assegurar os direitos do cidadão, mas feri-los. Todavia, diante de uma reflexão mais séria, sem os preconceitos legalistas, há que se concluir o oposto.

Não se pode desprezar a notícia de fato criminoso, mas também não se pode impor a alguém uma investigação decorrente do inquérito policial, sem os mínimos indícios que confiram credibilidade aos acontecimentos narrados. Diante de situação como esta, para se garantir as prerrogativas do indivíduo, mister se faz uma cautelosa e diligente investigação prévia.

Portanto, as diligências que antecedem o inquérito, quando realizadas nos termos, já apresentados, que as autorizem, manifestam-se como meio de

(40) Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 265-311.

(41) Não se deve confundir a designação utilizada neste artigo com a sua utilização para designar o Estado gendarme. "Deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal liberal de Direitos Humanos ('direito penal liberal' em sentido técnico) tem entre suas características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas etc." (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo : RT, 1997. p. 332).

Advertem, ainda, os mesmos doutrinadores, no que concerne à designação mencionada: "O perigo está em que ambos os conceitos costumam ser confundidos intencionalmente, e é dessa maneira que se ataca o direito penal do Estado de direito por uma via argumentativa que corresponde unicamente ao direito penal do Estado gendarme, que acolhe uma defesa do direito penal autoritário" (Idem, ibidem).

harmonização do processo com um direito penal garantista, e relevantes instrumentos para a sua efetivação.

7.2 A relevância de uma dogmática crítica no âmbito do processo penal

O dogmatismo jurídico, que tem por objeto o estudo das normas jurídicas vigentes, diante do movimento social, em muitas situações, quando adstrito ao puro legalismo, não tem sido hábil a solução das questões surgidas no seio da sociedade.

Ao se considerar, que o sistema vigente não pode ser modificado a não ser por outras regras escritas, e que contenham, implícita ou expressamente, um comando revogatório, isso no plano técnico-formal da dogmática jurídica,[42] o Estado, no exercício de sua atividade legiferante, não consegue resolver todos os problemas; embora inche o corpo de leis com sua excessiva produção, sem a menor consciência dos reflexos de sua postura, ou a mínima idéia dos limites de sua atividade.

O problema continuará sem solução, a menos que se busque uma nova metodologia de aplicação do Direito; pois se o Direito é fato, valor e norma, sendo a sociedade, ainda mais atualmente, exageradamente dinâmica, não há como harmonizá-la com as pretensões técnico-formais de um sistema legalista, mas deve-se atentar para os valores históricos e sociais do momento, contextualizando-os com a finalidade da lei.

Diante da interdisciplinariedade do Direito, que imprime a necessidade de uma visão sistêmica de seus diferentes ramos, ao se fazer mobilizar o aparato jurisdicional para o exercício da persecução penal, cientes de que o processo penal, embora autônomo, é instrumental, há que se analisar o direito material, com seus propósitos e finalidades. Tal verificação não pode ser realizada sob uma ótica puramente legalista, mas atenta à realidade político-social.

Assumindo, em face dos conflitos que podem advir de uma visão legalista do sistema, uma postura crítica, há que conferir à dogmática uma missão renovada, que se balisa na norma, e nos valores histórico-sociais, numa vinculação axiológica, estabelecendo postulados justos, seja no âmbito do direito material ou processual.

Mostrando-se, o resultado destas operações, incompatível com o direito vigente, deve-se objetivar a reforma do conjunto normativo, aplicando-o, até então, segundo os parâmetros de justiça, o que decorre da análise crítica das regras vigentes, conferindo-lhes a conotação condizente com o momento social que disciplina.

A par dessas ilações, perfunctórias é bem verdade, justificam-se as investigações e diligências preliminares, desde que operacionalizadas nos termos até aqui propostos; principalmente, devido a interdisciplinariedade do Direito, a relevância do bem jurídico supostamente lesado na delação anônima.

(42) Cf. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 609.

Assim, uma postura dogmática crítica, em sede de processo penal, assume relevante importância na realização da *persecutio criminis*, que não pode, em determinadas hipóteses ficar adstrita a iniciar-se com o inquérito policial, mas antes dele, na perquirição dos elementos que justifiquem sua instauração.

7.3 As investigações preliminares como meio de assegurar o status dignitatis *do cidadão*

Quando se inicia a ação penal a dignidade do denunciado, indiscutivelmente, é atingida e permanece maculada indefinidamente,[43] de maneira que qualquer medida contra o alguém, deve ter sua viabilidade analisada com a máxima cautela.

O inquérito, procedimento preparatório da ação penal, promove a mesma lesão à dignidade do cidadão. Veja-se que a publicização dos fatos, a atuação inconseqüente dos órgão da imprensa, e a respectiva manipulação da opinião popular, podem atingir o *status dignitatis* do indivíduo.

Inúmeros fatos corroboram tais afirmativas, e principalmente aqueles que advém de informações transmitidas por meio de "Disk Denúncia", ou programas televisivos como, *v.g.*, "Linha Direta", devem ser tratados com maior zelo, cautela e diligência, antes que seja instaurado o inquérito.

Em se verificando uma hipótese de informação anônima de crime, como se pode impedir, ou ao menos minimizar, a possibilidade de uma lesão à honra do cidadão? A resposta não pode ser outra, senão a realização de diligências e investigações antecedentes ao inquérito, de maneira a se buscar elementos que justifiquem sua instauração.

Portanto, a adoção de tal procedimento não atinge o indivíduo em seus valores pessoais, nem no conceito que os seus pares detém a seu respeito, mas garante que não lhe seja imposta uma mácula injustificada.

Aqui, mais uma vez, diante da proteção destes valores, a regra da proporcionalidade confere amparo ao procedimento, mostrando ser razoável o sigilo e a sua realização, mesmo diante da ausência de previsão legal neste sentido.

As investigações de que se trata o presente artigo, por fim, além de serem um meio para o exercício da persecução penal, apresentam-se como uma forma efeti-

(43) "Afinal de contas, e o acusado? Que um seja acusado quer dizer que provavelmente, senão certamente, cometeu um delito; o processo, ou melhor, o debate serve, por isso mesmo, para resolver a dúvida. Ao invés, quando o juiz absolve por insuficiência de provas, não resolve nada: as coisas permanecem como antes. A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constituiu crime anula a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permanece. O processo não termina nunca. O acusado continua a ser acusado por toda a vida" (Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*. São Paulo : Conan, 1995. p. 61).

va de assegurar o *status dignitatis* do cidadão, revelando a seriedade e a hombridade de atuação dos órgãos do poder.

8. Conclusão

As investigações e diligências que antecedem ao inquérito policial são plenamente justificáveis no sistema processual penal brasileiro, uma vez que impede a instauração, temerária, de um procedimento administrativo que, sem sombra de dúvidas, atinge o indiciado nos valores mais íntimos, bem como no seu conceito social.

Essa modalidade investigatória, necessária nos dias atuais, deve ser realizada com a máxima cautela, haja vista as características de seu desenvolvimento, que é eminentemente sigilosa. Procura-se, por meio dela, os requisitos para iniciar-se o inquérito, e não se pode ir além, pois as demais diligências devem ser realizadas intra-inquérito.

Há que se lembrar que este tipo de procedimento não se justifica em sede de ação penal privada, pública condicionada, e nas hipóteses de ação penal pública incondicionada quando o delator é identificado. Salienta-se, porém, que em situações excepcionalíssimas, pode-se aceitar a operacionalização destas investigações.

As justificativas são diversas, tendo como sustentação jurídica a vigência, como regra constitucional, do princípio da proporcionalidade, que se aplica em decorrência da necessidade de sua realização, a adequação do meio escolhido e a ponderação dos valores colidentes (proporcionalidade *stricto sensu*).

As disposições da lei do crime organizado, como regulamentação da matéria, é importante, pois naqueles casos específicos, surge uma sustentação legal do procedimento, que é previsto no art. 2.º da Lei 9.034/95.

Não pode ser olvidado, ainda, que uma análise dogmática crítica da legislação vigente, conferirá respaldo às diligências e investigações preliminares, contribuindo para uma decisão, ao final, justa e apta a produzir efeitos, o que nada mais é que um processo penal efetivo.

Há que se considerar, ainda, que o procedimento antecedente ao inquérito policial, tem por finalidade assegurar, e proteger, o *status dignitatis* do cidadão, já que se propõe a encontrar, na realidade fática, os requisitos necessários para que se instaure o *judicium accusationis*.

Dessa maneira, contempla-se o procedimento, as investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, como um meio eficaz na busca da verdade real, e de significativa importância na persecução penal.

Nos termos aqui demonstrados, apresenta-se como legítimo e aceitável, desde que adstrito a seu propósito primeiro, qual seja, possibilitar a instauração do inquérito; e, para tanto, seguir a regra da proporcionalidade, protegendo o *status dignitatis* do cidadão, o que conduzirá a um processo penal efetivo, que se harmoniza com um direito penal liberal e garantidor.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo : Conan, 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954. v. 1.

FARIA, Bento. *Código de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 1960. 1 v.

FERRAJOLI, Luigi. "Teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal". *Boletim IBCCrim* 77, ano 7, abr., 1999.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Provas ilícitas". *O processo em sua unidade, II*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Princípios do processo penal*. Recife, 1960.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado". *RBCCrim* 12, ano 3, São Paulo : RT, out.-dez, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. "*Habeas corpus* e a polícia judiciária". *Justiça penal – Tortura, crime militar e* habeas corpus. São Paulo : RT, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

———. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1995.

———. *Inquérito policial e ação penal*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

SOUZA, Carlos Laet de. "Da investigação policial e da instrução criminal provisória". *RBCCrim* 21, ano 6, São Paulo : RT, jan.-mar, 1998.

SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários*. São Paulo : Leud, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. 1 v.

VARGAS, José Cirilo. *Processo penal e direitos fundamentais.* Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo : RT, 1997.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

UMA EXPERIÊNCIA DE ATENDIMENTO COM FAMILIARES DE VÍTIMAS DE HOMICÍDIO E LATROCÍNIO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

ANTONIO CARLOS PEREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Projeto Cravi – 3. A Teoria Geral dos Sistemas – 4. A família como um sistema – 5. Comunicação e luto – 6. O luto segundo uma concepção sistêmica – 7. Crise – 8. Reação da família e o impacto da morte – 9. A forma da morte – 10. Morte violenta – 11. Método – 12. Relato de um caso – 13. Conclusão – 14. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Este trabalho apresenta a experiência da terapia familiar, dentro de uma perspectiva sistêmica, aplicada em um contexto institucional (Cravi – Centro de Referência e Apoio à Vítima), com familiares de vítimas fatais decorrentes de homicídio e latrocínio.

Procurou-se verificar qual seria a relação entre comunicação, bloqueio da expressão dos sentimentos em função da perda, manifestações de sintomas dos membros familiares e funcionalidade do luto. Buscou-se, ainda, avaliar se era possível, dentro de uma perspectiva breve, contribuir com esses familiares para que a partir de uma comunicação mais aberta, pudessem seguir em frente em suas vidas sem ter que desenvolver sintomas.

Utilizou-se do relato de um caso para fazer a avaliação qualitativa, a partir da descrição do atendimento familiar e a indicação das principais intervenções realizadas, tendo como embasamento os pressupostos teóricos sistêmicos.

Observou-se que a partir de um trabalho de remoção dos obstáculos e bloqueios que impediam uma comunicação mais aberta, clara e direta entre os membros do sistema familiar, é que foi possível, a estes, compartilharem a experiência da perda vivida, expressarem os sentimentos decorrentes desta e abandonarem padrões de interação e expressões disfuncionais através de sintomas emocionais e físicos. A família pôde encontrar sua própria funcionalidade do luto e seguir em frente.

Palavras-chave: Violência – Luto – Homicídio – Latrocínio – Família – Sistêmica – Vítima.

1. Introdução

Abordar o tema proposto não é uma tarefa fácil, pois a morte é um tabu em nossa sociedade. Ariès (*apud* Bromberg, 1977) em seu estudo, indicou que as expressões em torno da morte foram se transformando ao longo do tempo, passando pela transferência do local da morte dos lares para os hospitais e velórios,

condicionando a morte a um fato a ser vivido com discrição, determinando assim, até as expressões sociais das emoções. Esta é, segundo Bromberg (1997), "a forma que a sociedade produziu para se proteger de tragédias que podem abalar seu equilíbrio, já tão fragilizado em razão das constantes e rápidas mudanças a que se submete" (p. 12).

O tema proposto, além do "tabu", traz em seu cerne outro tema complexo, o da violência, "democraticamente" distribuída em nossa sociedade. É reconhecida e identificada em todo o tecido social e "se expressa" nas mais variadas formas e âmbitos como violência doméstica, urbana, policial, rural, étnica, entre nações (guerras), conformando um fenômeno complexo e multifacetado que vem sendo construído ao longo dos tempos e se constituindo como uma das principais preocupações sociais da atualidade.

Vicente (1999), coloca que a violência deve ser abordada sob diferentes óticas, tendo como base a idéia de que é inadequado tratá-la como "a violência", abstraindo-se os diversos contextos e situações particulares em que as violências ocorrem. Chama ainda a atenção para a necessidade de qualificá-las. Fatos e ordens diversas precisam ser abordados e enfrentados de acordo com suas especificidades, e não englobados numa única categoria chamada violência.

É a partir do estudo, discussão e compreensão do fenômeno sob uma visão de mundo que inclua a diversidade, a complexidade e a multideterminação dos fatos que se poderá construir novas alternativas, que atuem sobre os fatores geradores de violências e estabeleçam medidas preventivas e profiláticas adequadas (Vicente, 1999).

Este trabalho não pretende privilegiar a discussão da violência, no entanto não a ignora, pois entendo que esta discussão é caminho obrigatório para quem quer pensar e/ou trabalhar no atendimento a familiares expostos a estas experiências.

Uma das expressões máximas da violência é a aniquilação do outro, a interrupção da vida que se dá através do homicídio doloso, do homicídio culposo ou do latrocínio.

É a partir desses tipos específicos de violência que se dá o mote deste trabalho e portanto é necessário, como dissemos acima, entender esse universo e para entendê-lo é preciso fazer a pergunta:

Quem são as vítimas?

Evidente que temos como vítima a pessoa que diretamente sofreu essa violência e veio a óbito. Essas vítimas são estatisticamente identificadas pelo PRO-AIM – Programa de Aprimoramento das Informações de Mortalidade do Município de São Paulo que tem como objetivo mensurar e qualificar o índice de morbimortalidade da cidade. Seus estudos têm indicado que as "causas externas" cresceram em importância, assumindo o segundo lugar no perfil das grandes causas, passando a responder por 14,9% das mortes deste ano (1999). Dentre as principais causas de morte, o homicídio vem liderando o *ranking* entre os homens, respondendo por 13,30% dos óbitos nesse sexo.

No período de 1995 a 1999, os índices de mortalidade por causas externas, especificamente por homicídios têm crescido no município de São Paulo, com

maior incidência na faixa etária entre 20 e 49 anos, seguida da faixa etária entre 10 e 19 anos, sendo prevalecente o sexo masculino.

Há, porém, outras vítimas dessa mesma violência que não vieram a óbito, mas que sofrem "indiretamente" os efeitos decorrentes dela: os familiares.

Bromberg, (1997) nos fala que os estudos apontam para um maior número de viúvas e são estas as que, embora sobrevivendo por mais tempo à perda do parceiro, marcam essa sobrevivência por dificuldades em retomar a vida num novo modelo, no aspecto prático do cotidiano e também no emocional.

Estes estudos indicam, ainda segundo Bromberg (1997), que o tratamento de crianças e jovens enlutados – fazer a família perceber as implicações do luto, para todos os seus membros – é uma atuação preventiva no que se refere às famílias que essas crianças ou jovens poderão vir a formar. Além disso, toda a vida psíquica e relacional estará sob o impacto dessa perda. No plano social, as conseqüências da não atenção a essas "vítimas indiretas", e/ou famílias enlutadas podem se refletir no aumento da freqüência a consultas médicas, internações hospitalares, afastamento do trabalho, repetência e evasão escolar, comportamento delinqüencial, entre outros. Sendo portanto, inegável a necessidade de atendimento apropriado às famílias que sofrem esse tipo de perda.

É a partir de minha experiência desde a implantação do Cravi – Centro de Referência e Apoio à Vítima, dos aspectos colocados acima e da prática no atendimento a essas famílias, que verifico que os membros das famílias assumem uma posição de protegerem-se, tentam a todo custo não falar sobre a morte entre si para que não sofram. Qualquer tentativa de romper esse silêncio é visto como ameaçadora, pois haverá sofrimento. Esse comportamento bloqueia toda e qualquer possibilidade de expressão de sentimentos em relação à situação concreta de morte e ausência física de um dos membros e são expressos através de sintomas.

O bloqueio da comunicação impede o desenvolvimento de uma funcionalidade do luto.

É possível dentro de uma perspectiva sistêmica contribuir com esses familiares para que, através uma comunicação mais aberta, os membros da família possam seguir em frente em suas vidas sem ter que desenvolver tais sintomas? É possível dentro de uma perspectiva breve executá-lo ?

Esse é o objetivo do presente trabalho.

2. O Projeto Cravi

Diante do quadro de violência social atual e da constatação da carência de serviços destinados a assistir vítimas de crimes violentos em São Paulo e no Brasil, o Governador do Estado recomenda estudos para que se faça cumprir o art. 245 da CF "(...) criar programa de assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito...", e o art. 278 da Constituição Estadual, que "determinam a responsabilidade do Estado e da Sociedade para com o atendimento de parentes e

herdeiros financeiramente carentes,[1] vítimas de crimes dolosos, independentemente das medidas cíveis cabíveis".

O Projeto Piloto Cravi – Centro de Referência e Apoio à Vítima –, foi implantado em 16.07.1998, para prestar serviço de atendimento integrado a familiares e herdeiros de vítimas de homicídios ou latrocínios do Município de São Paulo.

Este Centro de Referência e Apoio à Vítima tem como objetivo prestar atendimento direto a familiares de vítimas de crimes fatais decorrentes de homicídio e latrocínio consumados nas regiões norte e oeste do município de São Paulo, nas áreas de Serviço Social, Psicologia e atendimento Jurídico. Visa ainda, estruturar-se como um centro de referência na prestação desse serviço.

Espera-se também, que este serviço contribua para a redução dos efeitos traumáticos que as situações de violência possam provocar a familiares expostos a estas experiências, para um apoio efetivo na reestruturação psicosócio-familiar dessas famílias, para o desenvolvimento de uma tecnologia específica de atendimento integrado que possibilite o desenvolvimento de novos Centros em regiões com altos índices de violência e para ampliação de estudos e novos campos de atividades nas áreas de prestação de serviços às vítimas.

A população encaminhada a este Centro de Referência é recepcionada e triada por uma equipe de advogados, assistentes sociais, psicólogos e estagiários das respectivas áreas.

A triagem é realizada pelos profissionais, que avaliam o caso e definem a continuidade ou não do atendimento. Em caso de continuidade, o interessado relata o ocorrido, suas principais solicitações e, então, apresenta-se a este uma proposta de trabalho podendo envolver o acompanhamento social, apoio jurídico e psicológico. Em se tratando de caso que esteja fora dos critérios de atendimento, ou seja, não for um caso de homicídio ou latrocínio, o interessado é orientado e encaminhado para serviços apropriados.

As pessoas que buscam os serviços são, em sua maioria, pobres, geralmente desempregadas, provenientes de um contexto de instabilidade e violência familiar, envolvimento delinqüencial, abuso de substâncias, estresses de habitações inadequadas, dívidas, falta constante de dinheiro para satisfazer as necessidades básicas e opções recreacionais insuficientes. Estas são características conforme denomina Paulette Moore Hiness (*apud* McGoldrick e Carter, 1995), de famílias multiproblemáticas.

Em relação às queixas, estas apresentam-se, inicialmente, como sendo de ordem eminentemente jurídica como: investigação do andamento do processo criminal (pedido quase sempre de sentimento de vingança motivando a busca pela reparação ao dano sofrido), solicitação de inventário, pedidos de pensão, seguro de vida, retirada de PIS e FGTS, entre outras.

(1) Carentes. Entende-se como carentes, famílias que percebem ganho mensal de até quatro salários mínimos.

No decorrer da entrevista de acolhimento, após intervenção social surgiram queixas como: desconhecimento de seus direitos enquanto cidadãos, desagregação familiar, falta de qualificação profissional, drogadicção, auxílio financeiro e de moradia, vaga em escola e creche.

Ainda no decorrer desta entrevista, após intervenção psicológica, surgiram queixas como: depressão, agressividade, sintomas físicos e emocionais (enxaqueca, tonturas, palpitações, entre outros), comportamentos delinqüencial, problemas escolares e de relacionamento.

As primeiras entrevistas (acolhimento) serviram basicamente para entender as várias demandas que a família explicitava, e, ainda, entender a demanda implícita que a família num primeiro atendimento não conseguia expressar, até mesmo em função do momento de crise, confusão e medo que muitas delas experienciavam.

3. A Teoria Geral dos Sistemas

A ciência moderna, segundo Von Bertalanfly (1977), é caracterizada por sua crescente especialização, determinada pela enorme soma de dados, pela complexidade das técnicas e das estruturas teórica de cada campo. Divide-se em inumeráveis disciplinas que geram novas subdisciplinas, no entanto há dificuldades de inter-relação entre as mesmas.

Von Bertalanfly (1977) postulou uma nova disciplina chamada Teoria Geral dos Sistemas que tem por objeto a formulação de princípios válidos para os "sistemas" em geral, qualquer que seja a natureza dos elementos que os compõem, e as relações ou "forças" existentes entre eles.

Ao examinar a evolução da ciência desde a física clássica, o referido autor afirma que esta ciência possui uma concepção mecanicista e que a física moderna não alterou tal concepção, ao contrário reforçou-a quando substituiu as leis deterministas por leis estatísticas, surgindo então em vários ramos da ciência moderna problemas de totalidade, interação dinâmica e organização.

Na biologia, o organismo vivo já não podia ser entendido só em processos fisiológicos ou físico-químicos. O comportamento não podia ser reduzido a reflexos incondicionados e condicionados. Problemas na organização, na ordem e interação dinâmica das partes também eram compartilhados por este ramo da ciência, tornando-se necessário estudar não só as partes mas o todo e sua interação dinâmica.

A psicologia também foi "afetada" com esta nova concepção, já não podia ser entendida por partes (fenômenos mentais em unidades elementares), mas como totalidade.

O impacto do progresso nas ciências biológicas, sociais e do comportamento que passou a ver os organismos vivos como sistemas abertos que trocam matéria com o ambiente e não mais a entendê-los como sistemas fechados, "forçou" a uma generalização das diversas teorias.

A Teoria Geral dos Sistemas é, portanto, uma ciência geral da totalidade, uma disciplina lógico-matemática, em si mesma puramente formal mas aplicável às várias ciências empíricas. Bertalanfly classifica seus principais propósitos da seguinte forma:

Há uma tendência geral no sentido da integração nas várias ciências, naturais e sociais.

• Esta integração parece centralizar-se em uma teoria geral dos sistemas.

• Esta teoria pode ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência.

• Desenvolvendo princípios unificadores que atravessam "verticalmente" o universo das ciências individuais, esta teoria aproxima-nos da meta da unidade da ciência.

Isto pode conduzir à integração muito necessária na educação científica.

4. A família como um sistema

Pensar a família a partir de uma concepção sistêmica significa compreender que os indivíduos que a compõem formam um sistema, sistema este que comporta subdivisões de acordo com a função de cada um de seus membros.

Bowen (*apud* Walsh e McGoldrick, 1998) define família como um sistema que segue leis dinâmicas dos sistemas naturais, segundo uma ótica interativa. Dentro desse sistema familiar, toda pessoa tem uma função que a converte em um "segmento" imprescindível de um todo mais vasto. Pensar assim implica ou possibilita trabalhar com um membro da família como se todos os demais estivessem "sentados junto a ele, como fantasmas".

A escola estratégica vê a família como um sistema complexo, diferenciado em subsistemas hierarquicamente organizados. Uma disfunção em um subsistema pode ser expressada analogicamente em outro; em particular, a organização dos membros da família em torno do sintoma é tomada para ser um enunciado analógico de estruturas disfuncionais. Reordenando a organização em torno do sintoma, o terapeuta pode desencadear mudanças isomórficas em todo o sistema. O paciente identificado é visto como o portador do sintoma para proteger a família. Ao mesmo tempo, o sintoma é mantido por uma organização familiar na qual seus membros ocupam hierarquias incongruentes. Essa abordagem considera a família como um organismo; um sistema complexo que funciona mal. O terapeuta desestabiliza a homeostase existente, criando crises que levam a um desenvolvimento de uma organização melhor para o seu funcionamento (Minuchin e Fishman, 1990).

Na terapia familiar sistêmico-cibernética, nos diz Vasconcelos (1995) que a família é concebida como sistema aberto. O sistema aberto tem como característica essencial a sua organização, que é controlada pela informação e abastecida pela energia. A família mantém pois, estreita interdependência com o meio, sendo susceptível de ser influenciada pelas informações externas (*inputs*), que são concebidas como "instrutivas".

A família é vista como uma "caixa preta", um "sistema observado", onde o terapeuta busca conhecer a verdade objetiva, vendo-a de um ponto de vista externo, buscando manter uma posição independente em relação a ela. Assim assume uma posição de neutralidade e objetividade.

O profissional posiciona-se fora do sistema familiar, concebendo-o como uma entidade a manipular e atua como "ciberneta", atuando interventivamente e operando sobre o sistema.

Supõe-se que a terapia é uma questão de instrução ou manipulação por um *expert* e, nesse sentido, a intervenção terapêutica é considerada como uma informação (*input)* a ser processada pelo sistema familiar. Para exercer essa função, o terapeuta deve assumir posição hierarquicamente superior no sistema terapêutico e ser "o agente ativo condutor do processo, 'tomando' a iniciativa do que deverá acontecer durante a terapia e estabelecendo um método particular para cada problema" (Vasconcelos, 1995, p. 121-122).

Na terapia familiar sistêmica-cibernética, a família é concebida como um sistema autônomo, capaz de auto-organização. Seus comportamentos são determinados antes por sua estrutura do que pelos *inputs* recebidos do ambiente, pelo que é considerada como um sistema fechado à informação. Concebe-se a circularidade como recursividade, como retroação da retroação, sendo a própria retroação sujeita a recalibração.

Passa-se a considerar o paradoxo auto-referencial como inerente a todo sistema de observação natural. Não há mais a preocupação de se evitar a auto-referência, mas ao contrário, busca-se explicitá-la e explorá-la; a subjetividade do observador deve ser compreendida e incluída no contexto do sistema, a partir do qual toda interação deve ser considerada. O terapeuta passa a conviver com o paradoxo: estará tratando de dar sentido a um contexto, como se estivesse fora dele, enquanto se encontra em seu interior. A família é considerada como um "sistema orientado pela linguagem" e não pretendendo exercer uma atividade interventiva, o terapeuta não se comporta como detentor do poder (Vasconcelos, 1995).

5. Comunicação e luto

Outro ramo estritamente ligado à Teoria Geral dos Sistemas é o da teoria da comunicação.

Um conceito central da teoria da informação e do controle, é o de retroação. Por exemplo, as máquinas funcionam de acordo com cadeia lineares de causa e efeito, e quando sofrem uma avaria pode ser usualmente identificada uma causa única para tal defeito. Em contrapartida, o funcionamento dos organismos é guiado por modelos cíclicos de fluxo de informação conhecidos por laços de realimentação (*feedback*).

Watizlawick, Beavin e Jackson (1998) em seus estudos sobre comunicação classificaram as propriedades básicas desta em cinco axiomas:

• *Primeiro axioma:* A comunicação transmite uma mensagem e determina um comportamento, portanto "não se pode não comunicar".

• *Segundo axioma:* A comunicação transmite uma mensagem e determina um comportamento.

• *Terceiro axioma:* As relações interpessoais estão baseadas na pontuação das seqüências comunicacionais que ocorre entre os comunicantes.

• *Quarto axioma:* Os seres humanos comunicam-se digital e analogicamente, ou seja, a comunicação analógica como sendo toda comunicação não verbal, abrangendo postura, gestos, expressão facial, inflexão de voz, seqüência, ritmo e cadência das próprias palavras e qualquer outra manifestação não-verbal de que o organismo seja capaz, assim como as pistas comunicacionais infalivelmente presentes em qualquer contexto em que uma interação ocorre; enquanto que a comunicação digital, como sendo toda comunicação verbal ou representação/convenção semântica de linguagem/símbolo.

• *Quinto axioma:* Toda comunicação está baseada na simetria ou na complementariedade, na igualdade ou na diferença.

Interação simétrica: Ocorre quando em uma relação há uma tendência a refletir os comportamentos um do outro, chamando-se essa interação/comportamento de *simétrica,* pois essa interação baseia-se na igualdade e na minimização da diferença.

Interação complementar: Ocorre quando em uma relação o comportamento de um parceiro complementa o do outro, formando uma espécie diferente de "gestalt" comportamental, e dá-se-lhe o nome de *complementar,* pois essa interação baseia-se na maximalização da diferença.

Imber-Black (*apud* Walsh e McGoldrick, 1998) fala sobre a não comunicação da perda entre os membros de um sistema, de forma que essa "não fala" impossibilite a celebração de rituais frente a datas significativas como, aniversário de morte, de nascimento, natal, ano novo, entre outros e diz que:

"(...) Em algumas famílias se estabelece uma regra silenciosa de banir a discussão aberta da perda, sustentando a farsa de que esta não ocorreu e de que as comemorações podem proceder como de costume. Nestas famílias, a tensão se torna profunda à medida que as festas se aproximam e, muitas vezes, surgem sintomas em vários de seus membros que não são compreendidos enquanto relacionados à perda não reconhecida e às festas próximas. As famílias descrevem que têm que 'suportar' as comemorações; suas tentativas corajosas de evitar a dor resultam na evitação de qualquer sensação genuína de conexão e apoio, ao mesmo tempo em que afastam a família da possibilidade de qualquer nova alegria (...)" (p. 237).

Cerveny (1994), disse que a comunicação não transmite informação somente, mas também, define a relação. Ressalta que uma das grandes conquistas que o comportamento humano obteve com o enfoque sistêmico foi a ênfase num sistema circular de retroalimentação da informação e comportamento, ao invés do tradicional sistema linear de percepção dos fatos. Essa concepção faz a diferença,

pois, se pensarmos na família como um sistema interpessoal, ela pode ser vista como um circuito de retroalimentação, onde o comportamento e a comunicação de cada indivíduo afetam e são afetados pelo comportamento de cada um de seus membros.

Portanto, na medida em que trabalhamos com a comunicação familiar em um processo de luto, quando surgirem essas questões, mesmo que não abordadas diretamente, a família saberá como lidar com ela, pois o canal de comunicação sobre a perda é possível. Isso não significa que a comunicação substitui o ritual, mas facilita para que a família não fique paralisada e consiga criar os próprios rituais e não "disfuncionar".

6. O luto segundo uma concepção sistêmica

Sob uma perspectiva sistêmica, a perda é considerada um processo transacional que envolve o morto e os sobreviventes em um ciclo de vida comum, que reconhece tanto a finalidade da morte como a continuidade da vida. Dentro deste processo, atingir o equilíbrio é a tarefa mais difícil que a família deve enfrentar.

Segundo Walsh e McGoldrick (1998), tal visão sistêmica da perda implica na consideração do "impacto da morte de uma pessoa sobre a família enquanto unidade funcional, com ressonâncias imediatas e de longo prazo para cada um de seus membros e para todos os relacionamentos" (p. 27).

Ao falar sobre luto ou o processo de enlutamento, estou me referindo a um fenômeno que é comum a todas as pessoas que sofrem perdas, sem desconsiderar as especificidades de cada situação. Por exemplo, numa situação de perda como conseqüência de um ato violento, Walsh e McGoldrick (1998), afirmam o seguinte:

"O impacto devastador da morte violenta reverbera por todo o sistema familiar. (...) A tragédia sem sentido da perda de vidas inocentes é sobremaneira difícil de suportar, particularmente quando ela é o resultado de violência ou negligência... (...)" *Para a família de uma vítima de homicídio, o luto pode ser interminável se os membros acreditam que a justiça não foi feita*[2] (p. 40).

Grande parte das pesquisas sobre perdas e luto enfatiza que um dos aspectos fundamentais do trabalho com famílias é reconhecer a diversidade da respostas culturais, individuais e familiares à perda e considerar os processos familiares como determinantes cruciais da adaptação funcional ou disfuncional à perda.

Segundo Walsh & McGoldrick (1998), algumas variáveis contribuem para que o processo de resolução do luto seja funcional:

• Promover o processo de elaboração da perda e retomada da vida. Examinar variáveis que podem tanto facilitar a adaptação ou complicar o processo e contribuir para disfunções imediatas ou a longo prazo.

(2) O grifo é meu.

"A família vivencia e reage à perda como um sistema de relações, no qual todos os membros participam de interações mutuamente reforçadoras. A perda tem implicações para como a família vai se adaptar a experiências posteriores e para indivíduos não diretamente relacionados ao membro que morreu. Os padrões postos em ação quando da morte de um membro da família têm tanto um impacto imediato como ramificações a longo prazo no desenvolvimento familiar, no curso do ciclo de vida e por muitas gerações" (p. 23-24).

• Estes fatores dizem respeito à *forma da morte*, à família e à rede social, ao momento da perda no ciclo da vida familiar e ao *contexto sociocultural da perda.*

Dizem, ainda, Walsh e McGoldrick (1998), que:

"(...) obviamente, devemos tomar cuidado para não impor nossas definições de 'luto normal' a nossos clientes. Embora seja impossível evitar julgamentos pessoais de valor sobre o que consideramos como respostas saudáveis e adaptativas à morte, nunca devemos ter muita certeza de que nossos valores são os melhores. Como Wortman e Silver (1989) apontaram, sabemos muito menos do que pensamos a respeito do que constitui um luto saudável e do quanto ele é 'necessário' ou 'apropriado' para resolver uma perda. Parece claro que o processo terapêutico deve incluir o luto da perda, a incorporação da pessoa morta nas vidas dos sobreviventes e a reestruturação da família, para que eles possam seguir em frente com suas vidas. O sofrimento é uma questão muito pessoal. Não devemos julgar precipitadamente como os outros fazem seus lutos, se eles deveriam ser mais ou menos expressivos. Cada família e cada pessoa deve encontrar seus próprios meios" (p. 91-92).

7. Crise

Elzufán (1989) diz que o conceito de crise remete a situações complexas que podem desembocar em resultados imprevisíveis. Trata-se do instante onde se abrem várias opções.

A essência da crise é precisamente esta indeterminação dos resultados e da múltipla potencialidade de seus desenvolvimentos o que a constitui num momento crucial.

Durante a crise existiria uma espécie de revelação aparente da precariedade do *status quo* anterior e a aparição de uma sensação de perigo iminente, previamente inexistente ou quiçá desconhecido mas, de qualquer forma, não percebido.

Se a experiência de perda significativa acarreta conseqüências danosas para o equilíbrio mental do indivíduo e para o funcionamento saudável da família, pode ser abordada, então, como provocadora de uma situação de crise. No entanto, as pessoas que estão vivenciando essa crise, percebem que seus recursos podem não ser adequados para esse enfrentamento, ou não percebem essa limitação e intensificam o sofrimento ou o atenuam às custas do desgaste de suas defesas. Além desses aspectos, há realmente pessoas ou famílias que superam esse tipo de

crise, dentro do curso funcional. Isso não significa que não sofram. Significa que sua homeostase anterior foi suficiente para que se restabeleçam durante e após esse curso.

Elzufán (1989) sugere princípios gerais de intervenção na crise, como segue:

Princípios gerais de intervenção em situação de crise ou urgência psicossocial.

a) Conservar uma ótica que permita a aparição de certa demanda mais específica. Há que aprender a não tranqüilizar a qualquer preço, nem tão pouco forçar a confissão das razões da crise e sim respeitar o modo de expressão escolhido pelo paciente.

b) Deixar aberta as possibilidades evolutivas e de amadurecimento da crise, dominando o impulso ou compulsão a intervir.

c) Criar um contexto de segurança (em termos profissionais e de meio ambiente socio-familiar), por meio de mensagens comunicacionais coerentes que impliquem instruções (consignas) claras tanto para o paciente como para os demais que estejam a seu cargo.

8. Reação da família e o impacto da morte

Considerando-se a família como um sistema, a morte de um de seus membros afetará todo o sistema. No entanto, o quanto cada membro é afetado será determinado pelo *status* do morto, os vínculos afetivos com ele, a condição relacional existente no grupo e os sinais prévios de evidência de sofrimento na relação.

Bowen (*apud* Walsh e Goldrick, 1998) descreve o impacto perturbador da morte ou da ameaça de perda sobre o equilíbrio funcional de uma família, entendendo a intensidade da reação emocional enquanto governada pelo nível de integração emocional da família no momento da perda e pela importância funcional do membro perdido. Uma família mais integrada pode mostrar mais reações explícitas no momento, mas se adaptar rapidamente, em contraste com uma família menos integrada, que pode demonstrar pouca reação imediata mas responder posteriormente com problemas físicos ou emocionais. Bowen descreveu a onda de choque emocional que pode reverberar por todo o sistema familiar muito depois da perda de um membro importante da família.

Uma rede de "tremores secundários subterrâneos" "(...) pode ocorrer em qualquer ponto do sistema familiar extenso nos meses ou anos que seguem a eventos emocionais sérios em uma família . Ela ocorre mais freqüentemente após a morte ou a ameaça de morte de um membro significativo da família, mas pode ocorrer após outros tipos de perda. Ela não está diretamente relacionada às reações usuais de sofrimento ou luto das pessoas próximas àquela que morreu. Ela opera em uma rede subterrânea de dependência emocional entre os membros da família. A dependência emocional é negada, os eventos sérios aparentam não ser

relacionados, a família procura camuflar qualquer conexão entre os eventos e há uma vigorosa reação de negação emocional, na qual ninguém tenta relacionar os eventos entre si (...)" (p. 109).

Bowen (*apud* Walsh e Goldrick ,1998) sustenta que o conhecimento da onda de choque oferece informações vitais para a terapia, sem as quais a seqüência de eventos pode ser tratada como desconectada. Da mesma forma, ele considerava essencial avaliar a configuração familiar total, a posição de funcionamento do membro morto ou prestes a morrer e o nível geral de adaptação da família à vida, para ajudar seus membros antes ou após uma morte.

Aconselha, ainda, o referido autor, o uso de palavras diretas como morte, morrer e enterrar, para ajudar a abrir um sistema emocional fechado. Já o uso de palavras indiretas como falecer, expirar e partir, devem ser evitadas, pois podem dar a impressão de suavizar o fato da morte e torná-la tangencial.

Quanto ao impacto em crianças, Bowen (*apud* Walsh e Goldrick,1998) diz nunca ter visto uma criança ferida pela exposição à morte. Elas são "feridas" apenas pela ansiedade dos sobreviventes. Estimula o envolvimento do maior grupo possível de membros da família extensa, um caixão aberto e tanto contato pessoal quanto possível entre o morto e os vivos, a publicação de avisos nos jornais e a notificação a amigos e parentes, um funeral público de corpo presente e uma cerimônia funerária o mais individualizada possível. O objetivo é colocar todo o sistema familiar em contato pessoal com a morte, na presença de todo o sistema de amizades, e oferecer uma "mão amiga" às pessoas que preferem fugir a enfrentar um funeral.

Norman Paul (*apud* Walsh e McGoldrick, 1998) foi outro pioneiro da terapia familiar a reconhecer o impacto profundo da perda nas famílias. Descobriu que, independentemente da aversão à morte e ao sofrimento, sua força será expressa de qualquer maneira. O sofrimento pela perda de um pai, irmão por outro membro importante da família, quando não é reconhecido e não recebe a devida atenção, pode precipitar a rejeição do cônjuge ou de um filho. Isto pode ocorrer logo após ou muito tempo depois da perda, como quando uma criança alcança a idade que o pai tinha no momento em que morreu. Em alguns casos, o trauma do sofrimento pode bloquear a intimidade ou interferir no comportamento sexual, sob a forma de retração ou disfunção sexual, casos extraconjugais ou mesmo envolvimento incestuosos. Ele vê a tarefa terapêutica como a de trazer o sofrimento abortado à tona, para que ele possa ser elaborado como parte da experiência normal de vida da família.

9. A forma da morte

Segundo Rolland, mencionado em Walsh e McGoldrick (1998), as mortes repentinas são estressantes para as famílias e demandam mecanismos de enfrentamento diferentes. Quando uma pessoa morre inesperadamente, os membros da família carecem de tempo para antecipar e se preparar para a perda, para lidar com assuntos inconclusos ou, em muitos casos, até para dizer adeus.

A morte, apesar de – ou talvez, devido a – todo o tabu que a cerca, é a experiência vital que mais impacto causa na dinâmica individual e familiar. Faz com que a família viva "uma intensa e terrível sensação de vulnerabilidade".

A definição de um ciclo vital da família, com a conseqüente compreensão de seus componentes e implicações para cada um de seus membros, revela-se fundamental para qualquer proposta de intervenção terapêutica.

Particularmente nas chamadas experiências de crise, confrontadas com o momento do ciclo vital e com as características do grupo familiar e dos membros individualmente, o delineamento dessa intervenção é necessário, objetivando que seja eficaz pela adequação à problemática específica e pelas peculiaridades da situação (Bromberg, 1994, p. 88).

10. Morte violenta

O impacto devastador da morte violenta reverbera por todo o sistema familiar. Deformidades corporais ou desmembramentos podem ser imagens recorrentes em lembranças ou pesadelos nos anos seguintes, especialmente para aqueles que presenciaram a morte. Tirar e perder vidas em uma guerra pode assombrar os sobreviventes anos depois, em distúrbios de estresse pós-traumático que afetam suas relações familiares, levando a perturbações e mesmo a reações fatais de outros membros da família (Figley, conforme citado em Walsh e Goldrick, 1998, p. 40).

A tragédia sem sentido da perda de vidas inocentes é sobremaneira difícil de suportar, particularmente quando ela é o resultado de violência ou negligência, como no caso de motoristas embriagados. Para a família de uma vítima de homicídio, o luto pode ser interminável se os membros acreditarem que a justiça não foi feita.

11. Método

O Cravi – Centro de Referência e Apoio à Vítima –, não possuía uma proposta de atendimento terapêutico definido, visto ser um Projeto Piloto e não existir programa similar específico destinado para o atendimento a familiares de vítimas de crimes fatais, decorrentes de homicídio e latrocínios.

Era necessário compreender e abordar violência e luto, a partir de uma visão de mundo que incluísse a diversidade, a complexidade e a multideterminação dos fatos.

Foi fundamentado, pois, em pressupostos epistemológicos de base sistêmica, que iniciei o atendimento psicológico a essas famílias.

Este trabalho, um estudo de caso, foi aplicado dentro de um contexto institucional, atendido em 16 sessões de terapia familiar de base sistêmica e que norteou a discussão e avaliação qualitativa.

Sistematizei os atendimentos com periodicidade quinzenal preferencialmente, adotado em função das baixas condições econômicas e da distante localização de moradia da família. O processo terapêutico teve duração total de 10 meses. Não havia um número prévio definido de sessões a serem realizadas.

Piszezman (1995) diz o seguinte:

"Para a terapia familiar sistêmica, qualquer que seja sua abordagem, compete ao terapeuta controlar a sessão, de maneira suave e discreta. A terapia se desenvolve em fases com procedimentos específicos. Na fase inicial o terapeuta introduz o formato da terapia, coleta informações que definam o problema, aventa hipóteses sobre quais comportamentos o sustentam, toma conhecimento sobre os desejos dos participantes e estabelece as metas do tratamento. Na fase intermediária, basicamente, concebe e conduz intervenções comportamentais específicas, especialmente aquelas destinadas a produzirem mudança de segunda ordem (isto é, a mudança de um comportamento altera todo o sistema). Na fase final o terapeuta lembra aos pacientes que o objetivo do tratamento era a mudança de comportamentos que, espera-se, continue sendo ampliado" (p. 41).

12. Relato de um caso

Joana compareceu ao Centro de Referência de Apoio à Vítima em 1999, após ter assistido a uma reportagem televisiva que forneceu informações sobre os serviços prestados por este Centro.

No primeiro acolhimento, realizado por um assistente social, Joana contou que seu marido Pedro foi vítima de latrocínio, após uma tentativa de assalto em seu local de trabalho. Veio ao Cravi em busca de atendimento psicológico para dois filhos, além de querer saber sobre o andamento do processo criminal.

Joana relata que está movendo uma ação indenizatória contra a empresa na qual o marido trabalhava. Constituiu advogada da área trabalhista que será paga no final do processo (30%). Demonstrou dúvidas quanto ao encaminhamento desse processo e aos seus direitos, mais especificamente, sobre o valor da indenização.

O assistente social encaminha a família para atendimento psicológico e jurídico.

A família[3] compunha-se da mãe (Joana), de 42 anos, dos filhos Marcelo de 13 anos, Rodrigo de 11 anos, Marcos de 7 anos e Renato de 4 anos.

Residia na extrema periferia da região do município de São Paulo, onde os serviços médico, socioculturais e recursos comunitários eram deficitários. Percebiam ganho mensal de 4 salários mínimos, provenientes de pensão.

A moradia era própria. Com a morte de Pedro o imóvel foi quitado. Joana não trabalhava fora de casa. Dos quatro filhos, somente Renato não estudava, pois não tinha idade escolar.

(3) Para preservar a família, os nomes de seus membros, datas, local de moradia e outros dados são fictícios.

Em atendimento psicológico familiar, Joana relatou que seu marido foi assassinado em abril de 1997 e que após quatro meses, em novembro de 1997, sua mãe faleceu. O que significou para ela duas grandes perdas que a levaram a um período de depressão de janeiro a julho de 1998.

Chegou a consultar um médico por motivos de dores no estômago. O médico diagnosticou que ela "sofria dos nervos", receitou calmante que ela não tomou.

Quanto a seus filhos diz que Marcos é muito calado, sente formigamento e mexe muito as mãos, não expressa os seus sentimentos e nem o que lhe passa no quotidiano. Este realizou consulta médica e foi encaminhado para psiquiatria infantil.

Em relação ao filho Marcelo, disse que este é também muito nervoso e vai passar por consulta com cardiologista.

Questionada sobre seus outros filhos diz que Renato, 4 anos, é nervoso, teve convulsão quando bebê e que atualmente está sendo acompanhado por um neurologista. Fez eletroencefalograma e irá passar por consulta. Há histórico de epilepsia na família.

Em relação ao filho Rodrigo, 11 anos, diz que este é calmo, fala bastante e é extrovertido.

Sobre a organização familiar Joana demonstrou ser controladora em se tratando de questões ligadas às saídas dos filhos. Quanto aos horários para as tarefas quotidianas não há uma disciplina. Os filhos passam a maior parte do tempo assistindo televisão. Saem raramente para brincar na rua ou ir à casa de amigos. Não brincam de bola no quintal porque incomodam os vizinhos, não jogam na rua porque é perigoso, não vão ao campo de futebol ou à quadra da escola porque há maus elementos, e somente podem ir quando amigos maiores e conhecidos os acompanham.

Em relação às circunstâncias e motivos do assassinato de Pedro, levando-se em consideração a fala de Joana "...procuro não demonstrar na frente dos filhos, meus sentimentos...", utilizei como estratégia não abordar o tema, respeitando assim os limites de Joana. Deveria fazê-lo em consulta individual.

Outra pista que a fala de Joana sugeriu foi quanto a trabalhar futuramente a expressão dos sentimentos e vivências em relação ao morto.

No atendimento inicial, o objetivo era buscar a identificação do(s) problema(s), suas repercussões, envolvimentos e forma(s) que afeta(m) todo o sistema.

Para identificá-los utilizei a técnica que Haley (1979) denomina de fase social, onde a família é recepcionada como se recebêssemos visitas em nossa própria casa. Foi realizada uma interação entre os membros da família objetivando identificar o que fazem, o que gostam, o que não fazem e gostariam de fazer, enfim, uma coleta "informal" de informações sobre o sistema.

Uma hipótese levantada foi quanto ao controle que Joana exercia sobre os filhos, pois, numa tentativa de protegê-los não os deixava brincar, não demonstrava seus sentimentos temendo que os filhos sofressem ainda mais, não conversando assim, sobre a morte de Pedro. A tentativa de solucionar o problema causava mais problema.

Podemos pensar ainda sobre o tema "procuro não demonstrar na frente dos filhos, meus sentimentos..." exemplificando, como afirma Bowen, um sistema de relacionamento "fechado" que *é aquele no qual na interdependência emocional evita-se instintivamente os assuntos sensíveis para não desagradar o outro. O sistema fechado de comunicação é um reflexo emocional automático para proteger o self da ansiedade da outra pessoa.*

O estado depressivo de Joana impedia que pudesse assumir sua posição hierárquica, ora mantinha-se em seu nível, ora mantinha-se no nível hierárquico dos filhos. Seria necessário que Joana retomasse sua posição hierárquica no sistema, conforme sugere Minuchin e Fishiman (1990).

Teria que trabalhar a divisão das tarefas quotidianas para aliviar sua sobrecarga e também aliviar o controle exercido sobre os filhos. No entanto, isto deveria ser feito de forma que Joana o pudesse entender como não perigoso, ou seja, não como forma de perder controle, mas de ganhar. Para os filhos, esta mudança deveria também ser vista como um ganho e não como perda e controle.

A estratégia que poderia ser adotada, seria trabalhar sobre a ótica dos direitos e deveres das crianças e adolescentes, baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A organização e a funcionalidade do sistema familiar denotava não haver regras claras do que cada membro precisava ou teria que fazer, como arrumar a cama, varrer a casa, lavar a louça, dar comida para o cachorro, entre outras coisas. Outra questão importante para Joana foi poder verbalizar para os filhos a maneira como administrava o dinheiro com comida, contas de água, luz, prestações de móveis, entre outras despesas.

A conversa acima possibilitou que ambos os sistemas (díade mãe-filho e subsistema fraternal) se inteirassem dos motivos e razões pelos quais agiam de tal forma, que percebessem a necessidade de uma nova organização em relação às tarefas básicas quotidianas.

Como técnica de intervenção foi proposto que a família discutisse as regras entre si, coordenados por Joana, após esta haver citado que em sua família de origem sua genitora organizava os afazeres domésticos estipulando dias para cada um. Esse indício deu-me pistas de que Joana possuía recursos para lidar com tal situação e assumir sua posição hierárquica.

Uma informação nova e importante foi sobre o sistema de crença familiar (Testemunhas de Jeová).

A abertura da comunicação entre os sistemas possibilitou que ambos pudessem explicitar claramente suas demandas e necessidades. Os recursos que a família possuía foram utilizados, como no caso de Joana, que pôde compartilhar com os filhos sua experiência vivida anteriormente com sua própria genitora, resgatando assim sua capacidade organizacional e hierárquica.

Foi adotada como estratégia de intervenção, para que Joana pudesse recuperar sua posição hierárquica, respeitar e considerar seus recursos internos, a sua capacidade para reorganizar o sistema a partir de sua ótica, além da prescrição de

tarefa: discutirem sobre os afazeres domésticos e estabelecer uma divisão de atividades entre os membros do sistema.

Levanto a hipótese de que Joana não esteja conseguindo estabelecer as regras e limites aos filhos em função da associação que ela faz entre estabelecer limites, tentativa de compensar a falta do pai e receio de que, se não ceder às vontades dos filhos, causará mais sofrimento a eles.

Novamente aqui identifica-se o seu funcionamento em como lidar com os filhos. Para evitar o sofrimento destes, encontra falsas soluções para os problemas que se transformam em verdadeiras armadilhas e realimentam o ciclo de problemas. Para assumir sua posição hierárquica deverá estabelecer limites, só que estabelecendo limites, ela os associa a uma nova frustração para os filhos. Frustando-os ela os faz sofrer novamente, só que não os frustrando ela não assume sua posição hierárquica e não estabelece os limites necessários, o que realimenta o ciclo.

Outra hipótese é de que Joana não consegue lidar com a perda e é necessário capacitá-la para tal.

A estratégia utilizada para os temas abordados, foi uma escuta que pudesse legitimar o seu discurso, autorizá-la a expressar os sentimentos e "normalizar" os sentimentos decorrentes das perdas.

A hipótese era de que podendo ver legitimados e reconhecidos seus sentimentos como "normais" ela pudesse suportar as possíveis expressões dos sentimentos dos filhos decorrentes da perda do pai, sem ter que negá-los, encobri-los e ou minimizá-los.

Joana, nos atendimentos, vinha expressando desejo de mudar-se para outro Estado, pois acreditava que a mudança pudesse melhorar a qualidade de vida dos filhos e proporcionar maiores oportunidades de trabalho.

Buscando compreender de onde Joana construiu essa idéia, explorei a partir de questões reflexivas as conseqüências da efetivação dessa decisão. Essa conversa possibilitou a Joana externalizar suas dificuldades em lidar com as lembranças quotidianas do companheiro, como os contatos com o processo de indenização que o juiz em primeira instância deu como perdido, sua solidão, o fato de ter que retirar a pensão no banco, o que a faz lembrar-se do companheiro, além de dificuldades de relacionamento que está enfrentando com a irmã a quem acolheu em sua casa e que não sabe quanto tempo ficará (o fato de a irmã conviver com ela e os filhos vem causando transtornos no relacionamento e na dinâmica da família, pois Joana não consegue dizer à irmã que não a quer morando com ela).

Outra questão importante era o luto de sua genitora. Havia um sentimento de dívida para com a irmã que está morando com ela, pois esta "jogava em sua cara" não a ter ajudado quando a mãe estava de cama em estado de dependência total.

Era necessário trabalhar as fronteiras que Joana estabelecia em suas relações de modo geral, que se encontravam abertas. (Não consegue dizer "não" e colocar limites.)

Outra estratégia utilizada foi a partir de perguntas reflexivas orientadas para o futuro, levá-la a identificar as conseqüências de uma decisão, adotada como solução imediata para livrar-se de problemas, sem se dar conta de que permanece com o mesmo funcionamento anterior. Soluções falsas que alimentam os problemas, os evitam e/ou minimizam.

O fato de a irmã ter cuidado da mãe em estado terminal, acionava sua culpa, a fazia sentir-se em dívida com a irmã o que a impedia de dizer não e/ou estabelecer limites. Uma forma de lidar com esta situação e não ter que enfrentá-la seria mudar-se, pois os filhos estavam sofrendo as conseqüências desses desentendimentos, e ter que enfrentá-la, segundo sua ótica, necessariamente passaria por uma tomada de decisão: ir a favor da irmã significaria ir contra os filhos, ir a favor dos filhos significaria ir contra a irmã, e fazê-los sofrer não faz parte de seu jogo. Desta forma, mudar seria uma solução, pois assim uniria ainda a tentativa de não ter que viver na casa onde as lembranças do cônjuge estavam por toda parte e conseqüentemente não teria que lidar com suas perdas.

A dor e o sofrimento vivido por Joana a respeito da perda do cônjuge era outro tema freqüente e a técnica utilizada para que pudesse ser falado foi a da metáfora da ferida:

"Essas perdas que ocorreram em sua vida, é como se tivessem causado uma ferida muito grande dentro de você. Essa ferida não se pode ver, só se pode sentir. Comparando essa ferida invisível a um ferimento importante no joelho ou no braço, por exemplo, os machucados inicialmente necessitam de cuidados e é preciso colocar remédios, pôr uma bandagem e protegê-los. Alguns remédios ardem outros não. Às vezes, até esquecemos que estamos machucados e então alguém ou alguma coisa esbarra na ferida e pronto, lembramos dela. Às vezes até volta a sangrar e precisamos novamente cuidar da ferida. No entanto, as feridas, um dia, saram. Umas saram logo, outras demoram mais tempo, mas saram. O que fica, depois, é cicatriz e nós não nos esquecemos da ferida. Quando olharmos para a cicatriz lembraremos automaticamente da ferida, mas não com a mesma dor. Restará uma cicatriz, uma marca do que passou. Por mais que queiramos curar as feridas dos outros e desejar que sofram o menos possível não conseguimos, porque cada qual tem que sentir sua própria dor."

O objetivo dessa intervenção foi o de possibilitar que Joana se sentisse compreendida em sua dor, normalizasse a dor como "natural" frente a uma perda, despertasse para a necessidade de cuidar das próprias feridas, promovendo a esperança de que um dia aprenderão a conviver com suas cicatrizes e que cada um é que sabe a dor de suas próprias feridas. O que podemos fazer é ajudar com os remédios e as bandagens, mas no processo de cura não podemos interferir.

Surge uma nova situação em que seu filho mais velho Marcelo saiu com um amigo ao meio dia e retornou somente às cinco e meia da tarde. Fato este que a deixou muito preocupada. Trabalho esta questão buscando identificar os motivos que a deixam preocupada e o que deveria acontecer para que ela ficasse menos preocupada.

Joana, no transcorrer do atendimento, diz que é pessoa muito ansiosa e que essa ansiedade existia antes mesmo do seu marido ser assassinado. No entanto, após a perda do marido, essa preocupação aumentou. Outros fatores a deixam preocupada, como a violência crescente na cidade de São Paulo. Diz que quando passa nervoso seu corpo fica tenso, dói a cabeça e parece ficar com tensão nervosa (sic).

Utilizei como técnica questões reflexivas orientadas para o futuro com objetivo de proporcionar a ela o resgate de recursos próprios para lidar com sua ansiedade, seus temores em perder os filhos, a autonomia destes em função da fase de ciclo vital em que se encontram e de suas preocupações.

A partir das intervenções descritas acima, Joana pôde perceber que sua ansiedade era desproporcional ao real perigo que os filhos corriam.

Uma hipótese levantada foi quanto à comunicação entre os sistemas, uma questão semântica. A intervenção utilizada foi uma sugestão dada para Joana: ela iria estabelecer um contrato explícito com qualquer filho que tivesse que sair para casa de amigos, fazer trabalhos escolares, ir brincar na rua, entre outras atividades. Ela deveria estabelecer o horário de saída e chegada, levando em consideração possíveis imprevistos, pois assim, seu nível de ansiedade baixaria.

A sugestão dada acima levou em consideração a necessidade de autonomia dos filhos respeitando a idade desenvolvimental destes, o ciclo de vida familiar, as preocupações de Joana para com os filhos e a forma de comunicação, pois Joana dizia aos filhos que voltassem "logo", no entanto esse "logo" para os filhos não tinha o mesmo valor para ela.

Joana percebe a sua participação nessa relação, mas não consegue encontrar meios para lidar com seus medos, a necessidade de autonomia dos filhos, suas ansiedades e o estabelecimento de limites.

Outra questão que surgiu foi sua sobrecarga, tanto com as responsabilidade de comando do lar, do cuidado com os filhos , quanto as consultas médicas, sua depressão e pensamentos de desânimo e desistência em cuidar de si (aspectos de saúde).

Foi utilizado ainda como técnica o reconhecimento de seu esforço, de sua vontade em melhorar, de sua força interna apesar das dificuldades que vêm atravessando, além de conquistas feitas e resultados alcançados. Essa intervenção objetivou ancorar o progresso até aqui alcançado, além de produzir esperança para seguir em frente.

Foi construída com Joana uma tabela dos encaminhamentos de exames médicos, especialidade e datas, com o intuito de averiguar a relação entre consultas e exames versus expressão/comunicação do luto.

Outra situação ocorre: falece o cunhado de Joana. Este já estava internado por problemas decorrentes de diabetes, tendo amputado a perna e não resistindo ao pós-cirúrgico.

Este episódio reavivou a lembrança de que o cunhado lhe disse que a morte do irmão (esposo de Joana) o havia debilitado. Intervenho e procuro esclarecer qual a teoria que ela teria sobre esse pensamento do cunhado.

Joana disse que sua teoria era a de que a morte do marido tinha realmente influenciado muito a morte do cunhado, pois a diabetes do cunhado subiu muito logo após o falecimento de seu marido, teve gangrena na perna, ele não foi ao velório, não chorou, não desabafou e acredita ter ficado preso o sentimento dentro dele e isso mexeu com sua saúde.

Joana diz que ela também não chorou no início, mas que veio a chorar depois do velório e do enterro, porque "não queria passar tristeza para as crianças, fazer de conta que (...) acalmar eles".

Realizo nova intervenção buscando explorar os motivos que a impediam de expressar seu choro e sua tristeza.

Joana disse: "se ficasse deprimida e chorando, eles também iriam ficar deprimidos e eu ficaria preocupada com eles. Na frente deles procuro não falar no assunto".

Busco explorar outras possibilidades levando-a a refletir sobre a seguinte questão: O que lhe garante que não falando sobre a morte e/ou não demonstrando o choro e a tristeza, eles não se sintam tristes ou pensem sobre a morte?

Joana relata episódio em que os filhos vieram conversar com ela sobre a morte do pai e ela bloqueou a comunicação dizendo: "vamos esquecer esse assunto... tentei falar de outra coisa e mudar o assunto".

Exploro o que ela mais teme ocorrer se abordar esse assunto.

Joana diz que seu "maior medo era que o filho pequeno perguntasse do pai e que ela tivesse que dar conta de seu desaparecimento". Disse que esse filho lhe perguntava sobre o pai, dizia para que ela não passasse o cadeado no portão, pois o seu pai iria chegar, no entanto ela dizia a ele: "o pai ficou dormindo, ele não vai vir mais".

Relata outro episódio envolvendo este filho menor, em que o irmão Rodrigo, também preocupado com as reações de Renato, perguntou para a mãe Joana, logo após a morte do pai: "mãe o que nós vamos fazer com o Renato?" Ao que ela respondeu: "Deus vai dar um jeito que ele não vai ficar perguntando!".

Busco identificar o que a aflige levantando uma hipótese, relacionando os seguintes fatos: aproximação de uma cirurgia de períneo e o medo de morrer, deixando seus filhos abandonados, e ainda uma relação entre a morte do cunhado que reavivou sua experiência de perda passada.

Intervenho e coloco o seguinte pensamento: Joana, você disse que concorda com a teoria de seu cunhado de que o fato de ele não ter colocado os seus sentimentos para fora e não tê-los expressado contribuiu para que o seu estado de saúde se agravasse ?

Joana: Sim é verdade. Eu acredito nisso.

T: Então eu fico me perguntando: Será que o fato de você e seus filhos estarem realizando consultas médicas, possíveis cirurgias e exames, não poderia ser um jeito de vocês estarem tentando expressar algo que ficou preso dentro de vocês?

Joana: Coloca-se a pensar...

Retomo a questão da metáfora da ferida colocando para Joana que conversar com os filhos sobre a morte, saber o que os filhos pensam sobre o assunto, como se sentem, se fazem também de conta, enfim, tirar suas dúvidas e também as deles, poderia ser visto como um remédio que se passa na ferida e que arde, porém pode ser necessário.

Joana concorda com o que lhe foi colocado e diz que realmente não sabe o que os filhos pensam. Diz que eles também não falam sobre o assunto.

Proponho então que façamos uma sessão com todos os membros da família, com o objetivo de ajudá-la a conversar com os filhos de forma mais aberta. Busco saber se ela se sente preparada para tal.

Joana diz que se sente preparada e concorda com a proposta.

Confirma-se a hipótese de bloqueio da comunicação e sintomas decorrentes dessa comunicação analógica. O objetivo nesse momento foi trabalhar a preparação de Joana e abrir a comunicação do luto na família.

Para trabalhar com o tema, foi feita uma introdução direta sobre a situação da perda do pai, as diversas consultas médicas, a perda recente do tio, os sentimentos que não são expressados, o não falar sobre a morte e a preocupação da genitora com os filhos a esse respeito. Instruo Joana a perguntar a cada filho como se sente em relação a perda do pai e aos sentimentos decorrentes da perda.

A intervenção terapêutica utilizada foi a de auxiliar Joana a conversar com cada filho, abrindo assim a comunicação.

O diálogo ocorre do filho mais velho para o mais novo. É um diálogo difícil e as respostas são dadas monossilabicamente.

O terapeuta intervém buscando facilitar o diálogo e direcionando a fala de Joana, pedindo a esta que expresse seus sentimento e a forma como ela os percebe no momento, além de levá-los a refletir o quanto não é fácil para as partes falar sobre o assunto.

Apesar da dificuldade, Joana consegue encaminhar a conversa e perguntar aos filhos como cada um se sente, o tipo de sentimento, além de se colocar disponível para falar com eles no momento que necessitarem, sobre o que estiverem sentindo ou pensando. Os filhos maiores, Marcelo e Rodrigo, informam que entenderam o que ela quis dizer, além de colocarem que sentem saudades, às vezes tristeza e preferirem não falar sobre o assunto.

Joana é orientada a expressar para os filhos que estará disponível quando necessitarem de ajuda, ou qualquer outra coisa.

Expressou ainda que sente a tristeza deles, mas também não sabia como falar. Espera que agora possam falar mais abertamente.

Houve dois momentos difíceis em que as palavras não conseguiam ser expressas e foi utilizada a técnica da comunicação analógica (não verbal), tanto de Joana para com cada filho como de cada filho para com Joana. A expressão utilizada foi o abraço e o beijo. Posteriormente foi utilizada a comunicação digital

(verbal), como forma de complemento buscando o significado do abraço e do beijo que poderia expressar/comunicar o conforto, o carinho, o aconchego entre outras formas de expressão.

Melhoras já eram observadas. Joana passou a adotar novas posturas de enfrentamento da vida e dava sinais de que começava a sair da depressão, pensava em projetos (reforma da casa), além de observações da sua própria aparência pessoal bem cuidada, bem vestida, penteada e maquiada.

Neste momento do trabalho utilizei-me da técnica de classificar os problemas segundo sua ótica, do mais importante para o menos importante, a fim de possibilitar uma organização concreta das suas prioridades e estabelecer, assim, objetivos.

1. Realização de exames e consultas cardiológicas do filho mais velho, Marcelo, pois em exame anterior foi detectado "problema" no eletrocardiograma e solicitado um exame mais apropriado, o ecocardiograma.

2. Realizar as reformas necessárias em sua residência: paredes rachando, banheiro, trocar as janelas, trocar a fiação elétrica da casa, o portão da garagem, a canaleta atrás da casa, que está dando infiltração na cozinha.

3. Fazer o inventário do falecido e regularizar o imóvel.

4. Viajar para a Bahia e resolver a venda do terreno.

5. Realizar a cirurgia.

Uma questão que começou a aparecer no decorrer dos atendimentos e que preocupava Joana era quanto à exumação do corpo de Pedro, pois decorridos três anos o corpo deve ser exumado e de acordo com as crenças da família é dado um destino ao restos mortais, como colocar os ossos numa caixa apropriada e deixá-la em local reservado no cemitério, ou cremar entre outros. Caso a família não tome providências, o serviço funerário deposita os restos mortais em um ossário coletivo do próprio cemitério. Joana tem dúvidas quanto ao que fazer com os restos mortais de Pedro.

Para trabalhar este tema (exumação) com a família, inicialmente fiz uma contextualização falando sobre o tempo que um corpo fica enterrado, que depois deste tempo a família decide o que fazer com os restos mortais. Dou exemplo prático do caso "Kennedy" que teve suas cinzas jogadas no mar. Falo sobre as preocupações de Joana a respeito desse tema. Em seguida peço para que cada um diga o que pensa sobre o assunto.

Marcelo inicia e diz que por ele não precisaria fazer nada e que deixaria a situação como está. Que o próprio pessoal do cemitério pode decidir o que fazer e que por ele tudo bem!

Rodrigo diz que seu desejo é que os ossos sejam devidamente guardados numa caixa no cemitério.

Os dois filhos menores não conseguiram manifestar opinião a respeito.

Joana manifestou desejo de que os ossos fossem guardados numa caixa, mas que outra preocupação estaria em quem a ajudaria na hora de realizar a exumação.

Marcelo manifestou sua disponibilidade em ajudá-la, caso necessite, e ainda lembrou-se de uma tia que poderia apoiá-los neste momento, ou até mesmo fazer por ela.

Ressalto que a família tinha um consenso em relação ao que fazer dos restos mortais de Pedro. Tomou-se o devido cuidado em não desprezar a opinião de Marcelo, e se perguntou a ele:

P – Você se importaria se os ossos fossem guardados numa caixa, apesar de você não ter esta opinião ?

R – Disse que não se importaria.

Procurei dar ênfase a esta decisão consensual e mostrar a Joana que a parte prática, ou seja, a exumação em si, seria uma coisa para se preocupar depois quando estivessem os dias mais próximos, não esquecendo de ressaltar o apoio que poderia pedir ao filho mais velho, Marcelo.

Essa conversa encaminhou-se para uma normalização em relação às visitas ao cemitério, o que quase se constituiu numa armadilha para o terapeuta, pois como são Testemunhas de Jeová não visitam túmulos, o que pôde ser contornado a tempo pelo terapeuta.

Desta última intervenção pude perceber a força das crenças e o quanto temos que estar atentos para esta questão. O sistema de crenças familiar deve ser respeitado sempre.

No penúltimo atendimento resgato com Joana suas queixas iniciais quando veio ao Cravi, checando o percurso da terapia.

Inicialmente coloco sua primeira queixa sobre os filhos Marcos e Marcelo. Diz que Marcos não tem mais aqueles problemas, como mexer com as mãos, formigamento nas mãos, não se comunicar, nervoso, fechado. Diz ainda que a professora do filho Marcos comentou com ela que o filho melhorou bastante seu relacionamento com os amigos e professores, está mais participativo e se comunicando melhor. "A professora disse até para ele continuar no psicólogo".

Quanto ao filho Marcelo, diz que este é meio nervoso mesmo. Os problemas de saúde foram descartados e que ele possui boa saúde, queixa-se de dores no peito, às vezes, mas acredita ser dos problemas respiratórios decorrentes de sinusite.

Outra questão foi quanto aos horários em que os filhos deveriam voltar para casa, as tarefas quotidianas, e a solicitação de compra de um videogame. Disse que em relação aos horários, após ter estipulado um horário com uma margem e não deixando a volta deles para casa como sendo um "venha logo" – pois não falava o quanto deveria ser esse "logo"–, melhorou muito. Os filhos têm chegado no horário combinado e quando não chegam sempre apresentam uma justificativa adequada. Refere que agora sente-se menos preocupada e mais tranqüila.

Em relação ao videogame que havia prometido comprar, disse que na ocasião conversou com os filhos e explicou para eles que surgiram imprevistos e que teria que fazer despesas com outras compras, pois havia outras prioridades. Solicitou um tempo para todos e que posteriormente voltaria a falar sobre o assunto. Diz que todos entenderam e que a partir desta conversa não mais tocaram no assunto. Disse que vem pensando, assim que terminar as prestações, até novembro, em comprar o videogame para os filhos.

Quanto às tarefas quotidianas todos as vêm realizando conforme combinaram.

Coloco para Joana sua capacidade em negociar com os filhos e estabelecer os limites que não estava conseguindo, a fluência da comunicação e sua importância.

Outra questão abordada foi quanto a sua decisão em mudar-se para outro Estado, e que tal decisão naquele momento estava vinculada a uma tentativa de resolução de problemas sem ter que enfrentá-los. Coisas estavam acontecendo naquela época como a recusa do juiz em aceitar o processo de indenização, o quanto esse processo a mobilizou trazendo saudades e lembranças do companheiro, dificuldades de relacionamento com sua irmã, sua depressão e as queixas a respeito dos filhos trazidas nas sessões.

Joana reconhece que se tivesse tomado alguma decisão naquele momento seria precipitada e sem pensar. Neste atendimento chegou a cogitar que pensa em mudar-se de São Paulo. Esteve conversando com um "irmão da igreja" que reside no interior do Estado. Trabalhamos essa questão levando-a a refletir sobre as conseqüências de uma mudança, seus aspectos positivos e negativos, suas vantagens e desvantagens, que tais aspectos deveriam ser pensados em termos futuros e não somente imediatos, em educação dos filhos, trabalho, saúde, social, lazer e qualidade de vida.

Ressaltei ainda sobre as mudanças que ela fez enquanto pessoa, a superação parcial de sua depressão, a maneira como se vestia e como se veste agora, como se arrumava e como se arruma agora (pintura, penteada, entre outras), como lida com os filhos, sua coragem, seu esforço, perseverança entre outros.

Joana reconheceu seu progresso, diz que quando chegou ao Cravi estava paralisada, deprimida e no fundo do poço. No entanto agora se percebe mais fortalecida. Diz que às vezes sente desânimo, mas que pára, pensa e segue em frente. Utiliza-se da seguinte metáfora:

"Para algumas pessoas as estradas são uma reta, para outras as estradas são cheias de subidas e descidas, a minha é assim... Me sinto como se a vida fosse uma estrada e que após a morte do Pedro eu tivesse caído num buraco bem fundo. Estava tentando me levantar desse buraco e aí perdi minha mãe. Me afundei de novo. Agora me sinto como se estivesse fora do buraco e que têm uma montanha na frente, e que eu tenho que subir. Às vezes me dá um desânimo para subir, mas aí eu penso nos meus filhos e subo... antes da morte do Pedro eram duas pessoas para andar juntas na estrada e cuidar dos filhos e hoje eu estou sozinha...".

Introduzo a questão da alta dizendo que suas queixas iniciais foram eliminadas e que possivelmente outras surgirão, mas que ela possui recursos internos e saberá lidar com novas situações.

No último atendimento familiar, os filhos colocaram que os benefícios da terapia foram que a mãe passou a confiar mais neles, a respeitá-los e não intercede quando estes estão discutindo entre si.

Joana refere que a terapia ajudou a todos. Marcos não apresenta mais os sintomas que apresentava como queixa inicial, além de ter recebido elogios de sua professora dizendo que ele está mais aberto, conversando mais e interagindo com os colegas. Quanto a Renato diz que este superou suas birras, "antes, ele gritava e ficava nervoso por qualquer coisa, agora isso já não ocorre mais". Em relação ao filho Rodrigo, diz que diminuíram suas brigas com o irmão Marcelo e está mais compreensivo. O filho Marcelo diz que melhorou também em seu comportamento e briga menos, no entanto é menos tolerante do que o irmão Rodrigo e necessita mais tolerância.

Em relação a si, Joana diz que mudou bastante e que o fato de ter mudado influenciou no comportamento dos filhos. Conseguiu lidar melhor com eles depois da terapia.

Dizem que hoje se comunicam mais e melhor. Falar sobre o Pedro ainda é difícil. No entanto, hoje tem autorização para falar e expressar os sentimentos em relação à perda de Pedro para a mãe Joana, mesmo sendo este um tema difícil para ela também.

Ressalto os recursos familiares para lidarem com as possíveis situações difíceis que virão, além de parabenizar Joana pela sua força, coragem, empenho em relação aos filhos, sua maneira de educá-los como sendo apropriada e parabenizo os filhos também por serem bons filhos.

Joana reflete sobre os motivos que a trouxeram ao Cravi e diz: "graças a eles, Marcos e Marcelo, eu vim aqui".

Neste momento intervi e parabenizei-os por terem trazido a família.

Agradeci à família por terem compartilhado seus problemas e momentos de suas vidas, confiarem no trabalho, e confiarem no terapeuta.

13. Conclusão

Ao iniciar a implantação de um trabalho psicológico com familiares de vítimas de homicídio e latrocínio, deparei com um duplo desafio: trabalhar a violência e o luto. Não conseguia conceber uma intervenção terapêutica que levasse em consideração a complexidade dos temas (violência e luto), sem considerar que as relações familiares não fossem trabalhadas e acreditava que a terapia familiar, baseada em pressupostos epistemológicos sistêmicos, pudesse ser um instrumento de grande utilidade na abordagem dessas questões, além de acreditar, ainda, que pudesse contribuir, a partir dessa concepção, para a construção de uma metodologia de trabalho que fosse útil a este tipo específico de população e também para o Projeto.

As famílias encaminhadas para o atendimento psicológico, em sua maioria, eram pobres, geralmente desempregadas, provenientes de um contexto de instabilidade e violência familiar, envolvimento delinqüencial, abuso de substâncias, estresses de habitações inadequadas, dívidas, sempre falta dinheiro para satisfazer as necessidades básicas e opções recreacionais insuficientes.

Em vários casos, as queixas trazidas para o atendimento psicológico eram desconectadas com o evento morte, algumas mães chegavam dizendo: "meu filho está andando em más companhias (...) minha filha está deprimida (...) meu filho está agressivo e não me obedece... ", a queixa era trazida como um sintoma. Era preciso dar conta de algumas situações emergenciais e ao mesmo tempo fazer a conexão entre os eventos morte, queixa e comunicação.

A partir de um trabalho com base na epistemologia sistêmica, pôde-se remover os obstáculos e bloqueios de uma comunicação disfuncional, para uma comunicação mais aberta, clara e direta entre os membros do sistema familiar. Foi possível ao sistema familiar compartilhar a experiência da perda vivida, expressar os sentimentos decorrentes desta e abandonar padrões de interação e expressões disfuncionais através de sintomas emocionais e físicos. A família pôde encontrar sua própria funcionalidade do luto e seguir em frente.

A construção de uma metodologia de atendimento ainda continua sendo um dos grandes desafios e objetivos do Projeto. Acredito que uma formação epistemológica com base sistêmica é de extrema importância para esta empreitada, pois as famílias que procuram o Cravi, em sua maioria são multiproblemáticas.

Concluindo, a partir da experiência vivida desde a implantação do Projeto Cravi, bem como dos resultados obtidos com o atendimento familiar relatado e com a aplicação e desenvolvimento dessa proposta de atendimento com outras famílias, parece seguro afirmar sua viabilidade para o atendimento de familiares de vítimas de homicídio e latrocínio. Parece ser possível, ainda, aplicá-lo dentro de uma perspectiva breve.

14. Considerações finais

Algumas limitações foram observadas no decorrer deste trabalho. As famílias que estavam passando por uma situação de perda recente apresentaram dificuldades em comparecer aos atendimentos. Várias famílias encaminhadas abandonaram o tratamento, ou nem compareceram à primeira sessão.

Esta evasão da família, pode ser parcialmente explicada em casos nos quais não se atendiam as demandas emergenciais, ou se garantisse financeiramente o retorno ao serviço.

Algumas hipóteses levantadas sobre a evasão ligar-se-iam ao fato desses familiares, já terem passado por uma série de outras instituições que não teriam atendido suas necessidades, assim como o fato de o próprio Centro não conseguir atender essas demandas emergenciais iniciais e garantir financeiramente o retorno ao serviço.

Durante a experiência vivida no atendimento dessas famílias, algumas perguntas e reflexões coloquei-me:

• Em relação ao andamento do processo criminal: muitos deles, senão a maioria, são arquivados por falta de provas. Essas famílias ficam sem respostas para as circunstâncias em que se deram a morte, ficam com a sensação de que a justiça não foi feita. É possível elaborar o luto se a sensação de que a justiça não foi feita permanece?

• Outra situação constatada é o fato de muitas vezes, as famílias, por estarem sendo ameaçadas de morte, serem obrigadas a mudar de casa, de bairro, ficando impedidas de ver amigos, parentes, tendo desta forma, sua rede social desfeita. Estas famílias ficam abandonadas e excluídas de qualquer direito. A ordem é invertida, as vítimas precisam se esconder para sobreviver.

• Outro questionamento que fazia, era a forma como o núcleo jurídico lidava com o usuário, com uma linguagem descontextualizada, informando o usuário sobre a impossibilidade de fazer justiça em função da falta de provas, do arquivamento do processo, sem levar em consideração as conseqüências e o impacto que tal notícia teria para os familiares. Pensava ainda: que outras possibilidades existiriam para que esses familiares pudessem ter de fato seus direitos garantidos?

Não era a proposta desse trabalho discutir essas questões. No entanto, elas estão diretamente relacionadas com o trabalho terapêutico desenvolvido com essas famílias, com o próprio terapeuta e outros profissionais que trabalham com esses familiares, com a instituição, com o Governo e com a sociedade.

Bibliografia

BERTALANFLY, Ludwig Von. *A teoria geral dos sistemas.* Petrópolis : Vozes, 1977.

BROMBERG, Maria Helena P. F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto.* 2. ed. Campinas : Editorial PSY II, 1997.

———. e KOVÁCS, Maria Júlia M., CARVALHO, Margarida M. J., CARVALHO, Vicente. *Vida e morte: laços de existência.* São Paulo : Casa do Psicólogo, 1996.

CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira. *A família como modelo desconstruindo a patologia.* Campinas : Editorial PSY II, 1994.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais, Art. 245, *Imprensa Oficial,* São Paulo, 1999.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Capítulo VII – Da Proteção Especial, Seção I, Art. 278, parágrafo VI, *Imprensa Oficial,* São Paulo, 1999.

ELZUFÁN, Célia. *El terapeuta como un junco.* Argentina : Nadir Editores, 1989.

HALEY, Jay. *Psicoterapia familiar – Um enfoque centrado no problema.* Belo Horizonte : Interlivros, 1979.

MINUCHIN, Salvador, FISHIMAN, S. Charles. *Técnicas de terapia familiar.* Porto Alegre : Artes Médicas, 1990.

PISZESMAN, M. L. R. M. *Terapia familiar: uma breve experiência de implantação.* Dissertação de mestrado, PUC, São Paulo, 1995.

PRO-AIM – Programa de Aprimoramento das Informações de Mortalidade do Município de São Paulo – *Relatório informativo do terceiro trimestre de 1999.*

SANTOS JR, Belisário. Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania – Projeto Cravi. São Paulo, 1998.

VASCONCELOS, Maria José Esteves. *Terapia familiar sistêmica – Bases cibernéticas.* Campinas : Editorial PSY II, 1995.

VICENTE, Reginandréia Gomes. *Ruim com ele, pior sem ele? Uma investigação com mulheres vítimas de violência.* Dissertação de Mestrado em psicologia clínica, PUC, São Paulo, 1999.

WALSH, Froma e Mcgoldrick, Monica. *Morte na família sobrevivendo às perdas.* Porto Alegre : Artes Médicas, 1998.

WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet Helmick, JACKSON, D. Don. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.* 11. ed. São Paulo : Cultrix, 1998.

WILSON, M. *A energia.* Rio de Janeiro : Livraria José Olympio, 1971.

6.2

A INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL E A LEI 9.099/95 – ENTRE A ROTINIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL E A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA*

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

SUMÁRIO: 1. Direito e controle social no Estado moderno – 2. O Estado moderno em crise – 3. O movimento de informalização da justiça – 4. Modelos de informalização da justiça – 5. Antinomias da informalização da justiça penal no Brasil – Bibliografia.

Resumo: Através do estudo de caso da implantação dos Juizados Especiais Criminais na cidade de Porto Alegre, confrontando as previsões legais com a realidade empírica de um novo modelo de justiça penal, o presente artigo busca compreender a especificidade do funcionamento das instâncias de controle social formal no Brasil, e indicar as conseqüências da informalização da justiça para a resolução dos conflitos sociais, promovida pela Lei 9.099/95, de um ponto de vista sociológico.

Palavras-chave: Acesso à Justiça – Juizados Especiais Criminais – Controle social – Informalização.

1. Direito e controle social no Estado moderno

O processo de formação dos modernos estados nacionais teve como elemento constitutivo característico o modo abstrato e formal que assumiu o discurso jurídico. O direito passa a ser considerado como um conjunto de regras gerais e abstratas, emanadas de um poder soberano, formando um sistema ou ordenamento jurídico, e não mais como um conjunto de pretensões e reivindicações particularistas, baseadas na tradição e em prerrogativas específicas.

Durante o período que se estendeu da Baixa Idade Média até a Revolução Francesa, em que o Estado moderno se consolidou, desenvolveu-se uma disputa

(*) O presente artigo é um resumo das conclusões da dissertação de Mestrado, intitulada "Informalização da Justiça e Controle Social – Estudo Sociológico da Implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre", apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFRGS em abril de 1999, tendo como orientador o Prof. Dr. José Vicente Tavares dos Santos.

política entre vários grupos sociais. No processo judicial, destacaram-se duas tendências: de um lado, a manutenção de jurisdições particularistas, de caráter local (as justiças das aldeias, vilas e cidades) e de caráter funcional (justiças especializadas de certas corporações); de outro lado, a par das disputas entre juízes letrados e juízes leigos, entre funcionários ou delegados reais e representantes de outros poderes locais ou senhoriais, desenvolveu-se uma definição crescente de regras procedimentais, relativas, inclusive, a provas e procedimentos de recurso, com o objetivo de racionalizar e uniformizar de tal modo o sistema judicial que os tribunais centrais pudessem exercer um poder centralizador (Lima Lopes, 1996, p. 247-248).

O passo seguinte foi dado pelo estabelecimento do Estado liberal, no século XIX. Entre os séculos XVI e XVIII firmam-se os Estados nacionais, mas a vida social ainda é cindida por estamentos e categorias que impedem a universalização do direito de julgar uniformemente. O triunfo do Estado liberal traz consigo a perspectiva de universalização da cidadania: todos são iguais perante a lei, e a lei será uma só para todos. A partir daí, todos os conflitos podem ser universalmente submetidos a um único sistema de tribunais, com um único sistema de regras procedimentais desenvolvidas pouco a pouco. Do ponto de vista das instituições, o direito de julgar adquirido pelo Estado desenvolveu a profissionalização do direito, pela organização da burocracia estatal e especializada e pelo estabelecimento da força pública (polícia).

O moderno Estado constitucional pode então ser visualizado como um conjunto legalmente constituído de órgãos para a criação, aplicação e cumprimento das leis. Ocorre a despersonalização do poder do Estado, que passa a fundar sua legitimidade não mais no carisma ou na tradição, mas em uma racionalidade legal, isto é, na crença na legalidade de ordenações estatuídas e dos direitos de mando dos chamados por essas ordenações a exercerem a autoridade (Weber, 1996, p. 172). Nesse tipo de Estado, a legitimidade deriva de terem as normas sido produzidas de modo formalmente válido, e da pretensão de que sejam respeitadas por todos aqueles situados dentro do âmbito de poder daquele Estado.[1]

Entre as principais características deste tipo de Estado, está o controle centralizado dos meios de coerção. O Estado moderno se apresenta, assim, como um complexo institucional artificialmente planejado e deliberadamente erigido, que tem como característica estrutural mais destacada o monopólio da violência legítima, garantido pelo que Weber chama de um *quadro coativo* (Weber, 1996, p. 28). O controle centralizado dos meios de coerção é fortalecido pela legitimidade que lhe confere a racionalidade jurídica, tornando a coerção mais tecnicamente sofisticada e exercida por um setor especializado do Estado. Esta característica constitui-se em um marco que Elias denomina processo civilizador, com a ado-

(1) Sobre as formas de legitimidade em Max Weber, vide *Economia y Sociedade*, p. 170 et seq., onde Weber, ao estabelecer uma tipologia da dominação, começa definindo as formas de legitimidade, vista esta última como fundamento de toda dominação duradoura.

ção de formas mais racionais e previsíveis de instauração de processos e de punição pela prática de atos legais e previamente previstos como crimes.[2]

2. O Estado moderno em crise

Correspondendo, como paradigma teórico, aos modernos Estados liberais, a doutrina do direito como conjunto orgânico e universalmente válido de normas institucionalmente reconhecidas é progressivamente minada, com o avanço da providência estatal, por tentativas de adequar a regulamentação legal e a sua implementação pelas instâncias judiciais a um contexto onde emergem discursos normativos rivais e se exige do Estado a execução de funções crescentemente político-administrativas.

A concentração de poder nas mãos do Estado, a complexificação da sociedade e a regulamentação legal de setores cada vez mais amplos da vida social, culmina, nas sociedades urbano-industriais contemporâneas, com a crise de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado, paralela e simultaneamente à crise fiscal do Estado-Providência. Começam a aparecer as fissuras neste aparato que ainda sustenta sua legitimidade em uma legalidade abstrata, constituída de acordo com normas gerais e apropriadamente promulgadas.

Isso ocorre porque algumas premissas da racionalidade legal começam a ser minadas ou desgastadas (a divisão de poderes, a supremacia e generalidade da lei etc.), frente a concentração de expectativas no pólo do Poder Executivo, e dos recursos limitados de que dispõe para garantir a estabilidade social e a acumulação de capital.

Além disso, na medida em que se desgasta a crença na naturalidade das hierarquias de poder ou de distribuição de riqueza existentes, a atividade governamental (inclusive a judicial) passa a depender cada vez mais de suas conseqüências em termos da satisfação de interesses fracionários, e a linha divisória entre Estado e sociedade civil começa a se tornar cada vez mais difusa,[3] aumentando a influência e a pressão sobre as políticas governamentais e as decisões judiciais por parte das forças sociais (desde as camadas subprivilegiadas até as grandes empresas multinacionais), que se rebelam contra a estrita observância de normas processuais e legais.

(2) Sobre este tema, vide o vol. 2 da obra *O processo civilizador*, de Norbert Elias, sobre a formação do Estado, em especial o capítulo II, "Sobre a sociogênese do Estado", p. 87-190.

(3) Sobre a dicotomia Estado/Sociedade Civil, vide a obra de Bobbio e Bovero (1986), *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, onde é traçado um paralelo entre o modelo hegeliano e o modelo marxista de distinção entre sociedade civil e Estado, e também, no âmbito da sociologia, o artigo de Boaventura de Sousa Santos (1986), "Para uma sociologia da distinção Estado/sociedade civil", publicado em obra coletiva organizada por Doreodó Araújo Lyra em homenagem a Roberto Lyra Filho, intitulada *Desordem e processo*.

A renovação das fontes de legitimidade do Estado é, então, buscada na sua capacidade em promover o desenvolvimento industrial e o crescimento econômico, vistos como padrão necessário e suficiente para o desempenho de cada Estado, e na garantia da efetividade dos mecanismos formais de controle social para a manutenção da ordem, justificando com isso deslocamentos na linha Estado/ Sociedade Civil (Poggi, 1981, p.140). A busca de prosperidade interna, como um fim em si mesmo, e a manutenção da ordem pública, tornam-se as principais justificações para a existência do Estado, e a sua fonte de legitimidade, sobrepondo-se à mera racionalidade jurídico-legal.

No âmbito do sistema formal de controle social, isto é, o sistema penal, as reformas institucionais que daí decorrem são apresentadas como tentativas de dar conta do aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança que se verifica nos grandes aglomerados urbanos. A pressão da opinião pública, amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a chamada política de "tolerância zero", adotada pela prefeitura de Nova Iorque no início dos anos 90, e defendida por diferentes setores do espectro político. O pressuposto dessa política de segurança pública é a perda de eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social.

O devido processo legal é apresentado, desde Beccaria, como tendo a finalidade principal de proteger a liberdade e preservar as normas contra a opressão estatal. No entanto, o preço dessas salvaguardas processuais para a liberdade individual é, de um lado, um certo nível de desordem, de impunidade e de ineficiência na prestação judicial e, de outro, o aumento dos gastos públicos com a oferta de serviços judiciais. O problema é que as mudanças sociais ocorridas durante o século XX foram gradualmente enfraquecendo os mecanismos de controle comunitário sobre os comportamentos, exacerbando determinados focos de conflitualidade antes abafados por hierarquias tradicionais de poder. Com o debilitamento dos controles sociais informais, o crescente sentimento social de desordem ampliou a demanda para que o poder judiciário restaure a ordem mesmo em domínios como a vizinhança e os conflitos de família. Para assegurar a consistência das expectativas normativas existentes na sociedade, o mecanismo eleito é a pena ou sanção, e o sistema penal passa a ter de responder a uma demanda crescente por resolução de conflitos privados.

3. O movimento de informalização da justiça

Tendo de responder à crise fiscal do Estado, ao aumento da demanda por controle penal, ao debilitamento dos mecanismos de controle comunitário e à perda de legitimidade do próprio sistema de controle penal formal, as novas estratégias de controle vão também buscar saídas incorporando a contribuição dos estudos sócio-antropológicos que tiveram por objeto o sistema jurídico, procurando, através do direito processual, estabelecer uma ligação entre a justiça formal e abstrata e a demanda por uma justiça substantiva.

Na esfera penal, estas reformas são operadas através dos mecanismos de descriminalização e de informalização processual para as chamadas "pequenas desordens sociais" (*petits désordres sociaux*), conforme o modelo francês,[4] "pequenas reclamações" (*small claim*), nos EUA, ou "situações problemáticas", no jargão abolicionista, através de mudanças na legislação, uma vez que a lei criminal constitui a instância e o operador primário da seleção e do controle da delinqüência.[5]

Embora as formas do sistema penal estejam sempre em mutação, acompanhando a morfologia da sociedade na qual exerce o seu poder de regulação dos comportamentos e os interesses e representações dos responsáveis pela sua concepção e execução, o atual movimento de informalização dos procedimentos judiciais assume uma característica singular: surge tanto como função intrasistêmica, derivada das razões próprias da lógica de redução da complexidade e da demanda por controle social formal nas sociedades contemporâneas, como de uma transformação do "ambiente simbólico" ou da "consciência coletiva" que limita a intervenção do Estado sobre a sociedade.

Quer se fundamentem na necessidade de redução da complexidade e da turbulência do meio social, estabilizando as relações entre os integrantes da sociedade civil e desta com o Estado, quer privilegiem uma perspectiva instrumental de acessibilidade, eficácia e economia administrativa, as chamadas soluções conciliatórias ou informalizantes visam promover a interação face-a-face entre vítima e acusado, como forma de superar o conflito que está na origem do suposto fato delituoso.

Nas heterogêneas comunidades urbanas contemporâneas, os programas de mediação e informalização da justiça penal obtém rápida adesão graças à insatisfação com as sanções penais tradicionais para a solução de disputas e conflitos interpessoais, e apelam para as estruturas existentes da comunidade, embora muitas vezes não passem de um apêndice do sistema legal formal. De qualquer forma, correspondem à busca de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional, que permitam um tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto, ao invés da orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas.

Em uma análise circunscrita aos modelos de informalização adotados em diversos estados norte-americanos, identificou-se uma importante diferenciação,

(4) Para uma exposição a respeito da regulação desse tipo de conflito na França, vide o artigo de Jacqueline Costa-Lascoux, "La régulation des petits désordres sociaux", publicado nos Cahiers de la Sécurité Intérieure do IHESI.

(5) Sobre os movimentos de descriminalização e neocriminalização, vide Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1991), *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 397-441; e Raúl Cervini (1995), *Os processos de descriminalização*. Sobre o papel da norma penal na seleção e controle da delinqüência, vide Roberto Bergalli (1991), "El control penal en el marco de la sociologia jurídica".

embora determinadas características fossem recorrentes.[6] Em alguns casos, a ênfase é colocada na mediação como processo terapêutico e a pressão da comunidade é o meio para alcançar soluções voluntariamente acordadas entre as partes, no interior das cortes tradicionais. Em outros casos, se colocam como uma alternativa ao sistema formal, como as chamadas *community courts*, que têm jurisdição exclusiva sobre certas ofensas. A corte comunitária tem funções conciliatórias e adjudicatórias, e os mediadores são eleitos pela comunidade onde residem e recebem um treinamento formal mínimo. Esse modelo se aproxima da chamada democracia participativa, com o envolvimento maior da comunidade em questões antes restritas e resolvidas pelo aparato estatal.

Em que pese a existência de modelos diferenciados, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que "o que não está no processo não está no mundo"; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento.

Restam ainda uma série de indagações a respeito do significado e das conseqüências do informalismo procedimental. A informalização da justiça penal representa uma expansão ou uma contração do aparato de controle estatal? Tende a equilibrar a posição dos disputantes ou a agravar as diferenças? Oferece uma oportunidade maior de participação popular na solução dos conflitos ou restringe o envolvimento dos cidadãos? Introduz novos padrões de comportamento no sistema judicial, ou simplesmente reproduz e amplia a rotinização burocrática e a seletividade do sistema penal? Reduz os conflitos ou estimula a conflitualidade?

(6) Para ter uma amostra das pesquisas empíricas sobre a informalização da justiça norte-americana, vide os artigos de Lance Selva e Robert Bohm (1987), "A critical examination of the informalism experiment in the administration of Justice"; Stella Hughes e Anne Schneider (1989), "Victim-offender mediation: a survey of program characteristics and perceptions of effectiveness"; Dennis Palumbo e Michael Musheno (1994), "The political construction of alternative dispute resolution and alternatives to incarceration". Também a tese de Luis Roberto Cardoso de Oliveira (1989), apresentada na Universidade de Harvard, intitulada "Fairness and communication in small claims courts", em que analisa as sessões de mediação de pequenas causas cíveis de um ponto de vista antropológico.

Diminui efetivamente o tempo gasto em cada processo, e o gasto estatal para a prestação judicial? Os procedimentos são verdadeiramente informais ou há de fato uma nova formalização?

Encontrar respostas para estas questões passa necessariamente por abandonar o campo das abstrações normativas dos juristas e penetrar a fundo nos processos e relações sociais que se desenvolvem nas novas instituições judiciais. É através da perspectiva sociológica, principal responsável, segundo alguns, pela perda de legitimidade do discurso jurídico-penal (Zaffaroni, 1991, p. 46), combinando investigação empírica e análise teórica, que muitos pesquisadores têm procurado responder a esse conjunto de questões, identificando os desvios entre o seu discurso legitimador e a efetiva colocação em prática de um novo modelo de controle social, uma nova economia do poder de punir nas sociedades contemporâneas.

4. Modelos de informalização da justiça

Uma caracterização dos modelos de informalização da justiça obviamente começa com a sua conceitualização. Uma definição precisa é difícil: as características do fenômeno estão em permanente mutação, na medida em que novas instituições são criadas e antigas são recaracterizadas, e o informalismo é menos um ideal positivo do que uma espécie de associação de todas as aversões à justiça formal. O máximo que se pode fazer é sugerir alguns parâmetros relevantes, e verificar em que medida o caso estudado se aproxima do tipo ideal formulado.

O atual movimento de informalização da justiça pode ser visto como um fenômeno de âmbito internacional, a partir dos anos 70. Nos EUA, país no qual a informalização remonta a toda uma tradição teórica de realismo e pragmatismo no tratamento das questões judiciais, iniciada por Roscoe Pound no início deste século, durante toda a década de 70 foram realizadas diversas conferências nacionais, e foram criadas instâncias alternativas de disputa em mais de 100 cidades. O mesmo vem ocorrendo na Europa e na América Latina, para ficar circunscrito ao mundo ocidental.

Exemplos de justiça informal podem ser encontrados não apenas nesse contexto, mas em diversas formações sociais, em diferentes períodos, sob a bandeira das mais diversas ideologias políticas, do fascismo à social democracia, do capitalismo liberal ao socialismo. É forçoso reconhecer que a informalização da justiça é um *slogan* amplo, no interior do qual quase todo conteúdo político pode ser colocado. Portanto, o significado político e social da justiça informal somente pode ser identificado no interior de um contexto estrutural específico.

A esta altura, interessa-nos traçar um paralelo entre a justiça informal das sociedades pré-capitalistas e o atual movimento de informalização da justiça.[7] O informalismo legal pré-capitalista está inserido e é influenciado por uma estrutura social na qual as relações são contínuas, há pequena mobilidade residencial, a

(7) Sobre a mediação de conflitos nas sociedades pré-capitalistas, vide o artigo de Sally Engle Merry (1982), "The social organization of mediation in nonindustrial societies: implications of informal community justice in America".

reputação na comunidade é construída e perdida pela falta de privacidade. As modernas sociedades ocidentais não apenas perderam essas qualidades como as rejeitam ativamente. Os relacionamentos sociais são modificados, o individualismo burguês valoriza o rompimento de laços tradicionais de lealdade, da mesma forma que o anonimato oferecido pela sociedade de massas.

Quando o informalismo legal é introduzido nas sociedades capitalistas ocidentais, não é para preservar as relações sociais (embora este objetivo seja freqüentemente invocado para justificá-lo), e sim para assegurar uma intervenção mais efetiva dos mecanismos de controle social formal. Além disso, quando essas instituições são estabelecidas ou ressuscitadas pelo Estado, são inevitavelmente racionalizadas para se adequarem ao controle burocrático e à eficiência econômica do Estado moderno.

O informalismo pré-capitalista se sustenta na ameaça da violência privada, seja por parte da vítima e seus defensores, como do próprio ofensor e seus aliados. Essa ameaça persuade as partes a submeterem-se a uma mediação, a aceitar a solução proposta e encerrar o conflito. O Estado moderno, em contraste, reclama para si o monopólio da violência, que é uma de suas características principais. Em conseqüência, as instituições informais sob o capitalismo sustentam-se muito mais na coerção estatal do que na ameaça privada, a fim de induzir as partes a consentir com sua jurisdição, concordar com suas recomendações e colaborar com elas. Tornam-se instituições de controle social mais do que de solução de conflitos, o que faz com que tendam à formalização institucional de procedimentos.

A justiça informal nas sociedades pré-capitalistas pode funcionar com regras que permanecem largamente implícitas, vagas e inarticuladas, porque apoiam-se em um consenso normativo subjacente, fundado na tradição. As sociedades capitalistas ocidentais, ao contrário, caracterizam-se por um alto grau de dissenso normativo e rápida mudança, e as normas aplicadas através de procedimentos informais são freqüentemente vistas como injustas por uma ou ambas as partes.

O elemento mediador nas instituições informais pré-capitalistas ocupa um papel de intermediário porque possui uma autoridade legitimada. Poucos cidadãos privados possuem uma autoridade comparável no capitalismo, e raramente são escolhidos como mediadores. Ao contrário, o Estado moderno cria instituições informais precisamente porque reconhece que as fontes de autoridade no interior da sociedade civil estão severamente desgastadas.

Processos legais informais em sociedades pré-capitalistas são extremamente consumidores de tempo. Instituições legais informais no capitalismo, em contraste, conduzem audiências curtas e superficiais, adotando procedimentos rotinizados das cortes formais. Mediadores são avaliados pelo número de casos resolvidos, e não pela decisão adotada em cada um.

As flagrantes diferenças verificadas entre as sociedades pré-capitalistas e as sociedades capitalistas ocidentais tornam impossível utilizar as instituições legais informais pré-capitalistas como modelo para a construção da justiça informal no mundo moderno, muito menos para uma avaliação das suas conseqüências.

O informalismo adotado pelos Estados capitalistas ocidentais representa uma tentativa de preencher as brechas encontradas na implementação dos ideais de

igualdade oferecidos pelo programa liberal. Os Estados contemporâneos pretendem responder a este dilema mediante três proposições: estabelecendo proteções contra o poder do capital (direito do consumidor, do trabalho etc.); criando novos sistemas de proteção de direitos, onde a defesa dos setores desfavorecidos é garantida e os juízes tem um papel mais ativo; e criando agências estatais regulatórias para fazer com que a lei seja cumprida.

Nesse contexto, o maior ímpeto para a reforma informalizante é o chamado hiato (*gap*) político: a invocação retórica de um hiato entre as reivindicações da ideologia liberal e a realidade das sociedades capitalistas, entre os princípios de igualdade e a persistência e o recrudescimento da desigualdade, entre as promessas de direitos substantivos, como o direito à segurança, e a sua anulação prática para amplos setores da população.

As cortes informalizadas das sociedades contemporâneas são instituições de justiça no sentido de que definem, modificam e aplicam normas de controle de condutas ou de solução de conflitos. Essa justiça informal não pode ser chamada de não oficial (dissociada do poder estatal), uma vez que na maioria das vezes a informalização ocorre nas próprias cortes de justiça estatal. As cortes informalizadas são relativamente menos coercivas e mais consensuais (dependentes da retórica mais do que da força), menos burocráticas, menos profissionalizadas e descentralizadas; suas normas substantivas e procedimentais são imprecisas, não escritas, flexíveis, *ad hoc*, particularistas. Nenhuma instituição informal legal concreta encarna todas essas qualidades, mas cada uma exibe pelo menos alguma. Como essas variáveis são atualmente combinadas é uma questão empírica. Quais deveriam ser consideradas essenciais é um problema normativo.

5. Antinomias da informalização da justiça penal no Brasil

No Brasil, a incorporação dessas inovações no sistema judicial teve impulso a partir dos anos 80, em especial após a promulgação da Constituição de 88. Uma série de novos mecanismos para a solução de litígios foram criados, com vistas à agilização dos trâmites processuais, entre os quais tem um significado relevante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, voltados para as chamadas pequenas causas e para os delitos de menor potencial ofensivo, previstos no ordenamento constitucional e regulamentados pela Lei Federal 9.099, de setembro de 1995.

A implantação dos Juizados Especiais Criminais (JEC) integra uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas (Dias e Andrade, 1992, p. 403). Para os Juizados Especiais Criminais vão confluir determinados tipos de delitos (com pena máxima em abstrato até um ano), e de acusados (não reincidentes). Com a sua implantação, se espera que as antigas varas criminais possam atuar com maior prioridade sobre os chamados crimes de maior potencial ofensivo.

Promulgada a Lei 9.099/95 em setembro de 1995, o rito processual nela previsto passou a ser imediatamente aplicado, pelas Varas Criminais comuns, para

os delitos de menor potencial ofensivo, especialmente a suspensão condicional do processo e as novas alternativas de conciliação entre vítima e autor do fato e de transação entre Ministério Público e autor do fato.

Porto Alegre foi uma das primeiras comarcas de grande porte do país a criar os Juizados Especiais Criminais, que passaram a ter competência exclusiva para o processamento dos delitos previstos na lei 9.099/95, com a edição da Lei Estadual 10.675, em 02.01.1996, que criou o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Estado do Rio Grande do Sul.

Pelo pioneirismo de sua implantação,[8] os Juizados Especiais Criminais de Porto Alegre constituem-se em um importante laboratório para a verificação da aplicabilidade dos dispositivos da Lei 9.099/95, das mudanças no movimento processual efetivamente ocorridas, assim como das dificuldades estruturais existentes na máquina burocrática do Poder Judiciário para uma prestação de justiça mais ágil e voltada aos interesses e dilemas da clientela do sistema penal (vítimas e acusados).

Boaventura de Sousa Santos, no início dos anos 80, em um trabalho exploratório que visava a construção de novas hipóteses de trabalho e o alargamento do campo analítico da sociologia jurídica para o estudo do fenômeno informalista, reconhecia a carência de uma sólida base empírica que desse sustentação às suas proposições, mas sugeria que a novidade nos programas de informalização e comunitarização da justiça era que, se até aquele momento as classes oprimidas foram desorganizadas individualmente – como cidadãos, eleitores ou beneficiários da previdência – no futuro passariam a sê-lo em nível societal ou comunitário – como moradores de um bairro, trabalhadores de uma fábrica, consumidores de um produto. A hipótese formulada à época era de que a organização comunitária tutelada pelo Estado seria a forma de desorganização das classes trabalhadoras no capitalismo tardio (Sousa Santos, 1985, p. 92-93).

Na medida em que o Estado consegue, pela via da informalização, articular, ao mesmo tempo, uma resposta à crise fiscal e o controle sobre ações e reações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais, ele está de fato a expandir-se por sobre a sociedade civil. A dicotomia Estado/Sociedade Civil, tão cara ao pensamento da modernidade, deixa de ter sentido teórico, e o controle social pode ser executado na forma de participação social, a violência na forma de consenso, a dominação de classe, na forma de ação comunitária.

Assim como o próprio projeto da modernidade encontra-se permanentemente tensionado entre o aumento da regulação e a demanda por emancipação, Sousa Santos já visualizava, na época, a presença de um elemento emancipador nas reformas informalizantes: sua associação ideológica a símbolos emancipatórios com forte implantação no imaginário social (participação, autogestão etc.). Nesse sentido, embora aprisionados por uma estratégia global de controle social, estes símbolos apresentariam um potencial utópico ou transcendente, que faria com que a

(8) Para se ter uma idéia, no Estado de São Paulo os primeiros Juizados Especiais Criminais somente foram criados no ano de 1998.

justiça informal não pudesse "manipular" sem oferecer algum pedaço genuíno de conteúdo ao público que vai ser manipulado (Sousa Santos, 1985, p. 97-98).

A análise do experimento informalista a partir da observação do funcionamento das instâncias judiciais informais, realizada por diversos pesquisadores, permitiu verificar a existência de uma série de desencontros entre o discurso dos defensores desse modelo de administração da justiça e a prática judiciária. Enquanto os defensores da informalização sustentam que ela viabilizaria uma maior comunicação entre as partes envolvidas, funcionando como um processo pedagógico, onde os mediadores seriam vistos mais como amigos do que como estranhos, na prática, no entanto, eles na sua maioria são estranhos, faltando-lhes conhecimento sobre a situação para obter uma justa resolução da disputa.

No caso dos Juizados Especiais Criminais brasileiros, embora a Lei 9.099/95 tenha previsto a utilização de conciliadores escolhidos fora dos quadros da justiça criminal, até hoje essa disposição legal não foi implementada, e os juízes que atuam nos Juizados são os mesmos que atuam nas Varas Criminais, valendo-se mais de uma relação de poder hierárquico e intimidatório sobre as partes para encaminhar uma solução para o caso do que de uma proximidade advinda de vínculos societais comunitários.

Ao invés de permitir um acesso mais fácil a grupos excluídos do sistema judicial, compensando suas limitações, Lance e Bohn concluem que, no caso norte-americano, os centros de justiça informal funcionariam mais como saída do que como entrada no sistema de justiça formal, sendo mais bem sucedidos em remover casos considerados inúteis ou menores do sistema formal, que em sua grande maioria envolvem mulheres, negros e pessoas de nível socioeconômico baixo, do que em fornecer uma forma mais acessível de justiça.

Nesse ponto, constatou-se que, no caso dos Juizados Especiais Criminais brasileiros, há uma situação bastante diferenciada. Ao invés de retirar do sistema formal os casos considerados de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 incluiu esses casos no sistema formal de justiça, através de mecanismos informalizantes para o seu ingresso e processamento. A dispensa da realização do inquérito policial para os delitos de competência dos Juizados Especiais Criminais retirou da autoridade policial a prerrogativa que tinha de selecionar os casos considerados mais "relevantes", que resultava no arquivamento da grande maioria dos pequenos delitos. O problema é que a estrutura judiciária não foi adequada para o recebimento dessa nova demanda, que passou a representar quase 90% do movimento processual penal global.

A especificidade do caso brasileiro é que a informalização da justiça penal na verdade não ampliou o controle social formal do Estado sobre novas condutas, uma vez que esse controle era exercido pelas delegacias de polícia. Na prática, as delegacias acabavam cumprindo informalmente uma função de filtro para a descriminalização de certas condutas, como as ameaças e lesões leves no ambiente doméstico, consideradas de menor importância para ingressar no sistema judicial. A Lei 9.099/95 permitiu a incorporação desses delitos ao sistema judicial, numa espécie de recriminalização, substituindo o delegado pelo juiz no exercício da função de mediação. Enquanto a mediação policial, informal e arbitrária, era

freqüentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima (sobrevitimização) e do acusado, a mediação judicial tende a ampliar o espaço para a explicitação do conflito e a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade.

É preciso reconhecer, portanto, os aspectos emancipatórios que fazem parte do processo de informalização da justiça no caso brasileiro. O entusiasmo que o informalismo inspira entre os reformadores penais pode ser explicado pelo fato de que expressa certos valores fundamentais: rapidez na resolução de controvérsias, participação dos disputantes na solução do litígio, redução da dependência de profissionais, maior envolvimento dos cidadãos em um aspecto essencial do governo democrático, recurso a acordos e penas alternativas.

No entanto, são justamente essas características as mais facilmente relegadas quando da implementação prática das medidas informalizantes. De um lado, a manutenção do informalismo depende de níveis de entusiasmo moral, consenso e convencimento, a fim de evitar que os operadores jurídicos envolvidos com as instituições informais procurem reforçar seu *status* e autoridade adotando toda a pompa formalista: trajes e discursos, procedimentos etc.; de outro lado, o Estado pode se sentir afetado pela existência de instituições informais autônomas e suprimi-las.

Tendências históricas e atuais apontam para a mesma conclusão: formalidades criam barreiras, mas também proporcionam um espaço no qual é possível proteger os setores socialmente desfavorecidos, enquanto que procedimentos informais são mais facilmente manipuláveis. Isto sugere que a efetivação de direitos através de procedimentos informais somente pode ser bem sucedida se forem ultrapassadas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico àqueles que pretendem exercer estes direitos. Portanto, um extraordinário esforço será necessário para conduzir o movimento de informalização procedimental da justiça em uma direção favorável. Os resultados deste esforço vão ter um significativo impacto sobre a vida cotidiana das pessoas comuns.

No Brasil, o processo de abertura e informalização da prestação estatal de justiça ocorre em uma situação na qual ainda não há de fato um Estado de Direito funcionando plenamente sob critérios racionais-legais de legitimação. Fruto da herança lusitana, o Estado brasileiro ainda não rompeu com as relações tradicionais de poder, que pouco espaço concedem para a representação dos interesses e reivindicações populares no quadro institucional. Particularmente o Poder Judiciário, pelo distanciamento que lhe confere um discurso especializado e somente acessível aos estudiosos do direito, permanece hermético e seletivo.

A seletividade do sistema judicial opera em duas vias: enquanto no âmbito civil a promoção de demandas depende da capacidade da parte em identificar seus direitos lesados e arcar com as custas do processo, no âmbito penal somente chegam ao judiciário os inquéritos policiais dos crimes dolosos contra a vida e contra a propriedade, ficando sob o arbítrio policial os delitos relacionados com a conflitualidade interpessoal das favelas e cortiços, das relações domésticas e de vizinhança, das relações entre vendedor e consumidor, de patrão e empregado. Em todos estes contextos, a violência interpessoal emerge como um mecanismo

de excesso de poder,[9] em que a parte mais forte impõe a sua vontade através da humilhação do outro, em relacionamentos sociais freqüentemente duradouros.

Para tirar as lições da implantação da Lei 9.099/95 no âmbito criminal, na comparação com as demais experiências de informalização da justiça penal, é preciso compreender essa especificidade do Estado brasileiro, em que se delegou à polícia o relacionamento com a maioria da população, para a intermediação dos seus conflitos, e as salas de audiência nas Varas Criminais foram reservadas à punição pública dos ladrões e homicidas.[10]

Os Juizados Especiais Criminais, tendo surgido sob a ideologia da conciliação e da dispersão, para desafogar o judiciário, acabaram abrindo as portas da justiça penal a uma conflitualidade antes abafada nas delegacias, e para a qual o Estado é chamado a exercer um papel de mediador, mais do que punitivo. Com a promessa de resolver disputas através da comunicação e do entendimento, e permitindo uma intervenção menos coercitiva e mais dialógica, em um espaço estrutural (a domesticidade, os relacionamentos interpessoais) que antes ficava à margem da prestação estatal de justiça, a informalização da justiça penal pode ser um caminho para o restabelecimento do diálogo, contribuindo para reverter a tendência de dissolução da coesão social no mundo contemporâneo.

Bibliografia

BERGALLI, Roberto. "Sociology of penal control within the framework of the sociology of law". *Oñati Proceedings* n. 10, I.I.S.L.,1991.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo : Brasiliense, 1986.

(9) Sobre a noção de violência como um mecanismo de excesso de poder, vide o artigo de José Vicente Tavares dos Santos, "A violência como dispositivo de excesso de poder": "Em seu conjunto, poderíamos considerar a violência como um dispositivo de poder, no qual se exerce uma relação específica com o outro, mediante o uso da força e da coerção: isto significa estarmos diante de uma modalidade de prática disciplinar, um dispositivo, que produz um dano social, ou seja, uma relação que atinge o outro com algum tipo de dano. (...) a violência compõe-se por linhas de força, consiste em um ato de excesso presente nas relações de poder. Os processos de violência efetivam-se em um espaço-tempo múltiplo, recluso ou aberto, instaurando-se com justificativas racionais, desde a prescrição de estigmas até a exclusão, simbólica ou física. Porém, no dispositivo da violência, aparecem também linhas de fratura, o que possibilitaria a passagem a outros dispositivos, a outras formas de possibilidade; a emergência de lutas sociais contra a violência poderia representar uma dessas linhas de fratura no dispositivo da violência (Tavares dos Santos, 1995, p. 290-291).

(10) Sobre este tema, vide o artigo de Roberto Kant de Lima. "A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição". In G. Velho e M. Alvito. *Cidadania e violência*, Rio de Janeiro : Ed. UFRJ e FGV, 1996. p. 165-177.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização.* São Paulo : RT, 1995.

COSTA-LASCOUX, Jacqueline. "La régulation des petits désordres sociaux". *Les Cahiers de La Sécurité Intérieure* 18, 4.º trimestre de 1994.

DIAS, J. F. e ANDRADE, M.C. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena.* 1.ª reimpressão. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

HUGHES, Stella e SCHNEIDER, Anne. "Victim-offender mediation: a survey of program characteristics and perceptions of effectiveness". *Crime e Delinquency* 2, v. 35, 1989.

KANT DE LIMA, Roberto. "A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição". In VELHO, G. e ALVITO, M. *Cidadania e violência.* Rio de Janeiro : Ed. UFRJ e FGV, 1996.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Uma introdução à história social e política do processo". In WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos de história do direito.* Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

MERRY, Sally Engle. "The social organization of mediation in nonindustrial societies". In ABEL (Org.). *The politics of informal justice.* New York : Academic Press, 1982. v. 2.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts.* Harvard University, 1989, mimeo.

PALUMBO, Denis e MUSHENO, Michael. *The political construction of alternative dispute resolution and alternatives to incarceration.* Arizona : State University, mimeo.

POGGI, Gianfranco. *A evolução do Estado moderno – Uma introdução sociológica.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro : Zahar, 1981.

SELVA, Lance e BOHM, Robert. "A critical examination of the informalism experiment in the administration of justice". *Crime and Social Justice* 29, 1987.

SOUSA SANTOS, Boaventura. "O direito e a comunidade – As transformações recentes na natureza do poder do Estado no capitalismo avançado". *Ciências Sociais Hoje* 3, ANPOCS,1985.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. "A violência como dispositivo de excesso de poder". *Sociedade e Estado* 2, v. X, 1995.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva.* Trad. José Medina Echavarría et alii. 2. ed., 10. reimpressão. México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal.* Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Renavan, 1991.