

Livro em homenagem ao Prof. Dr. Edmundo S. Hendler
Prólogo Dr. Ignacio F. Tedesco

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS

**Estudos de Direito Penal, Processo Penal
e Criminologia.**

Coordenador: Diego Augusto Bayer

AUTORES

Alexandre Morais da Rosa
Ana Flávia Messa
Ana Ludmila M. de Cerqueira
Ana Maria Santos Dias
André Roberto Ruver
Andressa Paula de Andrade
Armando F. Barbosa Filho
Augusto Jobim do Amaral
Caio M. Caires Rangel
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano L. Fiuza Figueiredo
Daniel E. Rafecas
Diego Augusto Bayer
Diego Zysman Quirós
Djefferson Amadeus
Edson Dinon Marques
Érika Mendes de Carvalho
Fábio André Guaragni
Francisco Muñoz Conde

Gabriel Ignacio Anitua
Gerson Faustino Rosa
Gisele Mendes de Carvalho
Glenda Biotto
Grégore Moreira de Moura
Guilherme Moreira Pires
Gustavo A. Arocena
Gustavo Noronha de Ávila
Hamilton Belloto Henriques
Javier Augusto De Luca
João Marcos Buch
Juliano Keller do Valle
Leandro Gornicki Nunes
Leonardo Costa de Paula
Leonardo Marcondes Machado
Loïc Wacquant
Luciano Santos Lopes
Luigi Ferrajoli
Luiz Flávio Gomes

Manuel Cancio Meliá
Marcela Polido Serra
Marcelo Buttelli Ramos
Mario Cesar Felippi Filho
Natassia Medeiros Costa
Neemias Moretti Prudente
Otávio Pontes Corrêa
Pilar Gómez Pavón
Raimundo N. Nascimento Jr.
Raúl Cervini
Rogério Greco
Romulo de Andrade Moreira
Salah H. Khaled Jr.
Thiago M. Minagé
Valdemir Pontes
Valeria A. Lancman
Vania Barbosa Adorno
Vera Regina Pereira de Andrade
Yuri Felix

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS

Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Volume 2

**Estudos em homenagem ao
Professor Doutor Edmundo S. Hendler**

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS

Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Volume 2

**Estudos em homenagem ao
Professor Doutor Edmundo S. Hendler**

**Organizador:
Diego Augusto Bayer**

1ª Edição

**Jaraguá do Sul – SC
Editora Mundo Acadêmico
2016**

Copyright © 2016 por Diego Augusto Bayer

Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia.
Volume 2.

Organizador: Diego Augusto Bayer.

1ª Edição

1ª Tiragem – maio 2016.

Diagramação: Diego Augusto Bayer

Capa: Murilo de Almeida

ISBN – 978-85-916599-1-3

CIP – (Cataloguing-in-Publication) – Brasil – Catalogação na Publicação
Ficha Catalográfica feita pelo organizador

Bayer, Diego Augusto (Org.). Controvérsias Criminais: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. Diego Augusto Bayer – 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015.

800 p.; 15x23cm (broch.); Il. Mapa.

ISBN 978-85-916599-1-3

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Direito Processual Penal. 4. Criminologia. 5. Direitos Internacional. I Bayer, Diego Augusto. II. Título.

CDD 340 / 341.4 / 343 / 343.9

Índice para catálogo sistemático

1. Direito. 2. Direito Internacional Público. 3. Direito Penal. 4. Direito Processual Penal. 5. Criminologia. 6. Direitos Humanos.

Nota Editorial: Os artigos constantes neste livro foram escritos por doutrinadores renomados a nível nacional e internacional e alunos da Modalidade Intensiva do Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo dos mesmos. Tanto a Editora como o coordenador não se responsabilizam por eventuais equívocos pelo conteúdo dos mesmos.

Editora Mundo Acadêmico.

Jaraguá do Sul - SC

Email: editoramundoacademico@gmail.com

Telefone.: +55 47 9141 2789

Venda de exemplares exclusiva:

Email: diego@bayer.adv.br

SUMÁRIO

Apresentação	
<i>Diego Augusto Bayer</i>	ix
Prólogo	
<i>Ignácio F. Tedesco</i>	xi
O regime de nulidades no Processo Penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual	
<i>Alexandre Moraes da Rosa</i>	1
Crime de responsabilidade	
<i>Ana Flávia Messa</i>	7
Naturaleza jurisdiccional del control de la ejecución penal	
<i>Ana Ludmila Moura de Cerqueira</i>	21
Desacato e hierarquização das relações sociais: o cale-se das repartições públicas brasileiras	
<i>Ana Maria Santos Dias</i>	29
Cuál es el papel de las garantías constitucionales, procesales e penales en su relación con el concepto de seguridad pública	
<i>André Roberto Ruver e Edson Dinon Marques</i>	36
Segurança pública: o papel dos agentes e instituições Policiais em um Estado Democrático de Direito e para a defesa dos Direitos Humanos	
<i>André Roberto Ruver e Glenda Biotto</i>	50
A produção de provas em caso de homicídio sem cadáver	
<i>Armando Fernandes Barbosa Filho</i>	65
A radicalidade entre a criminologia e a filosofia	
<i>Augusto Jobim do Amaral</i>	72
Coculpabilidade e a aplicabilidade no direito penal brasileiro	
<i>Caio Mateus Caires Rangel e Diego Augusto Bayer</i>	78
Homicídio discriminatório por razões de gênero	
<i>Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno</i>	102
A Action libera in causa inversa: A possibilidade do consentimento prévio da vítima no crime sexual prescrito no Artigo 217-A §1 do Código Penal	
<i>Cristiano Lázaro Fiuza Figueiredo</i>	113
Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo	
<i>Daniel E. Rafecas</i>	124
O controle das decisões do tribunal do júri no direito comparado e o princípio da soberania dos veredictos no Brasil	
<i>Diego Augusto Bayer</i>	144

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Algunas reflexiones sobre la historia de la “criminalidad” del delito de contrabando	
<i>Diego Zysman Quirós</i>	158
Operação “lava-jato” e as prisões com base em anemias significativas: outra leitura para Ulisses e o canto das sereias e a demonstração de que os princípios fecham, e não abrem a interpretação	
<i>Djefferson Amadeus</i>	171
Compliance e direito penal do ambiente: reflexões e propostas	
<i>Érika Mendes de Carvalho e Andressa Paula de Andrade</i>	184
Sistemas peritos e direito penal econômico: relações e respectivas consequências	
<i>Fábio André Guaragni</i>	212
As origens ideológicas do direito penal do inimigo	
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	223
El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad	
<i>Gabriel Ignacio Anitua</i>	241
Funcionalismo sistêmico e proteção dos direitos da personalidade na seara penal	
<i>Gerson Faustino Rosa, Gisele Mendes de Carvalho e Hamilton Belloto Henriques</i>	262
Direito penal das mídias sociais	
<i>Grégore Moreira de Moura</i>	285
Abolicionismos na América Latina: (Des)construindo mundos com sociabilidades e potencialidades libertárias. Imaginação não-punitiva, para além do Direito Penal, imaginários punitivos e culturas repressivas	
<i>Guilherme Moreira Pires</i>	293
El tratamiento penitenciario y los saberes neurocientíficos: Reflexiones desde el Derecho argentino	
<i>Gustavo A. Arocena</i>	305
Mídias sociais e sua relação com a propagação do ideário punitivista	
<i>Gustavo Noronha de Ávila e Marcelo Buttelli Ramos</i>	322
Promoción y facilitación de la prostitución. El caso del nuevo art. 125 bis Código Penal Argentino	
<i>Javier Augusto De Luca e Valeria A. Lancman</i>	334
A culpabilidade como limitação do poder de punir e não como fundamento da pena	
<i>João Marcos Buch</i>	344
Garantismo penal, delação premiada & Blitzkrieg	
<i>Juliano Keller do Valle</i>	353
A Crise das Medidas de Segurança no Sistema Penal Brasileiro	
<i>Leandro Gornicki Nunes</i>	363

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Dos rolezinhos na cidade partida: a ralé brasileira e os sujeitos de direitos virtuais vistos pelas agências de persecução penal <i>Leonardo Costa de Paula</i>	377
Quem nos salva da bondade do processo? Um breve diálogo sobre instrumentalização punitiva e revitimização no sistema de justiça criminal <i>Leonardo Marcondes Machado</i>	395
Marginality, ethnicity and penalty: A bourdieusian perspective on criminalization <i>Loïc Wacquant</i>	410
A tempestade global da lei e ordem: Sobre punição e neoliberalismo <i>Loïc Wacquant</i>	433
A teoria da ratio essendi, suas vertentes e a definição da relação entre o tipo legal e a ilicitude <i>Luciano Santos Lopes</i>	451
Criminalità e globalizzazione <i>Luigi Ferrajoli</i>	474
Punição dos crimes da ditadura: só “para inglês ver”? <i>Luiz Flávio Gomes</i>	484
Reflexiones sobre la "victimodogmatica" en la teoria del delito <i>Manuel Cancio Meliá</i>	492
Liberdade religiosa e uso de substâncias psicoativas <i>Marcela Polido Serra</i>	524
A emendatio libelli e sua equivocada interpretação: uma releitura do instituto à luz do contraditório e da ampla defesa <i>Mario Cesar Felippi Filho</i>	534
Práticas restaurativas penais. A importância de sua inserção no procedimento processual penal. <i>Natassia Medeiros Costa</i>	568
Prisão eletrônica: análise e reflexões <i>Neemias Moretti Prudente</i>	575
Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas <i>Pilar Gómez Pavón</i>	597
A ressocialização do recluso sobre o prisma da lei de execução penal n. 7.210/84 <i>Raimundo Nonato Nascimento Junior</i>	632
La imputación por omisión impropia en el art. 4 de ley 7492/86 <i>Raúl Cervini</i>	646

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Legalidade, igualdade, acesso à justiça e liberdade como princípios do estado constitucional e democrático de direito	
<i>Rogério Greco</i>	656
A privatização das prisões	
<i>Romulo de Andrade Moreira</i>	685
O erro de proibição e o moralismo da reprovação: a culpabilidade e a (in)devida identificação da legislação penal com a totalidade da cultura	
<i>Salah H. Khaled Jr. e Otávio Pontes Corrêa</i>	694
Organização criminosa e a formação do colegiado em 1ª instância nos atos decisórios. Uma Leitura conforme a Constituição de 1988.	
<i>Thiago M. Minagé</i>	710
Considerações sobre os pressupostos da prisão preventiva	
<i>Valdemir Pontes</i>	719
Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal	
<i>Vera Regina Pereira de Andrade</i>	731
DNA: a verdade científica nos crimes hediondos	
<i>Yuri Felix</i>	746

APRESENTAÇÃO

Com a vontade de atender os anseios dos estudiosos e curiosos pela área das ciências criminais é que surgiu a obra *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* no ano de 2013. No primeiro volume, a obra teve os estudos em homenagem ao professor Doutor Eugenio Raúl Zaffaroni.

Agora, este segundo volume vem homenagear um grande catedrático da Universidad de Buenos Aires, o professor doutor Edmundo S. Hendler. Para quem não conhece, o Dr. Edmundo S. Hendler, é juiz da Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico desde agosto de 1984, sendo o juiz mais antigo entre os integrantes deste tribunal e um dos magistrados que atua a mais tempo em um mesmo cargo em todo Poder Judiciário da Argentina.

Formado pela Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, é professor titular de Direito Penal e diversos dos grandes doutrinadores argentinos passaram por sua cátedra. Escreveu quase uma dezena de libros, especializando na matéria de juízo de jurados e o debate oral.

Edmundo Hendler tem sido um lutador incansável pela busca do conhecimento sobre os detalhes, segredos e verdades a respeito do que chamam de Direito Comparado, levando este direito a outro ponto, o de que o conhecimento jurídico não tenha fronteiras e que com ele, se converte em um conhecimento único, universal, do qual todos podemos aprender.

E o projeto que nasceu em 2013, cresceu. Em razão da grande aceitação da obra no mundo acadêmico, este segundo volume reuniu 50 estudos de diversos estudiosos das ciências criminais do Brasil e do Exterior.

Portanto, não poderia deixar de agradecer aqui a todos os autores que participaram desta obra. Devo também agradecer de forma especial ao Dr. Ignacio F. Tedesco, nosso querido “Nacho”, diretor da área de Direito Penal dos cursos para Doutorado da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, que sempre me incentivou na organização da obra e sempre um grande parceiro neste projeto. Deixo meus agradecimentos também ao Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman, diretor dos cursos para Doutorado da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, que com seus ensinamentos e seu amor pelo ensino, contagiou diversos alunos a realizar obras coletivas e possibilitou a apresentação destas obras na Facultad de Derecho da UBA.

Agradeço ainda a minha esposa Cidânia, minha filha Valentina e meu filho Felipe pela compreensão em entender o tempo que a organização desta obra tomou de mim.

E o projeto não acaba por aqui, mas sim, inicia-se ao fim desta obra o início do projeto para o volume 03, que com toda a certeza, reunirá outros mais estudos desta área tão maravilhosa que é a Ciência Criminal.

Agradecemos a todos aqueles que nos prestigiam com a leitura desta obra.

*Diego Augusto Bayer
Outono de 2016
Jaraguá do Sul, Santa Catarina, Brasil*

PRÓLOGO

Ignacio F. Tedesco

Doctor en derecho (Universidad de Barcelona).
Profesor regular del departamento de derecho penal y criminología
(Universidad de Buenos Aires).

Es un honor poder dedicar unas palabras de quien desde hace largo tiempo atrás se ha convertido en mi maestro. Si bien Edmundo mucho es lo que me ha enseñado, lo cierto es que más importante aún es la amistad que día a día me ha brindado. Escribir estas pocas palabras tiene como sentido acompañar a una gran cantidad de personas que a través de sus estudios, pensamientos e investigaciones expresan, entre todos, un pequeño homenaje, un recuerdo que represente el universo de su pensamiento.

Si uno tuviera que señalar algunos de los puntos principales que hacen a su obra, rápidamente vendrían a la mente temas tales como la participación ciudadana en la administración de Justicia, las herramientas de la antropología o del derecho penal comparado, los alcances de la delincuencia penal económica o, claro está, las palabras de ORTEGA y GASSET, entre tantos otros.

En este caso, se me ocurre recordar uno de los temas con los que comencé la presentación de la defensa de mi tesis doctoral, la que justamente llevé adelante gracias a su dirección. Me refiero a las palabras del sociólogo francés Georges GURVITCH en cuanto enseña, en su obra *La magia y el derecho*, que la magia forma un sistema bien articulado que aporta al conocimiento científico una racionalidad immanente, la que justamente debe ser aprovechada por nosotros los juristas. Una racionalidad que permite reforzar la creencia en el hombre, en el grupo, en sus propias fuerzas y energías. En otras palabras, esa racionalidad immanente y sobrenatural es la que permite la eclosión de la autonomía y de la actividad creadora propia de la humanidad.

Es que justamente Edmundo fue uno de los que me enseñó a buscar las respuestas a nuestras inquietudes dentro de la cuestión criminal más allá de las normas. De allí que buscar las respuestas a partir de las expresiones culturales, en la ficción, en el ritual mismo ha sido una vía por la que no podemos dejar de transitar. Y en este sentido, el ritual judicial es un ritual en el que tiene en su seno un acto que no es otro más que un acto mágico. En palabras de BEATTIE, “la magia es una actividad simbólica, no científica, en que los elementos que se emplean en ella se seleccionan porque son simbólicamente adecuados, y no porque se haya descubierto, mediante una cuidadosa experimentación, que poseen cierto tipo de efectividad causal. [...] Por lo tanto, la magia no sólo una manera de pensar acerca de las cosas; es también una manera de hacerlas”.

Distintos fueron los estudios que analizaron esta relación entre la magia y el derecho. Tres fueron los autores que se ocuparon en particular de esta vinculación en las sociedades arcaicas. Para James FRAZER la magia precedió históricamente a la religión, lo que explica la influencia que ésta recibió de la primera. De tal forma, todas las formas del derecho, sin distinción, tienen su origen en la magia. A partir de ésta se puede comprender el carácter místico de las creencias mágicas y con ello el carácter

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

colectivo y la integración en el conjunto de la vida social. Por su parte, Paul HUYELIN interpreta a la magia como una corrupción del poder religioso, llevado a cabo por los individuos, que conduce espontáneamente a limitar la influencia de la magia exclusivamente respecto del derecho individual. Posición que se le objeta el dejar de ver su relación para con los distintos grupos sociales. Por último, Marcel MAUSS estudió la influencia de la magia y de la religión sobre el espíritu mismo de determinadas formas del derecho, sobre la idea de la Justicia que la inspira, sobre la vinculación que ésta establece entre los sujetos, de una parte, y entre los sujetos y los objetos, por la otra parte. De allí que él analiza particularmente todo ello respecto al derecho contractual o al derecho de las obligaciones.

En definitiva, al igual que el enjuiciamiento penal, la magia es magia porque es esencialmente expresiva y simbólica, las personas que la practican piensan que es instrumental. Ésta es justamente una de las características de todo ritual judicial. En un sentido coincidente, Antoine GARAPON expresa que el grupo social, perturbado por el conflicto, encuentra que el ritual judicial, a través de su espectáculo y de la crueldad que en él se representa, es la reafirmación de la preeminencia del orden sobre el desorden, del Derecho sobre el caos, de la Justicia sobre la falta. Este ritual es entendido gracias al proceso de simbolización que se realiza. Así, la mutación de los intereses de la sociedad, de la forma brutal y psíquica del suplicio y de la muerte en la forma más intelectual y simbólica de la pena, debe ser comprendida como un efecto de la cultura. El ritual judicial, por ende, no es un hecho arcaico, sino todo lo contrario.

El propio DURKHEIM entendió al rito como un elemento de comunicación que cumple una función integradora de valores: la sociedad no es simplemente un conjunto de acciones, sino también una realidad moral que ejerce su influencia en las personas. Para él, los sentimientos sociales mantienen su fuerza y vitalidad por medio de prácticas rituales periódicas. Estos rituales marcan la vida social y proporcionan un marco de referencia específico para la expresión y la liberación de la emoción popular. Así, para el sociólogo francés, los rituales de la justicia penal (es decir, el juicio público, la determinación de una sentencia, y la ejecución del castigo) son la encarnación y representación formal de la conciencia colectiva al ser el mecanismo a través del cual la sociedad crea y regenera los valores compartidos que hacen posible la vida social.

Una idea similar se puede extraer del pensamiento de David GARLAND. Para él, los rituales son acontecimientos sociales muy específicos, al operar dentro de una comunidad de creencias compartidas, y así afirmar sus prácticas en las relaciones sociales, autoridades y tradiciones de esa comunidad. Ellos no sólo “expresan” emociones, sino que también las suscitan y organizan su contenido de forma tal que proporcionan una especie de teatro didáctico por medio del cual se enseña al espectador qué sentir, cómo reaccionar y cuáles sentimientos exhibir en esa situación. Así, los rituales son ceremonias que, mediante la manipulación de la emoción, despiertan compromisos de valor específicos en los participantes y en el público, y actúan como una especie de educación sentimental, por la que se genera una mentalidad y una sensibilidad definida. De esta manera, ese público considera a los juicios tanto mecanismos instrumentales que juzgarán al agresor individual, como la reafirmación simbólica del orden y la autoridad que le permitirá manejar los sentimientos de desorden e inseguridad que el crimen introduce en su existencia. Los rituales penales manipulan las formas simbólicas como un medio para educar y tranquilizar al público. En este sentido, es un ritual que se enmarca en el ámbito social.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En definitiva, por ritual corresponde entender un sistema codificado de prácticas, con ciertas condiciones de lugar y de tiempo, poseedor de un sentido vivido y un valor simbólico para sus actores y testigos, que implica la colaboración del cuerpo y una cierta relación con lo sagrado . En definitiva, se trata de un comportamiento simbólico que es repetitivo y está estandarizado socialmente. La participación de la sociedad en el juicio, sea como espectadores o como miembros del tribunal encargado de establecer un veredicto sobre el conflicto planteado, provoca que su realización tenga rasgos evidentes de teatralidad: el enjuiciamiento penal es una representación escénica que se desarrolla en el marco del sistema penal.

Es a través de estas palabras, como tantas otras, con las que Edmundo nunca me ha dejado de enseñar que el Derecho hay que mirarlo y buscarlo mucho más allá de sus normas. En el conjunto de trabajos que siguen, verán los lectores, que ese espíritu sigue presente.

O REGIME DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL SERIA UM PRIVILÉGIO? LEITURA CONSTITUCIONAL DO JOGO PROCESSUAL

Alexandre Moraes da Rosa

Doutor em Direito (UFPR). Professor Direito (UFSC e UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC).

INTRODUÇÃO

Discutir sobre nulidades no contexto do Processo Penal “no meio” da americanização decorrente da “Operação Lava Jato” é uma tarefa complexa. Isto porque a noção de processo como procedimento em contraditório, tendo como coração o “amor ao contraditório”, na linha de Fazzalari e Rui Cunha Martins, e a constitucionalização das coordenadas para leitura do Processo brasileiro, sempre tratou as normas processuais como direitos fundamentais. A importação das categorias advindas da experiência americana, bem assim das velha divergência entre liberais e sociais, moduladas em relativa e absoluta, ganhou um incremento. Assim é que apresentando a questão, na sequência, aborda-se uma nova visão do processo como jogo e as dificuldades daí inerentes.

1. Normas Processuais Penais: (in)disponíveis?

Afinal de contas as normas processuais são disponíveis? A resposta decorrente da tradição continental seria a de que as normas são Direitos Fundamentais que, por definição, não podem ser flexionadas pelo Estado e muito menos renunciadas pelos titulares. Não seria um direito disponível e, portanto, alienável, vendável, renunciável. A confusão retratada faz parte do contexto atual em que, diante de novas categorias, houve o rebaixamento da tradição do devido processo legal, agora negociável.

Entretanto, na tradição americana, para me circunscrever a ela, há o acometimento de direitos renunciáveis ao titular, dentre eles o Direito ao Processo e, por outro lado, padrões de atuação Estatal (*standard*) irrenunciáveis. João Gualberto Garcez Ramos explica: “Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode ‘viver’ sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de ‘desistibilidade’ (*waivability*).” Na hipótese de padrão: “estabelecem um *standard*, os princípios alicerçam o próprio sistema de justiça criminal. Com isso, o mandamento é absoluto; não pode ser afastado, porque constitui a estrutura do próprio sistema. Se for violado, configurar-se-á uma verdadeira e própria infração ao princípio *standard* do devido processo legal.”¹

A distinção entre normas “padrão” e “privilégios”, no campo das nulidades, tem sido interpretada de maneira utilitarista e pragmática, voltada às finalidades ditas maiores do

¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

processo, ou seja, a apuração de crimes. Supera-se, assim, o dilema entre liberais e sociais, para se regozijar com o processo como instrumento realizador de apuração de uma verdade que regride à real. Em nome das finalidades (apuração dos crimes), o processo penal democrático e suas nulidades, passam a ser um estorvo. Daí os riscos, interpretado pela via da *teoria dos jogos* e do *doping*².

2. Para uma noção de doping processual.

Grosso modo, *doping* é fraude, jogo sujo! Surgido no âmbito dos esportes o *doping* se constitui como problema privado e público³, especialmente nas competições, tanto assim que o Comitê Olímpico Internacional criou entidades para *combater* o fenômeno: *World Anti-Doping Agency* – WADA. A função básica seria a prevenção e repressão da fraude e da trapaça nas disputas, garantindo-se o *fair play* (jogo limpo) e se protegendo tanto os atletas como o próprio jogo.

No campo do processo penal entendido como jogo, pode-se invocar, quem sabe, a noção de *doping processual* para superar a teoria das nulidades. No Brasil, a teoria das nulidades do processo penal, com origem civilista, é caótica. Prevalece a discussão entre ausência de prejuízo, malversação das normas procedimentais, enfim, dilemas ideológicos travestidos de questões processuais, cuja superação é necessária⁴.

A legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei, do *fair play*. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes (sub-jogos) é condição de possibilidade à validade dos subsequentes. Logo, a mácula procedimental ocorrida no início do processo – partida – contamina os demais, os quais para sua validade precisam guardar referência com os anteriores. O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina. A decisão final, preparada pelo procedimento, em contraditório, também se constitui como parte desse, ou melhor, sua parte final, o julgamento do jogo processual.

A doutrina diferencia a *mera irregularidade* (sem violação do conteúdo do ato), da *inexistência* (por ausência de requisito de sua validade – alegações finais por não advogado ou sentença por não juiz), *nulidade relativa* e *nulidade absoluta*. Em relação a essa distinção, também com Lopes Jr, pode-se afirmar a insuficiência das categorias e, a partir do processo como procedimento em contraditório, bem assim da reserva de jurisdição, só há nulidade por decisão judicial. Entretanto, o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso⁵. Adota a compreensão mitológica

² MORAIS DA ROSA, Alexandre. A teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015. No texto aprofundo a questão dos jogos e sua possível aplicabilidade ao processo penal brasileiro.

³ Dentre as diversas obras, vale indicar ROXIN, Claus; GRECO, Luis; LEITE, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011, bem assim as obras de Leonardo Schmitt de Bem, dentre elas: *Intervenção penal no doping desportivo*. In: APPROBATO, Machado. *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: 2010.

⁴ FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: DePlácido, 2013.

⁵ PAULA, Leonardo Costa. *As nulidades no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013; BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; LOPES JR, Aury. *Direito*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

da verdade substancial (CPP, art. 566), possui dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas nullité sans grief* (CPP, art. 563). Assim é que, superada a distinção arbitrária e sem sentido, todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial serão declaradas nulas⁶, manejando-se a noção de *doping*.

Para fim exemplificativo, ainda que o art. 212 do CPP exclua o juiz da gestão da prova, ou seja, descabe o papel de jogador (art. 212. *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*), parte significativa dos julgadores permanece atrelada ao modelo presidencialista e inquisidor. A atual redação não deixa dúvida acerca do papel do juiz no desenrolar da colheita da prova testemunhal, colocando-o no papel de mero espectador, sendo atribuída aos jogadores a formulação direta das perguntas à testemunha (nos moldes do cross-examination norte-americano ou do esame incrociato⁷ italiano). Tal mudança, pois, é decorrente da busca de adequação da norma processual penal à Constituição da República, eis que, ao abandonar o modelo presidencialista de condução da colheita da prova testemunhal, situa o magistrado no lugar de garantidor da forma da informação oral. Na estratégia processual a tática das perguntas é dos jogadores, inclusive quando se pretende inserir a dúvida⁸. Daí que não há sentido sequer na possível alegação da produção em favor da defesa, uma vez que o esclarecimento só acontece no caso de dúvida e, por evidente, a dúvida absolve (CPP, art. 386, VII). Até mesmo porque, a Teoria do Prejuízo (*pas nullité sans grief* encampada pelo CPP, art. 563) como hoje posta, encontra-se ultrapassada (neste sentido também Lopes Jr., Tovo Loureiro⁹, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁰, dentre outros), e a desconsideração do lugar de julgador é a manifestação inequívoca de dano ao *fair play*, porquanto a condução do processo por juiz imparcial e equidistante restou atingida.

Daí que se pode entender a função da noção de *doping* no contexto processual. Especificamente no campo normativo, o Estatuto do Torcedor (Lei n. 12.299/10) prevê o art. 41-E: “Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado da competição esportiva”. Talvez se possa aproveitar essa disposição

Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal: São Paulo: Atlas, 2013.

⁶ SOUZA, Alexander Araujo de. O Abuso do Direito no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007; DAMATTA, Roberto. Camavais, malandros e heróis. Rio de Janeiro: Rocoo, 1997; BARBOSA, Livia. O jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

⁷ TONINI, Paolo. Lineamenti di Diritto Processuale Penale. Milano: Giuffrè, 2008. p. 133.

⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. O Interrogatório de testemunhas. Coimbra: Almedina 2007.

⁹ LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades & Limitação do Poder de Punir..., p. 93-100: "Ainda que se aceite a distinção entre nulidades relativas e absolutas na qual se apoiam os autores e da qual não se compartilha, cumpre apontar uma vulnerabilidade deste entendimento. Os autores realizam uma abertura conceitual excessiva no limite entre os casos em que é necessário demonstrar o prejuízo, pois apenas atrela-se a necessidade demonstração do prejuízo ao fato de constituir a hipótese uma *nulidade relativa*. A falha deste raciocínio é que não há previsão explícita de quais atributos a violação deve possuir para que seja digna de nulidade absoluta

¹⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro in Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001. p. 44.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para mostrar que o devido processo legal substancial deve ser levado a sério. Para tanto, resta evidente que a questão das autolesões permanece impunível, dado o consentimento válido, o sujeito não pode invocar nulidade a que deu causa. Logo, *Autodoping* se vincula às escolhas táticas dos jogadores processuais, ou seja, a escolha por não apresentar uma prova, deixar de formular alguma pergunta, etc. Já o *Heterodoping*, todavia, significa a inclusão de aspectos externos, como a corrupção, a coação de testemunhas, omissões de provas, utilização de ilícitas, de sistemas não acessíveis ao jogador adverso, enfim, para além das jogadas lícitas.

No caso da acusação pública, via Ministério Público, diante dos princípios democráticos da atividade, não se pode aceitar o *autodoping*, como por exemplo, a exclusão de prova favorável à defesa, a manipulação da investigação, perguntas sugestionáveis, realização de reconhecimento sem linha de suspeitos, proporcionalidade em favor do Estado, utilização de argumentos para torcida.

Assim é que, se no jogo precisa-se de juiz para garantir as normas do próprio jogo, a noção de *doping* pode ser útil para se pensar a superação da teoria das nulidades prevalecente, apontando que a fraude é novo conceito, não mais em hipóteses expressas, mas para se entender o *autodoping* e o *heterodoping*, os quais, em situação de violação do devido processo legal substancial, podem gerar a violação do *fair play* (denúncias genéricas, utilização de declarações do inquérito policial e não renovadas, provas ilícitas, encontro fortuito, etc.). A teoria das nulidades, articulada pelo senso comum teórico, não consegue entender que o desenrolar do jogo processual prevalece sobre o resultado. Mesmo com uma vitória processual, no fundo, o que há é fraude. Daí que aponta-se a metáfora do *doping* como novo significante a ser, quem sabe, aprofundado e empregado na compreensão democrática de devido processo legal substancial, lido conforme a Teoria dos Jogos e *fair play*. Precisamos superar os juristas fixados no complexo de Lance Armstrong, os quais podem até ganhar¹¹ e fazer boas ações (lembramos da fundação para tratamento do câncer), não fosse a vitória um engodo. Se ganham fraudando, cabe a lembrança de que quem fraude aceita que o outro fraude e mais: joga sujo sempre, ainda que com boas intenções. Por isso nos lembra Agostinho Ramalho Marques Neto: “*quem nos salva da bondade dos bons?*”

3. Nulidade só quando o jogador reconhece? E se for privilégio?

A nulidade não é uma sanção, nos diz Robles¹², justamente porque o efeito convencional da regra procedimental do *fair play* exclui do âmbito dos efeitos válidos o ato realizado em desconformidade com a regra do jogo. Entretanto, o crucial para que isso ocorra é a *declaração de nulidade*. Sem ela o que se produziu em desconformidade com as regras do jogo, por omissão do juiz condutor do feito, passa a gerar efeitos. O exemplo clássico, no futebol, é o gol de mão de Maradona na Copa do Mundo de 1986, já que ainda que fora das regras do futebol – não vale gol de mão – foi validado. Assim

¹¹ Na Europa o ciclismo movimenta as massas e o *Tour de France* é acompanhado ao vivo pela mídia. De 1999 em diante sagrou-se campeão por sete vezes – por equipe e no individual. Estava lançada a sorte – e a marca – de um grande desportista, não fossem as vitórias maculadas pela utilização de EPO – eritropoietina –, droga que aumenta a produção de eritrócitos (glóbulos vermelhos do sangue) e melhora a eficiência aeróbica. Armstrong ganhou várias competições até 2012. E a casa caiu.

¹² ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 182.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

é que ganha relevo a existência de juízes cientes do seu papel de garantidores das regras do jogo. Sem o ato declarativo da exclusão, os efeitos das jogadas ilícitas permanecem no ambiente do jogo e geram efeitos. Como a nulidade somente pode acontecer *ex post* ao ato, o critério da decisão deve ser um só: na sua constituição o ato atendeu as regras do jogo processual? Com a resposta negativa o ato deve ser declarado nulo.

O cumprimento da regra de ação pode se dar dentro ou fora dos limites da regra do jogo processual. O descumprimento da regra processual implica na ausência de requisito de validade e, por via de consequência, da não produção do efeito a que se destinava. Não se trata da análise posterior da sua valoração de conteúdo. Na formação da jogada houve descumprimento de regra constitutiva. Assim é que se as regras procedimentais da formação válida da ação dos jogadores ou do julgador não são obedecidas a ação é um nada jurídico e, portanto, descabe discutir a ausência de prejuízo. A noção de prejuízo somente se sustenta para validação de ações processuais ilegais, como se pudesse validar os efeitos das ações realizadas com jogo sujo. Os efeitos das jogadas ilegais, não encontram respaldo democrático justamente porque seu processo de formação está viciado pelo descumprimento das formas legais e, com isso, pode ser algo no mundo da vida processual, mas de nenhuma qualificação jurídica válida.

A teoria da ausência de prejuízo (CPP, art. 593) prende-se a uma noção civilista de aproveitamento de atos incompatível com o processo como garantia do acusado em face do Poder Estatal. Em última instância significa que o Estado estabelece por lei as regras do procedimento, há descumprimento, mas em nome do resultado, especialmente no caso de provas ilícitas, o juiz se demite do seu papel de garante das próprias regras, validando os efeitos do ato nulo. Portanto, não pode ser vista como uma sanção ao jogador, mas sim como uma falta que retira os efeitos das consequências do ato em desconformidade com as regras do procedimento. Se as regras do jogo podem ser desconsideradas em nome do resultado, qual o sentido delas? Nenhum. Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante, no ato irregular, por saber que os efeitos podem seduzir o julgador, não se pode mais falar, nem mesmo, de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz comprado. Em uma afirmação: o juiz só apita para um lado e, portanto, inexistente jogada fora da lei.

Do ponto de vista das táticas, muitas vezes, mesmo com jogo sujo, *doping*, se o juiz não reconhecer, os efeitos da ação permanecem. Daí muitos arriscarem blefes, trunfos. O mais interessante é que o jogo sujo continua a ser jogo até que o juiz declare a nulidade. Então correr os riscos de não ser reconhecido o jogo sujo pode ser uma das táticas dos jogadores. Até porque pela ausência de prejuízo, criou-se a lei da *vantagem* no processo penal, não fosse ela incompatível com o devido processo legal substancial.

Além disso, consoante delineado na pergunta inicial, a discussão do doping flexível ou mesmo a tolerância ao doping se potencializa quando se compreendem as normas processuais como privilégios e, portanto, disponíveis, vinculadas ao resultado do processo diverso da garantia do acusado. Invertendo-se as premissas e diante da nova categoria em que as normas processuais se dissipam no ar, o regime de nulidade passa a ser uma promessa vazia, retoricamente manipulável. Eis o dilema atual.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

REFERENCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das Nulidades Processuais*: Interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: DePlácido, 2013.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro *in Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal*. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. *O Interrogatório de testemunhas*. Coimbra: Almedina 2007.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- PAULA, Leonardo Costa. *As nulidades no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.
- ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.
- SOUZA, Alexander Araujo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

CRIME DE RESPONSABILIDADE

Ana Flávia Messa

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Doutoranda pela Universidade de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da *International Studies on Law and Education*. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade do Agente Político. 1.1. Responsabilidade. 1.2. Responsabilidade Política. 1.3. Fundamentos da Responsabilidade Política. 1.3.1. Princípio Democrático. 1.3.2. Princípio Republicano. 2. Crime de Responsabilidade. 2.1. Conceito de Crime de Responsabilidade. 2.2. Natureza Jurídica. 2.3. Elementos. 2.4. Fundamentos. 2.4.1. Separação de Poderes. 2.4.2. Princípio Federativo. 2.4.3. Princípio do Acesso à Justiça. 2.4.4. Princípio da Publicidade. 2.4.5. Princípio do Juiz Natural. 2.4.6. Princípio da Supremacia Constitucional. 2.4.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

1. Responsabilidade do Agente Político

1.1. Responsabilidade¹

O vocábulo responsabilidade vem do latim *respondere*, que significa o dever de fazer ou cumprir alguma coisa em virtude de um contrato ou da norma jurídica. É a obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito².

Os estudiosos dizem que o referido vocábulo significa também arcar com os prejuízos causados de um ilícito ou fato danoso, para recompor não só a situação do eventual prejudicado, mas também a harmonia social³.

Numa análise comparativa das duas versões sobre o vocábulo responsabilidade, conclui-se que a expressão em comento compreende a ideia de **obediência à norma**, no sentido da necessidade da observância do estabelecido em norma ou contrato⁴, e o **compromisso de restabelecimento da ordem violada** consubstanciado na reparação dos prejuízos causados com o descumprimento de normas jurídicas.

¹ “*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*”. (artigo XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

² SIDOU, J.M.Othon. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

³ “Responsabilidade é o dever jurídico de responder por atos que impliquem dano a terceiro ou violação das normas jurídicas. Imposição legal de reparar o dano causado.” (SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997).

⁴ “O que é nuclear, tratando-se da responsabilidade, é a perquirição do dever da pessoa humana, dever esse não cumprido ou insuficientemente cumprido, segundo a descrição insita nos contornos da norma.” (CASTRO, José Nilo. *A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-lei nº 201/67*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

1.2. Responsabilidade Política⁵

A Responsabilidade Política pressupõe a **existência da Representação Política**, ou seja, a escolha de pessoas por meio de eleição periódicas que tomem decisões em nome do bem comum. A eleição no sistema representativo pressupõe o compromisso do eleito perante todo o povo (responsabilidade difusa⁶)

A Responsabilidade Política exige **liberdade de atuação discricionária no exercício do mandato**⁷. Na Representação Política a conduta do agente político é realizada com base em parâmetros constitucionais e legais que especificam as diretrizes para um legítimo sistema governamental.

A existência de critérios jurídicos norteadores de boa conduta dos negócios públicos para a realização de atos e atividades faz com que fique afastada a total liberdade na sua realização, de forma que se o agente político não adotar uma conduta lúdima e regular, estará sujeito à responsabilização devida⁸. Conforme acentua Maria Lúcia Amaral⁹:

Visto que o eleito não recebe, do eleitor, nenhuma instrução precisa quanto ao modo de exercício do seu mandato.... a forma de cumprimento das suas funções de representação depende exclusivamente da consciência que ele próprio tiver quanto ao melhor critério de realização do interesse colectivo....O bem que ele defende e “representa” é exclusivamente o global ou político – o único que justifica a liberdade do modo de exercício do seu mandato.

A Responsabilidade Política exige a **prestação de contas** do Governo perante o povo, no sentido de esclarecimento claro e preciso, com total transparência na gestão da coisa pública (*accountability*).

A Responsabilidade Política exige uma **fiscalização do povo**, titular do poder em relação às atividades exercidas pelos agentes políticos, no sentido não apenas de contenção do poder, mas de apuração das irregularidades e punição de atos de corrupção, em consonância com a Constituição e as leis, garantindo as liberdades públicas e evitando o arbítrio estatal.

⁵ A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais a configuração mesma da ideia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos - os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular - são igualmente responsáveis perante a lei. – ADIN 1023 RO/STF.

⁶ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milão, 1967.

⁷ “o poder político é uma condição necessária da responsabilidade política ou, antes, da feição política dessa responsabilidade. A função da responsabilidade política não é precisamente eliminar o poder político mas conduzir à sua utilização controlada” (LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008).

⁸ “a representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus actos e actividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por acto destes”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007).

⁹ AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A Responsabilização¹⁰ dos Governantes¹¹ na República¹² ocorrerá quando o Representante Político, Gestor da Coisa Pública não agir de acordo com a Constituição e as Leis, lesando o povo, em cujo nome o poder é exercido, quebrando a ligação entre o eleitor e o eleito, já que em nosso Estado Democrático de Direito e Social, o Representante político atua dentro dos limites jurídicos, buscando conciliar moralidade e justiça, em proteção da cidadania e da crença popular na integridade e legitimidade dos agentes políticos¹³.

No exercício do poder é elementar a responsabilização do governante¹⁴, no sentido de manter sua condição de servidor do bem público, baseando-se no respeito às leis, na dignidade da pessoa humana, no bem-estar e na segurança do povo, para que, em última análise seja amparado o direito do povo a um governo probo e honesto, como uma espécie de “cavaleiro cruzado¹⁵” da legalidade e moralidade pública, sob pena de agressão à representação popular.

A Responsabilidade Política é atribuída ao agente político quando praticar ato tipificado como **Crime de Responsabilidade**¹⁶, ou seja, abusos cometidos no exercício funcional consistentes em atos transgressores da ordem jurídica, cuja sanção aplicável será a perda do mandato ou do cargo, e, também a inabilitação para o exercício da função pública¹⁷, em prejuízo da soberania popular, princípio fundamental da ordem social e do ordenamento jurídico.¹⁸

¹⁰ “...a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro”. (STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

¹¹ “Todo aquele que exerce uma parcela de autoridade, ainda que mínima, deve estar sujeito a responsabilização. O poder exercido sem limitações acerca-se de tirania, despotismo, do arbitrio.” (GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Crimes de Responsabilidade: Impeachment*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992).

¹² “Falar em República, pois, é falar em responsabilidade. A noção de República caminha de braços dados com a ideia de que todas as autoridades, por não estarem nem acima, nem fora do Direito, são responsáveis pelos danos a que derem causa, podendo, por conseguinte, ser compelidas a ressarcir-los.” (CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012).

¹³ “A função política é uma actividade comandada pelo interesse geral e que se desenvolve para assegurar a unidade e a coesão nacionais, definir os ideais colectivos, escolher os objectivos concretos a prosseguir em cada época e os meios mais idôneos para alcançar, manter o equilíbrio constitucional das tensões políticas e das forças sociais, garantir a segurança do Estado e defender os interesses nacionais na ordem externa.” (CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Portugal: Editora Almedina, 2010).

¹⁴ “[1º) o representante tem de querer com o povo, ou como o povo, e nunca em nome próprio, como em causa própria; 2º) as atribuições dos governantes são as instruções do povo em leis ou costumes, ou tudo o que estiver implícito na finalidade do encargo; 3º) com a eleição de governantes, o povo não aliena o direito de os chamar a contas, e responsabilizá-los pelo que tenham feito, ou deixado de fazer; 4º) o governante é autodeterminante na técnica com que desempenhe seu mandato”. (SAMPAIO DÓRIA, Antônio. *Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1962).

¹⁵ BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1942.

¹⁶ É importante ressaltar que, embora o STF tenha manifestado posição de que Crimes de Responsabilidade são infrações penais, no presente trabalho sustentamos que são infrações político-administrativas.

¹⁷ “O afastamento...é uma medida de ordem política, já que, atentando contra o boa marcha dos negócios públicos, desmerece continuar no exercício.” (FÓLEGO, Eliseu. *Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos*. Espírito Santo: Livraria Jurídica, José Bushatsky, 2000).

¹⁸ “Todo aquele que recebe um mandato, um poder para realizar alguma coisa, deve ficar sujeito a uma fiscalização e deve ficar sujeito à responsabilidade, caso se desvie do caminho que lhe foi imposto...É preciso considerar que quem está sendo julgado é um mandatário, é um homem que recebeu a confiança do povo para desempenhar um mandato” - DALLARI, Adilson de Abreu. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*, in RDP 39-40, pág. 250/261.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A Responsabilidade Política pressupõe um processo de acusação formal em que o agente político, uma vez comprovada sua participação na prática do Crime de Responsabilidade no exercício de suas atividades, pode perder o cargo e ser inabilitado de suas funções¹⁹. “*Justifica-se o processo, para impedir que o mau administrador volte a prejudicar o país quando lhe aprouver.*”²⁰

1.3. Fundamentos da Responsabilidade Política

1.3.1. Princípio Democrático

A democracia como regime político objetivado pela maioria dos Estados contemporâneos, passou por um processo de constante reformulação ao longo da história do pensamento filosófico e político, sendo possível ressaltar as seguintes características básicas:

a) Dimensão Axiológica: a democracia se prende a um conjunto de valores, princípios e referências inerentes ao regime de governo que provém do povo e que visa o interesse geral. Os valores²¹ são escolhidos pelo legislador que, por sua vez, leva em conta as necessidades sociais e individuais extraídas da convivência em condições de dignidade e, variáveis no tempo e no espaço. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho²² são três valores inspiradores da democracia: a liberdade, a igualdade e a ordem;

b) Dimensão dialógica: a democracia está legitimada pelo consentimento dos cidadãos, apoio, tolerância e aceitação da Constituição e das leis pela população em geral;

c) Dimensão substancial: a democracia efetiva-se pelo respeito aos direitos fundamentais;

d) Dimensão instrumental: é concretizada não apenas através da participação popular na tomada das decisões políticas, seja de forma direta, seja de forma indireta, mas da existência de instrumentos de prevenção e repressão na condução do processo político em prol do bem comum, dentro do contexto de limitação do poder e acesso à justiça;

e) Dimensão funcional: através da existência de sistema eleitoral partidário

Na dimensão instrumental da democracia, destaca-se a representatividade política legitimada pelo respeito da vontade popular, na busca do bem comum e na efetivação dos direitos fundamentais.

A representação política calcada na ideia de segurança e justiça exige por parte do representante político, a responsabilidade política, o compromisso de defender, conservar e aprimorar os interesses dos representados.

¹⁹ “...o objetivo da cassação do mandato não é exatamente o de punir o indivíduo investido do cargo de Presidente, mas fundamentalmente de proteger a Nação de uma grave ameaça ou de traição do agente público que abusa do poder ou subverte a Constituição.” (TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 2000).

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1.

²¹ “... os valores são princípios da esfera ética real. São forças determinantes da conduta humana num sentido criador.” (NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997).

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O representante político defende e protege o interesse do povo, não só fixando diretrizes de organização política e da vida em comunidade como também compatibilizando liberdade e autoridade, através da efetivação das condições mínimas de existência humana digna.

As decisões políticas devem refletir a vontade popular, força fundante do próprio Estado, sob pena de configurar o mau uso do poder, combatido por todos os povos civilizados e de forma enérgica no pensamento Rousseniano.

O poder político entregue nas mãos do representante político não fica sob seu livre arbítrio, mas sujeita-se: a) à limitações da ordem jurídica; b) à vontade do verdadeiro soberano, que é o povo; c) à capacidade de cumprir programas e políticas públicas com segurança e justiça; d) à articulação harmoniosa entre partidos políticos e grupos sociais; e) ao equilíbrio e coordenação na atuação dos poderes.

1.3.2. Princípio Republicano

Um das características essenciais ou elementares do Regime Republicano é a possibilidade de responsabilizar²³ os governantes pelo exercício no poder ou sua orientação política, já que os mandatários do povo assumem para com a coletividade o compromisso de bem servi-la para realizar o bem comum²⁴.

Na República²⁵, a responsabilidade²⁶ é caracterizada como um **princípio fundamental, uma garantia** do membro do povo de exigir uma atuação governamental compatível com a lisura e o decoro, **um meio de fiscalização**²⁷ da conduta funcional dos agentes políticos com base em parâmetros constitucionais e legais que especificam as diretrizes para um coerente e harmônico sistema governamental e **um compromisso** do administrador público de realizar um governo probo e honesto.

2. Crime de Responsabilidade

²³ "... os agentes políticos... não são isentos de responsabilidade, elementar ao sistema republicano, que é fundamentado na igualdade entre as pessoas, e preconiza que toda pessoa governa por força de uma outorga dos governados, dos iguais. Assim, havendo infidelidade, ao mandato recebido, pode ser responsabilizado e sujeitar-se a sanções." (RUTHER, Soraia de Oliveira. *A responsabilidade dos agentes públicos e a lei de crimes contra as finanças públicas: uma abordagem analítica*. Revista Tribunal de Contas do Estado da Bahia, v. 15, n.18).

²⁴ Há na doutrina dois posicionamentos a respeito do estudo da finalidade do Estado. O primeiro posicionamento sustenta que a finalidade do Estado não é elemento formador do Estado – (KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México: Editora Nacional, 1950). O segundo posicionamento sustenta que a finalidade do Estado é elemento formador do Estado – (GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962).

²⁵ "A República é a forma responsável de governar eficaz e eficientemente com todos e para todos os cidadãos que são titulares da cidade e os autores da definição dos interesses que é necessário buscar atingir." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996).

²⁶ "A irresponsabilidade atrita abertamente com o regime republicano. Cada governante deve ser mantido em suas funções enquanto bem servir. Se servir mal deve ser responsabilizado, nos termos da lei." (CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012).

²⁷ A possibilidade de contribuir para a vida pública da comunidade política através da participação é elemento constitutivo da cidadania (NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007).

2.1. Conceito de Crime de Responsabilidade

Num sentido amplo, são ilícitos jurídicos que, quando praticados, causam desordem social, devendo o infrator reparar os danos causados, de forma a fazer cumprir as normas jurídicas de um país. São fatos que abalam a vida em sociedade, causando desordem social.

No sentido jurídico, os Crimes de Responsabilidade são infrações político-administrativas, consistentes em condutas politicamente indesejáveis e violadoras da Constituição, definidas em lei, cometidas por agentes políticos no desempenho de seu mandato, que atentem contra valores político-administrativos (são escolhidos pelo legislador que, por sua vez, leva em conta as necessidades sociais e individuais extraídas da convivência, em condições de dignidade; de forma objetiva e basilar, tais valores são os parâmetros jurídico-constitucionais do comportamento governamental consagrados na Constituição Federal), submetidos a um julgamento feito por órgão político ou legislativo e sujeito às sanções impostas na lei e de natureza política com a perda do cargo e a inabilitação do exercício da função pública por um tempo determinado.

Cabe ressaltar, é possível haver mais de uma sanção aplicada ao mesmo fato, quando a falta for prevista, ao mesmo tempo, como infração penal e infração política.

A prática do Crime de Responsabilidade enseja responsabilização do agente político através da existência de um processo adequado e justo, denominado de processo de *impeachment*, com observância da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, em homenagem ao devido processo legal, forma direta de repelir a onipotência e arbitrariedade.

O Crime de Responsabilidade pode ser analisado nos seguintes aspectos:

a) Aspecto Formal: leva-se em conta dois aspectos: a) contradição do fato com a Constituição e as leis, de maneira que pode ser definido como o fato humano, de natureza comissiva ou omissiva, contrário à Constituição e às leis; b) a definição dada pelo legislador: no Brasil não existe definição legal; a Constituição e as leis, apenas enumeram as hipóteses legais de Crimes de Responsabilidade;

b) Aspecto Material: são fatos humanos que lesam ou expõem a perigo valores político-administrativos, além de ser atentado ou fraude à Constituição;

c) Aspecto Analítico: na sua estrutura podemos incluir: a) tipicidade: a conduta do agente político tem que estar prevista na lei como Crime de Responsabilidade; b) ilicitude: a conduta do agente político deve ser contrária ao ordenamento jurídico, no sentido de lesar ou expor a perigo os valores político-administrativos;

d) Aspecto Normativo: no Direito Brasileiro, os Crimes de Responsabilidade estão previstos no artigo 85 da Constituição Federal, no capítulo Poder Executivo e, no artigo 55, no capítulo do Poder Legislativo (há divergência a respeito do reconhecimento dos Crimes de Responsabilidade dos Parlamentares, como veremos adiante).

No parágrafo único do artigo 85 da CF, há a previsão de que os Crimes de Responsabilidade serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Na classificação de José Afonso da Silva²⁸, trata-se de norma

²⁸ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

constitucional de eficácia limitada, pois apresenta aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando da atuação do legislador infraconstitucional para sua eficácia possa se produzir.

O primeiro diploma legal a definir os Crimes de Responsabilidade, trazendo em seu bojo além da especificação das condutas reprováveis, o procedimento da responsabilidade foi a Lei nº 15 de outubro de 1827, dispondo sobre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado, e dos Conselheiros de Estado.

Com o advento da Constituição de 1891, surgiu a necessidade de lei especial para definição dos Crimes de Responsabilidade, bem como para o regulamento da sua acusação e de seu processo e julgamento. A necessidade de regulamentação por lei especial foi reproduzida nos textos das Constituições de 1946, 1967 e 1969.

A exigência de lei especial prevista no texto da Constituição de 1891, deu origem ao surgimento de duas normas: a) o Decreto nº 30, de janeiro de 1892, que especificou os Crimes de Responsabilidade; b) o Decreto nº 27, de janeiro de 1892, que regulou o processo e julgamento dos Crimes de Responsabilidade. Ambos os Decretos editados à época da Constituição de 1891, foram mantidos até a entrada em vigor da lei nº 1079/50.

A lei nº 1079/50, editada sob a égide da Constituição de 1946, além de estabelecer normas de processo e julgamento, definiu os Crimes de Responsabilidade.

2.2. Natureza Jurídica

Há uma série discussão doutrinária a respeito do significado da expressão “Crime de Responsabilidade, empregada na legislação brasileira, porque equívoca e ensejadora de generalizações absolutamente indevidas, surgindo os seguintes posicionamentos:

a) Corrente penalista: sustenta que a expressão “Crime de Responsabilidade” é o mesmo que infração penal, ou seja, fato que viola lei penal, lesando ou expondo a perigo um bem jurídico e, sujeito à sanções de natureza criminal. Nesta corrente, há autores que especificam a infração penal, afirmando ser do tipo crime funcional ou *delicta in officio*, ou seja, fato que viola a norma penal praticado por ocupantes de cargo, emprego ou função pública, no exercício funcional. Os adeptos desta corrente adotam para as infrações político-administrativas outras terminologias, como infrações de responsabilidade política ou infrações de responsabilidade;

b) Corrente política: sustenta que “Crime de Responsabilidade” é infração político-administrativa, sujeita às sanções de natureza política;

c) Corrente Mista: sustenta que a expressão “Crime de Responsabilidade” possui dois sentidos: a) amplo: é fato violador do dever de cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política; neste sentido, a expressão “Crime de Responsabilidade” abrange a idéia de infração penal e infração político-administrativa; b) restrito: é infração político-administrativa. É de anotar-se que os partidários desta corrente, costuma declarar que há o Crime de Responsabilidade próprio (infração penal) e o impróprio (infração político-administrativa);

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

d) Corrente intermediária: sustenta que Crime de Responsabilidade que atentar contra a existência da União ou o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação ou o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais ou a segurança interna do País, tem natureza de infração político-administrativa; porém, se atentar contra a probidade na administração ou a lei orçamentária ou o cumprimento das leis e das decisões judiciais, terá natureza de crime funcional.

Dentre os diversos posicionamentos, o mais coerente é o que considera Crime de Responsabilidade, uma infração político-administrativa, pelos seguintes motivos:

a) Razão histórico-tradicional: o sentido empregado de ilícito político-administrativo é empregado nas Constituições, desde a primeira Constituição Republicana, que inseriu em seu texto os Crimes de Responsabilidade do Presidente da República;

b) Razão consequencial: os Crimes de Responsabilidade são fatos sujeitos às sanções políticas como a perda do mandato e a inabilitação do exercício da função pública por um tempo específico. O próprio Supremo Tribunal Federal manifestou posição favorável de que a sanção resultante do “impeachment” é - sanção política (HC 42108/PR).

c) Razão procedimental: o processo de apuração e julgamento dos Crimes de Responsabilidade é de natureza político-administrativa, pois está submetido a uma jurisdição política, ou seja, o procedimento é dirigido por um órgão político, qual seja o Legislativo²⁹; os interesses envolvidos na apuração e julgamento são políticos, pois o objetivo é tirar do cargo agentes políticos que afrontam a Constituição e as leis, em total desrespeito à segurança jurídica da Nação, por um julgamento baseado em critérios políticos de conveniência; a parte envolvida no pólo passivo é agente político e, os equiparados pela legislação; o Judiciário não pode rever o mérito da decisão legislativa a respeito do Crime de Responsabilidade e o objeto é um mandato, direito da coletividade outorgante;

d) Razão valorativa: os Crimes de Responsabilidade são infrações que ofendem valores político-administrativos consagrados na ordem jurídica;

e) Razão ativa: os Crimes de Responsabilidade só podem ser praticados por agentes políticos, que devem atuar sob a lei e a Constituição, para o resguardo da integridade governamental e a efetivação do direito do povo a uma administração honesta, eficiente, regular e adaptada à realidade social³⁰.

2.3. Elementos

A configuração do Crime de Responsabilidade exige a presença dos seguintes elementos:

²⁹ “O Crime de Responsabilidade representa uma traição ao mandato outorgado com vitória nas urnas”.

(Ricardo Antonio Lucas Camargo, “A configuração dos crimes de responsabilidade em face do instituto do planejamento”, in Revista da Procuradoria Geral da República n.9 – jul/dez 1996, página 168).

³⁰ JÚNIOR, Waldo Fazzio & ROSA, Márcio Fernando Elias & FILHO, Marino Pazzagli. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- a) Elemento Pessoal:** a pessoa que pode praticar Crime de Responsabilidade é o agente político, titular de cargo que compõe a estrutura fundamental do Estado;
- b) Elemento Funcional:** o agente deve praticar o Crime de Responsabilidade no exercício do cargo, devendo existir, portanto, o nexo causal entre a conduta política ilícita, consubstanciada na exorbitância dos limites legais e morais da normalidade funcional e no desvio das finalidades públicas, com a função exercida;
- c) Elemento Material:** O Crime de Responsabilidade é um atentado à Constituição;
- d) Elemento Consequencial:** o agente que praticar Crime de Responsabilidade sofrerá sanções políticas, quais sejam, a perda do mandato e inabilitação do exercício funcional por tempo determinado;
- e) Elemento Objetivo:** o objeto pode ser um mandato eletivo ou a função administrativa exercida por agente político;
- f) Elemento Orgânico:** é necessário um órgão político para processo e julgamento, que pode ter na sua composição membros do Judiciário.

2.4. Fundamentos

2.4.1. Princípio da Separação de Poderes

A harmonia entre os Poderes é concretizada pela existência de mecanismos de vigilância e correção que um poder exerce sobre a conduta funcional do outro. Dentre os mecanismos, destaca-se o parlamentar, justificável no exercício da fiscalização e investigação sobre os Crimes de Responsabilidade, pois além do julgamento destas infrações ser feito pelo Poder Legislativo, o Parlamento tem como função institucional e essencial a fiscalização político-administrativa, em que se verifica a compatibilidade da gestão da coisa pública com as exigências da lei e do interesse público.

O controle parlamentar consubstanciado na investigação, processo e julgamento dos Crimes de Responsabilidade pelo Legislativo, representa equilíbrio entre os Poderes, uma recíproca cooperação institucional, crítica dos atos políticos e defesa do interesse coletivo.

No controle parlamentar não há invasão do Legislativo nos outros Poderes, pois nos regimes democráticos, o povo delega aos mandatários no Parlamento, não só poderes de legislação, mas de fiscalização para assegurar um Governo probo e eficiente e, atingir a visibilidade e transparência do poder estatal. Montesquieu, já dizia: “é necessário que o poder detenha o poder”. Como observa Luiz Carlos do S. Gonçalves³¹: “Não se trata de atividade invasiva das atribuições dos outros poderes, mesmo quando estritamente investigativa, mas de prerrogativa ancianamente inerente à instituição parlamentar”.

2.4.2. Princípio Federativo

³¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Os Crimes de Responsabilidades como atentados à Constituição representam uma ameaça ao equilíbrio federativo, pois a base jurídica do Estado Federal é a Constituição.

A manutenção da existência e unidade da Federação depende da concretização de mecanismos, cujo conjunto forma um sistema eficiente de defesa e preservação indispensável e vital para a ordem jurídica, quais sejam: a) intervenção; b) controle de constitucionalidade; c) responsabilização das autoridades políticas.

Além de afetar a normalidade federativa, os Crimes de Responsabilidade devem ser investigados, processados e julgados pelos respectivos Legislativos, em respeito ao princípio da isonomia das pessoas políticas.

2.4.3. Princípio do Acesso à Justiça

O julgamento dos Crimes de Responsabilidade pelo Legislativo pode ser questionado no Judiciário, quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da CF.

No entanto, o Poder Judiciário não pode intervir no mérito da acusação³² ou da condenação político-administrativa dos julgamentos reservados ao Poder Legislativo, mas deve examinar a regularidade do procedimento político, a tipicidade do fato aparentemente político-criminoso, a necessidade da devida comprovação dos fatos narrados e a avaliação do exercício da competência constitucional nos limites jurídicos³³.

A prática do Crime de Responsabilidade enseja responsabilização do agente político através da existência de um processo adequado e justo, denominado de processo de *impeachment*, com observância da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, em homenagem ao devido processo legal, forma direta de repelir a onipotência e arbitrariedade.

2.4.4. Princípio da Publicidade

Nos Crimes de Responsabilidade é necessário dar ampla publicidade ao seu processo e julgamento, ou seja, divulgação oficial do procedimento para que o povo e os interessados tenham conhecimento do comportamento dos agentes políticos, seus representantes e, participem no processo político e no controle da Administração Pública.

2.4.5. Princípio do Juiz Natural

³² Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias (MS 30672 AgR/DF/2011/STF).

³³ “Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão”. (MS 25579 MC / DF - DISTRITO FEDERAL – STF/2005).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Na prática dos Crimes de Responsabilidade, o agente político infrator deve ser punido pelo órgão político previsto na Constituição Federal, constituído antes do fato objeto do julgamento.

2.4.6. Princípio da Supremacia Constitucional

O Crime de Responsabilidade representa incompatibilidade vertical da atuação estatal com a Constituição Federal. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que direitos e liberdades não serão jamais ofendidos³⁴.

2.4.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A prática do Crime de Responsabilidade enseja ofensa a prerrogativa de todo ser humano, como membro da sociedade, ser respeitado como pessoa no tocante ao patamar existencial mínimo consubstanciado numa representatividade política honesta e lúdica.

A prática dos Crimes de Responsabilidade representa o colapso do ideal democrático consubstanciado no distanciamento entre os agentes políticos com os interesses e valores prevalentes na sociedade, pois não há respeito aos princípios fundamentais, alicerces do ordenamento jurídico e diretivas de caráter geral e fundamental para os agentes políticos na condução dos negócios públicos, nem a participação consciente, direta e pessoal do povo no processo político e na prática efetiva da democracia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco. *Democracia Representativa*. Rio de Janeiro: MCMXXXI, 1931.

_____. *Dictadura, Parlamentarismo, Democracia*. Rio de Janeiro: P. Barcellos & Cia – Livraria do Globo.

BARKER, Ernest. *Teoria Política Grega*. Brasília: Editora Unb, 1978.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri, SP: Manole, 2003.

BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1942.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Representativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Portugal: Editora Almedina, 2010.

³⁴ Ementa do acórdão unânime do STF Pleno – ADIN nº 2937600 – DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 6/6/90, DJU de 16/4/93.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). *O voto nas Américas*. São Paulo: Editora Manole, 2008.
- _____. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Manole, 2004.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. “A configuração dos crimes de responsabilidade em face do instituto do planejamento”, in Revista da Procuradoria Geral da República n.9 – jul/dez 1996, página 168.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CASTRO, José Nilo. *A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-lei nº 201/67*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DAHL, Robert A. *A Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- _____. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DALLARI, Adilson de Abreu. “Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores”, in RDP 39-40, pág. 250/261.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FÔLEGO, Eliseu. *Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos*. Espírito Santo: Livraria Jurídica, José Bushatsky, 2000.
- GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Crimes de Responsabilidade: Impeachment*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- JÚNIOR, Waldo Fazzio & ROSA, Márcio Fernando Elias & FILHO, Marino Pazzaglini. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México: Editora Nacional, 1950
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1997.
- LIPSON, Leslie. *A Civilização Democrática*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.
- LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

LUCAS CAMARGO, Ricardo Antonio. “A configuração dos crimes de responsabilidade em face do instituto do planejamento”, in Revista da Procuradoria Geral da República n.9 – jul/dez 1996, página 168.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1964.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo VII*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORISON, John, *Democracy, Governance and Governmentality: Civic Public Space an Constitutional Renewal in Northern Ireland*. In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 2 (2001), pp. 287-310.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria democrática do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997;

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milão, 1967.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1998

RUTHER, Soraia de Oliveira. *A responsabilidade dos agentes públicos e a lei de crimes contra as finanças públicas: uma abordagem analítica*. Revista Tribunal de Contas do Estado da Bahia, v. 15, n.18.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio. *Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1962.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SIDOU, J.M.Othon. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMPSON, Matthew. *Compreender Rousseau*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

_____. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. Bauru, SP: EDUSP, 2001.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 2000).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL CONTROL DE LA EJECUCIÓN PENAL

Ana Ludmila Moura de Cerqueira

Graduada en Derecho en la Universidad 2 de Julho, Licenciada en Filosofía y Pedagogía en la Universidad Católica de Salvador, Postgrado en Psicopedagogía y Metodología del Educación Superior, Profesora de Filosofía, Juez de Arbitraje, alumno regular de los cursos para el Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires-Argentina.

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo analizar la naturaleza jurídica del control de la ejecución penal, realizar un estudio de las corrientes doctrinales, administrativo, mixto y jurisdiccional, así como el análisis de lo principio de la legalidad informativo de la corriente jurisdiccional. La naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal, como un instrumento jurídico avanzado que surgió con el fin de dar dignidad y respeto al instituto de ejecución penal. Pero el poder ejecutivo y la administración penitenciaria mantienen la gestión de las cárceles en conflicto con los derechos humanos y garantías fundamentales de los reclusos, convirtiendo el sistema penitenciario en un local desfavorable a la rehabilitación.

Palabras claves: Controle ejecución penal. Naturaleza jurídica. Jurisdiccionalización. Derecho de los reclusos.

Abstract: This work aims to analyze the nature of the control of criminal execução and conduct a study of current doctrinal, administrativista, mixed and juridiscionalista, as well as an analysis of the principle of legality of judicial information current. The judicial nature of the criminal execução, as an advanced legal instrument that came with the purpose of giving dignity and respect to execução Institute penal. The executive and the Prison Administration maintains Administration of carceres in conflict with human rights and guarantees them fundamental of prisoners due to mass incarceration, converting thus the penitenciario system in an unfavorable location the rehabilitation of the prisoner.

Key words: Control of criminal enforcement, Legal nature. Jurisdictionalization. Right of prisoners.

Uno de los mayores desafíos del régimen carcelario en la Modernidad, es que las políticas de Estado funcionan para la manutención de una base social injusta y oriunda del capitalismo neoliberal globalizado. En la obra de Michael Foucault, Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, el autor explicita claramente los aparatos sociales e mudanzas macizos del sistemas penitenciarios occidentales, el negocios detrás del sistemas penales con la llegada de la modernidad, con la implementación de la pena privativa de libertad, impuesta para alcanzar no solo el cuerpo sino también el alma del condenado.

Estudios están desarrollándose buscando estrategias para alcanzar la reeducación y resocialización de reclusos que cumplen pena privativa de libertad y para disminuir los efectos negativos de la cárcel. En ese sentido se busca conocer la realidad de la cárcel, sus problemas, dificultades y limitaciones, teniendo como objeto de estudio: estudiar la naturaleza jurisdiccional del control de la ejecución penal

El derecho a condiciones carcelarias dignas y la prohibición de penas y tratos inhumanos o degradantes, en la búsqueda de estrategias para alcanzar la reeducación y

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

resocialización de reclusos que cumplen pena privativa de libertad y disminuir los efectos negativos de la cárcel, que cada día crece el índice de reclusos en las cárceles de América Latina y de muchos países del mundo.

Como también, no solamente para los condenados a la privación de libertad, como también en la ejecución provisoria en las prisiones, acarreado problemas de diversos órdenes a los reclusos, y los que provisoriamente están a la espera de juzgamiento, por la falta de respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los reclusos.

Como consecuencia del reconocimiento normativo y jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en materia penitenciaria, el legislador previó el denominado control jurisdiccional sobre el modo según el cual se han de ejecutar las penas privativas de libertad, salvaguardando así, los derechos fundamentales de los reclusos.

Pero, avanzó hacia la normativa de los conflictos de jurisdicción, para evitar la colisión del ejercicio de las competencias administrativas y las atribuciones judiciales sobre el régimen penitenciario. De ese modo, se considera que el bien jurídico protegido por la tutela penal es exactamente la garantía constitucional de los reclusos, esencial para la protección de situaciones que afecten sus derechos fundamentales.

Así, se pretende un efectivo control jurisdiccional penitenciario, impidiendo la arbitrariedad del poder público, de jueces y tribunales, así como el control de los actos de la administración, cuando su actuación afecta los derechos fundamentales, los valores constitucionales y las libertades públicas, y garantizar el respeto al principio de legalidad y garantía del debido proceso de ejecución penal, así como a la vida y la integridad física y moral de los reclusos y la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes en la ejecución criminal. En ese entendimiento, Iñaki Rivera Beiras (2008), señala que existe un gran abismo entre la cárcel prevista en la ley y la cárcel real, porque el Estado no cumple las leyes, el autor dice:

No hay duda que la aludida prescripción supone la plena aceptación de la denominada garantía constitucional que se deriva del principio de legalidad en la tradición del Derecho penal liberal. En efecto, si la ley crea los delitos (garantía criminal) y también las penas que para ellos se prevén (garantía penal), la ley también establece quién juzga y ejecuta lo juzgado de acuerdo con un proceso penal (garantía jurisdiccional), en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” (Beiras, 2008: 304).

En Brasil, durante un largo período, por influencia de la doctrina italiana y francesa, a comienzos del siglo XX, se consideró que la ejecución de la pena no tenía carácter estrictamente administrativo, ya que cabía a la ley determinar la pena, al juez pronunciarla y ejecutarla. Por lo tanto, la naturaleza de la ejecución penal sería acto de gestión (administrativa) ya que, cesada la actividad del Estado – jurisdicción con la sentencia final, inicia el Estado – administración mediante la ejecución de la pena.

Según los defensores de la corriente administrativa, la actividad jurisdiccional se cierra con la pena aplicada por el juez y, después de la sentencia condenatoria transitada en juzgado, el condenado está a disposición de la administración penitenciaria, de los órganos responsables por la custodia del condenado. El prisionero es objeto de ejecución y las ocasionales atenuaciones de la cantidad o calidad de la pena se perciben como donaciones del Estado en el ejercicio de *jus puniendi*.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Son ejemplos de esta tendencia, países como Inglaterra, Francia, Estados Unidos y algunos países de América Latina. Estaría así establecida una relación de poder, donde la administración podría alcanzar con autoridad el ámbito jurídico del condenado independiente de su voluntad. Saleiles (1994), autor de esta tesis dice:

No es, porque el juez podrá ordenar desde comienzo la salida de la casa de corrección, es la administración penitenciaria. El juez firmó la carta de guía y lo hace la elección de la pena; donde el individuo debe ser colocado, pero no es él quien firma la salida. Esta es la responsabilidad de la administración a la que el condenado va a ser confiable. Así que el juez no tendrá que determinar la duración de la pena, pero sólo la naturaleza y la elección de la pena (Saleiles, 1994:269).

Dos son las posiciones de la doctrina que discuten la cuestión del papel de la Administración, como entidad colaboradora o como parte en el proceso ejecución penal. En una posición minoritaria, están aquellos doctrinadores que cuestionan la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal y consideran la administración como parte del proceso ejecutivo. Adhemar Raimundo da Silva (1957, p. 33), está de acuerdo con esta posición "cesado la actividad del Estado –jurisdicción con la sentencia final, comienza el Estado-administración con la ejecución penal". En esta posición, la imposición predominante de los intereses Estatales sobre el individuo está basado en una pretensión retributiva.

Las posiciones en la doctrina española son dos, las que hablan la cuestión del papel de la Administración, como entidad colaboradora o como parte en el proceso de ejecución penal. En una posición minoritaria, están aquellos doctrinadores que cuestionan la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal y consideran la administración como parte del proceso ejecutivo.

Como el posicionamiento del autor Ferreras Castrillo (1986), considera administrativo la actividad dirigida a la ejecución como administrativo, bien como es de naturaleza administrativo el orden en que origina la ejecución penal.

Pero, la posición mayoritaria en la doctrina española, entiende que es incorrecto el posicionamiento administrativista, como el autor Moreno Catena (1988, p. 665), entiende que "el hacer ejecutar lo juzgado no puede comprender sólo la decisión sobre el principio y el final del cumplimiento de la pena, sino también sobre el modo en que este se efectúa".

Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 10), representante de la corriente mixta en Brasil, "no niega que la ejecución penal es una actividad compleja, que se desarrolla entrosadamente en los planes jurisdiccionales y administrativos ni que se desconoce que en esta actividad participan dos poderes del Estado: el poder judicial y el ejecutivo ". La autora entiende ser las actividades de cumplimiento materiales de la sentencia y expiación de la pena son de naturaleza administrativa, tales como la de dirección, de liderazgo y de secretaría de establecimientos penales y concurda:

Dejando de lado la actividad puramente administrativa que resulta en la expiación de la pena, a través de la vida penitenciario del condenado, o su vigilancia, observación cautelar y protección, y que es el objeto del derecho penitenciario y materia extraña al proceso, el proceso de ejecución penal tiene por lo tanto naturaleza indudablemente jurisdiccional (Grinover, 1987:07).

Por otro lado, el análisis de los incidentes de la ejecución, indulto o libertad condicional, progreso del régimen, remisión de la pena, conmutación de pena, entre

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

otros, representan la función jurisdiccional que compete al juez de la ejecución. Gisbert, dice que existe una peculiaridad muy importan “el Poder Jurisdiccional necesita la colaboración de un sector de la administración del Estado, la administración penitenciaria, para hacerla efectiva.” (Gisbet, 1992:57-68).

La importancia de la evolución de la ejecución penal para una jurisdiccionalización plena e irrestricta, abandonando las políticas de no intervención judicial en la administración de las cárceles, es general. Sin embargo, muchos autores todavía destacan una división de trabajos, o la existencia de actividades de naturalezas diversas, jurisdiccional y administrativa en la ejecución de la pena, así como un conflicto creciente entre ellas, con la predominancia de la primera.

Anabela Miranda Rodrigues (2001, p. 137), señala que en Portugal:

O fato de os passos já ensaiados no sentido da jurisdiccionalização serem tímidos é reflexo da tensão que inevitavelmente se suscita quando se trata, como é o caso, de estabelecer uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração penitenciária. Se cabe a esta a organização e a inspeção das instituições penitenciárias, o objetivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas.

El movimiento por la jurisdiccionalización de hecho de la ejecución de la penal es un proceso reconocido por la doctrina como originaria de la corriente administrativista, lo que sustenta el argumento que nortea el presente trabajo. Es finalidad del proceso la composición de los conflictos de interés y el mantenimiento de la paz en la sociedad. Penalmente, cabe al Estado o jus puniendi la represión de las conductas delitivas en la sociedad. En el Estado Democrático de Derecho, la ejecución penal debe guiarse por los principios Penales Constitucionales. Antônio Scrance Fernandes (1987) señala:

La evidencia de que la ejecución penal es jurisdiccional es decir, primero de todo, admitir la existencia de un proceso de ejecución rodeado de garantías constitucionales, marcado por la presencia de tres sujetos principales dotados de poderes, deberes, derechos, obligaciones y, por lo tanto implica aceptar que el condenado es titular de derechos. Mas importante, por lo tanto, de que la propia declaración de jurisdiccionalidad de la ejecución es la verificación de los primordiales reflejos que surge del hecho de ser ella jurisdiccionalizada: garantía del debido proceso legal, en el que asegura el contradictorio entre las partes y la imparcialidad del poder judicial (Scrance 1987: 84).

La jurisdiccionalización de la ejecución de la pena constituye la garantía judicial, de control jurisdiccional sobre la ejecución. El sistema jurisdiccional de ejecución penal es adoptado en países como Italia, Alemania, Portugal, España y Polonia. A pesar de que la doctrina se divide según la naturaleza de la ejecución penal, todos están de acuerdo en un punto: hay una convergencia en el sentido da jurisdiccionalización.

Para los representantes de la corriente jurisdiccional, el condenado es sujeto de una relación jurídica en relación al Estado, y en consecuencia, titular de derechos y obligaciones. La posición mayoritaria en la doctrina, actualmente entiende que la ejecución penal posee naturaleza jurisdiccional. En defensa del carácter jurisdiccional de la ejecución penal, Iñaki Rivera Beiras (2009), señala que:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La plena judicialización de la fase ejecutiva del proceso penal ya no puede ponerse en duda. El proceso penal no concluye con la firmeza de la sentencia condenatoria sino que ésta sólo indica un momento procesual en el cual, declarada ya la responsabilidad criminal de una persona, se debe ejecutar el título (la sentencia) que declaró aquella responsabilidad criminal. Una cosa es el modelo penitenciario constitucional; otra distinta es la relativa a la organización de las administraciones penitenciarias; otra aún diversa está representada por el posterior desarrollo legislativo penitenciario. Otra variable es la vinculada con la existencia de disposiciones normativas inferiores pero de notoria aplicación cotidiana en las cárceles (reglamentos, órdenes, circulares, etc., y otra finalmente diversa, es la que se proyecta sobre la realidad carcelaria. (Beiras, 2009:305-396).

Esta posición permite que la actividad de ejecución penal como actividad de carácter jurisdiccional, donde no hay una preponderancia de los intereses del Estado en el individuo, también teniendo en cuenta que los actos de carácter administrativo, son actos de jurisdicción. En efecto, Mir Puig (1996) destaca que:

Las garantías del principio de legalidad son el límite al *jus puniendi* estatal, en cuanto el Estado de Derecho, destaca que no es posible estudiar la función de la pena, sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural. (...). No es éste el camino correcto. La retribución, la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal (Mir Puig, 1996:57).

En torno a este punto, Moreno Catena (1998, p. 667), señala que no da lugar a actividades de ejecución propiamente dichas, produciendo únicamente “el efecto de levantar y dejar sin vigencia las medidas cautelares reales adoptadas y que sólo podrán ejecutarse las sentencias de condena que hubieren ganado firmeza, descartándose, en principio, la ejecución provisional de aquellas que se encuentren pendientes de un recurso”.

El proceso de Ejecución Penal, prevé la finalidad de las penas privativas de libertad y la reinserción y resocialización social de los reclusos, previsión que contradice la finalidad retributiva de la pena. Así, el Estado para evitar la segregación y marginación, impone el respeto legal a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, la pena sólo debe ser aplicada al sujeto que fue condenado, en el debido proceso legal, con el título ejecutivo de la “sentencia condenatoria” transitada en juzgado, pero sólo el título obliga el cumplimiento de la pena.

Según Mir Puig (1996):

El objetivo resocializador diferencia de la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar en forma notable su carga de gravedad, sin que ello se funde en razones vinculadas con la gravedad del hecho cometido, del hecho, sino sólo a la personalidad del sujeto (Mir Puig, 1996:56).

La judicialización de la ejecución penal deriva del principio de legalidad, el principio de legalidad es el pilar fundamental del derecho penal liberal y de un sistema penal que pretende respetar los postulados del Estado democrático de derecho, se hace necesario que ese principio tenga plena vigencia en la etapa de ejecución, por lo tanto, representa uno de los instrumentos jurídicos de control del poder de castigo del Estado,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

con respecto a la imposición de sanciones penales, el establecimiento y la ejecución de la sentencia, acerca de principio de legalidad.

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21) destaca que ningún hecho puede ser considerado “un delito y sin sanción penal puede aplicarse antes de que de hecho se establezca por ley el tipo delictivo y la pena correspondiente, constituye una limitación real sobre el poder del Estado para intervenir en esfera de las libertades individuales”.

Aníbal Bruno (1956) destaca que:

La exactitud de esta limitación y la fuerza de estas garantías es el principio que hace de la ley penal la fuente exclusiva desde la declaración de los delitos y de las penas, el principio de absoluta "legalidad del derecho punitivo, que requiere una ley penal previa, de modo que determinado de hecho, por su final y sancionada, ser juzgado y punido como un delito. (Aníbal Bruno, 1956:192).

De acuerdo con el principio de legalidad, ningún individuo puede ser condenado sin ocurrir una disposición legal expresa, y el ajuste adecuado a las normas establecidas por el sistema constitucional actual. Según el principio jurisdiccionalista, el debido proceso legal está conectado por completo a una jurisdicción, a un juez investido, a la Constitución, las garantías procesales y a los derechos fundamentales. La vigencia de la legalidad en la etapa de ejecución penal es, por lo tanto una exigencia proveniente del principio constitucional *nulla poena sine lege*.

Fierro (1978. P. 92) señala que “la enunciación completa del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* indica claramente que no se refiere únicamente a los delitos, sino también a las penas”.

Núñez (1959, p. 62) complete lo siguiente:

La regla constitucional es, en consecuencia, que las obligaciones de carácter penal y las penas correlativas sólo existen para los habitantes y para el gobierno, en virtud de sanciones legislativas, y como resultado, el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta una ley que as haya establecido antes de la ejecución del hecho justificable.

Los jurisdiccionalistas destacan la importancia de respetar los principios de la teoría garantista, y una revisión de las disposiciones legales, buscando una reestructuración de los institutos de derecho y de la ejecución pena, Ferrajoli (2006) advierte que la crisis del sistema penal es:

Una de las tareas más importantes que se impone a la actual reflexión filosófica - pena es, por lo tanto, la formulación, sobre la base de un replanteamiento radical de la naturaleza de la pena, un nuevo sistema de penas, alternativas a la vigentes: Penas alternativas, tienen en cuenta – y no medidas alternativas - capaces de satisfacer, como penas principales la doble finalidad del derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador (Ferrajoli 2014:378).

Cabe destacar que el autor Salo de Carvalho (2003) propone una reforma garantista de la ejecución penal, con el fin de evitar lesiones a los derechos fundamentales, asegurar la responsabilidad de los agentes públicos que lesionan y la obligación de recodificación, con leyes simples, claras y estables. La búsqueda es, por lo tanto, una reforma total del proceso de ejecución penal, respetando los principios pertinentes de la garantía penal, a través de la:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Jurisdiccionalización de métodos disciplinarios, cambio de la cantidad y calidad de las penas, respetando el principio de reserva legal en materia de delitos graves; la adecuación de los criminólogos, volviendo a sus actividades programas humanísticos para reducir el daño al condenado; revisión de conminaciones penales en abstracto; control del tiempo de las decisiones judiciales (Salo de Carvalho, 2003:45).

Para concluir, el principio de la legalidad y la garantía de ejecución, deberá orientar el proceso de ejecución y el cumplimiento de las penas. Asignaremos que el proceso de Ejecución Penal, prevé la finalidad de las penas privativas de libertad y la reinserción y resocialización de los reclusos, previsión que contradice la finalidad retributiva de la pena.

Así, el Estado para evitar la segregación y marginación, impone el respeto legal de la dignidad humana, a los derechos fundamentales y las garantías procesales de los ciudadanos. Por eso, la pena sólo debe ser aplicada al sujeto que fue condenado, en el debido proceso legal, con el título ejecutivo de la “sentencia condenatoria” transitada en juzgado, pero sólo con el título se obliga el cumplimiento de la pena.

La debilidad del argumento de la naturaleza administrativa de ejecución penal es tan claro que si los establecimientos fueran órganos del Poder Judicial y no del Ejecutivo (que no es imposible), sus defensores no podrían negar la naturaleza jurisdiccional de la actividad. Entonces, cualquiera de los argumentos, la ejecución penal es la actividad judicial y, como tal, es indelegable y por parte del Estado.

REFERENCIAS

BEIRAS, Iñaki Rivera. (2008a). *La cuestión carcelaria: Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. - 2ª ed.- Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. Volumen II.

_____. (2009b). *La cuestión carcelaria. História, epistemologia, derecho y política penitenciária*; com prólogo de Roberto Bergali y Maximo Pavarine. – 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Deli Puerto. Volumen I

BRUNO, Aníbal. (1956). *Direito Penal*. PG. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro.

CARVALHO, Salo. (2003). *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FERRAJOLLI, Luigi. (2014). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* / Luigi Ferrajolli: prefacio da 1ed. Italiana, Noberto Bobbio - 4. ed. Rev. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FIERRO, Guillermo. (1978). *La lei penal y el derecho transitório*. Ed Depalma, Buenos Aires.

GISBERT, A. (1992). *La normativa procesal española en la ejecución de penas privativa de libertad*. En I. Rivera Beiras (coord.), *Carcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona, Ed. J. M. Boch.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (1987). *Natureza Jurídica da Execução Penal*. In: Grinover, Ada Pellegrini (coord.). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

MORENO CATENA, V., (1988). *La ejecución de las penas privativas de libertad*. En derecho procesal, t. II, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

MIR PUIG, S., (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ed Boch.

NUNEZ, Ricardo. (1959). *Derecho penal Argentino*. t, I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

RODRIGUES, Anabela Miranda. (2001). *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. “Fac-Símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000”. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Adhemar Raimundo. (1957). *Estudos de Direito Processual Penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia.

SALEILES, R. (1994). *L’individualisation de la Peine*. Apud Goulart, José Eduardo. Princípios informadores do direito da execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. (1987). *O Ministério Público na execução penal*. in: Grinover, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). Execução Penal, São Paulo: Max Limonad.

TOLEDO, Francisco de Assis. (1994). *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo.

DESACATO E HIERARQUIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O CALE-SE DAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Ana Maria Santos Dias

Advogada e membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania- Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/ PPGD-UFBA. Pós-Graduada em Direito do Estado pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Professora da Universidade Estadual de Feira de Santana no curso de Direito. Professora-Pesquisadora da UAB (Universidade Aberta do Brasil) no curso de Pedagogia. Aluna regular dos cursos para o Doutorado da Universidade de Buenos Aires(UBA).

RESUMO

Este artigo tem como fulcro o estudo crítico acerca do delito de desacato, ainda persistente no nosso ordenamento jurídico motivado sob a égide da proteção ao bom funcionamento da administração pública. Não se quer com isto esgotar a matéria, mas, tão somente, desvelar o caráter pífio dessa figura típica, que hierarquiza as relações sociais, camufla os abusos perpetrados por autoridades policiais, é trunfo na censura às críticas perpetradas aos agentes envolvidos no véu da função pública. A partir deste alarde venho propor alternativa para a descriminalização desta conduta baseada na técnica hermenêutica do controle de convencionalidade, dado que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, prevê a garantia de liberdade de expressão e o direito à informação.

Palavras-chave: Direito. Direitos Humanos.Desacato. Relações Sociais.

Sumário: 1. Introdução. 2 O crime de desacato: mecanismo de reprodução da hierarquia nas relações sociais. 3 O controle de convencionalidade e o sistema Interamericano de Direitos Humanos. 4 O anúncio do fim.5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o fim dos regimes autoritários dos anos 80 foram dados passos importantes para a integração e renovação no Direito Penal. Isso responde a aspiração histórica dos povos da América do Sul nos quais durante anos viveram sob ditaduras quase implacáveis, regime este que suprimiu a democracia e achatou as liberdades individuais dentre outros efeitos¹.

Tratando-se dos tempos atuais a insatisfação da sociedade brasileira reverberou por todo o Estado brasileiro em 2014.O que ficou patente foi a incapacidade do Estado de viabilizar o exercício do direito de protesto. Não só não deu condições para o exercício de tal direito, como respondeu a ele com polícia, repressão e direito penal. Foi público a prisão de muitos manifestantes e/ou processados durante os protestos, tendo suas condutas enquadradas em diversos tipos penais, entre tantos o desacato.

¹ DAMATTA, Roberto. Carnavais, Malandros e Heróis, p.254.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Essa figura penal típica, prevista no artigo 331 do Código Penal, que criminaliza a conduta de ofender funcionário público no exercício ou em razão do exercício da sua função, muito embora ter sido criado para garantir o regular funcionamento da Administração Pública. A manutenção desse artigo como norma penal incriminadora lembra a figura popular do indivíduo denominado “caxias”, do autor Roberto Carnavais², aquele que reforça a ordem social, que deseja mantê-la como ela é. Grande responsável pela reprodução dos conhecimentos legais, sem questioná-los em nenhum instante. Aceita-os como naturais, pois, sua visão é limitada pelo tecnicismo. Aplica-se a lei porque é lei. Uma visão do direito ligada ao passado, buscando sempre o retorno do bom funcionamento da ordem vigente, sem se dar conta de que a ordem perfeita jamais existiu. É o personagem ligado as tradições, discursiva vias leis e decretos, tenta a todo custo manter a ordem social momentânea por ser esta a realidade que conhece, não necessariamente por ser a melhor possível.

Essa visão encontra-se no cotidiano jurídico. Não são poucos os atores processuais que acreditam que a *letra morta* da lei pode *influir por si só e de modo energético sobre o destino de um povo*³, convencidos de que a rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação parecem constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social⁴.

Destarte, existem aqueles nos quais fazem uma leitura ao revés do indivíduo acima citado, reconhece a ordem vigente como desigual e, ao invés de tentar alterá-la ou se subordinar a ela, busca sempre se aproveitar dessa mesma desigualdade para atingir suas finalidades. É o personagem que vive do presente, que usa esse presente para criar outras alternativas para o sistema social vigente⁵. É o personagem do “jeitinho brasileiro”³, traço tão marcante no Brasil. É o que usa o direito do opressor como forma de deixar de ser oprimido, como forma de sobreviver.

O que se busca nesse trabalho é tentar acabar com algumas das ilusões positivistas perpetuadas mecanicamente e demonstrar a irracionalidade jurídica do crime de desacato.

Um primeiro passo para desconstruir essa noção do direito, principalmente no que tange ao direito penal, é entender que o crime não existe enquanto categoria jurídica imutável, eterna, mas sim como um conceito que é funcional para todo tipo de controle⁶.

Partindo do pressuposto de que o crime é uma realidade histórico-social construída, o desafio é entender seu uso nos diversos sistemas e, através desse entendimento, ser capaz de avaliar seu uso e quem usa.

2 O CRIME DE DESACATO: MECANISMO DE REPRODUÇÃO DA HIERARQUIA NAS RELAÇÕES SOCIAIS

² DAMATTA, Roberto. Carnavais, Malandros e Heróis, p.300.

³ DAMATTA, Roberto. O que faz o Brasil? p.102.

⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil, p.178.

⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Idem, ibidem.

⁶ CHISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime, p.16.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O pressuposto devidamente utilizado na análise do motivo da existência de determinado tipo penal é o que não há separação entre criminologia e política criminal, uma vez que todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política⁷.

Infelizmente as relações sociais brasileiras são marcadas pelo exercício de poder, pela dominação. A esse respeito, insta salientar que o poder não é algo que se possui, mas algo que se exerce ou se está submetido⁸. Ele é algo que circula, nunca está localizado em um lugar específico, e no entanto, é possível identificar um grupo que sofre mais constantemente seus efeitos negativos.

A partir dessa premissa, para entender como o poder é exercido no corpo social, deve-se analisar as práticas reais e efetivas travadas em seu interior, ou seja, observar as relações sociais de perto, procurando apreender como o poder atua sobre elas de forma determinante. Sendo o direito – e, em especial, a sua modalidade penal – a legitimação das múltiplas relações de dominação que podem ser exercidas no âmbito da sociedade⁹, imprescindível se faz desvelar as interações sociais que condicionam a existência de tipos penais como desacato.

Um olhar expressivo sobre as relações sociais possibilita a verificação do fenômeno da verticalização do poder social. Pode-se mencionar a filósofa Marilena Chauí, que menciona essa verticalização é produto da “cultura senhorial” importa a *terrae brasiliis*, cultura esta que implicou em uma estrutura hierarquizada do espaço social, fazendo com que as interações intersubjetivas sejam sempre realizadas entre inferiores e superiores¹⁰.

Resumindo, os relacionamentos sociais brasileiros pautam-se pela desigualdade entre as partes, constituindo-se assim em relação de ordem e obediência à aquela.

Essa intensa hierarquização resultou em cidadãos brasileiros um sentimento de inferioridade em determinados contextos, sob pena de sanções sociais como as que prevê o código penal para o crime de desacato.

As desigualdades sociais no Brasil tornam-se ainda mais evidentes pelo tão aclamado, mas reprovável, “sabe com quem está falando?”¹¹. Essa conduta é a consequência da preocupação, mais detidamente, de colocar cada um em seu lugar, ou seja preservar a hierarquia e a autoridade na sociedade, desvirtuando a democracia considerando que a plena vigência das instituições democráticas só sob o julgo de jogos de poder¹².

Esse discurso segundo DaMatta, consiste em nada mais que um rito de autoridade¹³, rito esse que serve para desmascarar também a tão difundida ideia de homogeneidade da sociedade brasileira, da ausência de conflitos na terra do “homem cordial”.

Entretanto, o mais curioso é que não só as pessoas que se encontram numa posição social tida como superior que fazem uso desse expediente social. Pessoas vindas de classes subalternas, sempre que convém, também fazem uso dessa fórmula de

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p.171.

⁸ FOCALT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 103.

⁹ FOCALT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 102.

¹⁰ CHAUI, Marilena. *Brasil – mito fundador e sociedade autoritária*, p. 93.

¹¹ CHAUI, Marilena. *Brasil – mito fundador e sociedade autoritária*, p. 93.

¹² FOCALT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 105.

¹³ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p.184.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

autoridade do que Da Matta chama de projeção social. Nesse contexto, utilizam-se de laços de subordinação (ser empregado de, ser parente de, pessoa x lhe deve um favor, etc.) para hierarquizar uma relação que, pelo menos a princípio, seria entre iguais¹⁴.

O “sabe com quem está falando”, na sua condição de rito de autoridade, visa desmarcar nitidamente a diferença entre autoridade e povo, entre superior e inferior. É essa necessidade diuturna de diferenciação que aumenta o fetiche em torno de alguns cargos ou empregos públicos de maior prestígio social, fazendo com que seus integrantes a todo tempo se apresentem socialmente como tais, ainda que somente por meio de signos (elementos simbólicos) que devem estar bem visíveis, para evitar a confusão de papéis e posições.

O tipo de desacato, como já afirmado, serve a esse propósito enquanto rito de autoridade legitimado pelo direito. A criminalização da conduta de desacato permanece para viabilizar um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos à hierarquização social¹⁵. Isto se deve de evidência pelo fato desse tipo vir sendo usado como forma de sublimar abusos de autoridade, de predominância policial, e vetor de censura a críticas e oposições políticas.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

É unânime que o crime de desacato vem sendo usado como meio para se manter uma ordem desigual e hierarquizada, violador do desiderato de uma sociedade fraternal juridicamente justa implementando um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Desvelando a verdadeira finalidade política deste tipo penal, partindo dos dados da realidade, revelou-se também a necessidade de se repensar a forma como o direito penal é construído. Em apertada síntese conclui-se que não há razão jurídica-penal apta a justificar a sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto ainda assim a sua previsão legal persiste. Se o legislador insiste na manutenção dessa figura típica, outras medidas deverão ser tomadas no intuito de acabar com a proporcionalidade por ela proporcionada.

A positivação dos direitos humanos em nível internacional é uma diante de outras ferramentas. Como bem inferiu Zaffaroni, este fenômeno jurídico constituiu um extraordinário esforço universal em favor do Estado de Direito¹⁶, o que evidencia a sua importância face à necessidade e a urgência de deslegitimação de um sistema penal autoritário e arbitrário.

O discurso dos direitos humanos – principalmente para a América Latina em torno do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – pode ser apontado como um dos instrumentos atuais mais adequado a impedir a perpetuação das violências provocadas pelo uso abusivo dessa forma de criminalização.

¹⁴ DAMATTA, Roberto. Carnavais..., p.192.

¹⁵ DAMATTA, Roberto. O que faz o Brasil..., p.86.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas, p.153

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Perfilar uma perspectiva jurídica do malandro é usar o direito, aquele que oprime e tem pulsões arbitrárias, como forma de conter seu descomedimento, vez que, ele abre margem ao legitimar sua atuação sob o argumento de que garante os direitos humanos.

Foucault, arremata relatando que “o grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que a utilizam”¹⁷, então diante de sua afirmativa percebe-se que esse instrumento de opressão é utilizado veementemente pelos opressores e diametralmente oposta aos oprimidos. Só que estes, por ser produto de uma sociedade das vantagens escusas não querem acabar com essa “prerrogativa” e sim um dia poder dominá-las e assim, inverter os papéis: de oprimido a opressor.

A consolidação do recurso dos direitos humanos, principalmente a sua internacionalização, é a responsável pelos mecanismos criados para apurar violações de direitos dessa natureza, sejam voltados a verificar a responsabilidades estatais, ou responsabilidades individuais como o Tribunal Penal Internacional. Insta salientar, o papel importante de proteção desses direitos indispensáveis para o pleno desenvolvimento humano e seu impacto na produção jurídica de cada Estado.

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, surgiu a abertura do sistema jurídico baseado no princípio de proibição ao retrocesso, onde segundo Valério Mazzuoli, representou a abertura de um sistema jurídico nacional consagrando os direitos humanos¹⁸.

Redimensionou-se o princípio mestre de todo ordenamento jurídico qual seja, dignidade da pessoa humana, conferindo aporte axiológico a todo sistema jurídico.

Destarte, instalou-se o controle de convencionalidade para solucionar possíveis choques entre normas, já que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm status materialmente constitucionais de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 em seu parágrafo 3º.

Cuida-se assim da verificação da convencionalidade de uma norma penal de um País signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH), qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade governamental pode apresentar petições que contenham denúncias ou queixas por um Estado-Parte de acordo com o artigo 44 do CIDH¹⁹.

Mais do que isso, em recente decisão o Juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis –, efetuando controle de convencionalidade, reconheceu em sentença a inexistência do crime de desacato em ambiente democrático. Invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, afastou a incidência do disposto no art.331 do Código Penal Brasileiro²⁰.

Essa decisão denota uma derrocada da estrita legalidade, onde não tem mais espaço nessa sociedade aberta, mas, infelizmente ainda é apregoada por muitos agentes estatais.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p.17

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, p.143.

¹⁹ Artigo 44 – Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados- membros da organização, pode apresentar à comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado- parte.

²⁰ Disponível em: <<http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/184252533/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>> Acesso em: 15 de setembro de 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ovaciona-se essa decisão no sentido de olhar para as liberdades públicas, onde o cale-se dos regimes ditatoriais, disfarçado em democracias ainda persiste em nosso sistema.

Apesar de ter sido anunciado que este crime deixaria de existir no Novo Projeto de Código Penal, observa-se que ele não só se mantém, como também em sua nova forma, injúria qualificada, passando a cominar pena ainda maior passando uma pena máxima de dois anos para uma pena máxima de três.

4 O ANÚNCIO DO FIM

É importante salientar impossibilidade de esgotamento da matéria. Outras vertentes jurídicas poderiam ter sido anunciadas. É correto afirmar que, apesar da Corte IDH não ter dado um ultimato ao Brasil para que revogue o tipo penal de desacato, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos forneceu importantes interpretações a respeito do delito que não só podem, como devem, ser aplicadas pelos juízes de forma a evitar as arbitrariedades praticadas em nome da ordem pública.

O controle judicial de convencionalidade realizado pelos juízes é denominado controle judicial de convencionalidade e serve para declarar a invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos, seja pela via difusa, seja pela via concentrada.

Por todo exposto, necessária é a retirada do mundo jurídico dessa figura típica. Não há lugar para esse desmando chamado crime de desacato. Máscara da arbitrariedade, figura na qual espanta todo e qualquer forma de protesto diante de agentes público, e nossa sociedade não pode ser vítima dessa situação fática.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4548/2008, de 17 de dezembro de 2008. *Revoga o artigo 331 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940* –

CHAUÍ, Marilena. *Brasil – mito fundador e sociedade autoritária*. 1ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Código Penal -, extinguindo o crime de desacato. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/631364.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Código Penal (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Desacato não é crime. Disponível em< <http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/184252533/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>> Acesso em: 02 set. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional – do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SENADO. Projeto de Lei nº 236/2012. *Institui novo Código Penal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 18 set. 2015.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CUÁL ES EL PAPEL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, PROCESALES E PENALES EN SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE SEGURIDAD PÚBLICA

André Roberto Ruver

Aluno regular dos cursos para do Doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito do Estado. Professor da Universidade de Caxias do Sul.

Edson Dinon Marques

Mestrado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS, Pós-Graduação - Especialização em Teoria Geral do Direito (UCS), Pós-Graduando - Especialização em Gestão Universitária - UCS, Graduação em Direito (UCS), Coordenador do Curso de Direito da UCS - Campi Caxias do Sul e Canela, Advogado.

RESUMO

Estabelece o presente artigo, elementos que dizem respeito às estruturas e perspectivas do Direito à Segurança Pública, levando em conta a participação, relações, eficácia, perspectivas e garantias estabelecidas pelos instrumentos normativos constitucionais, Processuais e penais, avaliando brevemente a responsabilidade política (governamental) para a vivência do direito fundamental à segurança pública, tanto individual quanto comunitária.

Palavras-chave: Segurança Pública; Garantias constitucionais, processuais e penais; Ciência Penal; Política Criminal;

Sumário: 1. Aspectos Introdutórios; 2. Estruturas e perspectivas do Direito à Segurança Pública; 3. Expressões do papel do Direito Penal e Processual; 4. A responsabilidade governamental e política; 5. A desejada efetividade constitucional; 6. Notas finais; 7. Referências.

1. Aspectos Introdutórios

Ainda que em outras épocas históricas não houvessem quadros sociais que suscitavam instabilidades ou inseguranças, no que diz respeito aos eventos ligados a construção do direito e, fundamentalmente na busca por um modelo de regulação social que se mostre ponderado entre os direitos e garantias individuais confrontados com os direitos e garantias da coletividade, comunitários, caminhamos ainda em terreno de certo modo, *escorregadio*.

Nesta direção, e também foco de constantes questionamentos, objeto de inquietação, busca de alternativas, preocupações, dentre outras perspectivas, encontramos a seara da *Segurança Pública* e, a partir de se buscar identificar o seu campo próprio de atuação, implicações sociais, contrastes e proporções entre direitos e deveres, tanto da cidadania individualmente considerada, quanto no que diz respeito aos seus apelos de ordem coletiva, está, dentre outros, a necessidade de, levando em conta a ambiência do direito positivo, e mesmo fora dele, de indicadores relacionados com as *garantias* destas *cidadanias*, perpassadas e delimitadas por estruturas de espectro e contornos *constitucionais*, de *direito processual* e de *direito penal*, certamente influenciada por inúmeros outros fatores, mas que, para o presente exercício epistemológico, será e terá como critério de observação, análise e crítica, fixar elementos de dialética entre o

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

campo da *Segurança Pública* no cotejo com as *garantias* da esfera do *direito constitucional, processual e penal*.

Ao se falar em *garantias*, necessário se faz termos a presença de Luigi Ferrajoli, para quem, ao fazer a introdução do seu *Direito e Razão* (2010, p. 21 e 22), dentre muitas pré-projeções que faz, levando em conta as implicações do Direito como um todo, mas particularmente do *garantismo penal*, nos fala dizendo que

o 'garantismo' não tem nada a ver com o mero legalismo, ou formalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais - da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos - representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles 'artifícios'- como os chamou Hobbes - que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos de forma a base substancial da democracia.

O tratamento a ser emprestado para desenvolvimento do tema, leva em conta, fundamentalmente, o trato do *direito à Segurança Pública* domo um *direito fundamental* e, nestes termos considera a influência da ambiência constitucional, processual e penal.

2. Estruturas e perspectivas do Direito à Segurança Pública

Para alcançar tal desiderato, estabelecer os contornos e o que se entende por começamos dizendo que a *segurança pública* se mostra temática que permeia o cotidiano da cidadania, e dizem respeito a um cabedal de direitos estruturantes e necessários para o desenvolvimento adequado do indivíduo e das fundações sociais, direcionamento informado e sustentado pelo aperfeiçoamento e civilidade alcançados pelas sociedades e, nestes termos, pelo Estado, enquanto forma de organização representativa dos contratos estabelecidos e assim, frutos dos anseios coletivos, que, nestes termos, exigem deste Estado, medidas assecuratórias efetivas e eficientes.

O estudo de questões relacionadas à Segurança Pública, em certos termos, não alcança o relevância e motiva instâncias acadêmicos, o que, de certo modo, parece um tanto contraditório, uma vez que estamos tocando, direta ou indiretamente, em temática que diz respeito a um direito estabelecido como socialmente fundamental, crescimento este que se experimenta e vivencia a partir do século XX, primordialmente com o surgimento dos Direitos Humanos, o qual, na expressão de Marcelo Raffin (2006, p. 1), ao tratar em sua tese doutoral sobre *La experiencia del horror*, indica serem os direitos humanos

Una conquista de la modernidad . . . Los derechos humanos son una de las invenciones más sorprendentes y paradójicas de la modernidad. Es inútil rastrear genealogías previas, pues llegan con el mundo moderno, el de la burguesía, del dominio de la naturaleza, de la esperanza en el progreso y en la felicidad de una sociedad hecha a escala humana, del presente histórico, de la dominación y la circulación del capital.

Para as pretensões do presente trabalho, nada mais se pretende do que localizar e sustentar a qualidade da Segurança Pública como *Direito fundamental* e, nestes termos,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

portanto, *Humanos*, terminologia que de paulatinamente se irá fazer substituir por *direitos fundamentais*, pois, como se denota das palavras de Ricardo David Rabinovich-Berkmann (2007, p. 2), ao tratar sobre discrepâncias conceituais e terminológicas, entende que "claro, la primera cuestión que se presenta es que todos los derechos, en realidad, parece que son «humanos», en el sentido literal de este adjetivo que, como ya vimos, es el de «perteneciente o relativo al hombre»".

Incompleto por natureza está o homem em constante busca por aperfeiçoamento, lógica que se mostra desejável, mas subtraindo as inconstâncias comportamentais que lhe são peculiares, conduz Comparato a mencionar a passagem de *Grande Sertão: Veredas*, representada pela 'sabedoria telúrica do Riovaldo', exprimindo convicção ao falar dos Gerais: "*Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam*".

A busca de elementos informativos, de base para os conceitos já referidos como foco, remete os pensadores ao Período Axial, entre os séculos VIII e II a. C., época sustentada e determinada por Karl Jaspers, como 'o eixo histórico da humanidade', período no qual 'pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes'.

Para o existencialismo, 'a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis', tal como em Heidegger, 'é sempre possível morrer em lugar de outro; mas é radicalmente impossível assumir a experiência existencial da morte alheia'.

Ao par de inúmeras outras apreciações e considerações ao mesmo respeito, a essencialidade da vida é foco do pensamento filosófico do século XX, mesmo que em aparente contraste com a unicidade da pessoa humana. No dizer de Ortega y Gasset, 'a realidade radical é a pessoa imersa no mundo: *yo soy yo y mi circunstancia*'. Na mesma linha de pensamento, Heidegger atribui 'como característica essencial o "ser-no-mundo" (in-der-Welt-sein). (COMPARATO, 2003, p. 27-28).

Tratando especialmente acerca do desenvolvimento dos *direitos fundamentais*, Wilson Antônio Steinmetz (2001, p.18) sustenta que para a evolução dos direitos fundamentais, observou-se uma disposição histórica que se apresenta em três grandes fases, quais sejam:

Os direitos fundamentais primeiro foram ideias da razão humana, depois foram incorporados pelas declarações setencistas, tendo mais força política do que propriamente jurídica, e, por fim, foram positivados ou constitucionalizados, ganhando força normativa e vinculante definitiva. Nesta última fase, é possível identificar três processos, segundo Peces-Barba Matinez [...]: (a) positivação: integração dos direitos tidos como naturais no Direito positivo para que tivessem eficácia social; (b) generalização: inicialmente, os direitos fundamentais não eram para todos. Os direitos de primeira geração (dimensão ...) eram direitos das classes proprietárias. O Estado Liberal não incorporava as grandes massas. Com a passagem progressiva ao Estado Social, houve um processo de generalização dos direitos fundamentais. Foi aí que apareceram os direitos políticos para todos e os direitos sociais, estes denominados de direitos de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

segunda geração (dimensão). Por fim, (c) assistiu-se, na segunda metade do século XX, ao processo de internacionalização dos direitos fundamentais. É a atual fase do seu devenir histórico, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Como se pode perceber, independentemente da dimensão interpretativa que se possa emprestar aos institutos, não se mostra ser possível imaginar a não inclusão do DIREITO A SEGURANÇA - Pública no rol dos Direitos Humanos / Fundamentais, compreensão que ganha expressão e sintonia não só nos limites da América Latina, como ganha contornos internacionais, guardadas as especificidades de cada Estado. No Brasil, por exemplo, tal direito e garantia é contemplado, explicitamente, desde o seu preâmbulo, no capítulo das garantias individuais e expande enquanto princípio, aos direitos sociais, marcando assim o seu caráter de essencialidade enquanto função social do Estado,

Tal direcionamento encontra guarida e sustento nas manifestações de Andreas J. Krell (2002, p. 19) ao dedicar atenção tópica aos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais refazendo caminho histórico no sentido de estabelecer que

depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos da 'segunda geração' surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos físicos devem ser criados pelo agente para que eles se concretizem.

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.

Respeitadas cognições destoantes, demonstrada se mostra a qualidade de *Direito Fundamental* do Direito à SEGURANÇA, atribuição que, se não possui, deveria compor o quadro de atributos necessários para conduzir a pacificação da alma de cada Pessoa - cidadão e organismos sociais.

Diante de inúmeras expressões significantes direcionadas ao tema, específicas ou englobantes, verbera Dobrowolski (1985, p.105-124) no sentido de nos ensinar que as massas exigem que o Estado as liberte da fome, da miséria e da *insegurança*.

3. Expressões do papel do Direito Penal e Processual

A história do constitucionalismo de Estado, suas novas e antigas estruturas, o Direito Penal e, o processo penal, e se pode dizer o mesmo de outras espécies de processos, sofrem na contemporaneidade, severas críticas no sentido de não cumprirem o papel a que estão destinados a realizar, sendo cunhada a expressão e sentimento do senso comum, para o qual, caso não se queira 'resolver um problema' ou 'protelá-lo' se recomenda e remete para 'a justiça' (então, ... 'entra na justiça'), comportamento que está a indicar, 'espere', vou 'empurrar com a barriga', vou buscar a impunidade, o esquecimento, a não punição, o que se alcança, no mais das vezes, por instrumentos da 'burocracia processual', alcançados por recursos protelatórios e, em numerosos casos e consolidados pelo instituto da prescrição.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Aliados como a falta de estrutura dos Poderes Judiciários, vontade política (por certo que não de inclinação ou caráter partidário) para a busca de soluções, a significativa e perversa falta de possibilidades de 'acesso à justiça', alcançados e sentido fundamentalmente pelos estratos sociais vulneráveis, ou seja, os desfavorecidos economicamente, que compõem um significativo percentual da população brasileira e da América Latina.

Levando em conta os aspectos de ordem processual, não há de se negligenciar quanto *prevenção de delitos*, da fase pré-processual que, ou seja, daquela em que se busca, via de regra pelo Inquérito Policial, a identificação da materialidade e autoria dos eventos criminosos, os quais, em larga escala, deixam sequer de ingressar na fase processual, efeito que se deve ao baixo índice de elucidação de crimes, que no Brasil, por exemplo, é tido como 'baixíssimo', dado constatado pelo Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil - 2012, pela ENAESP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública).

Tal quadro induz fortemente, para a criação de sentimentos de impunidade, desse modo, de certo modo estimulando a prática criminal, e de outro, gerando a descrença social nas instituições de Estado.

Resta então, como se pode depreender do quadro, desestímulo e prejuízo para qualquer política de prevenção e proteção à delitos.

Com direção a outros aspectos da Ciência Penal, ao declinar atenção sobre a origem e função da lei Penal, Ferri (2009, p. 107), leciona que

a lei penal é a expressão social e jurídica da justiça penal, como norma de conduta para cada indivíduo (Direito Penal substantivo) e como regra de processo especialmente para os funcionários (Direito penal processual). Por isso, como para toda a outra lei, o Estado impõe tanto aos cidadãos como a si próprio, quer dizer, aos próprios funcionários, a obrigação de agir em conformidade com a mesma lei.

Elaborando seu pensar no que diz respeito a relação da lei penal com a defesa social, Ferri (2009, p. 108-118), induz como resultado, fruto de constatações fático-evidentes, não necessitando "silogismos ou formalismos de dogmática jurídica", faz derivar "quatro consequências fundamentais", quais sejam:

I. O Estado, realizando a justiça penal provê às necessidades da defesa social.

...

II. A lei penal, visto que provê a uma imanente necessidade de defesa social, exerce o seu império em todo o território, dentro em pouco, a propósito da *aplicabilidade da lei penal*.

...

III. Se a lei penal representa o exercício por parte do Estado do seu poder soberano, e do seu dever, de defesa social. o direito de punir não pode reduzir-se a um 'direito subjetivo' do estado perante o réu.

...

IV. As diversas necessidades e razões da defesa social implicam duas distintas categorias de leis penais (*Direito Penal comum e Direito Penal Administrativo*).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

De outro modo, quanto a relação do Bem Jurídico com a Constituição, Lênio Luiz. Streck (2004, p. 307 a 311), ao tratar da crise do direito e da baixa aplicação da jurisdição constitucional em sede do direito penal, trás a colação a manifestação Figueiredo Dias para quem "os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se caracterizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais", a fim de "lhes garantir dignidade jurídico-penal".

O mesmo autor, prosseguindo na sua linha de argumentação e sustentação dialética, lembra que Luiz Luisi contribui com o entendimento no qual

as Constituições surgidas no segundo pós-guerra albergam uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de justiça material.

Tal campo de compreensão, reforça a ideia através da manifestação de Mir Puig, na qual "o direito penal vai abrindo espaço no sentido de que deve ir estendendo a sua proteção a interesses *menos individuais*", vindo a alcançar, dentro outros, e exemplificadamente, sua importância para a cidadania, relacionados ao meio ambiente, alimentação, trabalho, *segurança* social e material, compreendidos, neste sentido, como interesses difusos.

Em notas conclusivas acerca do artigo Bem Jurídico e Constituição, Streck menciona que

não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões.

No mesmo sentido, se mostra a inclinação de José Paulo Baltazar Junior (2008, p. 21), incisiva e clara no sentido de compreender que "no Brasil, não pode haver dúvida, então, sobre o status constitucional do direito à segurança por parte do cidadão, com a contrapartida do dever por parte do estado", manifestação que extrai dos pronunciamentos jurisprudências do Supremo tribunal Federal, mencionando como referência o Ministro Carlos Brito em decisão proferida em habeas corpus.

Relação e implicações objetivas de direito penal e processual, no caso, pré-processuais, levando em conta e "considerando apenas o que se espera das polícias, porém, é preciso definir se queremos que elas enfatizem a prisão dos culpados - isto é, que operem como um braço do sistema de justiça criminal - ou que priorizem estratégias de redução da criminalidade", perspectiva emprestada por Rolim (2006, p. 21) ao traçar relações da Segurança Pública com as instituições penais e processuais.

A pacificação social é fim e atributo do processo penal, pressupostos de aceitação generalizada. Do mesmo modo e caminho, na compreensão de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 248), ao se referir as garantias constitucionais, indica a postura originária na qual,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

no início as Constituições deram mais ênfase aos direitos fundamentais, sendo omissas com relação às garantias, mas logo demonstrou-se que direitos fundamentais sem garantias especiais não têm a validade prática. As garantias são, pois, os instrumentos que conferem eficácia aos direitos fundamentais.

Essas são conhecidas por garantias constitucionais, nada obstante também se constituírem em direitos, são direitos de ordem processual, são direitos de ingressar em juízo para obter uma medida judicial com uma força específica ou com uma celeridade não encontrável nas ações ordinárias.

No que diz respeito ao papel do direito, Zaffaroni (2009, Entrevista) ao participar de seminário promovido pelo Instituto Carioca de Criminologia, entrevistado pelo *Consultor Jurídico*, resumiu, dizendo que a "a função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo", inclinação crítica merecedora das melhores considerações.

Em outras abordagens, Zaffaroni (2013), ao falar no painel último panel, "Los problemas penales del sur (y el pluralismo cultural)", no II Congresso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminologia, onde diz que, em uma de suas cátedras, "puso en duda el término mismo de criminología y la eficacia de la justicia positiva frente a la justicia comunitaria", projeção que certamente toca e abrange instâncias da segurança pública, por dizer respeito ao resultado final da aplicação do direito penal, vinculado a um maior ou menor ambiente de tranquilidade e pacificação social.

Suas manifestação perpassam a compreensão da *culpabilidadade*, além de outras abordagens, assim como afirmações dentre as quais infere que "hay formas restitutivas que, sin acudir a nada de lo que nosotros tenemos como pena formal, resuelven el conflicto y reestablecen la paz en el seno de la comunidad", o que nos faz perceber de forma sensível, a proximidade com os cenários de segurança.

Ao tratar acerca da *Justicia Comunitaria*, no confronto com a estrutura de *justicia tradicional*, se expressa no sentido de mencionar que

A veces la justicia reparte algunos latigazos, no tanto como castigo físico sino antropológicamente como un "ritual de reincorporación". No hace falta oficializarlo: la justicia comunitaria es comunitaria, la tradicional es tradicional", afirmó.

Entre tres años de cárcel y tres latigazos, creo que vamos a preferir los tres latigazos", dijo para ilustrar que con "nuestro sistema estamos generando mucha más violencia que la que podría generar la justicia comunitaria".

Na sequência de sua abordagem, ao tratar sobre a aplicação da ou de pena, diz ser uma desafio para o mundo civilizado, questionando a forma e objetivos de sua utilização, pontuando e trazendo como máxima, expressão na qual afirma que "La pena no tiene fundamento racional", justificando e sustentando seus argumentos ao verberar que

La pena es, en esencia, venganza (grifo nosso). No lo podemos decir en el código porque el código es racional. ¿Por qué persiste nuestro sistema? Porque satisface la venganza", planteó. El multiculturalismo, el pluriculturalismo y las variedades culturales representan, desde esta visión, un desafío al concepto de culpabilidad. "Si no lo cuestionamos, nos vamos convirtiendo en cómplices del

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

control social represivo de los sectores hegemónicos, y eso es mortífero hasta que llega un punto en que se convierte en un crimen de Estado".

Fortalece e justifica a sua postura ao estabelecer e se referir "a una cantidad de "homicidios de Estado" y enfatizó que suelen cometerse por goteo: escuadrones de la muerte, ejecuciones del proceso, motines carcelarios, torturas, supresión de testigos inoportunos, conocidos como "muertes anunciadas del sistema penal".

Ao concluir suas inferências, Zaffaroni leva adiante e justifica a existência de *penas ilícitas*, as quais devem ser observadas para a aplicação das *lícitas*, admitindo que "esto en el Norte no se plantea. Debemos admitir que tenemos un sistema penal violento. Y no nos podemos conformar con que no sea sistemática: la tortura existe. Todas las penas, ilícitas, prohibidas, existen".

Como dissemos, ao intuí que os argumentos referidos, levam a que seja discutida a culpabilidade como elemento próprio do direito penal, "y, el derecho penal, no va a dinamizar la sociedad ni a impulsar ninguna democratización. Aunque sí tiene una función fundamental y básica: la de contener las fuerzas que impiden la democratización".

De outro modo, tratando sobre o papel do direito penal na proteção das gerações futuras, Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 58), conclui articulação

Neste sentido acabo por me aproximar, de certo modo, da ideia segundo a qual a tutela jurídico-penal das gerações futuras passa pela assunção de um direito penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais (25). Dizendo-o, porém, não desejo – como espero ter podido deixar claro – apresentar esta concepção como uma alternativa ao direito penal do bem jurídico. Bem ao contrário, quero significar que a punição imediata de certa espécie de comportamentos como tais é feita em nome da tutela de bens jurídicos coletivos e só nesta medida se encontra legitimada. Deste modo julgando manter-me ainda fiel ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e que confio que possa continuar a ser fonte de desenvolvimentos e de progressos mesmo no seio da «sociedade do risco»; e que possa por isso continuar a assumir o seu papel na insubstituível (se bem que parcial) função tutelar também dos interesses das gerações futuras.

Apesar de não ser mencionada literalmente, como também designo do direito penal, compõem a *segurança pública* o mesmo universo de proteção, tratando-se, como exaustivamente dito, espectro da cidadania irrenunciável para o bem-estar e desenvolvimento da cidadania individual e assepsia social.

4. A responsabilidade governamental e política

Referências anteriores demonstraram o caráter de complexidade que envolve o falar sobre *segurança pública* e assim a *prevenção de delitos*, mas, necessário que se diga da expressão relevante que deve ser destinada a atuação, efetividade e eficiência das tarefas do *político*, neste caminho, nos servimos do pesquisador de questões da violência e criminalidade e sociólogo Sérgio Adorno (2012, Entrevista ao Programa Complicações - UNIVESP TV) ao falar sobre implicações relacionadas a segurança pública e, mais especificamente, sobre aspectos relacionados ao consumo e tráfico de drogas, empresta

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sua experiência ao se posicionar no sentido de dizer, que se tratar de um cenário de clara influência de múltiplos autores,

em que você precisa ter, portanto, um poder, político, que e ai estou falando não só no governo do estado, quanto o governo federal, mas estou falando também da classe política, dos órgãos do legislativo, estou falando também no poder judiciário, porque envolve também os operadores dos sistemas de justiça, o problema dos policiais, mas estou falando também, da sociedade civil organizada, estou falando da universidade, ... teria que por todos estes atores a mesa, e ver como é que a gente poderia, pensar o que fazer para agora, o que fazer a médio prazo e longo prazo, com custos e benefícios para todos, tá certo, é uma tarefa POLÍTICA (grifo nosso), sem essa tarefa política, nós vamos continuar reprimindo aqui, reprimindo ali, [...]

Não só diz e atribui responsabilidade ao Poder Executivo através de suas políticas destinadas a cumprir direitos sociais, Andreas J. Krell (2002, p. 99 a 102) justifica a sua vinculação aos mandamentos constitucionais e, neste sentido, da necessidade de uma efetiva atuação do judiciário, se socorrendo de Konder Comparato, para quem, "a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", referindo-se, como dissemos, a cumprir, "uma função governamental planejadora e implementadora", decisiva "para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços, no caso, de *segurança pública*."

Para tal fim, entende ao Poder Judiciário cabe "tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos".

Em tratando sobre o Controle Judicial das Políticas Públicas e dos Orçamentos Estatais, Krell diz ser "necessária uma mescla do sistema legalista brasileiro" e, apoiado na postura de Perez e Cappelletti, "com ingredientes do juízo discricionário da *equidade*, para transformar o Terceiro Poder (no caso, o Judiciário - *grifo nosso*) em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas".

5. A desejada efetividade constitucional

As inferências relativas ao universo da *segurança pública*, individuais ou coletivas, no que diz respeito a suas fontes formas de manifestação, encontra em nossa história circunstâncias nas quais o Estado se mostrava o mais importante veículo de violação dos direitos do indivíduo.

De modo distinto, José Paulo Baltazar Júnior (2008, p. 21), afirma se mostrar

certo que os direitos fundamentais têm um caráter de resposta a situações de perigo ou agressão. Bem por isso a visão tradicional, dos direitos fundamentais, como mero direitos de defesa, está de acordo com o momento histórico de seu nascimento, no qual as ameaças provinham essencialmente, de fontes estatais, impondo-se a proteção do cidadão especialmente contra abusos praticados pelo Estado ou por seus agentes.

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provém exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. . . . passando a ostentar, a par do tradicional caráter subjetivo, também uma dimensão jurídico-objetiva, de princípios que influenciam a própria regulamentação da ordem jurídica como um todo e obrigam o Estado não apenas a se omitir, mas também a agir no sentido de sua concretização.

Corroborando a inclinação de Baltazar Júnior, Andreas J. Krell (2002, p. 78), posiciona-se no sentido de entender ser a compreensão jurídico-objetiva,

de fundamental importância para os *deveres* do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos Direitos Fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão.

Em outra esfera de apreciação, se percebem discretas as intervenções doutrinárias no sentido de bem e profundamente explorar as determinações e delimitações que dizem respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente, de índole constitucionalista Alemã, mas que, paulatinamente, ampliam seu campo de ingerência e repercussão, para assim, encontrar a postura de Alessandro Baratta (2004, p. 191 e 192), para quem

ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas.

No que concerne especificamente as questões que envolvem a atuação do Estado para as ações relacionadas à segurança pública, Norberto R. Tavosnanska infere que

la realidad nos muestra que el Estado interviene por medio de la prevención social, que no tiene como objetivo fundamental realizar su propio deber de prestación hacia los sujetos lesionados, sino que tiende a cumplir (mediante acciones preventivas no penales que se añaden a las represivas) el propio deber de protección (más específicamente, de prestación de protección) respecto de sujetos débiles considerados como transgresores potenciales.

A inspiração de Andreas J. Krell (2002, p. 102) nos conduz a compreender e ser estimulados a perceber que, "de qualquer maneira, não podemos admitir que os Direitos Fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos" e, mencionando Marcos A. Perez, que se mostre tão somente 'substrato de sonhos, letra morta, pretensão perenemente irrealizada (...)'.
'

Nestes termos, à cidadania está dirigida a responsabilidade de fazer com que os pactos estabelecidos através das constituições ganhem, verdadeiramente, efetividade e se perfectibilizem, a partir da alquimia que faça transformar os textos constitucionais em realidades de vida sensível, palpável.

6. Notas Finais

Os processos de democratização pelos quais passam os Estados Nacionais, do mesmo modo na América Latina, assentam suas bases normativas a partir de estrados constitucionais.

O tamanho, forma e intensidade da atuação estatal é uma das grandes questões ideológicas que permeia a sua formatação, locus onde se estabelecem discussões levadas a efeito por expressões que dizem respeito a uma política de esquerda ou direita, de estruturas (neo)liberais, socialistas, da influência de uma forte implicação de ordem capitalista.

Os direitos e garantias individuais / fundamentais, os direitos sociais, dentre outros, passam a ser considerados e avaliados a partir dos princípios construídos dentro de cada ambiente de soberania, não deixando de considerar as implicações e influências universais / internacionais.

É em tal ambiência e considerados estes fatores, que a *Segurança Pública* deve ser considerada, assim como outros de caráter particular de cada comunidade nacional, tais como, a constituição e índole de suas instituições afins, da qualidade legislativa, da aplicação da lei, da execução e prestação dos serviços relacionados, como é o caso das agências policiais, penitenciárias e outras que possuam um estreito vínculo com este campo de responsabilidade do Estado, resquíio do que entendemos por *contrato social* russoniano e da superação da prevalência da vingança privada.

Assim, as constituições estruturam os Estados, fixam as bases normativas e princípios que se mostram verdadeiros pactos sociais e, nesta ambiência, é que a *Segurança Pública* exsurge como um *Direito Fundamental*, o qual, não se mostra inscrição sem sentido, mas que merece ser implementada de maneira efetiva e eficaz, objetivando alcançar a o necessário estado de ordem a paz sociais para um adequado desenvolvimento da cidadania, levando em conta tanto o indivíduo em si mesmo considerado, como o ambiente coletivo.

A atuação do *Direito Penal* e *Processual Penal*, participam para a consagração ou não de ambientes sociais equilibrados e saudáveis.

Superar as vicissitudes e consagrar seus méritos é o desafio que se inter põem.

Desse modo, ao *processo penal* caberá, por exemplo, o cuidado e zelo em fazer operar as garantias do *Estado de Direito* estabelecidas, fixadas em princípios como o *devido processo legal*, da *legalidade*, do *contraditório e ampla defesa*, do *equilíbrio entre as partes*, dentre outros, a fim de ser alcançada a mais efetiva *justiça*.

Não de modo diferente se mostra o papel do *Direito Penal*, ao qual, no caminho de seu aperfeiçoamento e adequação aos parâmetros constitucionais estabelecidos, terá a incumbência de superar acusações que dizem de ser *seletivo* na escolha dos tipos penais que estabelece e dos sujeitos e estrados sociais que busca *alcançar* com sua *grande mão*, permitindo a criação de outras e inúmeras manifestações que a ele, direito penal, são dirigidas, dentre as quais de se mostrar verdadeiro carrasco, fundamentalmente por se mostrar dirigido aos menos abastados, ao pobres verdadeiramente, cunhando a máxima na qual se diz que, *la Justicia es una serpiente que muerde a los que andan*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

descalzos. De se estabelecer como verdadeiro carrasco ao aplicar e executar suas penas, dentre outras.

O sentido é dar efetividade e VIDA às garantias fixados pelos pactos normativos conquistados historicamente. Com a palavra, a cidadania.

7. Referências

ADORNO, Sérgio. *Programa Complicações* - Jornalista Mônica Teixeira – UNIVESP TV. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=GiInnwNiZ0o>. Acesso em: 02 Nov 12.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Direito à segurança e dever de proteção de direitos fundamentais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre: Ago / Set, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Trad. Carmem C. Varrile et al). *Dicionário de Política*. 12. ed. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Argentina: editora IBdeF, 2004, p. 191-192.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7ª ed. – 7ª reimp. Edições Almedina: Coimbra, Portugal, 2003.

CARBIA, Héctor e SANIEZ, Luis. *Manual de Seguridad sin recursos*. Colección Seguridad y Defensa. Buenos Aires, Argentina: 2a edición, 2005.

CHEVES, Raúl Marcelo. *El modelo policial hegemónico em América Latina*. 1ª ed. – Buenos Aires: Universidad, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador). Participantes: Agostinho Ramalho Marques Neto ... (et al.) *CANOTILHO e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DOBROWOLSKI, Silvio. A expansão do Poder no Estado Social. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.86, p.105-124, abr./jun., 1985.

DUSSEL, Enrique. *ÉTICA da libertação* - na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1a ed. italiana, Norberto Bobbio. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Raúl Gustavo. *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*. Prefácio de Paulo Bonavides; tradução: Carolina Machado Cyrillo da Silva e David Leal da Silva. – Porto Alegre: Linus, 2012.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. - Campinas: Russell Editores, 3ª ed., 2009.

FLORES, Joaquim H. e RAFAEL R. Prieto. Hacia la nueva Ciudadania. *Crítica jurídica* – revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Curitiba, Paraná; Santa Úrsula Xitla – Tlalpan, México: Idealgraf Editora, n. 17, p. 302-303. (Publicação conjunta de Crítica jurídica A. C. (México), da Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha e da Faculdades de Direito do Brasil).

GRECO, Rogério. *Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HERKENHOFF, João Batista. Matéria não assinada. Disponível em: www.dhnet.org.br/inedex.htm. Acesso em: 10 Ago 03.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

KONRAD, Hesse. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

L'HEUILLET, Hélène. *Alta Polícia, Baixa Política: uma visão sobre a Polícia e a relação com o Poder*. Lisboa: Editorial notícias, 2004.

LIMA, Renato S. de e PAULA, Lianda de (organizadores). *Segurança Pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

MARIANO, Mariano D. e FREITAS, Isabel (organizadores). *Polícia: desafio da democracia brasileira*. Porto Alegre: Corag, 2002.

MENDES, Jussara M. R., CONSUL, Júlio C. Dal Paz e FRAGA, Cristina K (organizadores). *A (in)visibilidade da Segurança Pública: risco no trabalho, formação e políticas*. Porto Alegre: 2005.

MORAES, Bismael B. *A Polícia à luz do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

PALMIERI, Gustavo e outros. *Segurança cidadã e polícia na democracia*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2003.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *DERECHOS HUMANOS: una introducción a su naturaleza y a su historia* - 1ª ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.

RAFFIN, Marcelo. *La experiencia del horror*. Subjetividad y derechos humanos em las dictaduras y posdictaduras del Cone Sur. 1ª Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: Policiamento e Segurança Pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos y Democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica. *Crítica jurídica* – revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Curitiba, Paraná; Santa Úrsula Xitla – Tlalpan, México: Idealgraf Editora, n. 17, p. 277-300, 2000. (Publicação conjunta de Crítica jurídica A.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

C. (México), da Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha e da Faculdades de Direito do Brasil).

SAIN, Marcelo Fabián. *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

SHEARING, Clifford y WOOD, Jennifer. *Pensar la Seguridad*. Barcelona, Espanha: Gedisa editorial, 2011.

SILVA, Jorge da. *Segurança Pública e Política: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVEIRA, José Luiz G. da. *Gestão do conhecimento para segurança pública e defesa do cidadão*. Florianópolis: Dobra editora Jurídica, 2005.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

_____. *Meu casaco de General: quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUSA, António Francisco. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVOSNANSKA, Norberto R. *Seguridad y política criminal* - 1ª ed. - Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Entrevista. *Consultor Jurídico*. Rio de Janeiro, 2009.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>. Acesso em: 04 Abr 2012.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição, junho de 2007.

_____. *La palabra de los muertos*. Conferências de criminologia cautelar – 1ª EDI. 1ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

_____. Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. *Manual de Derecho Penal*. 2ª ed. – 6ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

_____. Pánel: Los problemas penales del sur (y el pluralismo cultural). *II Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional de la Matanza. 2013. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com.br/2013/12/zaffaroni-la-pena-es-en-esencia-venganza.html?spref=tw>. Acesso em: 24 dez 2013.

SEGURANÇA PÚBLICA: O PAPEL DOS AGENTES E INSTITUIÇÕES POLICIAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

André Roberto Ruver

Aluno regular dos cursos para do Doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito do Estado. Professor da Universidade de Caxias do Sul.

Glenda Biotto

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1996), especializada em Direito Público, pela Universidade Luterana do Brasil (1999) e mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2001). Advogada. Professora da Universidade de Caxias do Sul.

RESUMO

Reflexiona o artigo fundamentalmente sobre a temática da Segurança Pública, a partir de considerá-lo como sendo um Direito Fundamental (Humano) de natureza complexa, buscando estabelecer relações entre o papel e finalidade das instituições policiais e seus agentes enquanto organismos estatais diretamente implicados, tendo como parâmetro de atuação o Estado Democrático de Direito, a fim de alcançar à cidadania a devida projeção prática, ou seja, no conjunto com outros elementos relacionais, que se mostre eficaz.

Palavras-chave: Segurança Pública; Instituições Policiais; Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito; Eficácia constitucional.

Sumário: 1. Reflexões introdutórias. 2. O papel cidadão e democrático dos policiais. 3. Direitos Humanos - Direito dos bandidos? 4. Implicações do político e o amparo constitucional. 5. Apreciações finais.

1. Reflexões introdutórias

As instituições exercem e representam um significativo papel para toda e qualquer sociedade. Assim e do mesmo modo, as instituições policiais, surgidas fundamentalmente a partir da modernidade, possuem e realizam relevantes atividades e serviços com objetivos próprios dos fundamentos, fins e motivos que justificaram a sua criação.

Infelizmente, e desde já se deixa claro, dado a natureza objetiva deste ensaio, que sempre esteve e ainda se encontram atreladas e exercendo ações que estão vinculadas aos grupos hegemônicos que exercem o poder, o que se realiza de maneira explícita ou implicitamente.

Traçando um paralelo e atuando reflexivamente sobre o que disse Muñoz Conde na Universidad de Salamanca ao ser investido como Doutor Honoris causa quando, ao tratar sobre reformas do código penal espanhol, menciona as dificuldades materiais do Poder Judiciário para aplicação da lei, levando em conta o grande número de processos, a falta de juízes e outras estruturas e, salientando a grande interferência do político na administração da justiça, com a colaboração da mídia, no sentido de, no seu exercício, amenizar ou ocultar a responsabilidade daqueles que lhe são afins e exagerar quando se

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

trata de pessoas com ideologias e partidos contrários, aqui também poderíamos aduzir os marginalizados de toda ordem e aqueles percebidos até como inimigos sociais, donde se extrai a expressão *direito penal do inimigo*.

O paralelo que se quer fazer salientar, diz respeito exatamente ao nível de influência que sofrem as instituições policiais por estarem diretamente e administrativamente subjugadas ao poder e projeto político que toma o Estado, se institui como governo, podendo assim, exercer com maior ênfase e força, às suas influências, pela natural vinculação que se estabelece enquanto executivo, elegendo para os cargos de chefia àqueles que se mostram partidários da ideologia governamental instalada.

Assim, deixam no mais das vezes as instituições de polícia, de possuir a necessária isonomia e capacidade de isenção para levar a efeito às suas funções e missões para as quais é estruturada.

Estas funções, hoje, estão demarcadas pelo que adotamos modernamente como Estado Democrático de Direito, ou seja, não se prestam ou deveriam prestar a servir de instrumento de manutenção do poder, de interesses partidários ou de grupos hegemônicos, mas sim de se voltar única e exclusivamente para ser instrumento de pacificação social, estando ao par e ao lado da cidadania no sentido de preservar os valores que estão conforme, atrelados e em sintonia com o que seja tão somente do Direito Fundamental à Segurança Pública, nada mais.

Deixam de ter os órgãos de polícia, a conotação e atenção voltada para os interesses do Estado e, neste sentido, para a se traduzir e ser orientada a partir de seus objetivos e princípios, para o fim de atender aos anseios da comunidade a que serve, tal qual pode se observar, por exemplo, da inspiração que nos é trazida pela filosofia da Polícia Comunitária, aquela que está próxima da sociedade a que presta seus serviços, que trabalha no sentido de pacificá-la, de criar ambientes seguros e de paz.

Nestes termos, os investimentos devem ter o tamanho da necessidade da prestação de um serviço eficaz, a fim de atender os próprios fundamentos constitucionais, aliados a todo um conjunto de influências que colaboram para a existência dos quadros de criminalidade, ou seja, investimentos em outros ambientes sociais como a educação, lazer, saúde, saneamento básico, habitação, dentre outros.

Dentre os "investimentos" que devem ser direcionados às instituições policiais, que não se mostram tão somente de natureza patrimonial, está o de uma reforma estrutural e porque não dizer moral, a fim de não mais protagonizarmos eventos herdados inclusive em boa parte de estados e regimes autoritários, nos quais estas forças e organizações eram um forte meio para instrumentalizar e se manter no poder tratando seus opositores como inimigos do regime institucionalizado.

Para o debate sobre Segurança Pública, na qualidade de Direito Fundamental, muitas seriam as instâncias e campos de atuação do conhecimento que seriam chamadas a atuar, tais como das próprias ciências penais, neste quadro a criminologia teria um significativo papel de relevância, a política criminal, as instâncias da sociologia, levando em conta instituições como a família e a escola, a atuação e responsabilidade do universo político, enfim, estabelecer um debate plural, uma vez que a complexidade do tema e pluralidade de atores que compõem o cenário de variáveis que emprestam influência para a constituição, ou não, de quadros relacionados à segurança cidadã.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Tal direcionamento, poderá nos impulsionar para a busca de superação de atuações de grupos de agentes policiais, por vezes institucionalizando comportamentos, os quais nos conduziram a ver a atividade caracterizada como verdadeiro *sistema penal subterrâneo*, aludido por Rafecas, de difícil controle, segundo concepções de Zaffaroni, sendo necessário, desse modo, rediscutir tais papéis para um encontro com uma verdadeira identidade, não de subserviência a quem quer que seja, mas que encontre na sociedade e seus valores, o seu campo de justa e legítima atuação.

2. O Papel cidadão e democrático dos Polícias

É a partir da perspectiva enunciada que podemos nos aliar a Ricardo B. Balestrieri (2003, p. 24), representante da Anistia Internacional, o qual atribui uma dimensão pedagógica para o agir policial que, juntamente com pais, professores e especialistas em educação, inclui-se no rol profissões com caráter pedagógico, tal como outras com autoridade suficiente para influir na formação da opinião pública, dentre elas, exemplificativamente, os médicos, advogados e jornalistas, repensando assim o agente educacional de forma mais incluyente.

O policial, assim, à luz desses paradigmas educacionais mais abrangentes, é um pleno e legítimo educador. Essa dimensão é inabdicável e reveste de profunda nobreza a função policial, quando conscientemente explicitada através de comportamentos e atitudes.

Traçando paralelo com o tipo de policial dos anos de chumbo do Brasil, Carlos Alceu Machado (2001, 45 a 47), sustenta que

o agente de segurança pública é, contudo um cidadão qualificado. Sendo a autoridade mais comumente encontrada, tem a missão de ser uma espécie de porta voz popular do conjunto de autoridades das diversas áreas do poder. [...] o impacto sobre a vida dos indivíduos e comunidades exercido por esse cidadão qualificado, é sempre um impacto extremamente e simbolicamente referencial para o bem ou mal-estar da sociedade. O reconhecimento da dimensão pedagógica do policial é seguramente o caminho mais rápido e eficaz para a reconquista da abalada autoestima policial. [...] Resgatar o pedagogo que há em cada policial é permitir a ressignificação da importância social da polícia, com consequente consciência da nobreza e da dignidade da função.

Alude Spencer, citado por Darcy Azambuja (1980, p. 133), a que “mesmo resumindo a função do Estado ao mínimo – manter a ordem e administrar justiça – já essa tarefa é tão árdua e difícil na sociedade moderna, e é tão limitada a capacidade humana, que os governantes não se saem dela muito airosos”. De outro modo, Azambuja, fazendo menção ao aumento da criminalidade, diz que

o número e a ferocidade dos crimes vão aumentando, os vagabundos e ladrões campeiam, a vida e a propriedade dos indivíduos veem-se frequentemente ameaçadas sob os próprios olhos da autoridade – *apesar do formidável aparelhamento de repressão e da inegável competência e dedicação da maioria dos funcionários encarregados da vigilância e da punição* [grifo nosso].

Ao prefaciар a obra *Polícia e Política* de Martha Huggins, Paulo Sérgio Pinheiro salienta a necessidade de um caráter de isenção por parte do agir das instituições policiais, proferindo que

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A polícia, como nós hoje conhecemos, surge ao mesmo tempo que o estado moderno, no final do século XIX na Grã-Bretanha, e logo depois em toda a Europa. A polícia, como operadora do monopólio da violência física legítima do Estado, sempre tentará aparecer como neutra com respeito às políticas de governo. Mas como nenhuma forma de estado, apesar da necessidade de situar-se acima das classes e como expressão da vontade coletiva, conseguirá desprender-se da estrutura de classes que determina o bloco no poder, a polícia quase sempre atuará como reforço da estrutura de poder existente. Quando a polícia for parte da política externa, sua presença também será neutra e será determinada pelo campo de forças na comunidade internacional.(HUGGINS, 1998, apud PINHEIRO, em prefácio).

Na expressão de Marcos Rolin, contemporaneamente se almeja das instituições policiais, ser traduzida como uma organização a serviço da cidadania, corporificadas nos seus procedimentos ‘cotidianos, de métodos de ação, conteúdos e objetivos orientados para a salvaguarda dos direitos humanos’.

Desse modo, não se trata, de somente “respeitar os direitos humanos”, ‘porque tal construção pressupõe que a polícia tenha outra atividade a desempenhar que não, precisamente, a de proteger aqueles direitos. *O respeito aos direitos humanos não é algo que se possa agregar à função policial.* Antes disso, *trata-se da própria substância da ação policial fazer respeitar os direitos humanos* [grifo nosso]. Ou a polícia serve para isso ou não se deve esperar dela qualquer resultado efetivo quanto à segurança pública.’

Faz o autor referência à tendente visualização do trato e temas concernentes à segurança pública, como responsabilidade única das polícias o enfrentamento e soluções dos problemas da violência ou avanço da criminalidade. ‘Talvez não se possa cometer injustiça maior contra as polícias quando se exige esse resultado. Ocorre, como bem sabem tantos policiais, que as causas geradoras de um ou outro fenômeno – violência ou criminalidade – não podem ser enfrentadas e muito menos superadas a partir daquilo que tenho denominado a “hipótese repressiva”’.

Entende Rolin, a contrário senso, que as polícias devem ser tomadas ‘como elementos imprescindíveis na execução de uma política de segurança pública’. Sublinha, no entanto, que não haverá avanços significativos ‘na busca por políticas públicas de segurança exitosas na ausência de qualquer compromisso do Estado nas demais áreas de sua atuação e responsabilidades. O desafio mais importante parece estar localizado nas possibilidades de prevenção quando o conjunto das ações do Estado é dirigido, racionalmente, para o combate às condições produtoras da violência e indutoras da opção criminosa’.

A partir de tal abordagem, retoma o pensamento que pode ser considerado vigorante no imaginário social, no qual, é sempre reforçada a ideia de que ‘é preciso reforçar nossas polícias, é preciso investir em novos equipamentos, comprar mais viaturas, adquirir mais armamento, etc’. Tais condições, no entanto, se mostram fundamentais, mas que, por si só, não se mostram capazes de dar conta das missões confiadas às polícias, mas que são imaginadas como possíveis pelo cidadão, além de tais investimentos, muitos outros fatores devem ser agregados para um franco enfrentamento da problemática.

Dentre tais fatores, por exemplo, está a afirmação de Rolim ao mencionar que ‘assistimos, atualmente, a um processo de ideologização crescente do debate em torno

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

da segurança pública no Brasil [grifo nosso], temática que ressurge e sempre que há alternância no poder, corroborando a influência perniciosa da partidarização de instituições que deveriam ter um caráter isonômico no trato de suas funções.

A título de ilustração, mas pertinente por se tratar de alusão ao comportamento visto ou exigido dos policiais, vale citar a manifestação de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1992, p. 463 e 464), para quem,

(...) está na base da **ambivalência** da sociedade em relação à polícia e do **isolamento** da polícia em relação à comunidade. A comunidade tem uma imagem contraditória da polícia e um quadro de expectativas irreconciliáveis. Por um lado, projeta-o como super-herói na luta contra o crime; por outro lado, e inversamente, como assistente solícito que acorre a quem reclama auxílio. Para satisfazer todas estas expectativas seria necessário, como expressivamente escreve VOLLMER – ex-polícia e estudioso do tema – que o polícia tivesse simultaneamente “a sabedoria de Salomão, a coragem de David, a paciência de Jó, a liderança de Moisés, a delicadeza do Bom Samaritano, a estratégia de Alexandre, a fé de Daniel, a diplomacia de Lincoln, a tolerância do Carpinteiro de Nazaré e, por último um conhecimento aturado (sic) de todos os ramos das ciências naturais, biológicas e sociais”. Só que impossibilitado de atingir, em qualquer plano, ideais tão exigentes, o polícia acaba por ser necessariamente perdedor”.

Este quase *super-homem*, não se faz surgir de nenhum lugar que não seja da própria sociedade em que vive e convive, nestes termos, o que se mostra necessário é alcançar a tais profissionais, as condições necessárias de formação e instrumentos a fim de buscar alcançar os objetivos para os quais as instituições policiais devem existir, ou seja, os propósitos traçados desde as cartas constitucionais, no caso do Estado Moderno (pós-moderno), estar ao lado das aspirações da sociedade para a qual presta seus serviços, a almejada excelência de tais serviços, patrocinando espaços e paz e ordem sociais condizentes com as expectativas da cidadania.

Benedito Domingos Mariano, ao referir-se sobre a criação de uma polícia democrática, cita o Professor Roberto Aguiar, ex-Secretário as Segurança Pública do distrito Federal, dizendo bem definir os parâmetros da polícia da democracia:

A segurança pública só tem sentido se operar dentro da estrita legalidade democrática, respeitando os direitos dos cidadãos, implementando os direitos humanos em suas práticas, formação e treinamento. As ações policiais têm de respeitar as diferenças de gênero, orientações sexuais, classes, idades, pensamentos, crenças ou etnias e combater a violência, não somente por via de ações específicas de segurança, em todas as suas formas, mas, principalmente, por vias de Políticas Públicas que atendam demandas por habitação, saúde, educação e justiça, pois segurança, antes de tudo, é a possibilidade de se garantir condições de melhoria na qualidade de vida.

O direcionamento de esforços para a construção de uma **POLÍCIA DEMOCRÁTICA**, permeia setores dos órgãos de polícia preocupados com a excelência na prestação de seus serviços. É o que se extrai da avaliação do Delegado de Polícia José Antônio de Araújo (2002, p. 77), ao concluir manifestação sobre o tema *Polícia Democrática*, ao referir,

[...] somos todos iguais, tenhamos a ocupação, o cargo, a profissão, a deficiência, o compromisso, o credo, a raça, o sexo, a renda que tenhamos porque, antes de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

mais nada, somos seres humanos e uma democracia deve acolher todas as diversidades. Neste contexto emerge o conceito de polícia comunitária, norteador do planejamento da segurança pública nos países ocidentais. Com este interesse, ultrapassamos a busca da eficiência necessária à prestação de serviços de proteção ao cidadão e tornamos possível à comunidade fiscalizar o agir policial, numa simbiose que resulta em confiança, qualidade, redução de índices criminais e aprimoramento da segurança – o que, se presume, é objetivo de qualquer polícia em envolvimento e desenvolvimento com a sociedade.

Como reforço de sua inclinação, Araújo traz as lições de Christine Silverberg, Comandante da Polícia de Calgary, Alberta, Canadá:

Sendo os provedores do serviço policial nas sociedades democráticas, nós devemos tratar os cidadãos como iguais, independentemente de sua classe, do seu “status” social e de quaisquer outras características, e temos a obrigação de assumir um papel de liderança em assegurar proteção equitativa para todos, sem controles ou condições. A polícia democrática defende e protege os direitos humanos, opera de acordo com altos padrões éticos e procura, continuamente, maneiras de melhorar a qualidade de vida daqueles a quem serve. Junto com os membros de nossa comunidade, podemos tratar as questões relacionadas ao crime e à desordem, tentando resolvê-las, e podemos encarar os desafios inerentes à criação de uma sociedade civil.

Para fortalecer e dar um caráter universal ao direcionamento dado aos investimentos institucionais das polícias no campo dos Direitos Humanos, reflete o Capitão da Brigada Militar Sérgio Roberto de Abreu, em artigo intitulado ‘a Brigada Militar e a garantia dos Direitos Humanos’, posicionando-se de modo a levar em consideração ‘todo o espectro de direitos já consagrados’. Nele ‘a Polícia Militar, como instrumento do poder do estado, deve ordenar-se para atuar sob a égide dos valores do ser humano e das suas necessidades e assim efetivar, na prática, a dimensão teórica dos direitos humanos’.

Das suas conclusões, extraímos:

‘A questão central do debate sobre os direitos humanos não está em defini-lo como “direitos dos bandidos” ou “direitos das vítimas, nem tampouco, focalizar na violência policial. O debate é mais amplo e abrange todo o espectro de direitos já consagrados, mas que ainda não foram efetivados’.

...

‘A noção de direitos humanos está relacionada com a afirmação da dignidade da pessoa frente ao Estado. O Poder Público deve ser direcionado para atender o ser humano nas suas necessidades’.

...

A concepção almejada de polícia é a da polícia militar que atue sob a ótica dos direitos humanos, onde a cultura e os valores básicos de ser humano estejam sedimentadas em todas as práticas policiais’.

...

‘A cultura dos direitos humanos tem sido fortalecida na Brigada Militar, buscando-se orientar os procedimentos segundo os preceitos constitucionais’.

...

‘[...] O exercício da polícia ostensiva sob enfoque da polícia comunitária, a atuação preventiva e repressiva, o combate à degradação ao ambiente natural, o socorro público e outras missões que lhe são atinentes, demonstram que a Corporação atende desde os direitos individuais até os de última geração’.

...

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

‘A segurança pública é direito do cidadão, mas, também, é responsabilidade de todos. A satisfação deste direito decorre da plena integração da comunidade com a Brigada Militar’.

...

‘O principal compromisso da Brigada Militar para garantir o direito à segurança pública é o de ser atuante e eficaz nas suas ações respeitando a lei e os direitos humanos’.

...

‘A violação de direitos por algum policial militar, manifestada por sob qualquer forma, solapa toda a Corporação. Uma ação policial distorcida não é vista como individual ou como excepcional, pelo contrário, são refletidas para toda a Brigada Militar, em todos os cantos do Estado’.

...

‘Uma questão importante sobre a responsabilidade da Brigada Militar é que, através de sua atuação junto à comunidade, torna efetiva, na prática, a dimensão teórica dos direitos humanos, pois, o direito à vida, à liberdade e à segurança, não tem significado se não existirem na realidade de cada dia dos policiais militares e dos cidadãos’.

Finaliza seu texto expressando que ‘o texto constitucional definiu uma concepção de polícia. Qual seja: uma polícia militar que tenha por fundamento a dignidade da pessoa humana e esteja voltada para a cidadania, num estado Democrático de Direito. Portanto, uma polícia garantidora dos direitos humanos de seus cidadãos’.

Das manifestações colhidas, infere-se relevância da participação dos órgãos policiais na sedimentação e preservação de um ambiente democrático, corroboradas por Paulo Bonavides (Do estado Liberal ..., 2001, p.139 e 140) ao afirmar que a *sobrevivência da democracia* está ligada

ao êxito de uma teoria política que afirme e reconcilie a ideia dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção do poder estatal na esfera econômica e cultural, com a ideia não menos justa do individualismo, que pede a **segurança** [grifo nosso] e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, sem os quais esta se deformaria e definharia, como fonte que se deve sempre conservar de iniciativas úteis, livres e fecundas.

Tais Postulados para a inserção dos Direitos Humanos nas atividades de Polícia, passam assim, e também, por uma postura de atuação que privilegie o caráter pedagógico de que se reveste a função policial, inseriram-se diretrizes de comportamento que devem estar revestidos os profissionais da área da segurança pública no desempenho de suas missões, quase todas de caráter doutrinário, principiológicas e revestidas de propostas para uma (re)educação comportamental.

3. Direitos Humanos – Defesa de bandidos?

É interpretação bastante recorrente no meio policial, por parte dos seus integrantes, assim como em outros meios, a compreensão de que, como observa Rosa Gross de Almeida (2001, p. 21) representante da diretora da Anistia Internacional: ‘direitos humanos é coisa para proteger bandido’, comentário que ouve regularmente no desempenho de suas atividades, sobre tal modo de perceber as políticas de proteção aos direitos humanos, assume o que chama de ‘mea culpa’ por parte das ONGs, deixando presumir que possam dar causa: o trabalho não conveniente para desfazer tal imagem;

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ou, a atenção realmente está ou estava voltada prioritariamente para as ações das atividades de polícia, diga-se, esta é a impressão que realmente é passada.

É possível que o trabalho que relata estar sendo desenvolvido, possa colaborar para restabelecer o verdadeiro sentido que possuem os *Direitos Humanos*, pois está focado na perspectiva da prevenção, com educação, direitos humanos e cidadania, direcionado ‘basicamente a policiais, civis, militares e federais, e a educadores, formais e informais’.

As demonstrações de uma visão estreita, limitada do que seja a dimensão representativa dos Direitos Humanos, são repetidas cotidianamente, ou, elas podem significar uma espécie de desafio emocional por parte daqueles que foram violados em seus direitos.

Neste sentido, emblemática e significativa se mostra a manifestação da Juíza, viúva do também Juiz-corregedor de Presidente Prudente, assassinado por motivos relacionados a sua função. Ao ser perguntada sobre a pena de morte, diz Cristina: “Pena de morte o que fizeram com ele. Ninguém dos ‘direitos humanos’ bateu na minha porta, nenhum telefonema. Os valores estão invertidos”. O fato chama a atenção e fala muito, principalmente pela qualidade de quem diz, refletindo o sentimento que paira sobre a atuação de grupos ligados a defesa dos direitos humanos, como dito, ainda que não reflita com inteireza o seu campo de atuação.

Esclarecendo sobre a abordagem que faz parecer dar-se ênfase à proteção ‘dos bandidos’ nas atividades dos direitos humanos, Ricardo B. Balestreri (2003, p. 90), na tentativa caracterizar a Anistia Internacional, diz “o que não é a Anistia” com o seguinte exemplo:

quero dizer muito objetivamente que a Anistia não defende para a criminalidade qualquer forma de impunidade. Ao contrário, sabemos que a impunidade só pode gerar o caos social. Assim, não devemos ser confundidos com ‘defensores de bandidos’. Não acobertamos nem consentimos nenhum tipo de transgressão criminosa, até por sermos uma organização de perfil pacifista.

A questão está posta e, possivelmente, esclarecida, resta o empenho para a desmistificação.

4. Implicações do político e o amparo constitucional

Dar vida aos serviços de Segurança Pública está relacionado a profissão de caráter público que obedece a determinados padrões sustentados por formação de natureza técnico-científica, exigência que se faz fundamentalmente através de concursos especialmente instrumentalizados e destinados aos agentes de polícia, observando-se os níveis adequados para cada função e sua respectiva responsabilidade, seja no campo da prevenção e repressão, persecução criminal de toda ordem ou execução da pena.

As referências todas que se fazem presente e dizem respeito aos quadros e temática, demonstraram o caráter de complexidade que envolve o falar sobre *segurança pública* e assim a *prevenção de delitos*, mas, necessário que se diga da expressão relevante que deve ser destinada a atuação, efetividade e eficiência das tarefas do *político*, neste caminho, nos servimos do pesquisador de questões da violência e criminalidade e sociólogo Sérgio Adorno (2012, Entrevista ao Programa Complicações - UNIVESP TV) ao falar sobre implicações relacionadas a segurança pública e, mais especificamente,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sobre aspectos relacionados ao consumo e tráfico de drogas, empresta sua experiência ao se posicionar no sentido de dizer, que se tratar de um cenário de clara influência de múltiplos autores,

em que você precisa ter, portanto, um poder, político, que e ai estou falando não só no governo do estado, quanto o governo federal, mas estou falando também da classe política, dos órgãos do legislativo, estou falando também no poder judiciário, porque envolve também os operadores dos sistemas de justiça, o problema dos policiais, mas estou falando também, da sociedade civil organizada, estou falando da universidade, ... teria que por todos estes atores a mesa, e ver como é que a gente poderia, pensar o que fazer para agora, o que fazer a médio prazo e longo prazo, com custos e benefícios para todos, tá certo, é uma tarefa POLÍTICA (grifo nosso), sem essa tarefa política, nós vamos continuar reprimindo aqui, reprimindo ali [...]

Não só diz e atribui responsabilidade ao Poder Executivo através de suas políticas destinadas a cumprir direitos sociais, Andreas J. Krell (2002, p. 99 a 102) justifica a sua vinculação aos mandamentos constitucionais e, neste sentido, da necessidade de uma efetiva atuação do judiciário, se socorrendo de Konder Comparato, para quem, "a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", referindo-se, como dissemos, a cumprir, "uma função governamental planejadora e implementadora", decisiva "para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços, no caso, de *segurança pública*."

Ao se mencionar a *função governamental planejadora e implementadora*, está se dizendo direta e indiretamente, da sua responsabilidade de bem estruturar seus órgãos e agentes policiais com as condições materiais e de formação para dar conta de suas responsabilidades constitucionais.

Para o mesmo desiderato, entende ao Poder Judiciário cabe "tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos".

Em tratando sobre o Controle Judicial das Políticas Públicas e dos Orçamentos Estatais, Krell diz ser "necessária uma mescla do sistema legalista brasileiro" e, apoiado na postura de Perez e Cappelletti, "com ingredientes do juízo discricionário da *equidade*, para transformar o Terceiro Poder (no caso, o Judiciário - *grifo nosso*) em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas".

As inferências relativas ao universo da *segurança pública*, individuais ou coletivas, no que tange às suas fontes e formas de manifestação, encontram em nossa história, de onde a América Latina serve de bom exemplo, circunstâncias nas quais o Estado se mostrava o mais importante veículo de violação dos direitos do indivíduo, conforme já dito e sabido, a partir da utilização dos órgãos policiais como instituições de repressão, práticas que marcaram os períodos de autoritarismos.

Avaliza tal assertiva, José Paulo Baltazar Júnior (2008, p. 21), afirmando se mostrar

certo que os direitos fundamentais têm um caráter de resposta a situações de perigo ou agressão. Bem por isso a visão tradicional, dos direitos fundamentais, como mero direitos de defesa, está de acordo com o momento histórico de seu nascimento, no qual as ameaças provinham essencialmente, de fontes estatais, impondo-se a proteção do cidadão especialmente contra abusos praticados pelo Estado ou por seus agentes.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa, passando a ostentar, a par do tradicional caráter subjetivo, também uma dimensão jurídico-objetiva, de princípios que influenciam a própria regulamentação da ordem jurídica como um todo e obrigam o Estado não apenas a se omitir, mas também a agir no sentido de sua concretização.

Corroborando a inclinação de Baltazar Júnior, Andreas J. Krell (2002, p. 78), posiciona-se no sentido de entender ser a compreensão jurídico-objetiva,

de fundamental importância para os *deveres* do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos Direitos Fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão.

Em outra esfera de apreciação, se percebem discretas as intervenções doutrinárias no sentido de bem e profundamente explorar as determinações e delimitações que dizem respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente, de índole constitucionalista Alemã, mas que, paulatinamente, ampliam seu campo de ingerência e repercussão, para assim, encontrar a postura de Alessandro Baratta (2004, p. 191 e 192), para quem

ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas.

No que concerne especificamente as questões que envolvem a atuação do Estado para as ações relacionadas à segurança pública, Norberto R. Tavosnanska infere que

la realidad nos muestra que el Estado interviene por medio de la prevención social, que no tiene como objetivo fundamental realizar su propio deber de prestación hacia los sujetos lesionados, sino que tiende a cumplir (mediante acciones preventivas no penales que se añaden a las represivas) el propio deber de protección (más específicamente, de prestación de protección) respecto de sujetos débiles considerados como transgresores potenciales.

A inspiração de Andreas J. Krell (2002, p. 102) nos conduz a compreender e ser estimulados a perceber que, "de qualquer maneira, não podemos admitir que os Direitos Fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos" e, mencionando Marcos A. Perez, que se mostre tão somente 'substrato de sonhos, letra morta, pretensão perenemente irrealizada (...)'.
'

5. Apreciações finais

Estamos diante de uma discussão e problemática que possui um contexto de razoável complexidade, a qual se estabelece desde a própria estruturação ideológica de um Estado soberano, das influências que resultam da sua própria criação, nestes termos, das forças hegemônicas que contribuíram para o seu surgimento e dos fatores de influência deste quadro resultante. Assim, sensível são as demonstrações das implicações que envolvem a construção das concepções de liberdade caracterizadas pelo (neo)liberalismo, dos fatores que resultam das forte penetração dos interesses capitalistas.

Neste grande cenário onde se discute e se vive climas e fatores de (in)segurança, as instituições policiais e seus agentes atuam como uma espécie de *baixo clero*, uma vez que estão diretamente subordinadas ao poder de mando daqueles que exercem o poder, sendo inclusive em muitas oportunidades, utilizadas como instrumento de consagração deste poder de mando e sua manutenção, tal qual aconteceu nesta passagem história dos períodos de autoritarismos vividos pela América Latina e outros Estados da comunidade internacional, ontem e hoje.

Ao tratar sobre a temática da *Segurança*, enfocando seus mais diversos aspectos, ao tratar especificamente sobre às polícias, o filósofo Giorgio Agamben (2014, sem paginação) passa por diversas indagações, posturas e proposituras, chamando a atenção, para a impossibilidade de definição do papel da polícia entre os próceres que, durante ainda na Revolução Francesa, buscavam legislar acerca de sua estruturação legal, deixaram de fixar tal definição, mostrando assim que

o lugar da polícia é impossível de ser decidido, e deve continuar assim, pois se estivesse inteiramente absorvida pela justiça a polícia não poderia mais existir. É a famosa “margem de apreciação” que ainda hoje caracteriza a atividade do agente de polícia: em relação à situação concreta que ameaça a segurança pública, ele age com soberania. Fazendo assim, não decide nem prepara – como se diz erroneamente – a decisão do juiz: toda decisão implica causas e a polícia intervém sobre os efeitos, isto é, sobre algo que não pode ser decidido.

Perpassa identificações que remontam ao século XVII onde si utilizava a expressão 'razão de estado', para outra da modernidade atrelada a 'razões de segurança', considerando que a definição de polícia esteja então constituída como um "buraco negro" na doutrina do direito público, o que faz ao analisar a própria genealogia do termo *politeia* e, no confronto com apreciação de direito externo e interno, compreende a partir de Von Justi que *Polizei* é "a relação de um Estado consigo mesmo: 'A polícia é a relação de força de um estado consigo mesmo', ao contrário de *Politik* se tratar da "relação de um Estado com os outros", o que fez ao trabalhar a história de *politeia* a partir de sua etimologia.

Como se percebe, estamos diante de desafios epistemológicos e práticos consideravelmente significativos, diante da necessidade de reformulações nos conceitos que envolvem os objetivos e princípios de tais instituições, assim como suas estruturas organizacionais, em se tratando de buscar dar vida aos pactos estabelecidos pelos sistemas constitucionais, enquanto estruturas fundantes de um Estado Democrático de Direito, deverão tais instituições e agentes policiais, atuar de modo a agirem conforme

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

as diretrizes estabelecidas pelas sociedades a que servem, buscando se encontrar com a sua justa e adequada finalidade.

6. Referências

ABREU, Sérgio Roberto de, e outros. *A atuação da Brigada Militar e o respeito aos Direitos Humanos* (Monografia de curso de aperfeiçoamento de Oficiais – APM). Porto Alegre: 1997.

ADORNO, Sérgio. Programa Complicações - Jornalista Mônica Teixeira - UNIVESP TV. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=GiInnwNiZ0o>. Acesso em: 02 Nov 12.

AGAMBEN, Giorgio. Uma cidadania reduzida a dados biométricos. Como a obsessão por segurança muda a democracia. *Editorial Le Monde diplomatique Brasil*. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>. Acesso em: 28 Jan 2014.

ALMEIDA, Rosa Gorss de. Justiça e segurança. In: 1º Ciclo de Conferências Regionais de justiça e Segurança, 21., 2001, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Secretaria de Justiça e Segurança, 2001.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. - 1a ed. 2a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ARAÚJO, José Antônio. Polícia Democrática. Polícia – desafio da democracia brasileira. *Coleção Estado e Sociedade*. Porto Alegre: Corag, 2002, p. 77.

ARIZA, Juanjo Medina. *Políticas y estrategias de PREVENCIÓN DEL DELITO Y SEGURIDAD CIUDADANA*. Edisofer S.L. (Espanha) - Editorial B de f (Montevideo - Buenos Aires) Impresso em Buenos Aires / Argentina: 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Globo, 1980.

BALESTERI, Ricardo B. *Direitos Humanos: Coisa de polícia*. Edições CAPEC, Gráfica Editora Berthier, Passo Fundo, RS, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Direito à segurança e dever de proteção de direitos fundamentais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre: Ago / Set, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Argentina: editora IBdeF, 2004, p. 191-192.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27a ed. atualizada. Malheiros Editores, São Paulo: 2012.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 148.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3ª edição - (edição do autor). Curitiba: 2012.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

_____. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2013.

_____. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARBIA, Héctor e SANIEZ, Luis. *Manual de Seguridad sin recursos*. Colección Seguridad y Defensa. Buenos Aires, Argentina: 2a edición, 2005.

CHEVES, Raúl Marcelo. *El modelo policial hegemónico em América Latina*. 1ª ed. – Buenos Aires: Universidad, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador). Participantes: Agostinho Ramalho Marques Neto ... (et al.) *CANOTILHO e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 463-464.

DOBROWOLSKI, Silvio. A expansão do Poder no Estado Social. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.86, p.105-124, abr./jun., 1985.

FERREIRA, Raúl Gustavo. *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*. Prefácio de Paulo Bonavides; tradução: Carolina Machado Cyrillo da Silva e David Leal da Silva. – Porto Alegre: Linus, 2012.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. - Campinas: Russell Editores, 3ª ed., 2009.

GRECO, Rogério. *Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUGGINS, Martha K.. *Polícia e Política - relações Estados Unidos / América Latina*. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

L'HEUILLET, Hélène. *Alta Polícia, Baixa Política: uma visão sobre a Polícia e a relação com o Poder*. Lisboa: Editorial notícias, 2004.

LIMA, Renato S. de e PAULA, Lianda de (organizadores). *Segurança Pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

MACHADO, Carlos Alceu. Justiça e Segurança. In: 1º Ciclo de Conferências regionais de Segurança Pública. Secretaria da Justiça e da Segurança Pública. 2001, Porto Alegre. *Anais ...* Porto Alegre, p. 45-48.

MARIANO, Benedito D. e FREITAS, Isabel (organizadores). *Polícia: desafio da democracia brasileira*. Porto Alegre: Corag, 2002.

MENDES, Jussara M. R., CONSUL, Júlio C. Dal Paz e FRAGA, Cristina K (organizadores). *A (in)visibilidade da Segurança Pública: risco no trabalho, formação e políticas*. Porto Alegre: 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

MOLINA, Antonio García-Pablos de Molina e GOMES, Luiz Flávio. *CRIMINOLOGIA*. (tradução: Luiz Flávio Gomes). 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Bismael B. *A Polícia à luz do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *"Ya no queda nada por criminaliza"*. Depoimento na Univerdidad de Salamanca ao receber o título de Doctor Honoris Causa. Disponível em <http://www.salamancartv.com/canales/usal/munoz-conde-ya-no-queda-nada-por-criminalizar/#.Utko70KQsMQ.facebook>. Acesso em 18 Jan 14.

PALMIERI, Gustavo e outros. *Segurança cidadã e polícia na democracia*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2003. 2007.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo - genealogia de la determinación de la pena*. - 1a ed. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

_____. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos - un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. - Colección Derecho penal y Criminología - Marcia Pons Editoria. Madrid, Barcelona, Buenos Aires e São Paulo, 2013.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: Policiamento e Segurança Pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos y Democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica. *Crítica jurídica – revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Curitiba, Paraná; Santa Úrsula Xitla – Tlalpan, México: Idealgraf Editora, n. 17, p. 277-300, 2000. (Publicação conjunta de Crítica jurídica A. C. (México), da Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha e da Faculdades de Direito do Brasil).

SHEARING, Clifford y WOOD, Jennifer. *Pensar la Seguridad*. Barcelona, Espanha: Gedisa editorial, 2011.

SILVA, Jorge da. *Segurança Pública e Política: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVEIRA, José Luiz G. da. *Gestão do conhecimento para segurança pública e defesa do cidadão*. Florianópolis: Dobra editora Jurídica, 2005.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

_____. *Meu casaco de General: quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUSA, António Francisco. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVOSNANSKA, Norberto R. *Seguridad y política criminal* - 1ª ed. - Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2006.

VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Entrevista . *Consultor Jurídico*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>. Acesso em: 04 Abr 2012.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição, junho de 2007.

_____. *La palabra de los muertos*. Conferências de criminologia cautelar – 1ª EDI. 1ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

_____. Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. *Manual de Derecho Penal*. 2ª ed. – 6ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

A PRODUÇÃO DE PROVAS EM CASO DE HOMICÍDIO SEM CADÁVER

Armando Fernandes Barbosa Filho

Advogado. Bacharel em Direito. Bacharel em Filosofia. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processo Penal. Mestrando em Segurança Pública pelo Instituto Universitário da Polícia Federal Argentina. Aluno da modalidade intensiva do Doutorado em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura a todos os acusados a garantia de contradizer e se defender de tudo o que é alegado, seja em processo administrativo e judicial, tal regra está insculpida no mandamento constitucional desde sua promulgação em 1988, e sua ofensa à regra ali insculpida torna o ato inconstitucional. Além disso, o estudo dos princípios se faz necessário para melhor entender seus fundamentos. As normas descritas na Constituição visam assegurar todas as garantias colocadas à disposição dos membros da sociedade, e tais garantias representam os limites estabelecidos entre aquilo que é permitido e proibido por lei. Quando adentramos no estudo da prova processual imprescindível analisar as condições de sua produção, apesar da complexidade este estudo visa delimitar que a prova pode ou não ser utilizada no processo. Diante das normas previstas em nossa Constituição, os direitos fundamentais visam garantir a aplicação da lei em face da ilegalidade, e que os direitos sejam respeitados para todos os membros. O artigo em comento tem como objetivo mostrar o fundamento para o julgamento de um crime em que não há cadáver, e quais suas consequências práticas.

PALAVRAS-CHAVES: Prova. Homicídio. Processo. Condenação. Cadáver.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, determina que no processo judicial ou nos processos que tramitam na esfera administrativa, a todos os acusados é assegurada a oportunidade de se defender e contradizer dos fatos alegados utilizando-se os meios judiciais colocados à disposição para tal finalidade. Dá redação deste artigo se pode concluir que o legislador protegeu todos os cidadãos que estejam litigando em juízo, e delimitou o poder de atuação dos membros do Poder Público.

Observa-se, entretanto que segundo o modelo processual brasileiro, as provas colhidas durante o inquérito visam à obtenção de elementos que comprovem autoria e a materialidade dos crimes investigados, possibilitando, assim, ao Ministério Público (em crimes de ação penal pública) e ao ofendido (em crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa crime. Não podemos esquecer que para alcançar tal finalidade devemos respeitar as normas legais, a fim de não se cometer nenhum tipo de arbitrariedade e possíveis erros judiciários.

Ainda, a Constituição Federal em seu artigo 5º, assegura a todos os acusados a garantia de contradizer e se defender de tudo o que é alegado, seja em processo administrativo e judicial, tal regra está insculpida no mandamento constitucional desde sua promulgação em 1988, e sua ofensa à regra ali insculpida se torna inconstitucional. A possibilidade de defesa em processos administrativos ou judiciais representa garantia contra abuso de poder por parte do Estado e controle de soberania sobre as decisões proferidas pelos juízes.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O artigo se justifica por tratar-se de tema complexo, visto que a temática do direito permite várias interpretações, entretanto, frente às normas principiológicas, os estudiosos do direito podem guiar-se, a fim de conquistar a mais lúdica justiça ao caso concreto.

Nesta senda, o artigo em comento tem como objetivo primordial mostrar a complexidade e a cautela que devemos tomar para o julgamento ou não de um crime em que não há cadáver, e quais suas consequências práticas.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA

No processo penal, prova é conceituada sob três prismas:

- a) Com relação a atividade probatória: diz respeito a realização de atos formais e complexos visando formar a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma situação fática, ou seja, essa atividade está relacionada com a instrução criminal visando formar a convicção do magistrado;
- b) Com relação ao resultado: diz respeito a convicção do julgador com relação à existência ou não de uma situação fática, formada no processo.
- c) Com relação ao meio de obtenção: diz respeito aos elementos utilizados para formar a convicção do julgador com relação a situação fática (NUCCI, 2011).

Verifica-se que a prova produzida vem auxiliar o juiz a se convencer dos fatos alegados.

Assim, entende-se como prova o conjunto de atos realizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e que se afigura meio instrumental destinado a comprovar fatos, cuja finalidade é formar a convicção do julgador para a solução da causa (CAPEZ, 2011).

Alguns princípios regem o sistema de provas, a seguir:

- 1. Auto-responsabilidade das partes: as partes arcam (ou suportam) com as consequências da inabilidade probatória. Não pode deixar precluir a apresentação da prova.
- 2. Audiência contraditória. Produzida uma prova por uma das partes deve se dar oportunidade à outra parte de contrariá-la.
- 3. Aquisição ou comunhão da prova: a prova produzida por qualquer das partes é adquirida pelo processo e passa a ser comungada.
- 4. Livre convencimento motivado;
- 5. Liberdade dos meios de prova (MENDONÇA, 2009).

A prova é a demonstração lógica da realidade, constituindo o instrumento que serve na formação do convencimento do magistrado sobre a ocorrência ou não dos pontos duvidosos demonstrados no processo, incidindo, assim, sobre matéria fática.

Contudo, é de bom alvitre observar que por critério constitucional veda-se, no processo, o emprego de provas ilícitas, sendo consideradas provas ilícitas, as que ofendem a Constituição Federal ou a Legislação em geral, nos termos do caput do art. 157 do Código de Processo Penal (CPP).

Em consequência, somente podem ser submetidos à produção de provas os fatos, acontecimentos, coisas e circunstâncias relevantes e úteis, para levar o magistrado à formação de seu convencimento. Todavia, a produção da prova deverá obedecer aos ditames e princípios legais.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Os princípios norteadores das provas são: o da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal- CF); o do contraditório; o da proibição de prova obtida ilicitamente (art. 5º, LX, da CF); e da proporcionalidade. O princípio da ampla defesa é o asseguramento de condições ao réu para que possa trazer ao processo todos os elementos capazes de mostrar a verdade sobre os fatos aduzidos na exordial acusatória. Inclusive, em decorrência da ampla defesa utilizada no processo penal, a exordial deve versar de forma objetiva e direta sobre a ação ou omissão do denunciado, sob pena de não atender aos requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal.

2.1 Corpo de Delito

É entendido como sendo o conjunto de vestígios deixados pela ocorrência da infração penal. O corpo de delito está ligado à materialidade do fato criminoso.

Em regra, não é necessária sua realização para o início do processo. A exceção é o laudo de constatação no crime de drogas (art. 50, § 1º, da Lei 11.343/06).

Deve-se diferenciar os crimes que deixam vestígios daqueles que não deixam vestígios: a) crimes não transeuntes (*delicta facti permanentis*): são as infrações penais que deixam vestígios, em relação as quais o exame de corpo de delito é obrigatório; b) crimes transeuntes (*delicta facti transeuntis*): são as infrações penais que não deixam vestígios (NUCCI, 2011).

Já o exame de corpo de delito direto é aquele feito pelos peritos diretamente sobre o objeto da prova. Há uma controvérsia na doutrina sobre o que seria o exame de corpo de delito indireto:

1ª corrente (majoritária): o exame indireto seria a prova testemunhal ou documental. Quando desaparecerem os vestígios deixados pela infração penal, a prova testemunhal ou documental poderá suprir a ausência do exame direto.

2ª corrente: o exame indireto seria exame pericial. Trata-se de exame pericial feito por peritos a partir do depoimento de testemunhas e/ou da análise de documentos (RANGEL, 2012).

Caso não haja exame nos autos, sendo ainda possível fazê-lo, o processo estará maculado por uma nulidade absoluta (art. 564, III, “b”, CPP). A ausência do exame (mesmo que complementar¹), em alguns casos é suprida pela prova testemunhal.

2.2 Perito e falta do exame de corpo de delito

Perito é a pessoa que possui uma formação cultural especializada e que traz os seus conhecimentos ao processo, auxiliando o juiz e as partes na descoberta dos elementos de prova (BADARÓ, 2003).

O juiz não é dotado de conhecimentos enciclopédicos. Portanto, em determinadas matérias da vida humana, o juiz deve se socorrer do *expert*. Pode ser tanto um perito oficial quanto não oficial.

Peritos oficiais são funcionários públicos de carreira cuja função consiste em realizar perícias determinadas pela autoridade policial ou pelo juiz da causa. O perito seria um

¹ Artigo 158 do CPP “Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sujeito de prova, pois é alguém que irá trazer elementos de prova para a formação do convencimento do juízo. Perito não oficial funcionará na hipótese de não haver peritos oficiais. Todos os peritos devem ser portadores de diploma de curso superior. O perito não oficial deve prestar compromisso e sua ausência é considerada mera irregularidade. É preciso apenas um perito na realização da perícia. Em caso de não-oficiais, deverá ser realizado por dois peritos (GRECO FILHO, 2012).

Com relação ao oferecimento da peça acusatória e exame pericial, em regra o exame pericial não é condição de procedibilidade da ação penal, ou seja, pode ser juntado ao longo do processo.

2.3 Perícia

É um exame que exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, realizado para verificar o estado de uma coisa, ou um fato. Aqui há a possibilidade de buscar o vestígio, colher os elementos de convicção e não submetê-los posteriormente a perícia.

A lei processual elenca os seguintes tipos de Perícia: a) exame; b) vistoria; c) avaliação. Já com relação a prova da materialidade do fato são 3 os caminhos para se provar a materialidade do fato: a) exame direto: vestígios do crime; b) exame indireto: utilizam a massa de informações, se ela não existir, só haverá testemunhas; c) prova testemunhal: há autores que confundem o art. 167 com exame indireto, é só prova testemunhal (JARDIM, 2003).

Entretanto, se a infração deixou vestígio e a perícia não foi feita, nula é a prova, devendo o réu ser absolvido.

2.4 Há homicídio sem o corpo da vítima?

Em regra, não há possibilidade sem o encontro do corpo da vítima. Excepcionalmente, podemos ter nos casos em que as provas indiciárias forem robustas e extremamente seguras para formarmos o convencimento do homicídio.

Nestes casos, está em jogo a impunidade, de um lado, e a possibilidade de erro judicial, de outro.

Quando falamos em homicídio sem cadáver, logo vem em mente, um caso paradigmático, o conhecido Caso dos **Irmãos Naves** (um dos maiores erros ocorridos no judiciário brasileiro), injustiça ocorrida no Estado de Minas Gerais, na Comarca de Araguari:

“Sebastião José Naves, com 33 anos, e Joaquim Naves Rosa, com 25, foram processados, na Comarca de Araguari, Estado de Minas Gerais, com base na seguinte acusação, constante na denúncia: “Estava na cidade, há muitos dias, o jovem Benedito Pereira Caetano, hóspede de Sebastião à espera de concluir um vultoso negócio de arroz. Joaquim era sócio da vítima em um caminhão. Sebastião estava acostumado a trabalhar para a vítima. Em 26 de novembro de 1937, Benedito fechou negócio de seu arroz com Antônio Lemos e Filhos. Recebeu cheque de 90 contos e 48 mil e quinhentos réis. Quando descontou, os indiciados planejaram ficar com o dinheiro. Em 28 de novembro, após uma festa, foi convidado a ir com eles até Uberlândia. Na Ponte do Pau Furado, por volta da 3 da manhã, desceram do caminhão para beber água. Joaquim levava uma corda. Sebastião agarrou a vítima pelas costas e Joaquim enfiou o laço pelo pescoço. Ambos estrangularam a vítima. Tiraram o dinheiro, que estava dentro da cueca, amarrado com pano. Atiraram o cadáver no Rio das Velhas. Enterraram o dinheiro

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

dentro de uma lata. Por volta das 7 horas, saíram a procura da vítima para despistar a polícia. Foram incursos no artigo 359, c.c artigo 18, §1º, da Consolidação das Leis Penais e agravantes do § 1º (lugar ermo), § 2º (premeditação), § 3º (asfixia), § 5º (superioridade de forças), § 7º (traição e surpresa), §13 (ajuste de duas pessoas)” (fls. 3.4). Na pronúncia, sobre a confissão (confissão feita depois de inúmeras torturas sofridas na prisão) do réu, declarou o juiz (fls. 156-160): “o crime de que se ocupa este processo é da espécie daqueles que exigem do julgador uma inteligência aguda, uma atenção permanente, um cuidado extraordinário, no exame das provas, pois no juízo penal, onde estão em perigo a honra e a liberdade alheias, deve o julgador preocupar-se com a possibilidade tremenda de um erro judiciário” (fls. 157). No primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri, os acusados foram absolvidos por 06 votos a 01. Foi anulado, porque o TJMG, entendeu que, tratando-se de autoria incerta, os quesitos haviam formulados de modo errôneo. O segundo julgamento aconteceu em 21 de março de 1939. Joaquim foi absolvido por 05 votos contra 02 e Sebastião por 06 votos contra 01. Houve apelo pelo Ministério Público, e o TJMG houve por bem condená-los a cumprir 25 anos 3 06 meses de reclusão. Ficaram presos por 08 anos, 6 meses e 7 dias. Joaquim morreu em 28 de agosto de 1949. Através de revisão criminal ajuizada em 19 de agosto de 1949, a pena foi reduzida a 16 anos e 6 meses de reclusão. Benedito, a pretensa vítima, foi encontrado, vivo, em 1952. Tiraram sua foto, após Sebastião ter ouvido boatos sobre seu paradeiro. Foram à fazenda do pai de Benedito e lá o encontraram. O pretenso ofendido declarou que havia passado a noite com uma prostituta, naquela noite fatídica de seu desaparecimento, e, quando saiu, foi agredido e roubado por três homens, que teriam ficado com o dinheiro da safra vendida, pertencente a seu genitor. Por vergonha sumiu para o Mato Grosso e depois para a Bolívia. O juiz que efetuou a condenação dos irmãos naves e quando soube que a suposta vítima estava viva, disse: “Deus tenha misericórdia de nossas almas”. (NUCCI, 2011).

Temos ainda, o caso ocorrido em Brasília, com o Advogado Aldenor Ferreira da Silva, que foi condenado a 24 anos de prisão pelo sequestro, extorsão e assassinato de um homem no dia 22 de julho de 1980. A pseudovítima acabou presa em São Paulo, em 1995. Estava viva, 15 anos após ser declarada vítima de homicídio pela Polícia Civil do DF, responsável pelo inquérito que resultou no indiciamento, na condenação e na prisão do Advogado.

“Não há dinheiro que pague o que eu passei, o que minha família passou. Só suportei tudo isso por conta dos meus filhos e a minha mulher, que se mantiveram firmes ao meu lado”. Aldenor Ferreira da Silva.

Fica claro que devemos utilizar de todos os meios necessários para formação de um conjunto probatório eficaz e convincente em casos de homicídio sem cadáver, caso contrário estaremos impregnados no oceano das injustiças.

Para a formação da materialidade indireta, há necessidade de que tenhamos testemunhas que presenciaram a vítima sendo morta ou seu corpo sendo queimado, enterrado ou jogado em lugares ermos. Somando é claro, com quebra de sigilo telefônico, ERBs – Estação Rádio Base (localização de possíveis chamadas realizadas pelo investigado), interceptação telefônica, testes de DNA comprovando ser o sangue da vítima no carro, casa ou nas vestes do acusado, por exemplo.

Neste sentido, temos os ensinamentos de forma extremamente inteligente e magistral, do professor Guilherme de Souza Nucci, preconizando que:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Assim, quando a lei autoriza que o exame seja suprido por prova testemunhal está a sinalizar que o crime tenha sido assistido, integralmente ou parte dele, por pessoas idôneas. Estas substituindo a atividade pericial, poderão narrar o evento. Exemplificando, se as pessoas presenciaram um aparente homicídio, observando que o réu atirou várias vezes contra a vítima e depois lançou seu corpo de uma enorme ribanceira, caindo num caudaloso rio e desaparecendo, poderão narrar tal fato ao magistrado. A prova do corpo de delito se constitui indiretamente, isto é, através de testemunhas idôneas que tenham visto a ação de matar e, em seguida, a de sumir com o corpo do ofendido, embora não possam, certamente, atestar a morte, com a mesma precisão pericial. As probabilidades, nesse caso, estão em favor da constituição da materialidade, pois a vítima não somente levou tiros, como caiu de um despenhadeiro, com pouquíssimas chances de sobrevivência. (NUCCI, 2011).

Entendemos que não seja razoável e seguro, materialidade formada com testemunhas que tenham declarado que a vítima desapareceu sem deixar qualquer espécie de notícia, bem como que pessoa A ou B, tinham motivos para matá-la.

A prova indiciária é, sem sombra de dúvidas, a mais frágil para a composição da materialidade de um crime. A lei determina que a prova testemunhal pode suprir o exame de corpo de delito, mas para isso, no caso de homicídio, precisa ter sido presenciado por alguma pessoa, que futuramente possa reproduzir os fatos em juízo.

Aury Lopes Jr. (LOPES JR., 2010), a propósito destaca:

Situação bastante complexa, e que eventualmente ocupa os tribunais brasileiros, é a (im)possibilidade de condenação pelo crime de homicídio quando não se encontra o cadáver da vítima (corpo de delito). A ocultação do cadáver (muitas vezes levada a cabo pelo próprio autor do homicídio) impossibilita o exame direto. Contudo, é predominante a jurisprudência brasileira no sentido de admitir o exame de corpo de delito indireto, consubstanciado em prova testemunhal suficiente, aliada, em alguns casos, à prova pericial feita em armas ou vestígios de sangue, cabelos, tecidos etc. encontrados no local do crime ou até mesmo no carro utilizado pelo réu para transportar o corpo.

Em síntese, a comprovação da morte da vítima exige prova direta, sendo a regra. Em caráter excepcionalíssimo, para suprir-lhe a falta, a lei processual vem admitindo a prova indireta (por testemunhas), que juntamente com outros indícios da morte: cabelo da vítima, sangue, testes de DNA, provas dos registros telefônicos - ERBs, manchas de sangue nos carros, utilização de luzes forenses para a descoberta de fibras de roupas, cabelos, impressões digitais etc.

Estando ausente um conjunto probatório robusto e eficaz para um decreto condenatório, a solução mais salutar é a impronúncia ou absolvição do acusado, em homenagem ao Direito e em especialmente a Justiça.

Antes um culpado solto, do que um inocente preso! Não podemos esquecer que não julgamos papéis, e sim pessoas! E cada folha de um processo é um coração batendo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- CHOUKR, Fauzy Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. rev. amp. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4 ed. São Paulo: ATLAS, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol I. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 3. ed., São Paulo: Millenium, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- TÁVORA, Nestor. *Código de Processo Penal para concursos*. São Paulo: Editora Juspoivm, 2010.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

A RADICALIDADE ENTRE A CRIMINOLOGIA E A FILOSOFIA¹

Augusto Jobim do Amaral

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS; Pesquisador-convidado do Ius Gentium Conimbrigae (Centros de Direitos Humanos) da Universidade de Coimbra e Professor da Faculdade de Direito da PUCRS.

Interrogar o desenvolvimento dos movimentos e tendências críticas em criminologia, desde sempre, deve passar longe do encerramento metodológico ou das categorizações planificadas ideologicamente. Do contrário, a traição a qualquer postura *radical* já estaria anunciada e exposta desde sempre, não menos que pelo alijamento do esforço em construir, atualizar e profanar conceitos capazes de captar as lutas sociais e políticas que propriamente lhe dariam sentido.

Portanto, possível e necessário arriscar – afinal a radicalidade não nos é dada. Exatamente, para estarmos à altura de tempos urgentes de violências totalizantes múltiplas, é que a criminologia pode fundar seu limiar filosoficamente. Para que tal condição *por vir* possa de algum modo se dar, sem antecipação, o peso imprevisível do *acontecimento* deve ser sua inspiração singular.² Afinal, mais diretamente, o que haveria de decisivamente contemporâneo e radical, entre uma criminologia e uma filosofia, senão o profundamente impossível e necessário traço de convocação *ética* que certa criminologia possa ambicionar? Na fragilidade densa da resistência contra os blocos maciços de sentidos e racionalidades criminológicas bem pensantes, frente às tendências justificantes de todos os matizes na imposição violenta de supostos fins “justos”, *talvez* (como experiência do possível *como* impossível³) ainda reste deixar pulsar instantes outros que excedam toda a presença de um tempo ensimesmado.

Fazer criminologia *como se* memória política fosse, *fantasmagoria criminológica dos sistemas penais*, como desajuste radical diante dos fantasmas dos já mortos, dos que ainda não nasceram, vítimas ou não das guerras, dos extermínios e das violências do

¹ O texto serviu como base da Apresentação do Dossiê “Criminologia e Filosofia” publicado como volume 6, número 2 de 2014 da Revista Eletrônica “Sistema Penal & Violência” (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS)

² DERRIDA, Jacques. “Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento” (tradução de Piero Eyben). In: *Revista Cerrados* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB). Brasília: Vol. 21, nº 33 (2012), p. 228-251.

³ A ênfase está no “talvez” como experiência do possível *como* impossível: “ora, a experiência do “talvez” seria, *de uma só vez*, a do possível *e* a do impossível, do possível *como* impossível. Se apenas acontece (*arrive*) o que já é possível, portanto antecipável e esperado isso não faz um acontecimento. O acontecimento só é possível se vindo do impossível. Ele acontece *como* a vinda do impossível, ali onde um “talvez” nos priva de toda segurança e deixa o porvir ao porvir. O “talvez” se alia necessariamente a um “sim”: sim, sim a(o) que vem. O “sim” seria comum à afirmação e à resposta, viria antes mesmo de toda a questão. Um “talvez” como “*perhaps*” (*it may happen*, como se diria), de preferência à ligeireza do “*vielleicht*”, de preferência ao chamado do ser ou à insinuação ontológica, o *to be* or *not to be*, de um “*maybe*”, eis talvez o que, exposto como o “sim” ao acontecimento, ou seja, à experiência do que acontece (*happens*) e de *quem* então chega (*arrives*) longe de irromper a questão, dá-lhe sua respiração.” DERRIDA, Jacques. “Como se fosse possível, “within such limits”...”. In: *Papel-máquina*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, pp. 258- 259.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sistema penal. A bom rigor, a radicalidade filosófica de qualquer criminologia parece não poder distar da interrogação sempre candente sobre o aquilo que pode assumir o sentido de *humano*⁴ – e para além dele – engolido pelas engrenagens criminais/criminosas bem pensadas e objetificantes de um estado de coisas que não se suporta mais, senão ao preço das suas maiores perversões, ser conciliado e sustentado como normal.

O que mais deverá ser recorrente e inesgotável num discurso criminológico radical senão a incisividade no convite à monumental evocação sobre os restos transparentes da história esquecidos pela máquina penalizante? Espectros de palavras que reverberam propriamente sobre aquilo que por elas não é alcançado: o testemunho sobre a dor do outro, limite absoluto da minha representação⁵, que teoria nenhuma será capaz de lhe fazer justiça. Uma estirpe criminológica tocada por uma *ética da vida*, do qual todo o mais é derivado, assim, será campo assombrado que haverá de *aprender a viver com fantasmas*⁶. Aventura estranha e desconfortável que não substitui o que se viveu e morreu pela memória do acontecido, nem está centrada na ideia do que se passará (pois não a temos), entretanto que urge pela representação não solitária e indeterminável do *outro* que habita clandestinamente toda a lógica (criminológica) exaurida. *Pro-vocação* inaudita e *con-vocação* urgente, uma espécie de chamamento ancestral rasgado por uma responsabilidade radical que o discurso criminológico não poderá olvidar. Questão de *justiça*, pois. Algo que talvez uma *im-possível criminologia* – e não falamos aqui do direito ou diretamente da sua ciência correlata – possa recorrer como herança ética de um desajuste, da *dia-cronia* irredutível da alteridade. Expressa assim tal *desejo* Derrida, letra fértil agora também a uma sintonia radical criminológica sem vacilações:

“Justiça alguma – não digamos lei alguma, e mais uma vez lembro que não falamos aqui do direito – parece possível ou pensável sem o princípio de alguma responsabilidade, para além de todo presente vivo, nisto que desajusta o presente vivo, diante dos fantasmas daqueles que já estão mortos ou ainda não nasceram, vítimas ou não das guerras, das violências políticas ou outras, dos extermínios nacionalistas, racistas, colonialistas, sexistas ou outros, das opressões do imperialismo capitalista ou de todas as formas do totalitarismo. Sem essa não-contemporaneidade a si do presente vivo, sem isto que secretamente o desajusta, sem essa responsabilidade e respeito pela justiça com relação a esses que não estão presentes, que não estão mais ou ainda não estão presentes e vivos, que sentido teria formular-se a pergunta ‘onde?’, ‘onde amanhã?’ (‘whither?’).”⁷

Onde, amanhã, uma criminologia radical? Se fosse possível dizê-la, o polo atrator haveria de tocar uma criminologia pela desconstrução – “justiça como núcleo

⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus Termos* – Dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵ Ecos kantianos trabalhos por ADORNO, Theodor W.. *Dialética Negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 173.

⁶ Estamos às voltas, notadamente, do precioso “Exórdio” de DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, pp. 09-13.

⁷ DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*, p.11-12.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

indesconstruível de toda a desconstrução”⁸. Anseio nada inédito, mas que impõe sua defasagem reiteradamente, sob pena de seu próprio discurso já ter flertado com o mero dito – encadeamento lógico de enunciados – e não procedesse literalmente de um tempo por vir.

Se a desconstrução deve enxergar a partição no coração dos conceitos, desde sempre carregará o criminólogo, tal como o filósofo, o coração partido como sua marca genética diante do limiar entre a filosofia e a criminologia. Interditados à totalidade, o filósofo aqui encontra o criminólogo em seu amor pelo mundo, devendo suportar estar diante do trauma que é a desconstrução do próprio mundo, da precariedade de sentidos e da espectralidade do real, e estar sempre disposto a denunciar toda e qualquer postura autoritária que tente apresentar o mundo em sua plenitude – o real em sua violenta totalização – espantando assim o assombro originário que é o que inaugura a própria filosofia. Criminologia e Filosofia. Conectivo “e” que impinge ao insubstituível “mais de um” e denuncia o umbral como solidez fundadora, limite entre o dentro e o fora da própria inclusão e exclusão – reclamando-nos uma perene vigilância a respeito das absolutizações, do solo único da uma linha indivisível. Criminologia e Filosofia tornam-se nesta decisão, convite de desconstrução para além da alternativa entre continuidades e cisuras, o que, mais do que um solo firme, possa permitir lançarmo-nos para um único plural além de si.

Axioma pronto, por assim dizer, a desestabilizar (inclusive) os esquemas conceituais (críticos) e destotalizar totalidades auto-referentes. A desconstrução⁹, se é que isto possa se dar, busca traços a partir destes ecos singulares que as racionalidades tão bem sabem governar. Haveria uma criminologia filosoficamente não domesticada, neste enfoque, naquilo que estivesse preocupada com as intempestividades que ocupam o nosso presente, o que significa em termos dos aparatos maquínicos do poder penal, colocá-lo face a si mesmo, decompor sua estrutura e entender como foi construído seu conjunto, não meramente como denúncia, mas como trauma assimétrico a qualquer forma de adaptação. O interesse está, para além de qualquer método, por aquilo que, historicamente se institui como ordem, como sistema penal, na qual uma desordem violenta foi chancelada e fixada como normalidade.

Compromisso com o que virá, precedido e ancorado naquilo que não é ainda, com o que vem sem ser visto, estratégia afeto, não obstante, a um aqui agora sem reenvio

⁸ DERRIDA, Jacques. “Force de Loi: “Fondement Mystique de l’Autorité”. In: *Cardozo Law Review*. Translated by Mary Quaintance. New York. Vol. 11 (July/Aug. 1990), Numbers 5-6, pp. 919-1045 (cit. p. 944).

⁹ “A desconstrução, evidentemente, podemos considerar que consiste justamente em colocar os ladrilhos do avesso, enfim, perturbar uma ordem. Mas consiste também em interrogar-se sobre o que não funciona na ordem, sobre o que na ordem é uma desordem, o que a ordem oculta como desordem. A desconstrução não consiste apenas em recolocar uma ordem, mas se interessa pela desordem. Daí o interesse que tive, interesse doloroso, fascinado etc., por aquele ladrilho mal colocado, e o interesse de estilo desconstrutor pelas coisas que são mal agenciadas, ali onde elas estão solidificadas. (...) Ora, a desconstrução se interessa por essas coisas que não funcionam e que se encontram chanceladas na ordem. Como o senhor sabe, não são apenas questões de política, de direito, etc., são questões de inconsciente, desordens que estão chanceladas. Os ladrilhos não são pedras, não estão na natureza. São pedreiros a quem se deram ladrilhos geometricamente desenhados e que um dia, no que foi uma história, colocaram mal aquele ladrilho. É uma história”. DERRIDA, Jacques. “Rastro e arquivo, imagem e arte. Diálogo”. In: *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*. MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (Orgs.). Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012, p. 138.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

infinito, uma injunção democrática a rigor que não se pode deixar idealizar, pois é na vida com todo o seu peso e concretude vinda de cima, inegavelmente real e sensível, que um im-possível por vir confia.¹⁰ Incomensuravelmente humana tal Criminologia em sofrimento, que resta, limiar, neste traço disjuntivo posto como lembrança entre os conceitos – heterogêneos mas indissociáveis – de direito e de justiça.

Uma criminologia radical, inadequada por excelência e desajeitada em algum desajustamento sobre o qual sempre se perguntará “onde amanhã?” (whither?) –, assombrados por espectros de vidas vividas jamais neutralizáveis, “experiência do passado como porvir, um e outro absolutamente absolutos, para além de toda a modificação de um presente qualquer”, ou seja, criminologia diante daquilo que vem sempre antes dela como origem: “experiência do passado como porvir”.¹¹ Experiência justamente não como relação presente, mas como viagem ou travessia, um experimentar que remete a algo não programável, exposto ao acontecimento do outro, radicalmente outro, inapropriável que faz prova de sua alteridade exatamente por este fato.¹²

A questão sobre uma criminologia que assim nos abate já não deixa de transparecer na tradição do seu conceito outro sentido que não a da escritura de uma ausência, silêncio próprio dos corpos emudecidos e empilhados pelas inscrições cadavéricas politicamente neutras. Pode-se dar neste instante aberto não somente uma escuta criminológica sobre “a palavra dos mortos”¹³, porque o que apareceria neste momento espectral já não pertence a este tempo, mas o secreto desajuste estaria assinalado pela resposta – testemunho radical – premente aos que não estão aqui presentemente vivos, seja porque não mais estejam presentes e vivos, mas fundamentalmente pelos que ainda não estão presentes. O cuidado em si de qualquer cautelaridade nos (re)enviaria a este futuro, nada distanciado ou indefinido, mas sobretudo a tarefas inadiáveis, noção que um discurso criminológico radical deve-se (ante)ver. O que nos convoca, então, dá-se antes – provém do porvir, do futuro que já eticamente nos sequestrou e desproporcionalmente nos impõe em seu excesso a responsabilidade urgente por um dever de justiça. Supõe-se que este justiça conduza, não meramente “para com a vida de um ser vivo (...) não em direção a uma morte, mas em direção a uma sobre-vida”¹⁴, reiteradamente para além da vida presente, que antecipa que é preciso contar com mais de um.

Criminologias plurais como dizeres de uma sobre-vivência, apanhadas pelo aqui e agora impostergáveis do terror que as apanha, porém sempre anacrônicas em suas tentativas de organizar-se e definir-se. Reinscrever a incondicional ética da justiça sob certas condições parece tocar aporeticamente a tarefa impossível de se viver sob o status meramente político ou legal de qualquer criminologia radical, não obstante sempre

¹⁰ DERRIDA, Jacques. *Vadios: Dois Ensaios Sobre a Razão*. Coordenação, Tradução e Notas de Fernanda Bernardo. Coimbra: Palimage, 2003, pp. 155-178.

¹¹ DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*, p. 12.

¹² “(...) não posso assimilar o outro a mim, não posso fazer do outro parte de mim mesmo, não posso capturar, tomar, apreender, não há antecipação. O outro é inantecipável. Estamos lidando com outro conceito de experiência, diferente daquele que permanece dominado pelo ente enquanto ente (ente quer dizer presente)”, DERRIDA, Jacques. “Pensar em não ver”. In: *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*, p. 80.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos*: Conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, pp. 01-19.

¹⁴ DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*, p. 13.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

obrigada, de outro modo, a dispor-se decididamente diante da incondicionalidade da alteridade, expor-se efetivamente de certo modo condicionada, sob pena de sequestrar a ideia tardia e ancestral do outro poder ser reinscrita. Concretamente, dizer-o-acontecimento indizível (para além do simples saber e da informação) que tem lugar ali onde se põe como chance do próprio possível, razão que apenas se deixa razoar porque conta com e toma em conta os mortos da guerra neutralizada racionalmente pelo poder punitivo, escuta dos “espectros de um experiência impossível que assombra o possível”.¹⁵

Será, assim, possível conservar a oportunidade de capturar o inaudível? Contador e responsável por aquilo que não se tem e que não nos pertence? A sorte deste acontecimento é a sorte de um instante.¹⁶ Por fim, aí a tarefa se inicia. Talvez seja neste umbral, aqui surpreendido na íntima correlação entre violência e direito que alguma criminologia fundada filosoficamente possa começar enfim. Pensamento desconstrutivo – racionalismo incondicional que jamais renuncia a suspender todas as condições inclusive aquelas que fundam a própria ideia de crítica – aqui posto sobre o poder soberano (penal), precisamente debruçado neste limite indivisível e que, ao mesmo tempo, ameaça não somente esta condição, mas sua própria solidez fundadora. Há “mais de um único único”¹⁷ dirá Derrida novamente, ao permanentemente interrogar tal limiar, contudo o passo arriscado que se reclama é ao abismo, que não mais pode ser nem fundamento original ou fundo nem a profundidade mesma sem fundo. Do contrário, de toda forma, renunciar a essa experiência impossível da alteridade – provinda das vozes que, em surdina, grunh(iram)em abafadas pelos empolados discursos prontos a salvar a reta consciência punitiva (ou negociar com as consolações do presente) – sem horizonte de espera e momento de justiça espectral com certos outros não presentes, para além do presente vivo em geral, todavia concreto e radical, sem esta justa abertura criminológica, melhor e por certo mais honesto, seria render-se ao “calculismo econômico”, aos utilitarismos com cálculo de rentabilidade (positivismos criminológicos, diga-se de passagem), à biopolítica assassinas em geral, e declarar todas as “barreiras alfandegárias” a estas criminologias menores, esteriotipadas, “sem modos”, mal-educadas (infantis dirão os cínicos), comprometidas com a “modalidade futura do presente vivo”, teimosas e indóceis a sobre-viverem insuscetíveis às reduções pragmáticas de contingências políticas (re)confortantes e conciliações hipócritas.¹⁸ Apesar do insuportável, encarnam-se os espíritos dos mortos de dos vivos nesta insaciável necessidade por justiça. Radical será aquela sobre-vivente criminologia que se puser a ensinar a escutá-los.

¹⁵ DERRIDA, Jacques. “Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento”, pp. 238 e 242. Particularmente destacado em DERRIDA, Jacques. *Vadios*, pp. 259 ss..

¹⁶ DERRIDA, Jacques. “As Pupilas da Universidade: o Princípio da Razão e a Ideia da Universidade”. In: *O Olho da Universidade*. Introdução de Michel Peterson e tradução de Ricardo Canko et. al.. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, pp. 156-157.

¹⁷ DERRIDA, Jacques. *Seminário La bestia y el soberano*. Volumen I (2001-2002). Edición establecida por Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud. Buenos Aires: Manantial, 2010, pp. 362 e 388.

¹⁸ Cf. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*, pp. 92-3.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Referências Bibliográficas

ADORNO, Theodor W.. *Dialética Negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

DERRIDA, Jacques. “Force de Loi: “Fondement Mystique de l’Autorité”. In: *Cardozo Law Review*. Translated by Mary Quaintance. New York. Vol. 11 (July/Aug. 1990), Numbers 5-6 , pp. 919-1045

DERRIDA, Jacques. “Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento” (tradução de Piero Eyben). In: *Revista Cerrados* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB). Brasília: Vol. 21, nº 33 (2012), p. 228-251.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994

DERRIDA, Jacques. *O Olho da Universidade*. Introdução de Michel Peterson e tradução de Ricardo Canko et. al.. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*. MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (Orgs.). Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012.

DERRIDA, Jacques. *Seminario La bestia y el soberano*. Volumen I (2001-2002). Edición establecida por Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud. Buenos Aires: Manantial, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Vadios: Dois Ensaios Sobre a Razão*. Coordenação, Tradução e Notas de Fernanda Bernardo. Coimbra: Palimage, 2003.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus Termos – Dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminologia cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

CO-CULPABILIDADE E A APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Caio Mateus Caires Rangel

Aluno regular do Doctorado en Derecho Penal da Universidad de Buenos Aires. Especialista em Ciências Criminais pelo instituto Juspodivm. Professor Universitário e Advogado Criminalista.

Diego Augusto Bayer

Aluno regular do Doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniasselvi); Especialista em Gestão Estratégica Empresarial (FURB). Professor Universitário e Advogado.

RESUMO: O presente artigo trata-se de uma análise da culpabilidade dentro do Direito Penal brasileiro, bem como, a possibilidade do reconhecimento da corresponsabilidade do Estado pela prática dos crimes cometidos, em face a omissão estatal de promover as mesmas igualdades sociais. Em primeiro plano, analisa-se o conceito de co-culpabilidade para após, analisar sua aplicabilidade dentro do ordenamento penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Co-culpabilidade. Direito Penal. Omissão Estatal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A co-culpabilidade, em linhas gerais, trata-se da culpa compartilhada entre o Estado e o agente que infringiu as normas penais, na tentativa da redução da pena do agente delituoso. Partindo desta premissa, o presente artigo tem como objetivo analisar o conceito geral de co-culpabilidade para posteriormente fazer uma análise acerca da aplicação desta no Direito Penal Brasileiro.

A ideia da co-culpabilidade está muito presente dentro dos estudos do Direito Penal moderno, uma vez que, está se buscando fazer com que o Estado seja mais comprometido com a desigualdade social que vem aplicando dentro da política neoliberal exercida.

Na primeira parte do artigo se buscou analisar o conceito da co-culpabilidade levando-se como base a responsabilidade do Estado em face sua negligência quando a cumprir os deveres constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana. Após, analisou-se a aplicação da co-culpabilidade dentro do Direito Penal brasileiro.

2 CONCEITO

2.1 Um possível conceito de acesso à justiça

O acesso à justiça é, para Mauro Cappeletti e Bryant Garth (1988, p. 8) um sistema que deve garantir não só o acesso, mas um resultado socialmente justo: “ser igualmente

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

acessível a todos e o sistema deve reproduzir resultados individual e socialmente justos”. Para o referido autor, o acesso a justiça prevê não só a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, mas obter desse ao final do processo a satisfação de cunho processual e social. Tendo como item fundamental toda a condução do processo, desde custos iniciais, até toda a tramitação e morosidade na resolução.

O processo, na verdade, é um instrumento pelo qual se busca no Judiciário a reparação de um determinado direito violado. Dinamarco ao discorrer sobre a instrumentalidade do processo aduz que:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas (2009, p. 359)

Portanto, acesso à justiça é conceituado não só na simples demanda, mas além das formas básicas de acessar o judiciário, como pelas formalidades processuais (garantias dos procedimentos processuais), e ainda, chegando aos resultados sobressalentes do processo, que devem ser resolvidos de forma justa, rápida e eficaz.

2.2 O processo em uma visão substancial

Ao se falar de devido processo legal, Dinamarco (p. 360) explana que “as partes têm verdadeiro *direito ao processo*, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantido constitucionalmente”, quais sejam, contradição e ampla defesa, razoável duração do processo, legalidade, juiz natural e outros mais. Essa é a ideia de devido processo legal em sua visão formal, conforme afirma Didier Jr.:

Há o *devido processo legal formal* ou *procedimental*, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais [...]: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão mais conhecida do *devido processo legal* (2011, p. 49)

Além desse sentido, conforme leciona Didier Jr. desenvolveu-se, nos Estados Unidos, a ideia de devido processo legal substancial, que é aquele que, além de suas formalidades, gera decisões jurídicas devidas (2011, p. 49). Sob esse conceito, no Brasil, rege-se sob o fundamento de proporcionalidade e razoabilidade, sendo proporcionalidade onde surge o sentido de inibir abusos do Poder Público, observando-se a celeridade e segurança e, razoabilidade no sentido de que as leis devam ser elaboradas com justiça e razoáveis à sociedade.

Sérgio Mattos compreende o devido processo legal substancial

Como princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem determinados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente [...] a “função de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pelo devido processo legal [...] concretizando, igualmente, o princípio da dignidade humana”. (apud DIDIER, 2011, p. 53)

Portanto, devido processo legal é um dos desdobramentos do acesso à justiça, ou seja, o acesso a justiça também compreende um processo com uma finalização justa,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

adequada e que tenha por base o devido processo legal substancial, compreendido na exigência de proporcionalidade e razoabilidade (DIDIER JR. 2011, p. 52) da decisão.

Por sua amplitude, o devido processo legal se estende para todas as vertentes do Direito, adentrando, desta forma, no Direito Penal, mas com uma visão um pouco diferenciada e inovadora.

2.3 Da definição de Cocalpabilidade

A criminalidade e a violência vêm se alastrando fortemente dentro da nossa sociedade e está tornando-se parte de um quadro muito preocupante. Leva-se em consideração que os indivíduos utilizam tais crimes como finalidade de sobrevivência no meio social em que estão inseridos. Está cada vez mais difícil e longínquo ter uma sociedade livre e igual que acolha a todos os seus membros igualitariamente.

Numa sociedade onde as igualdades são tratadas desigualmente, faz com que isso gere um dos maiores motivos de um processo de exclusão relacionado a diversos fatores referente aos aspectos dos direitos dos cidadãos. Dessa forma, ainda há um tratamento diferenciado para aqueles menos favorecidos.

Foi nesse contexto que Eugenio Raul Zaffaroni desenvolveu a Teoria da Cocalpabilidade, apresentando ao direito moderno os ideais difundidos por Jean Paul Marat.

Marat defendia em seus ensinamentos que quando um indivíduo é marginalizado na sociedade, não possuindo qualquer garantia de direitos fundamentais respeitados pelo Estado, também não seriam obrigados a respeitar a lei, nem suscetíveis às suas sanções. Assegura assim:

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino (MARAT apud MATTE, 2008, p. 32).

Assinala ainda que:

Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. (MARAT apud MATTE, 2008, p. 32).

Gregore Moura (2006) ensina que a Cocalpabilidade busca um meio-termo entre a questão do livre arbítrio e o determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser “contaminada”, “viciada”, pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade.

A Cocalpabilidade é um princípio moderno que tem por base a responsabilidade do criminoso compartilhada com o Estado quando por falta desse o agente age por uma

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

necessidade, falta de assistência ou até mesmo por falta de orientação para que se possa autodeterminar como rege a lei.

A autodeterminação segundo Welzel (2003, p. 231-232) é “ato de liberação da força causal dos impulsos, para uma autodeterminação adequada ao sentido”, ou seja, “culpabilidade não significa decisão “livre” a favor do mal, mas ficar dependente da força causal dos impulsos”. E para Carvalho (2007),

O princípio da culpabilidade (do ato) não pode ser absolutizado em torno da premissa metafísica do livre-arbítrio. Contudo, não pode ser negado na avaliação da reprovabilidade pelo fato, visto que constitui o motivo conceitual do direito penal moderno que funda a responsabilidade penal subjetiva.

Os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli discorrem mais sobre a autodeterminação do agente:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 525).

Esta discussão surge exatamente pelo não cumprimento de garantias e direitos fundamentais conferidos aos cidadãos na Constituição Federal. Como Direitos fundamentais podemos entender os direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico. São exemplos: direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade. Estes direitos fundamentais foram sendo construídos através da história, podendo-se dizer que a partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, teve início a dimensão destes direitos, composta dos direitos de liberdade.

Posteriormente, pode-se dizer que surgiram mais três dimensões dos direitos fundamentais, sendo que na segunda geração foram os direitos sociais, econômicos e culturais, chamados genericamente de direitos sociais (por exemplo, os direitos trabalhistas, previdenciários), na terceira geração os direitos os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação e na quarta geração os direitos a democracia, a informação e o pluralismo.

Em nossa carta magna, podemos dizer que eles estão expressados em sua grande maioria no artigo 5º e seus incisos. No entanto, o Brasil não tem cumprido com os direitos e garantias trazidos na Constituição, fazendo com que uma parcela da população fique desassistida, vindo a sofrer uma exclusão social.

Partindo dessas premissas, criou-se a ideia da coculpabilidade como mecanismo de justiça social, analisando e reconhecendo que fatores socioeconômicos influenciam na prática do delito. Assim, a Coculpabilidade vem dividir a responsabilidade do agente delituoso e o Estado, mitigando a pena e a reprovação do autor diante da sociedade.

Moura (2014, p. 41) conceitua Coculpabilidade como:

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Costa (2013, p. 03) reforça essa definição:

A teoria da coculpabilidade objetiva dividir a responsabilidade, diante da prática de um fato delituoso, entre Estado, sociedade, e o sujeito ativo do crime, tendo em vista a condição de hipossuficiência deste, em razão da falta de prestação estatal no que tange à efetivação de direitos individuais basilares.

Partindo desta premissa, Pinto (apud MARÇAL; FILHO, p. 08) relatam que:

Outro fundamento do princípio da coculpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a coculpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.

No mesmo sentido, Greco (2009, p. 469) expõe que:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Deste modo, pode-se analisar que a Coculpabilidade tem um importante papel nessa nova visão que tem surgido do Direito Penal, principalmente como instrumento para demonstrar a desigualdade entre os cidadãos e responsabilizar a sociedade e o Estado por estarem cada vez mais segregando os excluídos e propagando a legitimação de um Direito Penal Máximo para as classes menos favorecidas.

3 DO PROBLEMA TERMINOLÓGICO ACERCA DO PRINCÍPIO

Desta forma, não se pode entender erroneamente que a infração penal recai sobre o Estado, mas, que este, em virtude de sua política de exclusão, deve ser responsabilizado parcialmente pelo cometimento da infração penal. Até porque, conforme expõe Grégore Moura (2006, p.38) tal raciocínio não faria o menor sentido diante da função *jus puniendi* do Estado, no momento em que o detentor do dever de punir não poderia aplicar pena para si próprio. Assim, o Estado não irá configurar-se como sujeito ativo do crime, visto que não praticou a conduta, seja com dolo ou com culpa, devendo-se ter

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

cautela para "não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos" (MOURA, 2006, p. 38).

Há, portanto, uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e o agente delituoso, havendo uma diminuição na pena e no juízo de reprovação no momento da aplicação da pena, onde, o magistrado, ao verificar a hipossuficiência do infrator, aplicará uma pena reduzida. No entanto, é importante ressaltar que o reconhecimento da coculpabilidade não traz a impunidade, uma vez quem, por cometer o delito, o agente delituoso sofrerá sim uma responsabilização penal através de uma pena, mas esta será ajustada de acordo com sua culpabilidade face a reprovação social e pessoal do delito praticado.

Assim, a coculpabilidade trabalha com uma ideia de situação compensatória do Estado no momento do *jus puniendi* em decorrência de sua omissão em proporcionar aos indivíduos os serviços essenciais, devendo contrabalancear na aplicação da pena. Acerca do tema, Simone Matos Rios Pinto (2013) expõe:

Outro fundamento do princípio da coculpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a coculpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.

Responsabiliza-se portanto, não somente o Estado, mas também a sociedade em face da conduta do agente delituoso, face a este ser uma vítima da exclusão social. Afinal, todas as pessoas da sociedade estão inseridos na realidade brasileira e tem uma completa ideia das discrepâncias que existe entre todas as camadas sociais.

Portanto, a coculpabilidade consiste na ideia de que parte do Estado/sociedade é responsável indiretamente em face do delito ocorrido, devendo ser compartilhada essa responsabilidade entre o agente delituoso e o Estado. Fato é, que em virtude da política de exclusão, nem todos na sociedade tem a liberdade plena de escolher entre a conduta lícita e ilícita. Alfredo Tranjan (1994, p. 259) afirma que "nem sempre os códigos escritos compreendem que a vida é muito mais multifacetada do que os artigos, as alíneas, os parágrafos". Viver em um local onde a ilicitude é comum, faz com que muitos acabem comendo condutas ilícitas para serem aceitos naquele meio social. Ingressar neste meio é o mais comum, sair desta realidade e viver de modo honesto é o que acontece com poucos.

Saliente-se que, a coculpabilidade não atinge a todos, sem exceção, mas sim, apenas aos hipossuficientes, aqueles que realmente sofreram pela ineficiência do Estado e tiveram uma condição de vida precária. Destes, haverá portanto, uma atenuação no juízo de reprovabilidade. A coculpabilidade, portanto, é um princípio que visa repensar o Direito Penal clássico, razão pela qual é inovador. Inclusive, tal princípio objeto do presente trabalho ainda não tem um estudo aprofundado no Direito Penal brasileiro "talvez por ir de encontro aos interesses das classes privilegiadas" (MOURA, 2006, p. 1).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

3.1 Fatores sociais e econômicos

Questões de ordem social e econômica estão intrinsicamente ligados a Teoria da Culpabilidade, visto que esse lado sociológico da teoria busca demonstrar que quando o Estado age erroneamente em decisões que refletem de forma negativa na população ou de forma omissiva podem influenciar civis a cometer atos criminosos.

Os principais fatores discutidos e apontados que estão relacionados com a teoria são: desigualdade econômica, acesso à educação, e por fim, ao mercado de trabalho –pode-se citar, também, a desestrutura familiar. Pois, esse tripé se correlaciona nas problemáticas sociais, ora desigualdade econômica se traduz na pobreza que implica num acesso deficiente e de má qualidade da educação – quando há acesso- resultando em desemprego, visto que hoje somente a graduação não garante um “futuro”. E, o mercado de trabalho exige muito mais do profissional, como especializações, técnico, fluência em línguas estrangeiras e etc.

Aponta-se, portanto, fatores que desencadeiam a Culpabilidade do Estado:

Desigualdade econômica

Para compreender esse aspecto vale salientar o pensamento de Marx, a desigualdade econômica geraria delinquências nas pessoas que são afetadas pelo desequilíbrio financeiro. E, quando se discute as altas e baixas do sistema econômico tem-se que “os crimes graves tendem a aumentar no período de depressão e a diminuir no período de prosperidade” (SUTHERLAND apud ALBERGARRIA, 1988, p. 205).

A desigualdade econômica conversa com os direitos mais básicos e fundamentais do ser humano, como a saúde, segurança e educação, este último que será tratado em tópico específico.

Para saúde basta observar quem tem acesso a um plano de saúde decente no Brasil, são poucos, e desses poucos são pessoas que possuem uma condição financeira que utilizam as redes particulares de saúde. Questiona-se, então, por que não utilizam as públicas visto que são gratuitas? A resposta é simples: má qualidade, falta de estrutura e de profissionais, o Sistema Único de Saúde é precário e as pessoas de baixa renda são obrigadas a se expor a todo tipo de descaso com a saúde pública brasileira.

Tratando um pouco sobre a segurança tem-se que em comunidades afastadas do desenvolvimento econômico a prática da violência torna-se comum e corriqueira. Pois, a ausência do Estado nas comunidades onde a pobreza predomina faz com que órgãos de poder paralelo se instalem, visto que na omissão de políticas públicas efetivas de segurança facilita esse desenvolvimento que se espalha com facilidade e rapidez. Ou seja, o afastamento do Estado nas comunidades carentes propicia a violência.

Além da saúde e segurança, pode-se apontar a necessidade mais primitiva do homem: alimentação. É claro ao observar que em comunidades de baixa renda a desnutrição é presente, isso porque alimentação requer gastos e na maioria das vezes são famílias que possuem três ou mais filhos que dependem de um salário mínimo quando fixo. Portanto, não é ilógico pensar que alguém cometeria ato ilegal para alimentar sua família, é uma questão de necessidade e está assegurado pela Constituição como dito anteriormente.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Relaciona-se com a desigualdade econômica também o acesso a educação que priva o sujeito de muitos direitos e ascensão e dignidade humana.

Educação

Um dos assuntos mais percorridos por teses, livros, debates em universidades e protestos. Não é exagero. Educação é o instrumento de poder, conhecimento, acesso aos direitos e ao judiciário, fator determinante de um país desenvolvido.

Observa-se então, o quão importante o acesso à educação e uma formação de qualidade possui. O convívio na escola até a profissionalização desenvolve no sujeito valores que dificilmente aprenderia afastado desse ambiente. Esses valores são de ética, moral, consuetudinários e, é nesse meio que o indivíduo aprende sobre a coletividade, ideia de sociedade e por fim, sobre as leis e como se autodeterminar no conjunto social.

Relacionando com a desigualdade econômica, observa-se que quando o sujeito por fatores econômicos não possui acesso à educação ele fica refém de seus instintos, e o seu individualismo humano o torna passível de ser corrompido pela criminalidade. Sem formação profissional e educacional o agente comete delitos para poder suprir suas necessidades básicas.

A criminalidade por hábito adquirido é o resultado da má educação e dos maus exemplos, assinala J.Maxwell, concluindo que: se pode esperar combatê-la (a criminalidade) velando pela educação das crianças; as probabilidades de corrigir os adultos são menos seguras” (J.MAXWELL, apud FERNANDES, 2002, p. 399)

Percebe-se que a educação é fundamental servindo para o sujeito se autodeterminar. Porém, mesmo com acesso à educação não significa que não haverá criminosos oriundos de uma parcela da população esclarecida, pois esse acesso não é igual a qualidade. A má qualidade no ensino básico, médio agregado a desigualdade econômica gera a dificuldade para que jovens ingressem no Ensino Superior, visto que as Universidades Federais possuem uma triagem avaliativa que seleciona teoricamente os melhores alunos, ou seja, aqueles que possuíram uma formação intelectual boa. Essa formação está fora de praticamente todas as escolas da rede pública, seja municipal ou estadual.

Além da estrutura física deficiente das escolas estão agregados outros valores como a falta de incentivo ao trabalho dos professores e interesses políticos em investir sala de informática ao invés, primeiramente, de matérias didáticas como livros, quadro negro e etc. Desses citados, a estrutura familiar é importante para o desenvolvimento de cidadão, e novamente tem-se a questão econômica envolvida:

Uma relação familiar conflituosa pode facilitar o envolvimento do adolescente com o uso de drogas que, por sua vez, estimula a entrada para o mundo infracional e também a associação entre a violência na comunidade, as condições econômicas da família, o possuir parentes presos por envolvimento na criminalidade e a utilização de drogas (ASSIS; SOUZA, 1999, p. 142).

Todos esses entraves expostos, só demonstram a omissão do Estado em proporcionar uma Educação de qualidade e evitando assim, a busca no crime. Passado isso, dos poucos jovens que conseguem a inserção numa universidade ou faculdade têm que lidar com a disputa no mercado do trabalho.

Mercado de trabalho

Com a difícil inserção já no Ensino Superior os jovens após essa fase de conquistas deparam-se com o mercado de trabalho. Sabe-se, porém que com desenvolvimentos em várias áreas de atuação e tecnologia, as empresas ou outro lugar de trabalho exigem uma formação melhor qualificada e já não basta a simples graduação, deve-se buscar a especialização. Alguns exigem também formação técnica, além é claro, das línguas estrangeiras, que antes o Inglês era o diferencial, hoje se tornou requisito básico.

E, para aqueles jovens ou adultos que não tiveram acesso ao conhecimento básico? E até mesmo aqueles que possuem um diploma, porém sem qualificações suficientes, sem oportunidade para investir em cursos? Não terão muitas oportunidades de crescimento financeiro. Novamente pela desigualdade estabelecida leva o sujeito a praticar crime para suprir suas necessidades.

4 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como a co-culpabilidade não está prevista expressamente no Direito Penal pátrio, é necessário entender como poderá utilizar-se dela na legislação penal. Ou seja, é importante apresentar as possibilidades de positivação ou introdução da co-culpabilidade no código Penal e como o inserir na execução prática e efetiva.

Apesar de não previsto no Código Penal, Grégore Moura (2006, p.113), visualiza a co-culpabilidade como um princípio implícito em nossa Constituição Federal, previsto no § 2º do seu art. 5º:

"Aceitar a co-culpabilidade como princípio constitucional implícito 'obriga' o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos.

O reconhecimento do princípio da co-culpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal."

Ainda implicitamente, entende Grégore Moura (2006) que há também o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no Direito Processual Penal, quando no art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP) prevê que a primeira parte do interrogatório sobre a pessoa do acusado incluirá perguntas sobre oportunidades sociais e meios de vida do interrogando. A transcrição deste parágrafo demonstra claramente a ideia defendida pela co-culpabilidade, quando se analisa os fatores sociais que contribuíram para a infração penal. Desta forma, o Código de Processo Penal possibilita o magistrado para que na hora da dosimetria da pena avalie com cuidado a reprovação do agente delituoso.

Portanto, implicitamente entende-se que a co-culpabilidade esta prevista constitucionalmente. No entanto, não basta estar apenas implicitamente positiva, é necessário que ela seja normatizada para ser eficaz e trazer uma maior segurança para

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

seu real objetivo, que consiste no de levar em consideração as condições sociais e econômicas do agente delituoso na dosimetria da pena. Também não basta o reconhecimento de forma implícita no Direito Processual, mas sim, a necessidade de estar presente dentro do Direito Penal.

Desta forma, cabe analisar a co-culpabilidade sob a ótica de dois aspectos, a dosimetria da pena e as hipóteses de inserção da co-culpabilidade no Direito Penal. Quanto a aplicação da pena, antes de adentrarmos na utilização da co-culpabilidade, necessário se faz destacar as regras que regulam a dosimetria da pena.

A dosimetria da pena é composta de um critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, que declara *"a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento"*. Existe, portanto, três fases que devem ser analisadas pelo magistrado na aplicação da pena.

A primeira fase da dosimetria da pena refere-se a fixação da pena base, ou seja, na parte especial do Código Penal pátrio encontram-se os tipos penais e as penas mínimas e máximas a serem impostas pelo magistrado para determinada infração penal. A pena base deve sempre respeitar os mínimos e máximos da pena em abstrato. Além disso, a pena-base será fixada após a análise das circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime, como também o comportamento da vítima. Somente após esta análise é que o magistrado estabelecerá a pena mais adequada ao caso concreto. Em regra, o juiz deve começar da pena mínima em abstrato nesta primeira fase de dosimetria.

A análise de cada circunstância enumerada no artigo 59 do Código Penal é necessária, em face da individualização de cada um dos requisitos. Acerca do tema, Rogério Greco (2009, p. 559) expõe:

Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade.

Já na segunda fase, após a fixação da pena-base, é levado em conta as circunstâncias legais das agravantes e atenuantes, quais estão previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal.

Pode-se citar entre as circunstâncias agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, a reincidência; ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; ou ainda com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio cruel. Ressalte-se que estas situações somente vão agravar a pena *"quando não constituem ou qualificam o crime"*, segundo art. 61 do Código Penal.

Por certo, quando uma das circunstâncias já fizer parte da estrutura do tipo penal, não poderá torna-lo mais grave, em favor da vedação inerente ao princípio *non bis in idem*, ou seja, ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato ou processo. Neste sentido, Julio Fabrine Mirabete (2009, p. 284) exemplifica que *"num delicto de*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

incêndio (art. 250) não se pode falar que ocorra a agravante decorrente de ter sido cometido o crime com emprego de fogo (art. 61, inc. II, d)".

Já entre as circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 65 do Código Penal, que podem reduzir a pena, cite-se a idade do agente, ou seja, ser este menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta na data da sentença; ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; ou ainda ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral, dentre outras.

O artigo 66 do Código Penal prevê ainda que *"a pena poderá ser ainda apenada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei"*. Ou seja, cabe ao magistrado analisar as hipóteses não previstas, mas que podem reduzir a pena. Isto possibilita que o magistrado pode analisar além do rol exemplificativo trazido pelo Código Penal no artigo 65, podendo analisar cada caso individualmente para a aplicação da pena. Alguns exemplos recorrentes são a extrema miséria do agente, em se tratando de crime contra o patrimônio; o arrependimento do autor da conduta delitiva; a recuperação do autor depois de cometido o crime e a facilitação para com o trabalho da Justiça.

No entanto, o entendimento majoritário da doutrina é que estas circunstâncias atenuantes não possibilitam a redução da pena-base se esta já estiver fixada no mínimo legal. Neste sentido se posiciona Julio Fabrine Mirabete (2009, p. 295), ensinando que *"ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei"*. Neste sentido também se coloca o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), qual, através da Súmula nº 231 entende que *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Após o resultado do cálculo na segunda fase, entra a terceira fase da dosimetria da pena, que diz respeito as causas de aumento e diminuição da pena. Estas estão previstas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal. Diferentemente das agravantes e atenuantes, qual trabalha com o critério de razoabilidade por parte do magistrado, as causas de aumento e diminuição já vem predeterminadas pela lei, ou seja, já vem com a quantidade de aumento e diminuição normatizado.

Já em relação a esta terceira fase, a doutrina entende que existe a possibilidade de redução abaixo do mínimo legal e seu aumento acima do máximo. No entanto, existindo mais de uma causa de aumento ou de diminuição das possibilidades prevista na parte especial, é facultado ao magistrado escolher uma só de aumento ou de diminuição, caso escolha a que mais aumente ou a que mais diminua. Tal entendimento é reconhecido no artigo 68, parágrafo único do Código Penal. No entanto, tal previsão ocorre somente as causas previstas na parte especial do Código penal, sendo estas concorrentes com as estabelecidas na parte geral.

Em relação a segunda ótica, deve-se analisar em quais hipóteses pode ser aplicada a co-culpabilidade dentro do Direito Penal. Dentro do Código Penal brasileiro é possível a aplicação em alguns dispositivos, hipóteses em que o legislador poderia alterar o Código para positivar a co-culpabilidade.

Grégoire Moura (2006, p. 93), em sua obra sobre o tema, vislumbra quatro opções, que seriam: *"como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal". Cabe, portanto, a análise de cada uma delas.

A primeira opção acerca da positivação da co-culpabilidade consiste na sua colocação dentro do artigo 59 do Código Penal. Conforme analisado anteriormente, quando se trata das circunstâncias judiciais para a fixação da pena base, analisa-se fatores socioeconômicos, fazendo assim, a co-culpabilidade parte da primeira fase da dosimetria da pena. Poderia portanto, a co-culpabilidade vir como circunstância judicial.

No entanto, a ideia de colocar a co-culpabilidade como circunstância judicial se mostra ineficaz, uma vez que não poder-se-á diminuir a pena além do limite mínimo, não cumprindo portanto o seu papel. Desta forma, o reconhecimento da co-culpabilidade desta maneira não é eficiente para a concretização de sua ideia central.

A segunda possibilidade de aplicabilidade da co-culpabilidade é por meio de sua implementação no artigo 65 do Código Penal. Desta forma, estaria a co-culpabilidade prevista como circunstância atenuante. É como defende Grégore Moura (2006, p. 94), ensinando que haveria uma *"previsão de mais uma alínea no inciso III do citado art. 65 do Código Penal"*. Ou seja, haveria um acréscimo no rol das atenuantes genéricas do mencionado dispositivo.

Esta possibilidade tornaria a co-culpabilidade mais forte e sólida, no entanto, também não seria eficiente, pois segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, as atenuantes genéricas não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal. Desta forma, mesmo sendo aplicada como circunstância atenuante, no caso, genérica, a co-culpabilidade não poderia reduzir a pena abaixo do mínimo legal, não concretizando também sua ideia centra.

Quanto a terceira opção, seria da possibilidade de inserção de um parágrafo dentro do artigo 29 do Código Penal, como preleciona Grégore Moura (2006, p. 94) *"se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3)"*.

O próprio Grégore Moura (2006) entende esta hipótese como a melhor forma de aplicabilidade da co-culpabilidade, afinal, tornaria possível uma maior individualização da pena e uma redução abaixo do mínimo legal. No entanto, deve-se ressaltar que tal análise deve ser feita entre as circunstâncias socioeconômicas do agente delituoso e que estas tenham influência na infração praticada.

A quarta e ultima possibilidade trazida por Grégore Moura trata-se da inclusão da co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, uma vez que o comportamento do agente delituoso é culpa da ineficácia de condições proporcionadas pelo Estado. Ou seja, a co-culpabilidade seria mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal pátrio. No entanto, esta hipótese é trazida somente a título de citação, pois também não condiz com a ideia central da co-culpabilidade, que é compartilhar a culpa entre o Estado e o agente delituoso e não, responsabilizar exclusivamente o Estado.

Zaffaroni e Pierangeli (2006) defendem que a co-culpabilidade já está prevista no artigo 66 do Código Penal, pois, conforme exposto anteriormente, se possibilita o magistrado de utilizar-se de atenuantes inominadas, mesmo que não previstas no rol do

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

artigo 65 do Código Penal, desde que esta atenuante seja relevante, anterior ou posterior a infração.

Desta forma, abre-se portanto a possibilidade de utilização do magistrado de uma circunstância não especificada pelo legislador. Acerca do tema, Paulo José da Costa Junior (2007, p. 220) leciona que:

[...] Em cada conduta humana faz-se sentir o imponderável, enquanto a miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir. Nenhuma lei será, pois, capaz de prever, de catalogar, definir e sistematizar os fatos que irão desencadear-se na realidade fenomênica futura. [...] Poderá o magistrado, ao considerar ângulos não previstos, reduzir a sanção de molde a adequá-la à culpabilidade do agente. Não se dispensa, todavia, o juiz de motivar suficientemente a decisão.

Desta forma, se observa que a co-culpabilidade encaixa-se perfeitamente no referido artigo, uma vez que, apesar de não prevista de forma expressa, constitui causa relevante, anterior ao crime e que influenciou no cometimento do ato delituoso. Assim, o magistrado ao analisar o caso concreto poderá fundamentar sua decisão de diminuição da pena através da aplicação da co-culpabilidade.

No entanto, o que vem acontecendo recentemente nos julgamentos, como se verá através da jurisprudência colacionada, os Tribunais vêm repelindo a ideia acerca da co-culpabilidade, existindo poucos julgamentos acerca dos temas. De um julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul, extrai-se a seguinte ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. ARTIGO 112 DA LEP COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. ANÁLISE DOS EXAMES PSICOSSOCIAIS CONSTANTES DOS AUTOS PARA AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE, DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. SÚMULA N.º 439 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N.º 26. A nova redação do artigo 112 da LEP não elenca literalmente o exame psicossocial como requisito para a concessão da progressão de regime, nem para livramento condicional, mas também não o suprime objetivamente, portanto, numa interpretação sistemática do ordenamento processual vigente, pode o juiz se valer das provas contidas nos autos e determinar a realização do referido laudo para averiguar as condições pessoais e o mérito do apenado para a progressão do regime carcerário ou livramento condicional, formando sua convicção, na forma dos artigos 155 e 182 do Código de Processo Penal. Na espécie, as condições subjetivas do agravante são por demais desfavoráveis à progressão de regime, é o que se denota das avaliações constantes dos autos nas fls. 19/20 e 21/22, não podendo o juiz se furtar de analisá-las, apenas por entender que, pela nova legislação, basta o atestado de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. O princípio da co-culpabilidade não é aplicado para fins de progressão de regime, por falta de previsão legal e porque não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois presente o crime em todas as camadas sociais. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado N.º 70047398979, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 21/03/2012).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Conforme se observa, não foi aplicada a co-culpabilidade sob o argumento de que esta não possui previsão legal. No entanto, conforme podemos observar durante todo este artigo, existe diversas possibilidades de utilização da co-culpabilidade, uma vez que está implicitamente tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal, além de ser possibilitado pelo Código Penal a utilização da co-culpabilidade como atenuante inominada.

Do outro lado, também no Rio Grande do Sul, foram acolhidas recentemente em duas decisões a possibilidade de utilização da co-culpabilidade, senão vejamos:

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Neste caso, a co-culpabilidade foi utilizada como circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal, sendo portanto, causa dentro da primeira fase da dosimetria da pena. Levou-se em consideração neste julgado a precária situação socioeconômica do infrator, razão pela qual foi aceita a co-culpabilidade.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que:

Furto em residência. Concurso de agentes. Materialidade e autoria comprovadas. Fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. [...] Juízo condenatório mantido. Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP. Réu semialfabetizado. Instituto da co-culpabilidade. (Apelação criminal nº 70013886742, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 20/4/2006).

Nessa outra decisão, a co-culpabilidade foi entendida como atenuante genérica inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, ou seja, foi inserida na segunda fase da dosimetria da pena, onde o magistrado reconheceu que as condições socioeconômicas foram fatos relevantes anteriores ao cometimento do delito.

Em seu voto, o relator expõe acerca do fracasso ao acesso à educação do acusado, sendo também responsável por isto o Estado. Entendeu que não existia para o acusado qualquer perspectiva de emprego, já que o acusado não sabia nem ler nem escrever. Expõe ainda em seu voto que *"afinal, em uma época como a nossa, onde um simples vendedor que trabalhe atrás de um balcão de uma loja precisa ter noções de informática, a perspectiva de empregabilidade de um homem analfabeto ou semianalfabeto é praticamente nula"* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70013886742 TJ-RS).

No entanto, estas duas decisões aplicando a cculpabilidade não refletem a realidade dos julgamentos nos Tribunais pátrios. A grande maioria dos Tribunais ainda não reconhece o princípio da cculpabilidade como seja como circunstância judicial, seja como atenuante genérica, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **ATENUANTE GENÉRICA. CO-CULPABILIDADE. INADMISSIBILIDADE.** 1- Para o reconhecimento da coação moral irresistível não basta a simples alegação de que teria sido coagido a delinquir, pois a excludente exige comprovação por elementos concretos existente nos autos de um perigo sério e atual que não pudesse se eximir. 2- **Sem ignorar as reais desigualdades sócio-culturais existentes no país, reconhecendo o crime como fato social que é não há como minorar a situação do agente pelo reconhecimento da atenuante genérica da culpabilidade, pois as desigualdades existentes em nosso país não podem servir de justificativa para lesar o patrimônio alheio.** 3- Preliminar rejeitada. Recurso não provido.

(TJMG, 2015. Grifo nosso)

ROUBO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E RECONHECIMENTO PESSOAL - PROVAS VÁLIDAS. **ATENUANTE GENÉRICA - CO-CULPABILIDADE IMPOSSIBILIDADE.** As declarações da vítima e o reconhecimento pessoal, ratificados em juízo, são suficientes para a configuração do crime contra o patrimônio, quando seguros e em sintonia com os demais elementos probatórios, dentre eles, a apreensão da res furtiva em poder da acusada. **Incabível, ainda, o reconhecimento da atenuante da co-culpabilidade, sob pena de desvirtuar o real do reconhecimento das atenuantes, bem como de se justificar as infrações intoleráveis e reprimidas pela sociedade.**

(TJSP, 2015. Grifo nosso)

PRÁTICA DE CRIMES PREVISTOS NOS ART. 157, 2º, I E II . ROUBO MAJORADO DO DIA 31.03.2009 - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS - PALAVRA DA VÍTIMA - MANTIDA A MAJORANTE - DOSIMETRIA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREPONDERANTEMENTE DESFAVORÁVEIS - PENA-BASE DEVIDAMENTE FIXADA - REINCIDÊNCIA - NAO INCIDÊNCIA AO CRIME PRATICADO DIA 06.02.2009 - PROCEDÊNCIA - CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA - DUPLICAÇÃO DA PENA MAIS GRAVE - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - **ATENUANTE GENÉRICA - CO-CULPABILIDADE - INADMISSIBILIDADE** - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. - Em se tratando de crimes patrimoniais, as declarações seguras e convincentes das vítimas servem para comprovar que o agente cometeu o delito na companhia de outros meliantes, configurando, portanto, o concurso de pessoas. - Para a aplicação do aumento referente à continuidade específica, necessária se faz a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias, a teor do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. - **Sem ignorar as reais desigualdades sócio-culturais existentes em nosso país, reconhecendo o crime como fato social que é, não há como minorar a situação do agente pelo reconhecimento da atenuante genérica da co-culpabilidade da sociedade, pois as desigualdades econômicas não autorizam a desobediência às normas legais, nem podem servir de justificativa para aqueles que insistem em lesar o patrimônio alheio.** (TJSE, 2015, grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS MAJORADOS PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS - ALMEJADA FIXAÇÃO DAS PENAS-BASES NO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - AUMENTOS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADOS NO CASO CONCRETO - INOCORRÊNCIA DE 'BIS IN

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

IDEM' - **APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 CP - INADMISSIBILIDADE - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE** - EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA - CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NA DENÚNCIA - RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO - PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO DA ARMA DE FOGO ANTE A PALAVRA DAS VÍTIMAS - MAJORANTE DA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS - OFENDIDOS QUE FICARAM PRESOS POR TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE - MAJORANTE CONFIGURADA - REDUÇÃO REFERENTE ÀS CAUSAS DE AUMENTO - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA APLICAÇÃO DE PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO - RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - NÃO CABIMENTO - CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO - DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ATINENTE AO CONCURSO DE CRIMES - 'QUANTUM' PROPORCIONAL E ACERTADO - PENA DE MULTA - REPRIMENDA PECUNIÁRIA EM PERFEITO EQUILÍBRIO COM A SANÇÃO CORPORAL - EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO EM DANOS MATERIAIS - PREJUÍZO CONFIGURADO - CONSEQUÊNCIA DA CONDENAÇÃO - RECURSO A QUE SE CONHECE E NEGA-SE PROVIMENTO. 1- O roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que num único evento, configura a literalidade do concurso formal de crimes, e não apenas de crime único. 2- Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, adota-se, como parâmetro para se fixar o percentual de aumento referente ao concurso formal, o número de delitos perpetrados. (TJPR, 2015, grifo nosso)

APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PROVA DO ESFORÇO INCOMUM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. CRIME CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA CONFIGURADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **ATENUANTE INOMINADA. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE.** CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. - Impõe-se a desclassificação do delito de furto qualificado pela escalada para furto simples quando não há nos autos qualquer prova de que foi necessário o emprego de esforço físico incomum ao homem médio para a transposição do obstáculo, elemento este indispensável ao reconhecimento da qualificadora. - Consuma-se o delito de furto quando a res furtiva saiu completamente da esfera de disponibilidade da vítima, mesmo que por pouco tempo, vindo a ser retomada em razão de perseguição e prisão em flagrante. - **Conforme entendimento desta Câmara Criminal e da maioria dos Tribunais brasileiros, a sociedade não pode ser co-responsabilizada pelos atos praticados por indivíduos que voltam a delinquir por não serem recuperados pelo sistema prisional, sendo, portanto, inaplicável a atenuante inominada prevista no artigo 66, do Código Penal ao presente caso.**

(TJRN, 2015, grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, INCISO II DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS EM CONVERGÊNCIA COM O ACERVO

PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO TENTADO OU FURTO PRIVILEGIADO TENTADO. DESCABIMENTO. AGENTE QUE REALIZOU TODOS OS ELEMENTOS DO TIPO. CONSUMAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE GRAVE AMEAÇA E INVERSÃO DA POSSE DA COISA SUBTRAÍDA. CONCURSO FORMAL. APLICAÇÃO. CRIME PRATICADO NO MESMO CONTEXTO FÁTICO CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. **INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. INCABIMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.** DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENAS BASES FIXADAS DE ACORDO COM OS DITAMES DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PERTINÊNCIA DE SUA APLICAÇÃO EM FAVOR DO APELANTE RAFAEL DOS SANTOS COSTA. REPARO NA SEGUNDA FASE DO SISTEMA TRIFÁSICO. PENA REDUZIDA EM 03 MESES. ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS MESMOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS DA DIMINUIÇÃO DE PENA IMPOSTA AO CORRÉU. TERCEIRA E ÚLTIMA ETAPA DO ART. 68 DO CP. CORRETA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO CONCURSO DE PESSOAS (1/3) E DA MAJORANTE DO CONCURSO FORMAL (1/6). ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O SEMIABERTO DO APELANTE CARLOS VARELA DA COSTA FILHO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, B, C/C § 3º DO CP. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. I- A materialidade e a autoria do roubo estão comprovadas pelas declarações firmes das vítimas, em consonância com a prova testemunhal colhida, além da confissão dos próprios acusados. II- Induvidoso que a conduta realizada pelos apelantes encontra-se tipificada no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, cuidando-se de subtração de coisa móvel alheia das vítimas, ainda que por breve espaço de tempo, em concurso de pessoas, pelo que não há falar-se em desclassificação para o crime de roubo tentado, ou para o tipo descrito no art. 155, § 2º, c/c art. 14, II, do Estatuto Repressivo. III- O concurso formal, como se depreende do art. 70 do Código Penal, ocorre quando o agente, mediante uma só ação pratica dois ou mais crimes, o que se evidenciou nos autos, posto que, por uma única ação dos apelantes, duas vítimas tiveram seus bens subtraídos. Logo, está caracterizado o concurso formal. **IV- É incabível o pleito de incidência do princípio da co-culpabilidade seja para fins de absolvição do acusado, ou como circunstância inominada de abrandamento da pena imposta, por falta de previsão legal. A situação de pobreza ou de miserabilidade do indivíduo não justifica a delinquência. Precedente desta Corte. Além do mais, consta dos autos que o apelante CARLOS AUGUSTO VARELA DA COSTA FILHO, antes da prática delitiva, estudava e trabalhava na firma virtual JOB, e, ainda, fazia tratamento numa clínica de dependente químico em Garanhuns. O assalto em questão, por óbvio, era para manter o vício da droga.** V- A fixação das penas bases dos recorrentes em 05 anos de reclusão, um pouco acima do mínimo legal, encontra-se suficientemente justificada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante (culpabilidade e circunstâncias do crime). VI- Na segunda etapa do sistema trifásico, reconheço como pertinente apenas a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea, em favor do apelante RAFAEL DOS SANTOS COSTA, pelo que reduzo sua reprimenda em 03 (três meses), ou seja, no mesmo parâmetro utilizado para reduzir a pena do corréu, por considerar razoável e adequado à reprovação e prevenção do crime. De modo que a pena dos apelantes, com o redutor da espécie, alcançou 04 anos e 09 meses de reclusão. Sopesou, ainda, nesta fase, a agravante da reincidência desfavorável ao apelante

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

RAFAEL DOS SANTOS COSTA, sendo, por conta disso, sua reprimenda elevada em 01 ano e 11 meses, passando para 05 anos e 09 meses de reclusão. VII - É se manter, também, por sua legalidade, a causa especial de aumento de pena, fixada na fração de 1/3 (um terço), em razão da qualificadora do concurso de pessoas e do acréscimo de pena decorrente do concurso formal, na fração mínima de 1/6 (um sexto), permanecendo a pena definitiva do acusado CARLOS VARELA DA COSTA FILHO em 07 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e a do corréu RAFAEL DOS SANTOS COSTA reduzida de 09 anos e 04 meses de reclusão para 08 anos e 11 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado. VIII- Recursos dos sentenciados parcialmente providos, à unanimidade. (TJPE, 2015, grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DOSIMETRIA DA PENA - NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA DESFAVORÁVEIS - SEGUNDA ETAPA - **RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CO-CULPABILIDADE - INVIABILIDADE - TERCEIRA FASE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, 4º, DA LEI ANTIDROGAS - CABIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - REGIME INICIAL ABERTO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.** Deve ser mantida a pena-base estabelecida em montante superior ao mínimo legal quando a natureza e a quantidade da droga apreendida em poder do apelante permitem uma avaliação desfavorável, a qual prepondera, nos termos do art. 42 da Lei Antidrogas. **Conquanto não se negue a existência de setor doutrinário que defende a aplicação da chamada co-culpabilidade com o fim de recompensar o indivíduo que, desfavorecido pela intensa desigualdade do seio social, investe-se na delinquência, de forma a atenuar a reprimenda aplicada, os tribunais pátrios não albergam tal teoria, evidenciando a impertinência da tese levantada.** Por inexistir nos autos provas da reincidência do acusado, bem como da dedicação do mesmo às atividades criminosas, deve ser aplicada, de ofício, a causa de diminuição do art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006. Conquanto a reprimenda final atenda ao pressuposto objetivo do art. 44 do CP, não vislumbro ser aconselhável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que, não bastasse a existência de circunstância judicial desfavorável, a elevada quantidade de pedras de crack não evidencia ser a medida recomendável. (TJES, 2015, grifo nosso)

APELAÇÃO PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. RÉUS PRESOS EM FLAGRANTE DELITO. TESTEMUNHAS OCULARES. RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO. HARMONIA COM AS PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS. CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA. SIMPLES EMENDATIO LIBELI E NÃO MUTATIO LIBELI. NULIDADE DE RECONHECIMENTO. ARGUIÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO EM CRIME MENOS GRAVE. DELITO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA **RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CP. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA BASE FIXADA EM SEU PATAMAR MÍNIMO.** 1. Insubsistente a negativa de autoria, já que está, assim como a materialidade da infração, está comprovada pelo contexto probatório constante do caderno processual. 2. O fato do apelante ter colocado sua fotografia na CTPS que estava em nome Jailfferson Carlos Alves de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Araújo não configura o delito imputado ao apelante, mas sim o de falsa identidade previsto no art. 297 do CP. 3. Na hipótese de erro de capitulação na peça inicial, pode o magistrado proceder à correção e adequação da tipificação, atribuindo aos fatos definição jurídica diversa, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Cuida-se, nesse caso, da emendatio libeli, previsto no art. 383 do CPP. 4. 4. Não há nessa situação a superveniência de fato novo, a impor a necessidade de aditamento da denúncia tal como ocorre com a mutatio libeli, regulada no art. 384 do CPP e, consequentemente, da abertura de prazo para a defesa se manifestar, indicando, inclusive, novas testemunhas. 5. Silêncio da defesa por quase 03 (três) anos contados da audiência de instrução e julgamento realizada no dia 16/03/2010, torna precluso o reconhecimento da inexistência ou nulidade ora suscitada de que estas não se deram dentro das formalidades previstas no art. 226 do CPP. 6. Inviável o acolhimento da alegação de participação em crime menos grave, haja vista que esta tese não foi debatida no juízo de primeiro grau. 7. **Impossível o reconhecimento da atenuante genérica acolhendo-se a teoria da Co-Culpabilidade para mitigar a reprovação da conduta do agente no caso, pois, diante das circunstâncias em que se deu o ilícito, não há como se eximir o acusado parcialmente das suas consequências, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis. Precedente do STJ.** 8. A pena base foi fixada em 20 (vinte) anos de reclusão, ou seja, em seu mínimo legal, razão pela qual fica impossibilitada a fixação como requerido pelo apelante, até porque não existe nenhuma causa de diminuição de pena. 9. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO ACÓRDÃO Vistos etc. Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, CONHECER DOS RECURSOS E NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS DOS RÉUS FERNANDO HIDEO SOUSA ENOMOTO E WLADIMIR PANTOJA GONÇALVES. DE OFÍCIO, CORRIGIR A CAPITULAÇÃO PENAL DO ACUSADO SEGUNDO RECORRENTE A FIM DE CONDENÁ-LO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 297 DO CP, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Pará, aos vinte e um dias do mês de outubro de 2014. Julgamento de presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes. (TJPA, 2015, grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CPB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADA. PALAVRA DA VÍTIMA E CONFISSÃO DO RÉU. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. VIABILIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 29, § 1º, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. REDMENSIONAMENTO DA PENA BASE. VETOR DA PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL AO RÉU. ACUSADO QUE ABANDONOU O EMPREGO PARA DEDICAR-SE AO CRIME. PENA-BASE REDUZIDA PARA 04 (QUATRO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. RECONHECIMENTO E INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. PENA REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO TEOR DA SÚMULA 231 DO STJ. **IMPOSSIBILIDADE DA ATENUANTE GENÉRICA DA CO-CULPABILIDADE.** MAJORAÇÃO DA

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

PENA ADEQUADAMENTE EFETUADA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS). PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA PARA 05 (CINCO) ANOS, 07 (SETE) MESES E 06 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO. REDUZIDA PENA PECUNIÁRIA PARA 20 (VINTE) DIAS-MULTA. MANTIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA NO SEMIABERTO. 1. Apelante condenado ao cumprimento de pena definitiva fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, pela prática do delito descrito no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CPB. 2. Insurge-se o apelante, sustentando que não restou satisfatoriamente comprovado o emprego de arma de fogo, narrado na delatária e reconhecido pelo magistrado de piso, destacando que a doutrina e jurisprudência pátria são firmes no sentido de haver a necessidade da apreensão da arma e sua submissão a perícia com o intuito de aferir sua potencialidade lesiva, para configurar a majorante do emprego de arma de fogo no crime de roubo. O apelante assevera, ainda, que há nos autos necessidade de redução da sanção corporal imposta, em razão de sua participação de menor importância no crime em comento, bem como pelo fato do mesmo ser possuidor de bons antecedentes criminais e por fazer jus à atenuante denominada prevista no artigo 66, do CPB, em razão da co-culpabilidade. 3. Materialidade e autoria delitiva demonstrada pela confissão judicial do recorrente, devidamente reforçada pelas palavras da vítima. 4. Indiscutível a majorante do concurso de agentes, já que comprovado, o acerto de vontades, pelos dois agentes, estando perfeitamente comprovado o liame subjetivo, tendo a vítima dito que o crime foi praticado por duas pessoas, bem como o recorrente confirmou. 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima, como ocorreu no caso dos autos. PRECEDENTES. 6. Pena-base reduzida de 05 (cinco) anos de reclusão para 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, diante da manutenção apenas da negatização da circunstância judicial da personalidade do agente, a qual restou devidamente fundamentada, no fato do apelante confessar que abandonou o seu emprego para viver da delinquência. 7. Não há como reconhecer-se a alegada participação de menor importância se a conduta do acusado foi fundamental para a consumação do delito de roubo majorado. In casu, restou devidamente demonstrado que o recorrente participou ativamente do crime, posto que teria ameaçado jogar uma pedra no carro da vítima, fazendo-a para e, enquanto o comparsa apontaria uma arma para a vítima, o mesmo tomou do mesmo a sua carteira. 8. Verifica-se, na segunda fase da dosimetria, apenas a existência da atenuante da menoridade relativa (artigo 65, inciso, I, do CPB) e da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea b, do CPB), razão pela qual reduzo a pena provisória para o mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão. Inviável a redução da pena provisória - pela presença de atenuante - a patamar inferior ao mínimo legal cominado ao tipo penal, por força da orientação traçada pela Súmula 231 do STJ. 9. **A incidência da atenuante inominada, com alicerce na referida teoria, não merece acolhimento, vez que tal posicionamento não encontra assento no ordenamento jurídico pátrio e a situação de vulnerabilidade do acusado não restou suficientemente comprovada nos autos, sendo que tal circunstância sequer foi demonstrada como causa determinante para a prática do crime em comento.** 10. O fato de o apelante ser supostamente pessoa pobre que não teve oportunidade de se desenvolver com dignidade, não justifica, ou mesmo, reduz o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Não podendo tais fatos servirem de estímulo à prática de crimes. 11. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade, afirmando que, no lugar

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, tal teoria fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos. (HC, 172.505/MG, rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, 31.05.2013). 12. Na terceira fase da individualização da pena, mantida a majoração da pena na fração de 2/5, em razão da presença das majorantes referentes ao concurso de pessoas (inciso II, do § 2º, do artigo 157, do CP) e o emprego de arma de fogo (inciso I, do § 2º, do artigo 157, do CP), devidamente fundamentada pelo maior temor que causou a vítima, posto que se tratavam de dois acusados, e que um portava uma arma de fogo, de grosso calibre e outro uma pedra, pronto para arremessar no veículo da vítima, o que inviabilizou qualquer intenção de se defender. 13. Pena restritiva de liberdade definitiva reduzida de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, bem como pena pecuniária redimensionada para 20 (vinte) dias-multa, na razão unitária de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na época do fato. 14. Mantido o regime inicial de cumprimento da pena no inicialmente semiaberto. 15. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJCE, 2015, grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES TENTADO. (ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL EM RAZÃO DE SER O RÉU SURDO-MUDO E NÃO ALFABETIZADO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE AJUSTA NO CONCEITO DA ATENUANTE INOMINADA, POIS NÃO COMPROVADO QUE ESSES ELEMENTOS CONCORRERAM À PRÁTICA DO CRIME EM ANÁLISE. **ALEGADA COCULPABILIDADE DO ESTADO. VULNERABILIDADE SOCIAL QUE NÃO PODE SER CONDIÇÃO QUE AUTORIZE OU JUSTIFIQUE A PRÁTICA DE ILÍCITOS. APELANTE QUE NÃO SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE DESAMPARO SOCIAL, VEZ QUE POSSUIDOR DE APOSENTADORIA. TEORIA NÃO ADMITIDA PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JUSTIFICAR A HABITUALIDADE NO COMETIMENTO DE DELITOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJSC, 2015, grifo nosso)

Ou seja, os Tribunais Pátrios não tem aceito como atenuante genérica o princípio da coculpabilidade, apesar de ser uníssono na doutrina o dever de sua aplicação. Deve-se portanto, como medida urgente, positivar a ideia da coculpabilidade, uma vez que é certo que o Estado possui sua parcela de culpa quando comprovado que o agente cometeu a infração penal meramente em virtude da omissão do Estado, sendo este parcialmente responsável.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A co-culpabilidade se consiste na ideia central da divisão de responsabilidade do cometimento de uma infração penal entre o agente delituoso e o Estado, em face deste ultimo não cumprir com o seu papel, se omitindo quanto a implementação de oportunidades a todos os cidadãos, uma vez que, atua com uma política neoliberal de exclusão social.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Conforme analisado, a aplicação da co-culpabilidade apresenta-se possível dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro, visto que, existem diversas hipóteses de aplicação, ou até mesmo, hipóteses que podem ser inseridas pelos legisladores dentro do próprio Código Penal. No entanto, a possibilidade de utilização da co-culpabilidade como circunstância inominada, prevista no artigo 66 do Código Penal, faz com que o magistrado possa atenuar a pena com base na co-culpabilidade, uma vez que foi permitido pelo legislador a utilização de atenuantes não previstas em lei, mas que sejam relevantes, anteriormente ou posteriormente ao cometimento do delito.

Outra possibilidade de aplicação da co-culpabilidade seria através da introdução pelo legislador dentro do artigo 59 do Código Penal, tratando a co-culpabilidade como circunstância judicial, estabelecendo o juiz a pena com atenção às oportunidades socioeconômicas oferecidas ao agente delituoso.

Certo é, que a aplicação da co-culpabilidade se torna cada vez mais imprescindível, em face da grande omissão que ocorre por parte do Estado, sendo este tema, inegavelmente importante, no entanto, com escassa bibliografia, sendo necessário maiores aprofundamentos para tornar sua aplicabilidade cada vez mais possível

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia teórica e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1988.

ASSIS, Simone Gonçalves; SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Criando caim e Abel - Pensando a Prevenção da Infração Juvenil*. Ciência e Saúde Coletiva, 1999.

BRASIL. Código (1940). *Código penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código (1941). *Código de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CEARA. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação: 04743041120108060001 CE 0474304-11.2010.8.06.0001, Relator: Mario Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/07/2015. Disponível em: www.tjce.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal: 35100786744 ES 35100786744, Relator: Ney Batista Coutinho, Data de Julgamento: 21/03/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/04/2012. Disponível em: www.tjes.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2ª ed.rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. *O princípio da coculpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

MATTE, Natalia Allet. *O princípio da coculpabilidade e a sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro*. 2008. 79 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Biguaçu, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado do Minas Gerais. Apelação: 10016110117328001 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 04/06/2013, Câmaras Criminais / 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/06/2013. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015

MOURA, Grégore. *Do princípio da coculpabilidade*. 1ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

MOURA, Grégore. *Do princípio da coculpabilidade*. 2ª ed. Aum. e rev. Niterói: Impetus, 2014.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Apelação: 201330018157 PA, Relator: Ronaldo Marques Valle, Data de Julgamento: 21/10/2014, 2ª Câmara Criminal Isolada, Data de Publicação: 24/10/2014. Disponível em: www.tjpa.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação: 12802554 PR 1280255-4 (Acórdão), Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa, Data de Julgamento: 12/03/2015, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1533 25/03/2015. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco. Apelação: 458152320108170001 PE 0045815-23.2010.8.17.0001, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assuncao, Data de Julgamento: 07/08/2012, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 168. Disponível em: www.tjpe.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

PINTO, Simone Matos Rios. *O princípio da coculpabilidade*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação: 124218 RN 2008.012421-8, Relator: Des. Amílcar Maia, Data de Julgamento: 22/01/2010, Câmara Criminal. Disponível em: www.tjrn.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70013886742. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 20.04.2006, Porto Alegre, RS, 13 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2015c.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70000792358, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Julgado em: 28.04.2000, Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2015b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo 70047398979, Relatora: Isabel de Borba Lucas, Oitava Câmara Criminal, Julgamento: 21.03.2012, Porto Alegre, RS, 9 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2015a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado do Santa Catarina. Apelação: 20140259352 SC 2014.025935-2 (Acórdão), Relator: Ernani Guetten de Almeida, Data de Julgamento: 30/06/2014, Terceira Câmara Criminal Julgado. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo. Apelação: 582782620088260224 SP 0058278-26.2008.8.26.0224, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 23/08/2011, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 01/09/2011. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. Apelação: 2010309611 SE , Relator: Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça, Data de Julgamento: 27/07/2010, Câmara Criminal. Disponível em: www.tjse.jus.br. Acesso em: 29 out. 2015.

TRANJAN, Alfredo. *A beca surrada, meio século no foro criminal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HOMICÍDIO DISCRIMINATÓRIO POR RAZÕES DE GÊNERO

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilla, Professor do Programa de Pós Graduação da PUC-RS (Mestrado e Doutorado) e do Mestrado do Damas. Advogado Criminalista com sede em Brasília -DF.

Vania Barbosa Adorno

Advogada criminalista.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Impropriedade terminológica: “feminicídio”. 3. Matar alguém: feminicídio ou homicídio. 4. Elementos qualificadores do feminicídio. 14.1. Violência doméstica e familiar. 4.2. Menosprezo ou discriminação da mulher. 5. Sujeitos ativo e passivo. 5.1. Sujeito ativo. 5.2. Sujeito passivo. 6. Majorantes ou causas especiais de aumentos. 6.1. - Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto. 6.2 Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos e maior de 60 (sessenta) ou com deficiência. 6.3 - Na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

1. Considerações preliminares

A *violência* representa uma das maiores ameaças à humanidade, fazendo-se presente em todas as fases da História da civilização humana. Pode-se dizer que a violência é parte significativa do cotidiano, retratando a trajetória humana através dos tempos, e que é intrínseca à existência da própria civilização. Como parte desse fenômeno, e inserida num contexto histórico-social e com raízes culturais, encontra-se a *violência familiar* (violência conjugal, violência contra a mulher, maus-tratos infantis, abuso sexual intrafamiliar etc.), que é um fenômeno complexo e multifacetado, atingindo todas as classes sociais e todos os níveis socioeducativos; apresenta diversas formas como, por exemplo, maus-tratos físicos, psicológicos, abuso sexual, abandono, e, principalmente, a agressão física, chegando, muitas vezes, a ceifar a própria vida da mulher, da companheira e de filhos.

Destacamos, em especial, a violência contra a mulher, por ser mulher, uma das mais graves formas de agressão ou violação, pois lesa a honra, o amor próprio, a autoestima, e seus direitos fundamentais, apresentando contornos de durabilidade e habitualidade; trata-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria dignidade da mulher, enquanto ser humano e enquanto cidadã, que merece, no mínimo, um tratamento igualitário, urbano e respeitoso por sua própria condição de mulher.

A origem da violência contra a mulher, por outro lado, transcende as fronteiras das culturas e tem seus precedentes nos primórdios da civilização humana, percorrendo o longo período medieval, ultrapassa a modernidade e chega a nossos dias, tão aviltante, constrangedora e discriminatória, como sempre foi. Segundo Alice Bianchini, “Ao longo da História, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas pelo tão só fato de serem mulheres. O fenômeno forma parte de um contínuo de violência de gênero expressada em estupros, torturas, mutilações genitais,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora da família”¹.

Atendendo à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, na Linha da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) o Brasil editou a Lei 13.104/2015, criando a qualificadora do “feminicídio”, exasperando a sua punição. O feminicídio – afirma Alice Bianchini - constitui a manifestação mais extremada da violência machista, fruto das relações desiguais de poder entre os gêneros².

Convém destacar, de plano, que estamos diante de uma *política repressora* da criminalidade discriminatória da mulher, e precisamos, nessa área, de *políticas preventivas* buscando diminuir essa violência condenável e insuportável em um Estado Democrático de Direito, prevenindo sua ocorrência, e devemos, mais que punir, buscar salvar vidas, cuja perda será sempre irreparável³. Na realidade, quando o Poder Judiciário é chamado a intervir na seara penal já houve a perda de uma vida, que é em si mesmo inaceitável. Por isso, precisamos antes *prevenir*, orientar, educar, ou, em outros termos, *impedir* que se chegue a esse trágico desfecho, não apenas mudando toda uma herança histórico-cultural machista, mas formando novos cidadãos e cidadãs, procurando sepultar todo um passado cujas raízes remontam o período medieval, que precisa, de uma vez por todas, ser superado, sem machismo ou feminismo, onde mulheres e homens possam conviver harmonicamente, sem qualquer disputa de gênero, na qual todos perdem.

2. Impropriedade terminológica: “feminicídio”

Tecnicamente, a nosso juízo, é um erro grosseiro repetir a linguagem da imprensa afirmando “*que foi criado um crime de feminicídio*”, pois, na realidade, *matar alguém* continua sendo um *homicídio*, e tanto mulher, como homem, estão abrangidos por esse pronome indefinido, *alguém*, que não faz exceção a nenhum ser humano. Com efeito, quando examinamos o crime de homicídio, em nosso *Tratado de Direito Penal*, afirmamos: “A expressão *alguém*, contida no tipo legal, abrange, indistintamente, o universo de seres humanos, ou seja, qualquer deles pode ser sujeito passivo do homicídio”⁴. Por outro lado, o legislador não criou nenhum novo tipo penal, apenas acrescentou uma *qualificadora especial* para ampliar o combate à violência de gênero, que continua dizimando milhares de mulheres todos os anos em nosso país. Portanto, convém não se olvidar que o tal *feminicídio* constitui somente uma qualificadora especial do *homicídio discriminatório de mulher*, praticado em “situação

¹ Bianchini, Alice. O feminicídio. In <https://pt-br.facebook.com/portalatualidadesdodireito/posts/800493170021386>, acessado em 10 de maio de 2015.

² Bianchini, Alice. O feminicídio. In <https://pt-br.facebook.com/portalatualidadesdodireito/posts/800493170021386>, acessado em 10 de maio de 2015.

³ Estima-se que no Brasil, entre 2001 a 2011, ocorreram mais de 50 mil assassinatos de mulheres: ou seja, em média, 5.664 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 472 a cada mês, 15,52 a cada dia, ou uma morte a cada 1h30. Esses dados foram divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em uma pesquisa inédita, que reforçou as recomendações realizadas pela CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), que avaliou a situação da violência contra mulheres no Brasil.

⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. *Direito penal – dos crimes contra a pessoa*, Parte Especial, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, vol. 2, p. 58.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

caracterizadora” de (i) *violência doméstica e familiar*, ou “motivado” por (ii) *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*.

No entanto, a despeito da terminologia utilizada, quer nos parecer que, no particular, isto é, criando uma *qualificadora especial*, andou bem o legislador, por que conseguiu, adequadamente, ampliar a proteção da mulher vitimada pela *violência de gênero*, assegurando-lhe maior proteção sem incorrer em inconstitucionalidade por dedicar-lhe uma proteção excessiva e discriminatória, o que, a nosso juízo, poderia ocorrer se, em vez da qualificadora, houvesse criado um novo tipo penal, isto é, uma nova figura penal paralela ao homicídio, com punição mais grave sempre que se tratasse de vítima do sexo feminino. Assim, a opção político-legislativa foi feliz e traduz a preocupação com a situação calamitosa sofrida por milhares de mulheres discriminadas por sua simples *condição de mulher*, permitindo, na prática, a execução de uma política criminal mais eficaz no combate a essa chaga que contamina toda a sociedade brasileira.

3. Matar alguém: feminicídio ou homicídio

Não existe crime de *feminicídio*, como tipo penal autônomo, ao contrário do que se tem apregoadado, pois, como veremos, “matar alguém” continua sendo *homicídio*, que, se for motivado pela discriminação da condição de mulher, ou seja, por razões de gênero, será qualificado, e essa qualificadora recebeu expressamente o *nomen iuris* de “feminicídio”. Aliás, o próprio texto legal refere-se a homicídio, *verbis*: “se o homicídio é cometido por questões de gênero”.

Em outros termos, a lei pretendeu criar uma qualificadora especial do homicídio para a hipótese de ser motivado por razões de gênero, caracterizadora de *violência doméstica e/ou familiar, menosprezo ou discriminação pela condição de mulher*. “Não se trata – destaca Alice Bianchini - de dar um tratamento vantajoso para as mulheres à custa dos homens, senão de se conceder uma tutela reforçada a um grupo da população cuja vida, integridade física e moral, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e especialmente intensa, evitando violarmos o princípio da proteção deficiente”⁵.

Essa alteração foi realizada pela Lei 13.104/2015 com o acréscimo do inciso VI no § 2º do art. 121 do Código Penal, destacando que “se o homicídio é cometido contra a mulher por razões de gênero”. E, em seguida, o próprio texto legal define objetivamente o que seja “razões de gênero”, acrescentando o § 2º- A, *verbis*: “Considera-se que há razões de gênero quando o crime envolve: I – *violência doméstica e familiar*; II – *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*”. Reforçando a maior punição dessa infração penal, o legislador criou também uma majorante “feminicista”, no § 7º, *prevendo o acréscimo de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.*” Aproveitou, ainda, o legislador contemporâneo, para atribuir a qualidade de hediondo a esse homicídio qualificado, aliás, apenas atualizou o art. 1º da Lei 8.072, pois, como *homicídio qualificado*, a hediondez é uma decorrência natural.

⁵ Bianchini, Alice. O Feminicídio. In <https://pt-br.facebook.com/portalatualidadesdodireito/posts/800493170021386>, acessado em 10 de maio de 2015.

4. Elementos qualificadores do feminicídio

Convém destacar, contudo, que não basta tratar-se de *homicídio de mulher*, isto é, ser *mulher* o sujeito passivo do homicídio para caracterizar essa novel qualificadora. Com efeito, para que se configure a *qualificadora do feminicídio*⁶ é necessário que o *homicídio discriminatório* seja praticado em situação caracterizadora de (i) *violência doméstica e familiar*, ou motivado por (ii) *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*. No mesmo sentido, manifesta-se Rogério Sanches afirmando: “Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima”. Não difere muito o entendimento de Rogério Greco, *verbis*: “Devemos observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por *razões de condição de sexo feminino*, que efetivamente ocorrerá quando envolver: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”⁷.

Em outros termos, nem todos os crimes de homicídio em que figure uma mulher como vítima configura esta qualificadora, pois somente a tipificará quando a ação do agente for motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. Com efeito, a *tipicidade estrita* exige que esteja presente, alternativamente, a situação caracterizadora de (i) *violência doméstica e familiar*, ou a motivação de (ii) *menosprezo ou discriminação à condição de mulher* (§ 2º - A do art. 121 CP). Assim, v. g., se alguém (homem ou mulher), que é credor de uma mulher, cobra-lhe o valor devido e esta se nega a pagá-lo, enraivecido o cobrador desfere-lhe um tiro e a mata. Nessa hipótese, não se trata de um *crime de gênero*, isto é, o homicídio não foi praticado em razão da *condição de mulher*, mas sim de *devedora*, e tampouco foi decorrente de *violência doméstica e familiar*; logo, não incidirá a qualificadora do feminicídio, embora possa incidir a qualificadora do *motivo fútil*, por exemplo.

4.1. Violência doméstica e familiar

Chama atenção que a redação do inciso I do § 2º - A do art. 121 apresente-se com uma redação, no mínimo, inadequada, para não dizer imprópria, *verbis*: “violência doméstica e familiar”. Efetivamente, observando-se numa análise estrita do vernáculo, esse texto legal está exigindo que a situação fática apresente *dupla característica*, qual seja, que situação em que ocorra o crime seja de *violência doméstica e familiar*, como se fosse a mesma coisa. No entanto, embora possa ser a regra, ela não é exclusiva, apesar de poder ser excludente. Explicamos: nem toda violência doméstica é familiar e vice-versa. Na verdade, poderá haver violência doméstica que não se inclua na familiar,

⁶ Cunha, Rogério Sanches. In <http://www.portalarreirajuridica.com.br/noticias/lei-do-feminicidio-breves-comentarios-por-rogerio-sanches-cunha>, acessado em 10 de abril de 2015.

⁷ Greco, Rogério. Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. In <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

v. g., alguém estranho a relação familiar que, por alguma razão, esteja coabitando com o agressor, ou então, que a violência recaia sobre um empregado ou empregada que presta serviços à família etc. Pois, essa relação, a despeito de caracterizar-se como *doméstica* não é estritamente familiar, e, com a ligação com a preposição aditiva “e”, poderá gerar intermináveis discussões sobre a necessidade de a referida violência abranger as duas circunstâncias, “doméstica e familiar”, em obediência ao princípio da tipicidade estrita. Por isso, a nosso juízo, teria andado melhor o legislador se tivesse adotado uma fórmula alternativa, qual seja, “violência doméstica ou familiar”.

4.2. Menosprezo ou discriminação da mulher

Embora se trate de um crime que tem como fundamento político-legislativo a *discriminação da mulher*, pode-se constatar que o texto legal qualifica o homicídio em duas hipóteses distintas, quais sejam, (i) *quando se tratar de violência doméstica e familiar*, ou (ii) quando for motivado por *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*⁸. Na primeira hipótese o legislador *presume o menosprezo ou a discriminação*, que estão implícitos, pela *vulnerabilidade* da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, isto é, o ambiente doméstico e/ou familiar são as situações caracterizadoras em que ocorre com mais frequência a violência contra a mulher por *discriminação*; na segunda hipótese, o próprio móvel do crime é o *menosprezo ou a discriminação à condição de mulher*, mas é, igualmente, a *vulnerabilidade da mulher* tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.

5. Sujeitos ativo e passivo

5.1. Sujeito ativo

Tratando-se tão somente de uma modalidade qualificada do crime de homicídio, resulta claro que pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, independentemente do gênero masculino ou feminino. Não há exigência de qualquer qualidade ou condição especial para ser autor dessa forma qualificada de homicídio, basta a conduta adequar-se à descrição típica, e que esteja presente, alternativamente, a situação caracterizadora de (i) *violência doméstica ou familiar*, (ii) ou motivadora de *menosprezo ou discriminação à condição de mulher* (§ 2º - A do art. 121 CP).

5.2. Sujeito passivo

É, via de regra, uma *mulher*, ou seja, pessoa do sexo feminino, e que o crime tenha sido cometido por razões de sua *condição de gênero*, ou que ocorra em situação caracterizadora de *violência doméstica ou familiar*. O substantivo *mulher* abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como do sexo

⁸ § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

feminino. Além das esposas, companheiras, namoradas ou amantes também podem ser vítimas desse crime filhas e netas do agressor, como também mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantenha vínculo familiar com o sujeito ativo.

No entanto, uma questão, outrora irrelevante, na atualidade mostra-se fundamental, e precisa ser respondida: quem pode ser considerada *mulher* para efeitos da tipificação da presente qualificadora? Seria somente aquela nascida com a anatomia de mulher, ou também quem foi transformada cirurgicamente em mulher, ou algo similar? E aqueles que, por opção sexual, acabam exercendo na relação homoafetiva masculina a “função de mulher”?

Há alguns critérios para buscar a melhor definição sobre quem é ou pode ser considerada mulher, para efeitos desta qualificadora. Vejamos a seguir algumas reflexões a respeito.

Vários critérios poderão ser utilizados para uma possível definição, com razoável aceitação, de quem pode ser considerada mulher para efeitos da presente qualificadora. Assim, por exemplo, pelo critério de *natureza psicológica*, isto é, alguém mesmo sendo do sexo masculino acredita pertencer ao sexo feminino, ou, em outros termos, mesmo tendo nascido biologicamente como homem, acredita, psicologicamente, ser do sexo feminino, como, sabidamente, acontece com os denominados *transexuais*. Há, na realidade, uma espécie de negação ao sexo de origem, levando o indivíduo a perseguir uma reversão genital, para assumir o gênero desejado.

De um modo geral, não apresentam deficiência ou deformação em seu órgão genital de origem, apenas, psicologicamente, não se aceitam, não se conformando enquanto não conseguem, cirurgicamente, a transformação sexual, isto é, transformando-se em mulher. Segundo Genival Veloso de França “As características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada”.

Por essa razão, consideramos perfeitamente possível admitir o transexual, desde que transformado cirurgicamente em mulher, como vítima da violência sexual de gênero caracterizadora da qualificadora do feminicídio, como demonstraremos adiante.

Contudo, não se admite que o *homossexual masculino*, que assumir na *relação homoafetiva* o “papel ou a função de mulher”, possa figurar como vítima do *feminicídio*, a despeito de entendimentos em sentido diverso. Com efeito, o texto do inciso VI do § 2º do art. 121 não nos permite ampliar a sua abrangência, pois é taxativo: “se o homicídio é cometido contra a mulher por razões de gênero”. E o novo § 2º - A – acrescido pela Lei 13.104/15 - reforça esse aspecto ao esclarecer que “Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I (...) II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Aqui, claramente, o legislador pretendeu destacar e proteger a *mulher*, isto é, pessoa do *sexo feminino*, pela sua condição de *mulher*, quer para evitar o preconceito, quer por sua fragilidade física, por sua complexão menos avantajada que a do homem, quer para impedir o prevalecimento de homens fisicamente mais fortes etc. É necessário, em outros termos, que a conduta do agente seja motivada *pela violência doméstica ou familiar, e/ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher*, que o homossexual masculino não apresenta.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Não se trata, por outro lado, de norma penal que objetive proteger a *homossexualidade* ou coibir a *homofobia*, e tampouco permite sua ampliação para abranger o *homossexual masculino* na relação *homoafetiva*, ao contrário do que pode acontecer com o denominado crime de “violência doméstica” (art. 129, § 9º, do CP, acrescentado pela Lei 10.886/2004). Com efeito, neste caso, independentemente do gênero, o ser masculino também pode ser vítima de *violência doméstica*, como sustentamos ao examinarmos esse crime previsto no referido dispositivo legal, no volume 2º de nosso Tratado de Direito Penal⁹, para onde remetemos o leitor.

Ademais, o homossexual masculino, independentemente de ser ativo ou passivo, via de regra, não quer ser *mulher*, não se porta como *mulher*, não é *mulher*, mas apenas tem como opção sexual a preferência por pessoa do mesmo sexo. E ainda que pretendesse ou pretenda ser mulher, e haja como tal, *mulher não é*, além de não ser legalmente reconhecido como tal, e sua eventual discriminação, se houver, *não será por sua condição de mulher*, pois não a ostenta. E admiti-lo como sujeito passivo de *feminicídio* implica em ampliar a punição, indevidamente, para considerar uma qualificadora com situação ou condição que não a caracteriza (é do sexo masculino), tornando-se, portanto, uma punição absurda, ilegal, arbitrária e intolerável pelo direito penal da culpabilidade, cujos fundamentos repousam em seus sagrados dogmas da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, próprios de um Estado Democrático de Direito.

E, por fim, o eventual desiderato dramático da morte de um homem por seu companheiro, não terá sido pela *discriminação de sua condição de mulher*, pois de mulher não se trata, logo, não será um homicídio “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, como é tipificado no texto legal (art. 121, § 2º, VI, CP). Estar-se-ia violando o princípio da *tipicidade estrita*. Poderá até tipificar um homicídio qualificado, quiçá, por motivo fútil, motivo torpe etc., mas, certamente, não tipificará a qualificadora de gênero.

Uma questão precisa ser esclarecida: a *Lei do feminicídio* (Lei 13.104/15), não tem a mesma abrangência da Lei Maria da Peña. Esta trata, fundamentalmente, de medidas protetivas, corretivas e contra a discriminação, independentemente da opção sexual. Nessa seara, por apresentar maior abrangência e não se tratar de matéria penal, admite, sem sombra de dúvidas, analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva, inclusive para proteger pessoas do sexo masculino nas relações homoafetivas. Nesse sentido, há, inclusive, decisões de nossos Tribunais superiores reconhecendo essa aplicabilidade. Não é outro o entendimento de Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini, *verbis*: “Na qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, par. Ún., a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio”¹⁰.

⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Crimes contra a pessoa* -, 15ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2015, vol. 2, p. 215 a 218.

¹⁰ Gomes, Luiz Flavio e Bianchini, Alice. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*, in. http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015?ref=topic_feed, consultado em 18 de maio de 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Por outro lado, admitimos, sem maior dificuldade, a possibilidade de figurarem na *relação homossexual feminina*, ambas, tanto como autora quanto como vítima, indistintamente, do crime de feminicídio. Rogerio Sanches destaca, com muita propriedade que “A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade”¹¹. Na hipótese de relação homoafetiva entre mulheres, por sua vez, é absolutamente irrelevante quem exerça o papel feminino ou masculino no cotidiano de ambas, pois, em qualquer circunstância, ocorrendo um homicídio, nas condições definidas no texto legal, estará configurada a qualificadora do feminicídio.

Pelo *critério biológico* identifica-se uma *mulher* em sua concepção genética ou cromossômica. Segundo os especialistas, o “*sexo morfológico* ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.)”. Com essas características todas, certamente, não será difícil identificar o sexo de qualquer pessoa, pelo menos, teoricamente.

Mas, na atualidade, com essa diversificação de opções sexuais, para fins penais, precisa-se mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para definir-se o sexo das pessoas, para identificá-las como femininas ou masculinas. Por isso, quer nos parecer que devemos nos socorrer de um *critério estritamente jurídico*, por questões de segurança jurídica em respeito a tipicidade estrita, sendo insuficiente simples critérios psicológico ou biológico para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora.

Por isso, na nossa ótica, somente quem for oficialmente identificado como *mulher* (certidão do registro de nascimento, identidade civil ou passaporte), isto é, apresentar sua documentação civil identificando-a como mulher, poderá ser sujeito passivo dessa qualificadora. Nesse sentido, é irrelevante que tenha nascido do sexo feminino, ou que tenha adquirido posteriormente, por decisão judicial, a condição legalmente reconhecida como do sexo feminino. Nesses casos, não cabe discutir no juízo penal a justiça ou injustiça, correção ou incorreção de sua natureza sexual. Cumpridas essas formalidades a pessoa é reconhecida legalmente como do sexo feminino e ponto final. É *mulher* e tem o direito de receber as mesmas garantias a mesma proteção legal dispensada a quem nasceu *mulher*.

Assim, concluindo, entre os critérios psicológico, biológico e jurídico, somente este último apresenta-nos a segurança necessária para efeitos de reconhecimento da condição de *mulher*, para fins penais, considerando que estamos diante de uma norma penal incriminadora, a qual deve ser interpretada restritivamente, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia diretamente o *princípio da legalidade estrita*.

¹¹ Cunha, Rogério Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. In In <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

6. Majorantes ou causas especiais de aumentos

A Lei 13.104/15 aproveitou para acrescentar o § 7º ao art. 121 do Código Penal, determinando o aumento de pena de um terço (1/3) até metade se o crime for praticado: *I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.* Vejamos, sinteticamente, cada uma dessas majorantes.

6.1. - Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto.

Esta majorante não se aplica a partir do *nascimento*, como parece terem entendido alguns doutrinadores, sendo despicando definir quando se inicia efetivamente o parto, pois antes dele e até três meses após o nascimento da criança, o fato continua a integrar esta majorante. Contudo, para nós, a despeito da grande divergência doutrinária, inicia-se o parto com a *dilatação* ampliando-se o colo do útero; a seguir o nascente é impelido para o exterior, caracterizando a *fase da expulsão*. Por fim, a *placenta* destaca-se e também é expulsa pelo organismo, sendo esvaziado o útero. Com isso encerra-se o parto. Quando o parto é produto de cesariana, o começo do nascimento é determinado pelo início da operação, ou seja, pela incisão abdominal.

Essa qualificadora perdura, por outro lado, até três meses após a conclusão do parto. Como tivermos oportunidade de afirmar: “O Direito Penal protege a *vida* humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida”¹². *Gestação*, por sua vez, pressupõe gravidez em curso, sendo irrelevante, enquanto não expelido, que o feto ainda se encontre com vida ou não. O período em que vigora a possível configuração dessa majorante encerra-se na data em que completar noventa dias da realização do parto. Esse marco é taxativo, não admitindo, por nenhuma razão, qualquer prorrogação.

6.2 Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos e maior de 60 (sessenta) ou com deficiência.

Esta causa de aumento segue a *mania* do legislador contemporâneo em agravar sempre as punições, de qualquer crime, quando o vitimado for *menor* de quatorze anos ou *maior* de sessenta. Não deixa de ser uma previsão discriminatória, como se a vida de pessoas nessas faixas etárias, por si só, fosse superior a dos demais mortais. E esse penduricalho pode aumentar: hoje menoridade, velhice, amanhã, quem sabe, desempregado, sem-teto, sem juízo, incolor etc. De certa forma repete a previsão que já constava no § 4º do mesmo artigo 121, embora, nesse parágrafo, o aumento seja fixo de um terço, ao contrário deste, cujo aumento varia de um terço até metade.

A terceira figura, deste dispositivo legal, contempla a pessoa com *deficiência*, que pode ser física ou mental, indistintamente. Trata-se de uma norma penal em branco heterogênea, necessitando de complemento, ante a ausência de definição da abrangência da locução “deficiência”. O Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que

¹² Bitencourt, Cezar Roberto. *Direito Penal – dos crimes contra a pessoa*, Parte Especial, 15ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2015, vol. 2, p. 169.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

regulamentou a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, em seus arts. 3º e 4º, o que considera “pessoa portadora de deficiência”, *in verbis*:

Art. 3º: Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; bV – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

6.3 - Na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A locução do texto legal “na presença de” significa algo que acontece ou se realiza diante de alguém, perante alguém que está presente, isto é, *in loco*. Em outros termos, a conduta agressiva realiza-se no mesmo local em que se encontra, fisicamente, ascendente ou descendente da vítima. A nosso juízo, o princípio da tipicidade estrita não admite que se dê interpretação mais abrangente para incluir, por exemplo, os mecanismos avançados da tecnologia virtual, tipo câmeras de vídeos, filmadoras, telefone, televisão, skype etc. Em sentido contrário, no entanto, manifesta-se Rogério

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sanches Cunha¹³, verbis: “Ao exigir que o comportamento criminoso ocorra na “presença”, parece dispensável que o descendente ou o ascendente da vítima esteja no local da agressão, bastando que esse familiar esteja vendo (ex: por skype) ou ouvindo (ex: por telefone) a ação criminosa do agente”. Venia concedida, discordamos do eminente professor, por tratar-se de norma penal criminalizadora, consequentemente, é vedada interpretação extensiva por que incluiria aspectos ou fatos não abrangidos pela definição legal, violando a tipicidade estrita, e o dogma nullum crimen nulla sine legis.

Logicamente, como se trata de crime doloso, é absolutamente indispensável que o sujeito ativo (agressor) tenha conhecimento da existência dos fatos ou circunstâncias que caracterizem qualquer das majorantes elencadas, sob pena de atribuir-se-lhe autêntica responsabilidade penal objetiva, que é absolutamente vedado em matéria penal.

Consideramos desnecessário examinarmos aqui o concurso de qualificadoras e privilegiadoras objetivas e subjetivas¹⁴, pois já abordamos essa matéria quando examinamos o crime de homicídio em nosso Tratado de Direito de Direito Penal, em seu volume 2º, para onde remetemos o leitor¹⁵.

¹³ Cunha, Rogerio Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. In

<http://www.portalarreirajuridica.com.br/noticias/lei-do-feminicidio-breves-comentarios-por-rogerio-sanches-cunha>, acessado em 18 de maio de 2015.

¹⁴ *A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (posição de Rogério Sanches, que compartilhamos). É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Uma mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado lhe mata. E mata por uma motivação aberrante de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem. Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva”. In Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini. Feminicídio: entenda as questões controversas da Lei 13.104/2015.*

http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015?ref=topic_feed, consultado em 18 de maio de 2015.

¹⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Crimes contra a pessoa*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, vol. 2, p. 82-3.

A ACTION LIBERA IN CAUSA INVERSA: A POSSIBILIDADE DO CONSENTIMENTO PRÉVIO DA VÍTIMA NO CRIME SEXUAL PRESCRITO NO ARTIGO 217-A §1 DO CÓDIGO PENAL

Cristiano Lázaro Fiuza Figueirêdo

Aluno regular do Doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Mestrando em Políticas e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Professor da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Faculdade Unifass-Apoio, da Pós-Graduação da Unifacs, da Casa dos Concursos e do Curso Gabaritando. Membro da Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD). Membro Honorário do Patronato de Presos e Egressos da Bahia. Advogado e Consultor jurídico.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a teoria da *action libera in cause*, que pode ser chamada de ação livre para causa, só que de modo inversa. Nossas ponderações visam estabelecer que é possível, no caso concreto, a antecipação do consentimento do ofendido, em determinados delitos para excluir o crime.

Nossas assertivas tem como corte epistemológico o delito de estupro de vulnerável, cuja conduta é descrita no artigo 217-A¹, parágrafo primeiro do Código repressivo, que tipifica a conduta de ter relação sexual com quem não pode oferecer resistência ou não tenha capacidade de discernimento.

Entendemos que, em alguns casos, no momento em que a suposta vítima não oferece resistência, ela previamente, consentiu a prática, neste caso, da relação sexual.

Com efeito, para sustentar nossa assertiva faremos uma abordagem histórica do instituto e algumas de suas vertentes para ao final demonstrarmos sua total aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, bem como pontuaremos o conceito analítico de crime.

Não podemos olvidar que a nossa teoria tem arrimo no consentimento do ofendido, que pode ser para alguns doutrinadores causa supra legal de excludente de ilicitude ou excludente da do próprio fato típico. Neste passo, o consentimento do ofendido é o fato preponderante para sustentação teórica deste ensaio.

2 HISTÓRICO DA ACTION LIBERA IN CAUSA (AÇÃO LIVRE NA CAUSA)

Com efeito, parafraseando a definição mais precisa sobre a teoria da *Action Libera in Causa* (ação livre na causa), é aquela em que o agente, conscientemente, põe-se em estado de inimizabilidade, sendo desejável ou previsível o cometimento de uma ação ou omissão punível em nosso ordenamento jurídico, não se podendo alegar

¹ Estupro de vulnerável- Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

inconsciência do ilícito no momento fatídico, visto que a consciência do agente existia antes de se colocar em estado de inimizabilidade².

A teoria da *Action libera in causa* tem sua origem apontada, pela doutrina, na época de Aristóteles, mormente, porque em seus escritos este entendia que devia haver dupla punição ao embriagado. De igual maneira, pode ser extraído dos ensinamentos de Francisco de Assis Toledo³. Assim, punir quem no momento da infração penal não tinha consciência, em tese, do que fazia, por ter se colocado nessa situação era e continua sendo inaceitável, portanto punível em nosso ordenamento jurídico.

Na Roma antiga não havia uma norma específica para aumentar a reprimenda penal em relação às pessoas que por livre vontade ficaram em estado de inconsciência no momento da prática delitiva, novamente, nos valem dos ensinamentos de Agripino F. Nobrega⁴.

O Direito Canônico, por sua vez, de igual forma, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da *Action Libera in Causa*, pois doutrinava que a punição ao “inconsciente preordenado” tinha que ser mais eficaz, porque este fugia da realidade para cometer o crime. Essa realidade na atualidade pode ser entendida como a consciente de que faz algo contrário ao direito.

Por fim, destacamos que Bártolo de Sassoferrato, um glosador, jurisconsulto medieval, foi quem primeiro comentou sobre as teorias da *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*, nada obstante em alfarrábios sobre o assunto, não encontramos maiores comentários sobre a descoberta do glosador. Entretanto, no livro de Lourival Vilela Viana⁵, embriaguez no Direito Penal tem uma passagem que assevera nossa assertiva.

² DA IMPUTABILIDADE PENAL

Inimizáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³ Punimos alguém por sua própria ignorância, se o considerarmos responsável por essa ignorância, como, por exemplo, no caso da embriaguez, em que as penas são dobradas para os delinquentes, porque o princípio do ato reside no próprio agente que tinha o poder de não se embriagar e que, por isso, torna-se responsável pela sua ignorância (Ética à Nicômaco). TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 322.

⁴ Tal severidade, contudo, não encontrava guarida na Roma antiga, inexistindo norma expressa quanto à embriaguez em si, ou ao crime cometido quando intoxicado: “os estados de alteração transitória da consciência não eram levados em conta na apreciação do grau de imimizabilidade”.

⁵ Diz o Ministro FRANCISCO CAMPOS, na *Exposição de Motivos* que acompanha o projeto definitivo do Código de 1940: “Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenada*, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência”.

2 - Os fundamentos dessa teoria remontam aos criminalistas práticos italianos dos séculos XIII e XIV, que foram os primeiros a tratar do assunto. E o fizeram em meio a duas concepções que até então dominavam e, de certo modo, se opunham: uma fórmula pelo direito romano: outra, pelo direito canônico. Para os romanos, os crimes cometidos em estado de embriaguez eram considerados como *delitos de ímpeto* e punidos com atenuação.

Já o direito canônico contemplava a questão com mais indulgência, mercê dos princípios religiosos que lhe inspiravam as fontes. Os canonistas consideravam a embriaguez voluntária uma *falta*, mas isentavam

3 A TEORIA DA ACTION LIBERA IN CAUSA

Com efeito, a teoria da *action libera in causa* tem o condão de justificar a punição do agente que preordenadamente se coloca em estado de não-imputabilidade no momento da prática do ilícito, ou seja, no momento da ação ou omissão o indivíduo não entende o caráter ilícito do fato, em tese não tem consciência do que está fazendo.

A teoria da *action libera in causa* tem a nítida função de evitar a impunidade que podia ocorrer nos casos em que o sujeito ativo, por vontade própria, no intuito de cometer a infração penal, coloca-se em estado de inconsciência, no momento da infração, e alegue inimputabilidade, pois não tinha consciência da conduta que realizava.

Nada obstante, a referida teoria resolveu o problema antecipando o momento da aferição da imputabilidade, assim não se avalia a consciência do indivíduo no momento da ação ou da omissão, mas sim no momento anterior a prática do delito, melhor dissertando, no instante em que se colocou em estado de não-imputabilidade.

Neste esteio, nosso trabalho, justamente, analisa a possibilidade do consentimento antecipado da vítima, em alguns casos, principalmente, nos crimes sexuais em que a vítima está desacordada por motivo de embriaguez ou outra substância de efeitos análogos.

Classicamente, a teoria da *actio libera in causa* é justificada para embriaguez ou uso de substâncias análogas preordenada, em que o sujeito ativo, com o intuito de cometer o ilícito, embriaga-se ou usa substâncias de efeitos análogos com a finalidade de encorajar-se, de forma plena, para o cometimento da infração penal ou, de outra monta, coloca-se em estado de inconsciência para eximir-se da pena, encontrando –se em estado de não-imputabilidade.

Insta pontuar que, mesmo que meramente preparatório, é nítido o dolo do sujeito ativo em relação ao delito, assim o nexa causal é estabelecido em relação ao evento ilícito.

3.1 A TEORIA DA ACTION LIBERA IN CAUSA NO BRASIL

A exposição de Motivos do Código Penal contém, expressamente, a possibilidade de aplicação da teoria da "*actio libera in causa*", de forma que é considerado imputável o indivíduo que, voluntariamente, para cometer o delito utilizasse de meios para se colocar em estado de incapacidade de autocontrole ou de inconsciência, seja culposos ou dolosa, e se valendo deste estado de inconsciência pratica a infração penal.

Com efeito, diante dessa orientação o código penal positivou reponsabilidade objetiva, pela qual deve o agente responder pelo crime. Por isso, a teoria aventada considera apenas os aspectos objetivos do crime, não valorando a subjetividade na

de culpa os delitos porventura cometidos sob o seu império. É, que, nessa hipótese, o indivíduo agira sem a consciência e a liberdade dos próprios atos, base de toda a imputabilidade penal.

A êsse conceito, os práticos italianos, com BARTOLO e BALDO, opuseram uma nova teoria, destinada a constituir, mais tarde, a pedra basilar das *actiones liberae in causa*: a de que os crimes cometidos sob a ação da embriaguez devem ser objeto de punição, mas esta, - aí é que reside toda a essência de seu pensamento -, não se há de referir ao fato principal, e sim ao ato antecedente, que lhe deu causa.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

conduta. A responsabilidade penal objetiva não se analisa no momento da ação ou omissão a intensão do agente, ou seja, não se verifica a existência de dolo ou culpa.

Nossos doutrinadores fazem menção a teoria da *action libera in causa*, com destaque par Anibal bruno e Narcélio de Queirós⁶, este último conceitua de forma precisa o que vem a ser a teoria da *actio libera in causa*. Em conclusão, os dois doutrinadores entendem que o agente cria um estado de não-imputabilidade para cometer o delito.

3.2 A TEORIA DA ACTION LIBERA IN CAUSA NO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME

Nosso trabalho não tem a faceta de esmiuçar os elementos do crime de forma exaustiva, muito menos travar discussão doutrinaria. Cumpri, apenas, neste momento dissertar sobre eles para fixação das ideias.

O crime que pode ser entendido como o abandono da lei, pois o individuo esquece dela e infringe a ordem jurídica vigente. Os doutrinadores entendem que há o conceito formal, material e analítico do crime.

O conceito formal de crime pode ser entendido como o que está descrito na lei, assim define o doutrinador Damásio de Jesus⁷. E o conceito material de crime parafraseando Manzini⁸ é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei. Esse conceito tem a finalidade de estabelecer os motivos que levam o legislador a considerar certas condutas como sendo delituosas, e outras como sendo permitidas.

O conceito analítico de crime e o estudo de seus elementos de forma individualizada é uma herança das ciências biológicas para o direito, pois fracionamos o todo, com a finalidade de estudarmos de per si cada elemento, ou seja, tentando entender como se forma o todo unitário e indivisível.

Na doutrina existem duas correntes para ser estudadas quando dissertamos sobre conceito analítico de crime a bipartida e tripartida, salientamos que a primeira já foi superada e a dominante é a segunda, contudo faremos alguns comentários.

O conceito bipartido de crime tem como premissa que este é formado por uma parte objetiva, que seria o injusto, ligado diretamente com o fato e outra subjetiva, cujo conteúdo é composto é a culpabilidade, elemento ligado ao autor. Deve ser pontuado que no início do século XX o injusto foi dividido em duas partes, o fato típico e o ilícito.

⁶ Narcélio de Queiroz, citado por Haroldo Caetano da Silva e Nelson Hungria, conceitua as "ações livre na causa" da seguinte maneira: São os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever (SILVA, 2004, p.79; HUNGRIA; FRAGOSO, 1983, p. 169).

⁷ "Aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei"

Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. Pág. 142.

⁸ MANZINI, Vincenzo doutrinador italiano.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

È de suma importância ressaltar que Damásio de Jesus, Frederico Marques pontuam que no direito brasileiro está teoria é plenamente contemplada, em alguns dispositivos. Para Damásio o Código Repressivo⁹ dispõe em seus artigos expressões que claramente demonstram a existência dessa teoria, quando dispõe “não há crime” ou “não se pune o aborto” e em relação à culpabilidade usa a expressão é isento de pena.

No que concerne a teoria tripartida, esta conceitua que para uma conduta ser considerada como crime é necessária a ocorrência de três elementos. Essa teoria, que é a dominante, o delito é uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.

Para essa teoria ação é atividade, a omissão é uma inação. A conduta típica seria a relação entre o fato concreto e a previsão legislativa, a antijuridicidade, pode ser entendida como uma conduta juridicamente proibida, ressaltando a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, estrito cumprimento do dever legal, excludentes de ilicitudes, em nosso ordenamento jurídico.

A culpabilidade, em nosso entendimento, não pode ser relacionada somente a um juízo de reprovabilidade social sobre a conduta. Pois bem, ao analisarmos os elementos da culpabilidade temos que estes se ligam muito mais ao lado psicológico do agente.

Não significa dizer que temos uma ideia retrógrada, desejando o retorno de uma análise objetiva do fato típico, sem os elementos dolo e culpa, mas a culpabilidade deve ser analisada, também, de forma normativa-psicologia, pois imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, deve ser analisada sobre o do estado anímico do agente.

A doutrina finalista, que é o alicerce da teoria tripartida, trouxe uma nova ótica ao direito penal moderno, teve como expoente, Hans Welzel, não significa dizer que outros pensadores não tenha se debruçado pelo assunto, porém como Welzel¹⁰, em 1931 publicou sobre a teoria ficou com os créditos.

A teoria finalista da ação é diametralmente oposta a Teoria Clássica em que a ação era considerada como um puro fator de causalidade, um emprego de forças para produção do resultado. Com efeito, para a Teoria Clássica a modificação do mundo exterior, sem finalidade aparente, sendo a inação do comportamento ou um movimento exterior.

O ponto central dessa teoria é que somente é necessário saber qual é o causador material do delito, sem levar em consideração o elemento volitivo.

A teoria finalista tem como gênese a impossibilidade de dissociar a ação da vontade do agente, haja vista que todo comportamento é dirigido a um fim, já que, em regra, o raciocínio é precedente de qualquer ação.

Assim, a teoria da action libera in causa atua no conceito analítico de crime de forma a buscar a justificação da punição, não só na imputabilidade, mas também no momento em que define o dolo antecipado do agente, buscando a intensão do agente.

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Exclusão de ilicitude(Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato); Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

¹⁰ ABREU, Iduna Weinert. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>> . Acesso: 5 de junho de 2015.

4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A vida em sociedade é dinâmica e enfrentamos situações diversas que não nos apetece a tutela jurídica do Estado, em determinados momentos.

Nossa ponderação tem como prisma que a vontade do agente, mesmo que contraria ao ordenamento jurídico, pode substituir o Estado na tutela de bens jurídico por ele erigidos a sensíveis.

Outrossim, a conduta do agente, aparentemente, é típica, ou seja, este está praticando um ilícito, nada obstante ao contrapormos com o instituto do consentimento do ofendido, não haverá a ocorrência do crime.

O vocábulo consentimento vem do latim *consentire* e, que originalmente pode ser entendida como aquiescência entre as partes, ou unissonância de opinião.

Valendo-nos dos ensinamentos de Juarez Tavares¹¹, que corrobora sobre a origem latina do termo latim *consentire*, é encontrado na vetusta expressão “*volenti non fit injuria*”, interpretada como a probabilidade do assentimento do ofendido excluir a injúria, podendo ser aceita como uma lesão intencional em sua honra, em seu corpo.

O consentimento do ofendido é um recurso doutrinário aplicado aos delitos materiais, com a configuração típica toda perfeita, presente assim todos os elementos, destacando o primeiro substrato o fato típico, no qual a conduta pode ser dolosa ou culposa, o resultado querido ou assumido, nexos causal a ligação do fato ao resultado e tipicidade ou adequação típica que é perfeita correlação do fato com a norma, nada obstante, mesmo com a ocorrência do delito, caso exista a prévia permissão do titular para lesão do seu bem jurídico não haverá crime. Portanto, esse instituto visa bastar a ilegalidade de uma eventual responsabilização de um ato praticado como consentimento da suposta vítima.

O instituto do consentimento do ofendido era basicamente destina aos casos de natureza privada, somente, depois da mudança da ótica social do século XX, devido a complexidade das relações estabelecidas passou a ter relevância na esfera pública.

Para fundamentar, ainda mais nossas assertivas, em relação ao consentimento do ofendido, usamos a teoria da ação jurídica, idealizada por Bierling¹², que teve como ponto de partida a relação entre o titular e seu bem jurídico, de tal modo que, se o titular do bem confere importância ao bem e atua como tal, indubitavelmente, a sua anuência tornará a não ilícita. Em conclusão, quando o titular do bem jurídico renúncia, permite a perda ou perigo de lesão, não significa afirmar que afastou a jurisdição, mas a tutela jurídica deixa de incidir sobre ele.

No ordenamento jurídico pátrio o consentimento do ofendido pode ser analisado como causa supra legal de excludente de ilicitude ou de tipicidade, situação esta que só pode ser analisada no caso concreto.

¹¹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 12, vol. 12, 1969.

¹² Paragrafo parafraseado de Coelho, Thalita da Silva. O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco: Distinções e aplicação. Acessado em <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50568/O-consentimento-do-ofendido.pdf>. 27 de setembro de 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Doutrinadores, a exemplo Damásio, asseveram que para o consentimento do ofendido servir de excludente de antijuridicidade ou de exclusão de tipicidade, devem estar previstas no tipo penal, ou seja, devem estar tipificada, em respeito ao princípio da legalidade, uma vez que o direito penal está adstrito a legalidade estrita. Devemos pontuar, ainda, que considerando o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade, a discordância do ofendido seria elementar do tipo. Portanto, a atipicidade da conduta está no elemento consentimento da vítima. Tal possibilidade é expressamente prevista no artigo 150 do Código Repressivo¹³, mormente, quando dispõe da seguinte expressão “..... ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito...”, logo se o agente estiver com o consentimento do “ofendido” não haverá crime.

Em relação ao consentimento do ofendido como excludente de juridicidade este é verificado quando o dissentimento não está presente no tipo penal, servindo de elementar.

No delito de injúria¹⁴ a honra subjetiva não será macula se o titular, desde bem jurídico, assim consentir, ou seja, o consentimento da vítima tem o condão de excluir a tipicidade da conduta, sobre o prisma da tipicidade material¹⁵, que pode ser entendida como a efetiva ofensa ao bem jurídico.

Para maioria da doutrina existem alguns elementos que devem ser contemplados para que seja tido como válido o consentimento do ofendido, dentre eles podemos destacar, que o sujeito ativo tenha plena capacidade normativo-jurídica para dispor do direito, bem como que o consentimento seja emitido sem nenhum tipo de coação, o consentimento seja emitido durante o ato ou anterior a conduta do agente, a disposição do direito não pode ser defesa no ordenamento jurídico.

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Violação de domicílio Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Grifei.

¹⁴ Tratando-se a respeito dos elementos gerais do delito de injúria, isto é, analisando o *caput* do artigo 140, teremos que a conduta típica e nuclear consiste em injuriar uma pessoa qualquer, de modo a ofender-lhe a dignidade ou o decoro. Note que não são imputados fatos precisos, e sim atribuídas qualidades negativas, de modo que a honra atingida aí é aquela denominada honra subjetiva – basta lembrar que fazem parte da honra subjetiva ou individual a dignidade e o decoro. O Código Penal faz uma distinção ociosa entre dignidade e decoro: a dignidade seria o sentimento que o próprio sujeito tem de seu valor social e moral, enquanto que o decoro tocava a sua respeitabilidade. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1299, 21 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9413>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁵ As teorias da imputação objetiva e da tipicidade conglobante (esta, no viés da tipicidade material) deram azo à teoria constitucionalista do delito (defendida por Luiz Flávio Gomes), a qual – ao nosso juízo – é hodiernamente perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação se dá à luz do princípio da insignificância. Em verdade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal reconhecem a descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material, tendo em conta a reunião dos seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Com efeito, os requisitos a que o STF se refere tangem à tipicidade material-normativa da teoria constitucionalista do delito, ou seja, ao “resultado jurídico desvalioso”. JARDIM, Luiz Marcos. O princípio da insignificância na atual concepção do STF. Ambito Jurídico, Rio Grande, XII, n.61, fev 2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5416. Acesso em 27 set. 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sendo assim, para que seja considerado válido deve haver a ocorrência de pelo menos três destes requisitos, destacando que a inoccorrência de qualquer um deles a conduta se torna típica.

4.1 A TEORIA DA ACTION LIBERA IN CAUSA INVERSA

Com efeito, a teoria da action libera in causa inversa deve ser entendida em relação ao ofendido e o seu consentimento. O fundamento dessa teoria tem o condão de tornar válido o assentimento/consentimento do ofendido momentos antes deste não poder expressar por qualquer motivo.

Pois bem, quando nos deparamos com os fundamentos da teoria da ação livre na causa, sempre temos em mente que o sujeito ativo do delito no momento do cometimento da infração penal deve ter consciência do que está fazendo, pois caso não possua essa consciência pode ser isento de pena.

Sendo assim, quando o autor de determinada infração penal, voluntariamente, coloca-se em estado de inconsciência o direito não verifica o elemento volitivo no momento da ação ou omissão, mas sim no momento em que este, por livre vontade, impôs a se um estado de inconsciência.

Assim, o autor da infração é punido por ter se colocado em estado de inconsciência.

Em outro giro verbal, entendemos que o ofendido pode de alguma forma, ter consentido, validamente, que o sujeito ativo, praticasse a conduta que em tese pudesse ser considerada típica.

O consentimento do ofendido, dentre os requisitos erigidos pela doutrina para ser considerado válido, traz em seu bojo, que o consentimento seja emitido durante o ato ou anterior a conduta do agente.

Neste passo, o sujeito passivo do delito, no momento em que supostamente a conduta contra ele podia ser considerada crime, já teria permitido que o autor assim procedesse em relação a ela.

Neste caso, se a conduta do indivíduo não desrespeitasse os requisitos da capacidade do sujeito passivo e o bem infringido não fosse indisponível não haveria delito.

A teoria da action libera in cause inversa trabalha justamente na possibilidade do direito ter como válido o consentimento da vítima não no momento da ação do indivíduo, ou seja, quando ela não pode expressar sua vontade, mas sim no momento anterior, tendo em vista os dados do caso concreto.

Com a finalidade de fundamentar ainda mais a aplicabilidade dessa teoria, temos a seguinte situação hipotética: Um casal sai para dançar e bebem muito álcool, dançam de forma bem ousada, demonstram todos os sinais que vão copular. Nada obstante no momento da cópula a mulher ou o homem, por ter ingerido muita bebida alcoólica, não “consente a relação sexual”.

Pois bem, com as ferramentas atuais estaríamos diante do estupro de vulnerável, haja vista que no momento da relação sexual a vítima não podia ter expressado seu consentimento, ou melhor, não podia oferecer resistência.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Entrementes, com o emprego da teoria da *action libera in causa reversa*, ou seja, a análise do consentimento da vítima tem que ser deslocada para o momento anterior ao suposto crime, como acontece em relação ao autor.

Outrossim, é plenamente possível essa possibilidade, basta termos em mente o exemplo acima exposto, quando informamos que a mulher ou o homem por sua expressão corporal e atitudes demonstrou total interesse em manter relações sexuais, nada obstante, no momento da copula está por estar inconsciente não expressou sua vontade.

Em nosso ordenamento jurídico há uma decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, no processo de número 200400100163¹⁶ da Comarca de Bela Vista, que manteve a absolvição do réu acusado de atentado violento ao pudor, por ter mantido relação sexual com a vítima mesmo esta embriagada, ou seja, não podia oferecer resistência ou manifestar-se validamente.

Entenderam os Desembargadores, que a prática de sexo grupal e a participação neste tipo de contubério, de forma espontânea e livre, é um consentimento tácito, anterior ao momento da prática do ilícito, pois bem, a teoria da *action libera in causa inversa* já é positivada nesse julgado.

O consentimento antecipado, nestes casos, é o tácito, pois os atos praticados são incompatíveis com a recusa.

Neste esteio, quando os magistrados absolveram o indivíduo, no caso ocorrido em Goiás, no tipo de atentado violento ao pudor¹⁷, tipificado na época, pois agora, houve a fusão no delito de estupro, o consentimento do ofendido foi utilizado como causa de exclusão antijuridicidade, ou seja, de ilicitude, pois não consta no tipo penal nenhuma elementar expressa para que a vítima possa consentir.

¹⁶ Para o Tribunal de Justiça do Estado, quem participa de sexo grupal já pode imaginar o que está por vir e não tem o direito de se indignar depois. “(...) não pode dizer-se vítima de atentado violento ao pudor aquele que ao final da orgia viu-se alvo passivo de ato sexual”, concluíram os desembargadores. Segundo o inquérito policial, no dia 11 de agosto de 2003, após ter embriagado Silva, Oliveira teria abusado sexualmente do amigo. Em seguida, teria levado o amigo e sua própria mulher, Ednair Alves de Assis, a uma construção no Parque Las Vegas, em Bela Vista de Goiás. Lá, teria obrigado a mulher e o amigo a tirar suas roupas e a manter relações sexuais, alegando que queria “fazer uma suruba”. Em seguida, Oliveira teria mais uma vez se aproveitado da embriaguez do amigo e praticado sexo anal com ele. Oliveira foi absolvido por unanimidade pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, que manteve a decisão da primeira instância. Segundo o relator do caso, desembargador Paulo Teles, as provas não foram suficientes para justificar uma condenação, pois limitaram-se aos depoimentos de Silva e de sua mãe. Em seu depoimento, Ednair confirmou que Silva teria participado da orgia por livre e espontânea vontade. Para o magistrado, todos do grupo estavam de acordo com a prática, que definiu como desavergonhada.

“A literatura profana que trata do assunto dá destaque especial ao despudor e desavergonhamento, porque durante uma orgia consentida e protagonizada não se faz distinção de sexo, podendo cada partícipe ser sujeito ativo ou passivo durante o desempenho sexual entre parceiros e parceiras. Tudo de forma consentida e efusivamente festejada”, esclareceu o relator. Fonte: 25220-2/213 – APELACAO CRIMINAL, processo de origem 200400100163 da Comarca de Bela Vista – TJ-GO

¹⁷ Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão de dois a sete anos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A teoria da *action libera in causa inversa* visa corrigir distorções na aplicação do consentimento do ofendido, mesmo quando este não pode expressar sua vontade, no momento em que é suposta vítima do delito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a origem da teoria da *action libera in cause* é toda sua importância para resolver o problema do indivíduo que, voluntariamente, se coloca em estado de não-imputabilidade no momento da prática da infração penal, salientando toda sua construção doutrinária e jurídica até sua solidificação como instituto válido.

Destacando o entendimento de doutrinadores brasileiros e principalmente das decisões que se arrimam essa teoria, tornando-a, contestada, porém aceita.

A questão da responsabilização do indivíduo no momento do cometimento do delito sempre foi objeto de discussão, pois o autor do delito, pode, em tese, alegar inconsciência no momento do crime e por via de consequência ser isento de pena.

A preocupação é do tempo de Aristóteles. O direito canônico, por seu turno, também contribuiu para a evolução do instituto.

No direito brasileiro a teoria da *action libera in causa* é expressamente prevista na exposição de motivos do Código Penal de 1940.

A teoria da *action libera in cause* visa justificar a punição dos indivíduos que, por livre vontade, por algum motivo, preordenadamente, colocam-se em estado de inconsciência para cometer os delitos.

Essa teoria, de forma acertada, congela o momento da intenção do agente para justificar a imputabilidade, e evitando a impunidade.

Na teoria do crime, a teoria da *action libera in causa* é bem visualiza e justificada na teoria tripartida, pois elementos são bem mais definidos e a culpabilidade integra o conceito de crime, facilitando assim o entendimento da responsabilização antecipada.

O consentimento do ofendido que para alguns doutrinadores é exclui a tipicidade e para outros e uma causa de exclusão de antijuridicidade, para nosso estudo ela importa como exclusão de antijuridicidade, porque sustentamos que em determinados delitos esse consentimento pode ser prévio.

A teoria que desenvolvemos da *action libera in causa inversa*, depois do até aqui dissertado, serve para demonstrar a possibilidade de que a vítima tenha, de alguma forma, manifestado seu consentimento prévio para que o agente praticasse determinada ação.

Nossa teoria é, muito bem, visualizada, nos crimes sexuais, mormente, o estupro de vulnerável em seu parágrafo primeiro.

Podemos, ainda, concluir que essa teoria já foi aplicada em um julgado do Tribunal de Justiça de Goiás, no qual um indivíduo asseverou ter sido “violentado” por estar embriagado e não pode oferecer resistência. Nada obstante, o juízo de primeiro grau e o juízo de segundo grau entenderam que o consentimento para prática do ato diverso da conjunção carnal foi antecipado, tenho em vista o comportamento da vítima.

Sendo assim, não podemos deixar de asseverar que no ordenamento jurídico pátrio existe a contemplação dessa teoria que acabamos de apresentar.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Por fim, a teoria que serve como fundamento para condenar deve, de igual maneira, servir para justificar determinadas condutas e, por via de consequência, absolver o réu, uma vez que no direito penal a análise dos fatos devem ser sempre favoráveis ao réu.

REFERENCIAS

ABREU, Iduna Weinert. *A teoria da ação finalista de Hans Welzel*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>>

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1

COELHO, Thalita da Silva. *O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco: Distinções e aplicação*. Disponível em <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50568/O-consentimento-do-ofendido.pdf>

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*.

FÜHRER, Maximiliano Roberto, *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*.

MORAES, Alexandre de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos fundamentais*.

NÓBREGA, Agripino F. da. *A justiça na repressão ao alcoolismo*. Recife: Imprensa Oficial, 1956

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. ***O consentimento do ofendido no direito penal***. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*.

VIANNA, Lourival Vilela. *Embriaguez no direito penal*.

LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y EL NACIONALSOCIALISMO

Daniel E. Rafecas

Doctor en Ciencias Penales (UBA). Profesor regular de Derecho Penal (UBA, Univ. Nac. Rosario). Juez Federal. Su último libro ha sido “Historia de la Solución Final”, Siglo XXI Editores, 2012.

“La historia del derecho [...] muestra [...] qué grandes son los peligros que amenazan al derecho y a la justicia de parte del poder y sus portadores, porque los oportunistas se ponen siempre a disposición del poder, dispuestos a la traición al derecho y a la justicia”.
Eberhard Schmidt, 1961.

I) Introducción

Desde la perspectiva de la actuación de los tribunales de justicia, la cuestión de la vigencia del nacionalsocialismo durante doce años en Alemania (1933-1945) y la de su más perverso producto, Auschwitz, nos obliga a realizar una retrospectiva histórica para intentar comprender cuál fue su papel en aquellos años, y extraer las conclusiones necesarias para intentar cumplir con el nuevo imperativo categórico formulado por Adorno en 1966 a propósito de aquel horror: de ahora en más, nuestros trabajos intelectuales deben construirse de modo de asegurarnos a todos que Auschwitz no se repita.

Así, en el marco de la amplia aceptación que la irrupción del “nuevo Estado autoritario” cosechó entre las élites científicas y académicas, y respecto de la función del poder judicial en la nueva realidad que vivía Alemania, el propio Hitler dejó en claro su pensamiento públicamente apenas asumido, al dirigirse al Parlamento, oportunidad en la que manifestó que el Derecho debía: “...servir, en primer lugar, al mantenimiento de esta comunidad nacional”, articulada a través del Estado y encarnada en la persona del *Führer*, por lo cual: “*el individuo no puede ser el centro de los cuidados de la ley, sino el pueblo*”¹.

A la vez que exhortaba a los encargados de interpretar y aplicar el Derecho, en una conferencia especial celebrada el 4 de octubre de ese año, a: “*mantener la autoridad de este Estado totalitario*”².

En sintonía con ello, un amplísimo número de académicos del Derecho –muchos convencidos, aunque tampoco faltaron algunos arribistas y oportunistas en busca de ascensos o promociones- se dedicaron desde el mismo día de asunción del poder por parte de Hitler, a producir y difundir en publicaciones especializadas y libros específicos, lo que desde un comienzo podía definirse como una *teoría del Derecho* y una *teoría del Estado* nacionalsocialistas, cuyo efecto inmediato -aunque no menor- estaba dirigido claramente a legitimar y racionalizar en los tribunales de justicia, las insólitas iniciativas legislativas desplegadas por el nuevo régimen, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

¹ Bracher, 22.

² Neumann, 69.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

➔ La suspensión de las libertades civiles y la autorización para colocar en “*custodia protectora*” a los “*enemigos*” y “*conspiradores*” del Reich, mediante la Ordenanza del 28 de febrero de 1933, denominada “*Ley para la defensa del pueblo y del Estado*”. Aunque en concreto la exposición de motivos limitaba el alcance a los “*actos de violencia comunista que ponían en peligro la seguridad del Estado*”, de hecho la Gestapo (la policía secreta del Estado) actuó de modo generalizado y los tribunales terminaron convalidando su actuación.

➔ La conversión del instituto de la prisión preventiva en “*detención política*” para prevenir la acción de cualquier potencial enemigo político, sin limitación jurídica alguna (ley del 15 de marzo de 1933).

➔ La autorización para que el Poder Ejecutivo legisle de modo ilimitado y pueda regularlo todo, incluso contrariando disposiciones constitucionales, que significó la abolición de hecho del Poder Legislativo, el cual pasó a tener una vida puramente decorativa, con fines de propaganda (la llamada “*Ley para remediar la miseria del pueblo y del Reich*”, del 24 de marzo de 1933).

➔ La abolición del estatuto que regía los derechos de los funcionarios en la administración pública, que facilitó la depuración de la burocracia estatal, incluyendo las Universidades³, de “*enemigos políticos y raciales*”, en especial, comunistas y judíos (llamada “*Ley para restaurar la reconstrucción del funcionariado*”, del 7 de abril de 1933. La misma preveía ciertas excepciones, que fueron eliminadas en 1938).

➔ La sanción de la ley “*sobre la prevención de la descendencia que padece taras hereditarias*” -más conocida como “*Ley esterilizadora*”-, del 14 de julio de 1933, que preveía formalmente la esterilización de ciertas categorías de individuos, y sería fuente de inspiración de futuras políticas eugenésicas del nazismo tendientes a la erradicación de toda población considerada como inútil, nociva o biológicamente inepta⁴.

➔ La consagración legal de una amplia *legislación penal represiva*, mediante la sanción de la “*Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección*” (24 de noviembre de 1933), la primera importante reforma del Código Penal de 1871, que apuntaba a ciertas categorías de individuos (mendigos, reincidentes, homosexuales, etc.) que el régimen envió masivamente al creciente sistema de campos de concentración. En esta reforma se introdujo la *castración forzada* de “*delincuentes sexuales reincidentes y peligrosos*”.

➔ La creación de los tristemente célebres “*Tribunales del Pueblo*” (Ley del 24 de abril de 1934) para crímenes políticos. Karl Engert, vicepresidente del que funcionaba en Berlín, se jactaba de ser en primer lugar “*político*” y sólo en segundo término, “*juez*”; en su gran mayoría eran altos funcionarios de los S.S. o del ejército.

³ Investigaciones recientes han señalado que a partir de la entrada en vigor de esta ley, aproximadamente un tercio del profesorado universitario fue separado del servicio, entre 1933 y 1938, tanto profesores judíos como los políticamente contrarios al nacionalsocialismo (Morente Valero). En tal sentido, agrega Müller que 120 de los 378 profesores de Derecho fueron expulsados, en su mayoría, por ser judíos, y reemplazados por juristas de probada afinidad con el nazismo (pp. 102-103).

⁴ Para ello, nos dice Jiménez de Asúa, esta ley “tuvo dos modificaciones, la primera con gran trascendencia, el 26 de junio de 1935, y la segunda en 4 de febrero de 1936”, y anota que para su ejecución se dictaron seis Reglamentos (t. I. p. 372).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

➔ La virtual anulación de la independencia del Poder Judicial al auto consagrarse Hitler como “*supremo magistrado judicial*” (ley del 30 de junio de 1934) y mediante una ley del *Reichstag*, consagrar total impunidad frente a los crímenes cometidos durante la *noche de los cuchillos largos* (ley del 3 de julio de 1934).

➔ El decreto del Ministerio de Justicia autorizando a la *Gestapo* al internamiento en *campos de concentración* a personas peligrosas para el régimen una vez cumplida la pena (13 de abril de 1935).

➔ La abolición formal del principio de igualdad ante la ley mediante la sanción de las conocidas como *Leyes de Nüremberg* (15 de septiembre de 1935), que en conjunto apuntaron a segregar racialmente al colectivo judío alemán al colocarlos en una situación de ciudadanos de segunda categoría⁵.

➔ La autorización legal a la *Gestapo* a “*investigar y combatir en todo el territorio de la nación cualquier actividad peligrosa para el Estado*”, y exenta del control judicial (19 de febrero de 1936).

Así, en primer lugar, debemos evocar aquí a Carl Schmitt, quien en 1934 sostenía de modo general que el “*espíritu del nacionalsocialismo*” debía considerarse como una suerte de norma no escrita del ordenamiento jurídico, una especie de fuente supralegal del derecho, y este espíritu latía subyacente en el *orden del pueblo* fundado sobre la base de la *igualdad racial*. Sobre esta base, Schmitt alegaba: “*La totalidad del derecho alemán actual [...] tiene que estar exclusiva y únicamente guiada por el espíritu del nacionalsocialismo [...] Toda interpretación debe ser una interpretación en el sentido nacional-socialista*”⁶.

Y a continuación Schmitt sostendrá directamente que: “*El programa del Partido Nacionalsocialista Alemán (NSDAP) es una genuina, y por cierto la más importante, fuente del derecho. Es ya desde ahora derecho válido*”⁷.

En la misma línea de pensamiento, Hans Frank, uno de los más prominentes juristas nacionalsocialistas, afiliado al partido nazi ya en 1920, designado Ministro del Reich, Conductor del Derecho nacionalsocialista y Presidente de la *Asociación de Abogados Nazis de Alemania*⁸, entre otros cargos, sostenía que la ley constitucional no era más que la formulación jurídica de la voluntad histórica del Führer, por lo que éste era el nuevo “*legislador originario*” al cual se debía obedecer sin cuestionamientos según el propio esquema positivista.

⁵ Ver sobre este punto Rafecas [2012], pp. 45-48, y más específicamente con relación al papel cumplido por Carl Schmitt y otros juristas, Rafecas [2010], 151-155.

⁶ Rüthers, 81.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ya en 1926 había sido designado como Jefe del *Colegio de Abogados Nacionalsocialistas*; luego en 1929, Jefe Nacional del Departamento Jurídico de la Jefatura Nacional del Partido; en 1933 *Comisario Nacional de Justicia*; en 1934 Presidente de la Academia de Derecho Alemán –fundada por el propio Frank–, cargo por el que se lo llamaba *RechtsFührer*; a fines de ese mismo año Ministro sin cartera del Reich, y en 1939 Gobernador General de Polonia (Poliakov-Wulf, 155). Tras la derrota en la guerra, fue uno de los condenados a muerte en el juicio principal de Nüremberg.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En uno de los trabajos funcionales al poder estatal del régimen, Frank aseguraba que *“todo el poder político de la raza alemana se reúne en el Führer, se encuentra en sus manos. Por consiguiente, todo el Derecho emana de él”*⁹.

Según el biógrafo más importante de Hitler, Ian Kershaw, “...no sólo un alto representante nazi como Hans Frank formuló esta idea, también las autoridades más destacadas de la teoría del derecho en Alemania intentaron con gran esfuerzo cuadrar el círculo mediante la fundamentación lógica, en términos legales, de la autoridad de Hitler. **El principal experto en Derecho Constitucional, Ernst Rudolf Huber**, por ejemplo, se refirió a la ley como *«nada más que la expresión del orden comunal en que vive el pueblo y que proviene del Führer»* .

Estas interpretaciones de teóricos del derecho de reconocido prestigio fueron “...de un **valor incalculable para legitimar una forma de dominación** que socavaba el Estado de derecho a favor de un ejercicio arbitrario de la voluntad política”¹⁰.

A similares conclusiones arriba Franz Neumann, para quien “[e]l punto central de la teoría jurídica nacional-socialista consiste en negar totalmente la generalidad del derecho. Por consiguiente, no puede haber separación de poderes. El poder del estado constituye un todo indiviso e indivisible englobado bajo la categoría de la «unidad de liderazgo» [...] La principal función del derecho nacional-socialista consiste en conservar la existencia racial. Por consiguiente, necesita subrayar las diferencias biológicas y negar la igualdad social o jurídica y los derechos civiles. No puede haber una judicatura independiente sin reglas generales que la guíen. Hoy [circa 1942], la autoridad del juez se basa en los dictados del Führer”¹¹.

Coincidente con esta apreciación es la de Karl Bracher, al afirmar que la academia alemana se apresuró a elaborar para el Tercer Reich una teoría caudillista, inmejorable para la perspectiva de los recién llegados al poder; y también destaca de entre los autores que cumplieron este papel, al ya mentado jurista **Ernst Rudolf Huber**, quien defendía en 1935 la idea de borrar toda diferencia entre derecho público y privado a favor del primero¹².

Sobre este punto, resumía Marcuse tan temprano como en 1934 que “[l]a separación entre estado y sociedad, que había intentado realizar el liberal siglo XIX, es eliminada. El estado se hace cargo de la integración política de la sociedad [...] El estado no es responsable ante los hombres, sino el hombre ante el estado: el hombre es entregado al estado [...] La forma de dominio de este estado que ya no se basa en el pluralismo [...] y está más allá de toda legalidad y legitimidad jurídico-formal, es el caudillismo autoritario y su «séquito»...”¹³.

Huber, en su obra *“El Derecho Constitucional del Reich”*, iba aun más allá al sostener la idea de que frente a los tres poderes estatales, el poder del «Führer» era: *“...omnímodo y total, exclusivo e ilimitado”*¹⁴.

⁹ Neumann, 493.

¹⁰ Kershaw, 105.

¹¹ Neumann, 497.

¹² Kirchheimer [1941], 95.

¹³ Marcuse, 125-126.

¹⁴ Bracher, 8.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En conclusión, podemos afirmar, evocando a Bracher, que ha sido inmensa la lista de obras que tergiversan la doctrina del Estado de Derecho para justificar incondicionalmente la dictadura del *Führer*, celebrándola como el “verdadero” Estado de Derecho.

Los tribunales de justicia penal durante el nazismo

El papel de los jueces y tribunales penales fue desmoronándose rápidamente frente a las demandas políticas que reclamaban mayor represión punitiva no sólo contra delincuentes peligrosos, sino también apuntando a muchas otras categorías, tales como asociales, extraños a la comunidad y enemigos del Reich, entre otras manifestaciones de legislación penal de autor.

En tal sentido, la degradación del papel formalmente limitador del despotismo estatal que deben cumplir los tribunales de justicia –en especial la justicia penal- se fue exacerbando en forma paralela a los cambios advertidos –y ya desarrollados- en la doctrina científica proveedora del discurso jurídico empleado por las agencias judiciales: “Las contribuciones combinadas de ambas [la doctrina y la jurisprudencia] influyeron en la perversión jurídica de entonces. Las armas para ese cambio fueron forjadas por la teoría; la praxis judicial las hizo suyas y las transformó en la realidad del «Estado Total» y de la «guerra total»...”, por lo que puede hablarse de una “...cooperación en ambas esferas (científica y judicial) en la construcción, desarrollo y estabilización del injusto sistema del nacionalsocialismo”¹⁵.

Estos reclamos y presiones hacia el sistema judicial eran canalizados no sólo a través de actos y medidas concretas adoptadas desde el poder ejecutivo, sino también a partir de “...cierto tipo de opinión pública que ejerce una pesada presión desde abajo sobre los tribunales. Esta presión pública se canaliza a través de los más extremistas órganos del Partido Nacional Socialista, que cada tanto desacuerda violentamente con la judicatura y expresa públicamente su opinión en los diarios”¹⁶.

Con decir que ya en 1933 “...hubo una purga, pero no fue muy importante, porque el número de jueces no arios y auténticamente demócratas ha sido siempre muy reducido”. Es que el estamento judicial no era una excepción entre las distintas élites que controlaban los resortes del poder político y económico de Alemania en los años '30, profundamente influenciadas por la cultura imperial y autoritaria de décadas anteriores y al mismo tiempo sumamente preocupadas no sólo por el destino sufrido por el Imperio ruso a manos de los bolcheviques, sino especialmente por el notorio avance del comunismo y del socialismo en el contexto del régimen parlamentario instaurado en el país a partir de 1919: Hitler se convirtió en el reaseguro para alejar el fantasma de una Alemania comunista, y todas aquellas élites lo siguieron en aquel emprendimiento autoritario, en su mayoría, con fervor y entusiasmo.

Ejemplo de este rápido acomodamiento de la judicatura a las exigencias de “la revolución nacionalsocialista” fue la convalidación que la Corte Suprema del Reich le dio a la ley del 22 de junio de 1933, por la cual se prohibió el partido político opositor más importante de Alemania, el Socialdemócrata: en su sentencia del 8 de junio de

¹⁵ Rüthers, 63.

¹⁶ Kirchheimer [1940], 178.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

1934, el máximo tribunal de justicia de Alemania consideró un “*hecho notorio*” que las metas de dicho partido era la traición, y que “...*las actividades de los socialdemócratas que han huido al extranjero tienen la intención de preparar la eliminación violenta de la Constitución que ha sido garantizada por el nuevo gobierno con el apoyo de toda la población...*”¹⁷.

Mucha mayor importancia tuvo la abolición de la autonomía judicial, tendencia que culmina en una ley del 24 de noviembre de 1937, por la cual el poder político, a través del ministro de Justicia, no sólo tenía la facultad de designar jueces, sino también de asignarlos a un cargo concreto, y completada por otra ordenanza del 26 de agosto de 1938, por la cual el ministro de Justicia se arrogó facultades discrecionales para trasladar arbitrariamente a cualquier magistrado¹⁸.

Lo que se advierte en aquellos primeros años, entre 1933 y 1938, es un paulatino pero incesante incremento en la influencia del poder ejecutivo sobre las distintas agencias que conformaban el sistema de administración de justicia penal, en especial, apuntando a un gradual desmantelamiento de su independencia.

Así lo resume Otto Kirchheimer: “De los muchos cambios que se advierten en la administración de la ley penal en Alemania desde 1933, el más audaz es su conversión en un técnica administrativa. Nuevas prescripciones son creadas y recreadas; el énfasis puede discurrir desde factores de la personalidad a la situación social; duros castigos en un ámbito y para un conjunto de personas puede ser contrabalanceado por amplias excepciones para otras violaciones y otros grupos de personas. Y al mismo tiempo hay un continuo proceso tendiente a nivelar hacia abajo a la judicatura, desde su estatus como un organismo independiente del Estado, hacia una burocracia administrativa. Tan temprano como en febrero de 1933, la libertad de acción de la judicatura se vio crecientemente restringida a través del reemplazo de leyes generales del Parlamento por la incontrolada e incesante legislación mediante decretos por parte del *Führer*, muchas veces aplicable a casos específicos”¹⁹.

A partir de entonces, y en especial, con la inicio de la guerra, en donde se fue consolidando la consigna de la *guerra total* que también se daba en el *frente interno* contra todos aquellos que de un modo u otro no mostrasen total homogeneidad con los mandatos y expectativas de la dictadura, se introdujeron nuevas reformas legales, a partir de la ya mencionada de 1938, por medio de las cuales “...le garantizaban al ministro de Justicia el derecho de cambiar y unificar jurisdicciones y de abolir la inamovilidad de los jueces, ordenándoles aceptar cualquier reasignación dentro de la jurisdicción del ministro de Justicia. La renuncia y el retiro compulsivo de jueces, en un principio planeado como una medida transitoria para la estabilización del régimen, se convirtió en un instrumento permanente”²⁰.

Este incremento en el proceso de abolición de toda autonomía de los jueces respecto del poder político tuvo momentos destacados como la firma del “*Decreto sobre la organización de la Corte Suprema Administrativa*”, del 3 de abril de 1941, así como

¹⁷ Müller, 82.

¹⁸ Neumann, 500.

¹⁹ Kirchheimer [1940], 185.

²⁰ *Ídem*, 178.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

también del Decreto del 1º de septiembre de 1939, seguido de otro similar del 16 de ese mismo mes y año²¹.

A partir de estos cambios, en especial de lo establecido en el Decreto del 16 de septiembre de 1939, los jueces pasaron a estar sometidos al artículo 71 del *Estatuto del Servicio Civil* que regía a todos los demás funcionarios públicos, y que establecía la posibilidad siempre latente del despido o la cesantía a cualquier funcionario allí donde surgieran dudas de violación al juramento de actuar siempre en interés del estado nacional-socialista²². Estas modificaciones al estatuto de los jueces que aniquilaban todo resabio de independencia al encuadrarlos en las precarias condiciones laborales previstas en el *Estatuto del Servicio Civil*, “...proveían amplias facilidades para destituir o trasladar a los jueces recalcitrantes”²³.

En tal sentido, debe remarcarse que la judicatura era el blanco favorito de los ataques del órgano de los S.S., el *Schwarze Korps* [formaciones negras]²⁴, por medio del cual en no pocos casos se incitaba a la violencia directa contra jueces o fiscales que se apartaban en algo de las demandas extremas de castigo del régimen.

Quien fuera una de las máximas autoridades nacionalsocialistas en cuestiones penales, Georg Dahm, afirmaba en 1941 que “*la actividad del tribunal en lo criminal se ha convertido de más en más en política*”.

Al tiempo que predecía en aquel entonces que el derecho penal y el derecho procesal penal se transformarían pronto y completamente en justicia administrativa, convirtiendo la figura del juez en un servidor administrativo más²⁵.

Por otra parte, como sostiene Kirchheimer, sin perjuicio del tácito mantenimiento formal del principio de independencia del poder judicial durante los primeros años de vigencia del nazismo, en los hechos, otra forma de subordinación de los jueces penales por parte del Régimen nazi fue mediante el impedimento sistemático de escudarse en el derecho positivo para resistir a las demandas del poder político²⁶.

¿Cómo se dio ese anegamiento de los márgenes de maniobra de los jueces? Mediante la degradación del proceso de producción normativa, que pasó de un mecanismo legal-constitucional (con ámbitos formales, personales, espaciales y materiales de validez que debían cumplirse) a un proceso puramente administrativo de sanción de normas.

En estas nuevas condiciones, una decisión judicial que fuera contra la corriente, en el sentido de que -aun aisladamente- resultara en definitiva contraria o desagradable al régimen, constituía un mero indicador de que una nueva regulación administrativa era necesaria en ese campo. A través de este sencillo expediente de ir ajustando la maquinaria burocrática autoritaria, ya en 1938 se había logrado eliminar la influencia del poder judicial en las decisiones referidas a las relaciones entre los individuos o de los individuos con el Estado²⁷.

²¹ Kirchheimer [1941], 102, nota 44.

²² Neumann, 500.

²³ Kirchheimer [1941], 102.

²⁴ Neumann, 500.

²⁵ *Ibidem*, 503.

²⁶ Kirchheimer [1939], 222.

²⁷ *Ibidem*.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Se advierte a partir de este perverso mecanismo, una vez más, que los nazis se valieron del molde positivista vigente desde hacía un tiempo en la teoría del Derecho, para legitimar sus pretensiones totalitarias, puesto que a dicho estado de situación se llegó a través de una refinada secuencia de normas jurídicas de distinto orden jerárquico -pergeñadas por burócratas y juristas a disposición del régimen-, que en ningún momento se salieron de lo que establecían normas precedentes, secuencia que tuvo su punto de partida en la decisión del Parlamento alemán en 1933 de hacer uso del art. 48 de la Constitución, que suspendió sin plazo la vigencia de derechos y garantías ciudadanas frente al Estado, así como en las distintas concesiones que, en materia de producción normativa, el Poder Legislativo le fue acordando al Ejecutivo, hasta su más acabada (y voluntaria) claudicación.

Pero además, otro formidable golpe al sistema judicial penal tradicional fue la creación de tribunales paralelos para vaciar de contenido las competencias de aquéllos y trasladarlas a nuevas estructuras afines por completo con la ideología imperante.

Sobre este aspecto, Neumann afirmaba en 1942: “Se han creado innumerables tribunales especiales para casos concretos y para estratos específicos de la población. Cada una de las cuatro maquinarias, del partido, el ejército, el estado y la industria tiene un amplio sistema judicial propio, con leyes, ordenanzas, tribunales, verdugos y alguaciles”²⁸.

También Kirchheimer, para quien el régimen se orientó hacia “...la desaparición de un sistema penal unificado tras [el establecimiento de] innumerables competencias especiales (*departamentalización*). El siempre creciente número de agencias administrativas con poder punitivo independiente ha disminuido enormemente el alcance de acción de los tribunales criminales ordinarios”, por ejemplo respecto del vasto y complejo sistema burocrático de las SS, “herméticamente sellado contra toda influencia desde el exterior”²⁹.

El objetivo buscado, desde el mismo momento en que Hitler alcanzó el poder, era la preservación y maximización de la racionalidad técnica de toda la burocracia del Estado, para así allanar el camino de alcanzar el ideal de la *comunidad racial*. Para ello, cada una de las corporaciones estatales contaba con su propio ámbito de ejercicio interno de poder punitivo, para de este modo ejecutar rápidas represalias contra infractores en su propia esfera de actuación.

Así, el partido nacionalsocialista estableció su propia jurisdicción destinada a sus miembros y a sus agencias especiales, como las SS: uno de los primeros estatutos del Tercer Reich, del 28 de abril de 1933, estableció cortes penales e institutos disciplinarios especiales para los miembros de las SA y de las SS, reforzado por otro Decreto del 17 de octubre de 1939; por su parte, las Fuerzas Armadas recobraron sus propias cortes marciales con la entrada en vigor de un nuevo estatuto fechado el 12 de mayo de 1933; también tenían sus propios tribunales las cámaras y grupos industriales y otros factores de poder³⁰.

En este mismo sentido, otro aspecto fundamental de este brutal embate el sistema de justicia heredado de la República de Weimar fue la ya mencionada creación, por ley del

²⁸ Neumann, 501.

²⁹ Kirchheimer [1940], 178-179.

³⁰ Kirchheimer [1941], 103-104.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

24 de abril de 1934, de los “*Tribunales del Pueblo*” (*Volkgerichtshof*), una especie de Justicia criminal paralela, establecida para una selecta categoría de casos penales, que se regía con total arbitrariedad —el acusado no tenía derecho a valerse de abogado, presentar pruebas, apelar u obtener publicidad—, y que a medida que el régimen se fue radicalizando, fue paulatinamente desplazando a los juzgados penales ordinarios en todas las esferas relevantes de actuación.

Y más radicales aún fueron los “*Tribunales especiales*” (*Sondergerichte*), establecidos por ley del 20 de noviembre de 1938, cuya jurisdicción se fue ampliando continuamente, hasta que llegó un momento, alrededor de 1941, en que el fiscal de este tribunal podía llevar cualquier caso que deseara. Obviamente, también en estos tribunales eran nulos los derechos del imputado y la defensa.

Estos “*Tribunales del pueblo*” y “*Tribunales especiales*” se diseminaron por todas las grandes ciudades alemanas y se convirtieron en otro órgano estatal por medio del cual el Nazismo proclamaba sus consignas y multiplicaba el terror en la población.

Además, la laxitud e inconsistencia en la fijación de los límites entre las competencias de los tribunales penales permitía en definitiva que el fiscal tenga amplia libertad para elegir previamente a cuál de ellos acudir para presentar los cargos y obtener la condena³¹.

El más famoso fue el que funcionaba en Berlín, presidido por el jurista Roland Freisler, el fanático nazi que ahora desde esta corte, aplicó sin miramientos las máximas penas, y en no pocos casos, la pena de muerte (hasta que un bombardeo lo sorprendió presidiendo una sesión y terminó con su vida en 1945).

Un ejemplo muy conocido de actuación del *Tribunal Especial* fue cuando en Berlín se juzgó al sacerdote Bernhard Lichtenberg, quien fue detenido y llevado ante el tribunal en 1942, por el siguiente “delito”:

“Que el 29 de agosto de 1941, en el ejercicio de sus funciones sacerdotales, el acusado había proferido, en la iglesia, con ocasión del sermón de la tarde, frases de carácter político, delante de un numeroso público. Esas frases que consistían en una oración por los no arios cristianos, los judíos y detenidos en prisiones y campos de concentración, eran altamente peligrosas para el orden público”.

Tras una parodia de juicio, el *Tribunal Especial* de Berlín, “*en nombre del pueblo alemán*”, lo condenó a dos años de prisión por “*abuso del derecho de predicación*” junto con una infracción “*de la ley de Actividades Subversivas*”, sancionada con ocasión del incendio del *Reichstag* en febrero de 1933 a la cual ya nos hemos referido. Al vencimiento de la condena, Lichtenberg, en vez de recuperar su libertad, fue trasladado por la Gestapo al campo de concentración de Dachau, en calidad de “*sujeto peligroso para la seguridad pública*”. Allí murió poco tiempo después³².

Un tercer hito en la historia de la desintegración del sistema judicial durante la vigencia del nazismo tuvo lugar con la ordenanza del 11 de septiembre de 1939, por medio de la cual Hitler creó una *Sección Especial* dentro de la Suprema Corte del Reich (*Reichsgericht*) ante la que el fiscal podía llevar, por orden del *Führer*, “...cualquier asunto penal que le parezca lo bastante importante para que esté justificado saltarse los

³¹ *Ídem*, 184.

³² Poliakov-Wulf, 366-371.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

tribunales inferiores. También puede pedir a esta sección especial que vuelva a examinar cualquier proceso [...] en el término de un año desde que quede firme [...] Tal petición tiene fuerza obligatoria para el tribunal, de manera que el fiscal es quien determina en realidad la sentencia definitiva, generalmente la pena capital...”³³.

También Kirchheimer destaca esta modificación en el *Reichsgericht*, a cuyos integrantes se les reprochaba que en algunas sentencias legalmente inapelables, no actuaban en sintonía suficiente con los deseos del gobierno. “Para remediar esta situación y asegurar una jurisprudencia de absoluta conformidad con los deseos de la conducción política, una *sección especial* fue establecida dentro del *Reichsgericht* [...] la posición de esta *sección especial* ha sido comparada con la de los príncipes en los siglos XVII y XVIII, que tenían el derecho soberano de confirmar o modificar decisiones de las cortes criminales, y así, la posibilidad de aumentar o disminuir el castigo”³⁴.

En otro trabajo de este mismo autor, señala al respecto que “[l]a legislación de guerra introdujo la posibilidad de cambiar cualquier causa penal individual en la dirección deseada. Una sección especial del *Reichsgericht* está encargada de tomar cualquier caso de nuevo y revisar la decisión en la dirección deseada por el *Führer* a través del Procurador Fiscal del Reich”.

El primer caso en que Hitler, a través del Procurador Fiscal del Reich (*Oberreichsanwalt*), acudió a esta *Sección Especial* de la Suprema Corte del Reich fue el 6 de diciembre de 1939, frente a una sentencia condenatoria de un individuo homosexual que había aprovechado un apagón para forzar a un joven a ser objeto de sus deseos. Una Corte Especial sentenció al condenado a la pena de trabajos forzados. No hubo apelaciones de las partes y el caso quedó firme. Sin embargo, ya vigente la nueva ley, el caso fue reabierto ante la *Sección Especial* del *Reichsgericht* a pedido del fiscal y conforme al requerimiento de éste, condenado a muerte y ejecutado³⁵.

Mediante estas y otras medidas, introducidas en el ordenamiento legal nacionalsocialista mediante una serie interminable de *decretos de guerra*, el régimen pudo finalmente ejercer el control individual de las decisiones emanadas del sistema judicial penal y marcó “la última etapa en la transformación del juez que dejó de ser un agente independiente de la sociedad, para pasar a ser un órgano técnico de la administración”³⁶.

Por aquel entonces, “...ninguna corte de Justicia tenía el derecho de cuestionar la constitucionalidad o legalidad de cualquier iniciativa legislativa. Mientras que [por un lado] le es dado al juez cierta laxitud para examinar la extensión de aquella legislación previa [y ajustarla] conforme a los principios Nacional Socialistas, [por el otro] está enfáticamente desautorizado para efectuar similares inquietudes respecto de ninguna de

³³ *Idem*, 502, Kirchheimer [1940], 184.

³⁴ Kirchheimer [1940], 184. Continúa el autor, marcando de todos modos una diferencia: “Federico II de Prusia, cuya memoria el régimen de la nueva Alemania invoca recurrentemente, empleaba esta prerrogativa de la «confirmación» en orden a humanizar la ley penal y no, como el presente régimen hace, solamente con fines de convertir la ley penal en un sistema de disuasión y brutalidad”.

³⁵ Neumann, 502, nota 96.

³⁶ Kirchheimer [1941], 102 y [1940], 185.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

las piezas de la legislación nazi [...] En su judicatura el Tercer Reich ha creado una casi perfecta herramienta para la realización de sus órdenes”³⁷.

De este modo, “todo el aparato legal y de cumplimiento de las leyes se coloca exclusivamente al servicio de aquellos que gobiernan [...] las reglas son establecidas para servir al propósito específico de quien gobierna. El sistema legal que resulta es solamente racional para ellos”³⁸, lo único que interesaba para el empleo de esta maquinaria técnica administrativa es cómo puede empleársela de modo tal de maximizar sus efectos en el tiempo más corto posible. La equiparación del sistema penal con una maquinaria que debe ser ajustada y aceiteada para cumplir con su único propósito (servir a los fines políticos del régimen) fue recurrente en aquellos años.

Un ejemplo: la aplicación de las *leyes de Nüremberg* por parte de los Tribunales penales alemanes

En primer lugar, debe aclararse que, para la época de entrada en vigor de esta legislación paradigmática del nacionalsocialismo, es decir hacia fines de 1935, los tribunales penales ya estaban convenientemente depurados de sus jueces y fiscales “liberales” que no acompañaban la ideología imperante ni tenían vocación totalitaria, y fueron reemplazados por miembros del partido nazi que cumplían con las expectativas del régimen.

Recordemos además, que los tribunales penales ordinarios fueron perdiendo terreno en favor de los llamados *Tribunales Especiales (Sondergerichts)*, con competencia en crímenes de índole política, entre ellos, precisamente, los definidos en estas leyes de Nüremberg.

El punto de partida ideológico de todas las interpretaciones judiciales de esta legislación penal fue delineado por el Tribunal Supremo del Reich, y consistió en **“proteger la sangre como un organismo vivo que circula en el pueblo alemán”**³⁹.

Estas referencias organicistas desarticulaban cualquier posibilidad de ejercer defensa frente a una acusación, pues aún la más mínima puesta en peligro de un interés tan surrealista podía llenar el requisito de afectación al contenido de la norma prohibitiva.

Así, las condenas a *reclusión en campos de concentración* o directamente a la *pena de muerte* de acusados de condición judía en virtud del empleo de esta legislación, no tardaron en llegar y las noticias al respecto se convirtieron en moneda corriente en las primeras planas de los diarios de mayor circulación de la Alemania nazi.

Si bien el delito no preveía formalmente la pena de muerte, sino los trabajos forzados, ello no era obstáculo para introducir la pena capital, pues había diversas agravantes que, interpretadas ampliamente, eran aplicables sin más a los judíos imputados, especialmente luego del advenimiento de la guerra mundial en septiembre de 1939.

Los casos generalmente partían de la consigna según la cual, si se contraía un matrimonio mixto después de la entrada en vigor de la ley, se lo consideraba nulo de

³⁷ Kirchheimer [1941], 100-101.

³⁸ *Ídem*, 99.

³⁹ Neumann, 141.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pleno derecho, y las partes eran acusadas inmediatamente de mantener relaciones extramaritales.

Estas normas, al ser pasadas por la lente de la analogía en perjuicio del acusado (*in malam partem*) convenientemente sancionada en el mismo año 1935, llevaron a que, en palabras del historiador Raúl Hilberg, “las cortes juzgaran que el intercambio sexual no tenía porqué llegar a consumarse para desatar las previsiones criminales de la ley: bastaba la gratificación sexual de una de las personas en presencia de la otra. Tocando, o hasta mirando podía ser suficiente. El razonamiento en estos casos era que la ley protegía no sólo la sangre sino también el honor, y un alemán, específicamente una mujer alemana, era deshonrada si un judío se le aproximaba o la provocaba sexualmente de cualquier manera”.

Otro ejemplo fue el de una condena por el delito de *ultraje racial* que se le impuso a un judío en abril de 1936 de la Sala Penal del Tribunal de Justicia en Frankfurt, a la pena de dos años de prisión y tres años de pérdida de los derechos civiles. Según el diario local, “...el acusado había tenido comercio [...] con una prostituta aria [...] el Tribunal ha hecho hincapié en el hecho de que la ley no admite excepciones”⁴⁰.

Agrega Neumann que, “el total abandono de la legalidad por parte de los tribunales se pone de manifiesto de modo aún más claro en su interpretación de la rúbrica «cohabitación no permisible». Se han declarado punibles un gran número de actos que en modo alguno constituyen cohabitación sexual, y aun una incitación verbal a la cohabitación ha sido interpretada y castigada como «tentativa de corrupción racial» -sentencia del 5 de enero de 1939-”⁴¹.

Por ejemplo, hubo un caso en el que un ciudadano alemán, convertido al judaísmo en 1932, se trasladó a Checoslovaquia y se casó en 1938 con su novia judía. Fue detenido por *ultraje a la raza*⁴², dado que en definitiva, afirmaba el fiscal, no era más que un caso de relaciones sexuales entre una judía y un alemán. El acusado alegó en su descargo que era judío, pero el tribunal penal rechazó este argumento, ya que solamente se era judío si encuadraba en la legislación vigente. También alegó que el supuesto delito se había cometido fuera del territorio de aplicación de la ley (lo cual era cierto, pues formalmente se trataba de otro país), pero el Tribunal lo condenó de todos modos, señalando que el acusado había abandonado el país con el propósito de hacer algo contrario a la ley y que su emigración formaba parte de la *ofensa total*⁴³.

Sobre la violación al principio de territorialidad, comentando este tipo de casos, anotaba Franz Neumann: “Aunque la ley no prohíbe más que la cohabitación fuera del matrimonio, y aunque el artículo 3º del código penal afirma el principio de territorialidad con arreglo al cual sólo son punibles en Alemania los delitos cometidos en territorio alemán, los tribunales extendieron el alcance de la ley mucho más allá de sus términos originales y [así] la traición a la raza y la corrupción de la raza son punibles aunque sean cometidas por alemanes que vivan fuera de Alemania”⁴⁴.

⁴⁰ Poliakov-Wulf, 311.

⁴¹ *Ídem*, 140.

⁴² Así era la denominación del delito principal de la ley de protección de la sangre y la raza, una de las leyes de Nüremberg.

⁴³ Hilberg [1993], 72.

⁴⁴ Neumann, 140.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En el mismo sentido se pronuncia Kirchheimer, quien resalta “la predisposición del *Reischsgericht* [Tribunal Supremo] a extender la legislación sobre *ultraje a la raza* para incluir extranjeros que infringieron esta legislación de Alemania en territorio extranjero”⁴⁵.

Otro ejemplo de estos procesos judiciales a partir de las leyes que estamos analizando, fue la condena a muerte de Lehmann Katzenberger, jefe de la comunidad judía, nada menos que de la ciudad de Nüremberg.

En 1932, Katzenberger, de 59 años, era propietario de un comercio mayorista de venta de calzados, y entabló una relación de tutoría para con una muchacha católica de 22 años que trabajaba en el mismo edificio, a pedido de su padre. Desde esos años, a pesar de que la joven se casó y hasta luego de comenzada la guerra, la relación de afecto entre ambos continuó. Cuando la *Gestapo* se enteró de ello, detuvo a Katzenberger, de casi 70 años, acusándolo de *ultraje a la raza*.

El caso, interesó especialmente al Juez del Tribunal Especial, Dr. Rothaug, un fanático nazi que vio la oportunidad de demostrar en un juicio su adscripción ciega al régimen. Fueron audiencias orales públicas y reproducidas al detalle por radios y diarios, en donde se montó la parodia de un “debate” en el que sólo se reiteraban las humillaciones para con el acusado y las invectivas antisemitas. El 13 de marzo de 1942, Rothaug, acompañado con otros dos “jueces”, dictó sentencia, de la que ha quedado registro. Allí se sostuvo en un párrafo:

“Se dice, por lo tanto, que ambos se habían aproximado sexualmente de diversas maneras, incluida la relación sexual plena. Se alega que se han besado, a veces en la vivienda de la señora Seiler, y otras en el negocio de Katzenberger. Se alega que Seiler se ha sentado en el regazo de Katzenberger y se dice que éste, con intención de recibir satisfacción sexual, le ha acariciado el muslo por encima de la ropa. En tales ocasiones, se alega que Katzenberger ha acercado a Seiler hacía sí y ha reposado la cabeza sobre el pecho de ésta”.

El Tribunal condenó a Katzenberger a muerte (apelando al agravante de *aprovechamiento de la situación de guerra*, afirmando que el acusado se valió de los apagones debidos a los bombardeos para abordar a la joven), y a la Sra. Seiler a prisión por falso testimonio. El primero fue ejecutado en junio. La segunda, liberada a los seis meses⁴⁶.

Otro caso llamativo fue el que ocupó al *Tribunal Supremo del Reich*, en su sentencia del 28 de marzo de 1938: se comprobó que un hombre mayor ario estaba viviendo con una judía desde tiempo antes de la entrada en vigor de la nueva ley; como estaba dispuesto a casarse con ella, continuó cohabitando después de promulgada la legislación que comentamos. Lejos de considerar dicha circunstancia un atenuante, el

⁴⁵ Kirchheimer [1940], 177. Agrega el autor: “Al tiempo en que se suceden los éxitos en la invasión a otros países, la aplicación retroactiva de parte de la legislación penal de Alemania, sirvió al doble propósito de darle una pátina de legalidad a la persecución de enemigos políticos que cayeran en manos alemanas y al mismo tiempo, para aterrorizar hasta la sumisión a la población de los territorios aun no conquistados, advirtiéndoles sobre las consecuencias legales que acarrearía cualquier movimiento en contra de Alemania —una suerte de contraparte de la *Blitzkrieg* [guerra relámpago] exhibida a las clases más altas en los países a ser invadidos” (*ídem*).

⁴⁶ Es interesante acotar que Rothaug fue condenado a prisión perpetua en 1947 por éste y otros casos, y su juicio, immortalizado en el film clásico “*El juicio de Nüremberg*”, de Stanley Kramer (1961).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Tribunal advirtió un agravante, pues demostraba “una rebelión especialmente obstinada contra la legislación nacional-socialista”⁴⁷.

Idéntica intolerancia mostraban los tribunales penales frente a parejas de arios y judíos unidos en relaciones de concubinato, con hijos a los que atendían y educaban; frente a estos casos los jueces del régimen se mostraron inflexibles, como en la sentencia del 19 de septiembre de 1938 del mismo tribunal⁴⁸.

Éstas y muchas otras sentencias daban la pauta de que se trataban estos casos con especial severidad. Cualquier indicio de amistad entre judíos y arios predisponía a la condena. La carga de la prueba recaía sobre la defensa. Un judío acusado de estos delitos prácticamente no tenía escapatoria a la muerte, ya sea indirecta (por su reclusión en un campo de concentración) o directa.

Es más, el *Reichsgericht*, tribunal supremo en materia penal, sentenció el 26 de noviembre de 1942 que la vigencia de las leyes de Nüremberg obligaba a todo alemán que deseara mantener relaciones sexuales con cualquier mujer, al deber legal de inspeccionar sus documentos para cerciorarse de que no era judía, lo cual significaba que ningún error al respecto era excusable⁴⁹.

Todavía en aquel año de 1942⁵⁰, al menos 62 judíos fueron condenados por “*ultraje a la raza*” en distintas ciudades de Alemania⁵¹.

Así, al contemplar el papel cumplido por los tribunales penales frente al aluvión de legislación penal de cuño francamente autoritario, se advierte sin dificultad que ello fue acompañado de una creciente presión dirigida al estamento judicial desde el poder político, a tal punto que llegó un momento, en que no existían magistrados que no fueran al mismo tiempo fanáticos nazis⁵².

Los otros –a los que hoy en día se les asignaría el papel de “garantistas”–, los que de vez en cuando absolvían a un ario que osó mostrar simpatía con un judío, o que imponían penas consideradas leves por “*corrupción racial*” –que movieron a protestas

⁴⁷ Neumann, 140.

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ Recordemos que hacía tiempo que en todos los documentos de identidad del *Reich*, las mujeres judías figuraban con el nombre “Sara” bien visible o la letra “J” o la palabra “*jude*”, de acuerdo al lugar de residencia.

⁵⁰ Para ese entonces el territorio del *Reich* estaba quedando *judenfrei*, es decir, “libre de judíos”, pues las deportaciones al este habían comenzado en forma masiva en octubre de 1941, con destino a los guetos de Lodz, Riga, Kovno y Minsk (ver al respecto Rafecas [2012] pp. 134-143).

⁵¹ La propia colectividad judía alemana no advirtió ni presintió lo que se venía. Tomó nota de las restricciones, y se adaptó a la situación. Ya lo habían hecho antes, pues la historia del judaísmo en Europa es la historia de las persecuciones y la intolerancia. Y lo hicieron también aquí, incluso frente a las leyes que les ordenaron llevar la estrella judía en sus ropas, entregar todos sus bienes, recluirse en guetos, e incluso ante aquellas ordenanzas que establecían directamente su *deportación al este*. Cuando los dirigentes judíos advirtieron que ésta no era una persecución secular más, sino que se apuntaba a su desaparición física total, era demasiado tarde: en Polonia ya estaban en marcha unos establecimientos industriales que se habían construido en el máximo secreto, que empleaban cianuro de hidrógeno solidificado agente homicida, y cuya producción en serie no era más que de cadáveres, los cuales luego se incineraban en hornos crematorios. Eran los *campos de exterminio*, un artefacto moderno nunca antes visto en la historia de la humanidad. Sus nombres se fueron conociendo uno tras otro: Chelmno, Belzec, Sobibór, Treblinka, Majdanek, Auschwitz-Birkenau (cfr. su genealogía en Rafecas [2012], pp. 215-266). Ante esta perspectiva, a comienzos de 1942, la comunidad judía bajo el dominio nazi poco o nada podía hacer. Estaba aislada, depauperada y famélica. Ya no tenía escapatoria.

⁵² Muñoz Conde 16-18.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

del Partido Nazi y de la *Gestapo* en 1936⁵³-, fueron paulatinamente desplazados de sus cargos.

En efecto, como sostiene Bracher, Hitler podía “...destituir a cualquier juez que dictara sentencias demasiado benignas o no interpretase el derecho de acuerdo con los intereses y el espíritu del nacionalsocialismo. Estas atribuciones [...] destruían, por principio, la independencia del poder judicial [...] Cada día eran más los casos en que, a pesar de una sentencia absolutoria se enviaba inmediatamente al procesado al campo de concentración, cada vez fueron más frecuentes las intervenciones políticas en la administración de justicia”⁵⁴.

También fue notable la amplificación del poder de los fiscales en desmedro de los órganos judiciales. Se consignaba que, de partirse de los postulados nacionalsocialistas que informaban el discurso penal, la actuación de unos y otros debía llevar a idénticos resultados en los casos en concreto.

En palabras de Kirchheimer, “los jueces fueron notificados en forma explícita acerca de cómo debían ejecutar las penas reclamadas por el órgano fiscal”⁵⁵.

Se esperaba de los jueces una actitud similar a la de los fiscales frente a la delincuencia, y así, sostenían desde las usinas ideológicas del régimen, las decisiones del órgano jurisdiccional debían ser coincidentes con las del órgano requirente.

De este modo, no sólo se afectaba la independencia del Poder Judicial, sino algo más profundo aún, el punto de equilibrio mínimo que hace a la esencia de todo proceso penal, conforme al principio elemental de separación de los roles de juez y fiscal.

El régimen nazi, en su afán de alcanzar los objetivos políticos vinculados con la utópica *comunidad racial* no reparó en los medios empleados, que en el sistema de Justicia significó desarticular el formal proceso penal para llevar adelante los casos con la mayor velocidad posible, demoliendo todas las garantías procesales que suelen regir los procedimientos.

En tal sentido, “...pronto todas las posibilidades de ejercer una efectiva defensa fueron abolidas, las funciones del juez, tradicionalmente la figura central en el proceso penal alemán, fue completamente subordinada a la figura del fiscal, y finalmente, las oportunidades para apelar fueron severamente recortadas y muchas veces abolidas por completo en casos de pena capital...”⁵⁶.

Obviamente, estas medidas y otras semejantes llevaron a instituciones como la defensa pública o el servicio de asistencia social auxiliar de la Justicia penal, a una mínima expresión, puramente formal y simbólica.

En concreto, en 1937 el jurista **Roland Freisler**, del que ya hemos hecho referencia, pregonaba desde una obra general de Derecho Penal Alemán, que todo abogado defensor debía tomar conciencia que su ministerio debía estar guiado por el hecho de ser miembro de una comunidad y de determinadas organizaciones (nazis), al tiempo que estaba obligado a respetar el marco de la ley vigente; es decir, su margen de actuación se reducía a la nada.

⁵³ Johnson, 142.

⁵⁴ Bracher, 11.

⁵⁵ Kirchheimer [1939], 231.

⁵⁶ Kirchheimer [1941], 105.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Desde esta obra, además, Freisler advertía en un tono amenazante, sobre el riesgo que se cernía sobre un abogado que quisiese desempeñar su profesión por fuera del encorsetamiento al que lo sometía la legislación procesal penal nazi, ya que tal actitud le podría generar responsabilidades administrativas y judiciales⁵⁷.

Finalmente no quedaron prácticas que hayan ofrecido resistencia al nuevo discurso penal totalitario, ni voces de disenso en ninguno de los distintos ámbitos del sistema penal.

Agrega al respecto Muñoz Conde, con relación a las sentencias impartidas en aquel contexto, que “*lo que impresiona no es ya su dureza o crueldad, con ser tanta, sino la fundamentación que dan a las mismas jueces profesionales que aplican todo el rigor dogmático y las reglas hermenéuticas tradicionales para determinar conceptos como el de «acción deshonestas», ultraje «a la raza» o «la pena adecuada a la culpabilidad»*”⁵⁸.

Zaffaroni señala al respecto que la demanda de discurso técnico para los judicatura nazi no fue provista por la Escuela de Kiel, de escaso nivel, sino por la faceta dogmática previa al nazismo de Edmund Mezger, cuyo sistema estaba dotado de un meticuloso aislamiento de la realidad que le permitió presentarse como una elaboración envasada con la etiqueta que anunciaba su carácter puramente técnico y políticamente no contaminado.

Un aporte sustancial en este sentido lo hizo también el jurista Helmuth Mayer, profesor en la Universidad de Rostock, quien publicó a mediados de 1936 una obra en la que indagaba sobre las bases filosóficas del Derecho penal nacionalsocialista, con base en la noción concreta e histórica de *pueblo*, sus componentes raciales, de sangre, al cual le debe ser funcional el Derecho penal, puesto que éste no es más que “un medio de devenir del *pueblo*”.

Y tiene allí su origen y fundamento; de este modo “el Derecho penal no puede ser ya pensado como una organización de protección a favor de los intereses individuales”⁵⁹.

Es más: las investigaciones demuestran que en algunos casos en que se advertía que una condena no era lo suficientemente severa, o bien, que un Tribunal penal demoraba más de la cuenta en ajusticiar a un acusado, porque distraía su labor en un rito procesal considerado estéril, la *Gestapo*, merced a un decreto secreto de 1937, tomaba el caso en sus manos, retiraba al sujeto de su celda, convocaba al público y lo pasaba por las armas, o en el mejor de los casos, lo recluía por tiempo indeterminado en los campos destinados al efecto: Dachau, Buchenwald, Sachsenhausen, Ravensbruck, Flossenbürg, entre otros, donde eran empleados como mano de obra esclava hasta su muerte⁶⁰.

Quedaron registradas las quejas de los jueces, no por la barbarie de la agencia policial o por la imposición de la pena de muerte de un sujeto sin juicio previo, sino simplemente preocupados por la pérdida de imagen de la corporación judicial frente a la comunidad.

Por ejemplo, un Magistrado del Tribunal de Hesse, a raíz de un caso acaecido en su jurisdicción, se lamentó de que “la Gestapo con su linchamiento se dedicaba a socavar

⁵⁷ *Ídem*, 125.

⁵⁸ Muñoz Conde, 17.

⁵⁹ Con más detalle, Jiménez de Asúa, t. II, pp. 181-183.

⁶⁰ Muñoz Conde, 18; Johnson, 142, 246.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

lo poco que quedaba del sistema judicial”. Himmler le contestó que seguramente el tribunal habría absuelto a la acusada (polaca) por padecer indicios de locura, y que:

“La comunidad del pueblo exige la eliminación de ese tipo de parásitos, independientemente de que exista o no una culpabilidad subjetiva desde el punto de vista jurídico. No puedo admitir que esas criaturas inferiores que son los polacos se libren del castigo gracias a cualquier sofistería jurídica”⁶¹.

Otro ejemplo de ello, acaecido en 1937, nos trae Bracher: “una prueba de la escasa resistencia ante aquella situación nos la ofrece el modesto ruego del Ministro de Justicia [Franz Gürtner] a la «Gestapo»: solicitaba, en efecto, que la detención preventiva de los «testigos de Jehová» no fuera acompañada (¡después de haberse cumplido la pena!) de circunstancias *que pudieran afectar el prestigio de los Tribunales*”⁶².

La misma preocupación llevó al subsecretario del Ministerio de Justicia, Carl Rothenberg, a proponer que no se dé a difusión pública las ejecuciones por parte de la Gestapo allí cuando un tribunal ordinario no haya llegado a dictar pena de muerte por ausencia de pruebas u otras razones legales y la agencia policial establezca que de todos modos era “necesario” el fusilamiento⁶³.

Y concluye el autor citado: “La función meramente instrumental de jueces, Tribunales, abogados y defensores estaba trazada hacia tiempo. El nombramiento de Hans Frank como Comisario del Reich para «la unificación de la Justicia», la transformación del derecho penal en «derecho militante», las jurisdicciones especiales y la justicia de terror de los *Tribunales del Pueblo* fueron otras tantas tentativas de conferir a la Justicia misma su nuevo papel destructor de los «*elementos dañinos a la causa del pueblo*». Allí donde esto no se conseguía, es decir, donde la ideología jurídico penal del nacionalsocialismo no se convertía en el nuevo sistema jurídico, los órganos tradicionales eran minados o simplemente ignorados. Todo esto no quiere decir que, a la vista de aquel Estado metajurídico de las SS, no careciera de import[ancia] la claudicación de gran parte de la Justicia ante el totalitarismo nacionalsocialista. Su retirada ante el sistema de terror y persecución, aplaudido por tantos y tantos «custodios del derecho», convirtió a la Justicia alemana en cómplice del sistema de la injusticia”⁶⁴.

Conclusiones

La primera conclusión que podemos extraer es que, si queremos contribuir desde el Derecho y la Justicia para que Auschwitz no vuelva a suceder, debemos sintetizar lo mejor del iusnaturalismo y del positivismo⁶⁵, y en un giro dialéctico, superar ambos para alcanzar una nueva síntesis que dé a luz un nuevo concepto de Derecho inmunizado frente a las tentaciones autoritarias del poder, un concepto de Justicia que se revele como limitador del poder, y que sólo admita como posible su desenvolvimiento en democracia.

El régimen hitleriano manipuló a la opinión pública a partir de casos resonantes, apeló a la emoción, al prejuicio frente al diferente y a los instintos atávicos de venganza

⁶¹ Gellately, 242.

⁶² Bracher, 23.

⁶³ *Ídem*. 24.

⁶⁴ *Ibídem*.

⁶⁵ Bobbio, 87.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para eliminar a los que ellos consideraban *irrecuperables*, a las *razas enemigas*, a los portadores de una “*vida que no merece ser vivida*”, para finalmente apuntar prácticamente a toda la población, mediante el esquema típico con el que Hannah Arendt describe la dinámica de todo modelo totalitario de poder estatal.

Creo que profundizar estos estudios, de los cuales los integrantes de la Escuela de Frankfurt, como Neumann, Kirchheimer o Rusche han sido pioneros, resultan indispensables además para comprender mejor el presente. Nos señalan que los discursos penales, en especial la criminología positivista, fue sin dudas tributaria del colapso moral de occidente cristalizado en las cámaras de gas, un discurso penal que no ha hecho una autocrítica seria y profunda al respecto, pues de otro modo no se explica cómo en casi todo el mundo tales discursos han sobrevivido en programas de estudio en escuelas de formación de abogados, médicos, policías y penitenciarios hasta nuestros días⁶⁶.

La Argentina no es la excepción, ni cabe esperar que así sea de un país asolado por dictaduras militares desde 1930, que se mantuvo “neutral” en aquella guerra mundial hasta que Berlín estuvo a punto de caer en manos aliadas; que sirvió de refugio para los peores criminales de guerra nazis como Eichmann o Mengele; que mantuvo cerradas sus fronteras a refugiados judíos europeos antes, durante y después de la guerra, y que vivió en los ‘90 los peores atentados contra la comunidad judía fuera de Israel.

El estudio de la era nacionalsocialista nos revela que habían desaparecido todos los vestigios del Derecho penal, arrasado por un ejercicio de poder punitivo estatal que terminó operando sin límites ni restricciones de ningún tipo.

Referências

-Arendt, Hannah: *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (1963). Traducción de Carlos Ribalta. Editorial Lumen, Barcelona, Cuarta Edición, 2001.

-Arendt, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo* (1951). Todas las citas corresponden al tomo III dedicado al Totalitarismo. Traducción de Guillermo Solana. Editorial Alianza, 2002.

-Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1965.

-Bracher, Karl: *La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo* [1973], trad. de José A. Garmendia, Ed. Alianza, Madrid, 1995.

-Friedländer, Saul: “*El Tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución*”, trad. de Ana Herrera, Ed. Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 2009.

-Gellately, Robert: *No sólo Hitler. La Alemania nazi entre la coacción y el consenso*. Traducción de Teófilo de Lozoya. Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

-Hilberg, Raul: *Perpetrators, Victims, Bystanders. The Jewish catastrophe 1933-1945*. Editorial Harper Perennial, New York, 1993.

⁶⁶ Ver al respecto, Rafecas [2005].

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Hilberg, Raul: *The destruction of the European Jews*. Editorial Holmes & Meier, New York, 1985.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, 3º ed. actualizada, Ed. Losada, Bs. As., 1964.
- Johnson, Eric A.: *El Terror Nazi. La Gestapo, los judíos y el pueblo alemán*. Traducción de Marta Pino Moreno. Editorial Paidós, Buenos Aires, 2003.
- Kershaw, Ian: *Hitler*. Traducción de Lucía Blasco Mayor. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- Kirchheimer, Otto: *Nuevas tendencias en la política penal durante el período fascista*, en Rusche, George-Kirchheimer, Otto: *Pena y Estructura Social* (1939), trad. de Emilio García Méndez, versión en castellano publ. en 2004 por Editorial Temis, Bogotá.
- “Criminal Law in Nacional Socialist Germany”, publicado originalmente en *Studies in Philosophy and Social Science*, N° VIII, 1940, Columbia University, Nueva York. Las citas provienen de la edición del manuscrito en la obra “*The rule of law under siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*”, William Scheuerman editor, Berkeley, California, 1996, pp. 172-189.
- “The legal order of nacional socialism”, monografía leída en la Universidad de Columbia en diciembre de 1941, publicada en *Studies in Philosophy and Social Science*, N° IX, 1941, Columbia University, Nueva York. Las citas provienen de una reimpresión obrante en Burin, Frederic – Shell, Kurt (editores): *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, Columbia University Press, Nueva York, 1969.
- Marcuse, Herbert: “La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado” [1934], publ. en *La sociedad opresora*, trad. de Ítalo Manzi, Ed. Tiempo Nuevo, Caracas, 1970.
- Mezger, Edmund: *Criminología* (1933). Traducción de José A. Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Segunda Edición, Madrid, 1950.
- Morente Valero: “La Universidad alemana y la construcción del Tercer Reich”, en Ferrán Gallego (Editor): *Pensar después de Auschwitz*, Ed. El Viejo Topo, Barcelona, 2004, pp. 153-181.
- Müller, Ingo: “*Los juristas del horror*”, trad. De Carlos Figueredo, Editorial ABC, Bogotá, Colombia.
- Muñoz Conde, Francisco: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª edición, revisada y ampliada. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Neumann, Franz: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*. Trad. de Vicente Herrero y Javier Márquez. Fondo de Cultura Económica, México, 1943.
- Poliakov, Leon – Wulf, Leon: *El Tercer Reich y los judíos. Documentos y Estudios*. Trad. de Carlos Barral y Gabriel Ferrater, Seix Barral, Barcelona, 1960.
- Rafecas, Daniel: “*Historia de la Solución Final*”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.
- “*La Ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt*”, publ. en Revista “Academia”, Año N° 8, Nro. 15, 2010, pp. 133-166 y en la revista “Nuestra

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Memoria”, Fundación Museo del Holocausto, Bs, As, N° 34, diciembre de 2010, pp. 97-124

- “*El aporte de los discursos penales a la conformación de Auschwitz*”, publicado en “Nuestra Memoria”, Fundación Memoria del Holocausto, Bs. As., N° 25, julio de 2005

- “*El Derecho penal frente al Holocausto*”, publicado en “Nuestra Memoria”, Fundación Memoria del Holocausto, Bs. As., N° 23, junio de 2004.

- Rüthers, Bernd: *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampliada, trad. de Luis Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

-Traverso, Enzo: *La violencia nazi. Una genealogía europea*. Traducción de Beatriz Horrac y Martín Dupaus. Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.

-Villar Borda, Luis: “Presentación”, en Rüthers, Bernd: *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampliada, trad. de Luis Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 13-18.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl: *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

-Zarka, Yves-Charles: *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, trad. de Tomás Bueno, Ed. Anthropos, Barcelona, 2007.

O CONTROLE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO COMPARADO E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO BRASIL

Diego Augusto Bayer

Aluno regular do Doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires.
Especialista em Direito Penal (Uniaasselvi); Especialista em Gestão Estratégica Empresarial (FURB). Professor Universitário e Advogado.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo em primeiro momento analisar o princípio constitucional da soberania da decisão dos jurados no Brasil, quando ele pode ser afrontado através do controle desta decisão. Verifica-se que por diversas vezes essa soberania acaba sendo confrontada por decisões dos magistrados, sendo desrespeitada garantia fundamental prevista em nossa Carta Magna. A pesquisa exploratória e bibliográfica possibilitou fazer uma análise através do direito comparado do funcionamento do Tribunal do Júri e como se efetua o controle das decisões do Tribunal do Júri na França, Espanha, Itália e Estados Unidos, observando as diferenças e como é procedido o controle em cada um dos países, qual demonstraram diversas dificuldades no controle das decisões dos juízes leigos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Soberania. Decisão. Jurados. Direito Comparado.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. O tribunal do júri: opiniões contrárias e favoráveis a essa Instituição. 3. O tribunal do júri no Brasil e o princípio constitucional da soberania dos veredictos no direito brasileiro. 4. O controle da decisão dos jurados no direito comparado 5. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Tribunal do Júri (chamado de “juicio por jurados” nos países de língua latina) é motivo de controvérsia em todos os países cujo existe. Este Tribunal é formado por pessoas retiradas da sociedade, portanto, na grande maioria das vezes leigos jurídicos, para se julgar crimes dolosos contra a vida.

Com base nessa falta de conhecimento para julgar, surge uma das principais críticas contra a instituição do Júri, qual seria consoante ao controle da decisão dos jurados. No Brasil, a decisão dos jurados goza de respaldo do princípio constitucional denominado “soberania dos veredictos”. Portanto, havendo uma soberania na decisão dos jurados, em tese, o veredicto não poderia ser submetido a qualquer forma de controle pelo magistrado togado. Inclusive os países que não consagram o princípio da soberania das veredictos encontram dificuldades no que se refere ao controle das decisões dos juízes leigos. Esta dificuldade decorre de que, os jurados são livres para julgar de acordo com suas consciências, o que torna difícil uma reapreciação da matéria decidida por um magistrado.

O que se propõe neste artigo também é a possibilidade de controle e os limites encontrados em relação a decisão dos jurados dentro do Direito Comparado, analisando países que adotam alguma forma de participação popular em seu sistema judiciário,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

aonde verificou-se que estes também encontram problemas no que tange o controle das decisões dos juízes leigos.

Verifica-se que o Tribunal do Júri sempre será objeto de debates, pois não há instituto que provoque maiores discussões do que a participação de leigos na função de juízes de fato. A participação da sociedade nestes julgamentos apenas confirma o regime democrático. No entanto, a grande dificuldade é referente ao controle e limites das decisões do Conselho de Sentença, que foi o que se abordou.

2. O TRIBUNAL DO JÚRI: OPINIÕES CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS A ESSA INSTITUIÇÃO

O Tribunal Popular sempre foi alvo de grandes polêmicas, existindo sempre os que defendem sua existência e os que chegam a dizer que este deveria ser excluído do ordenamento. José Frederico Marques um dos maiores críticos afirmava ser *“o juiz leigo, muito acessível a injunções e cabalas, comprometeria a justiça das decisões”*¹. Magalhães Noronha² complementa trazendo que em virtude dos juízes togados atuais gozarem de garantias e não mais se curvarem *“submissos ante o despotismo dos monarcas absolutistas”*, não haveria a necessidade da manutenção do Tribunal Popular.

Alcides de Mendonça Lima em crítica ao Tribunal Popular afirma que este *“cria a irresponsabilidade para o jurado, situação incompatível com a democracia”*³. Heleno Claudio Fragoso traz que é *“inaceitável uma condenação por maioria de votos, como 4 a 3, pois isso seria a própria extensão da dúvida”*⁴. Mas, o que mais pesa é a crítica de Edmundo de Oliveira em relação a capacidade dos jurados. Esta enfatiza *“que o Tribunal do Júri chega a ser a negação da justiça por se entregar aos leigos a difícil e complexa arte de julgar, em conformidade com a ciência da lei e com a técnica de sua ajustada aplicação aos fatos concretos”*⁵. Por fim, complementando as críticas, Nelson Hungria afirmava que o Tribunal Popular se exime do *“imperativo categórico da convocação dos capazes, persistindo em oficializar o culto da incompetência”*⁶.

Rebatendo as críticas ao jurado leigo, Guilherme de Souza Nucci aduz que, apesar do jurado leigo ser suscetível a influências externas, *“também é o juiz togado um seguidor da sua própria ideologia e de suas próprias convicções”*⁷. Em relação a influência sobre os jurados, Angelo Ansanelli Júnior⁸ ressalta que

A perniciosa influência da imprensa, conquanto exista, não é defeito inerente ao Tribunal do Júri: é defeito da própria legislação e do sensacionalismo dos órgãos de comunicação, que, ancorados na ausência de censura, emitem juízos de valor que podem influenciar os jurados. Não se deve olvidar que a magistratura togada

¹ MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. p. 19-24.

² NORONHA, Magalhães Edgard. *Curso de processo penal*. p. 316.

³ LIMA, Alcides Mendonça. Júri: instituição nociva e arcaica. *Revista Forense*, n. 196, p. 19.

⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. A questão do júri. *Revista Forense*, n. 196, p. 23.

⁵ OLIVEIRA, Edmundo et al. *Tribunal do júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p. 102.

⁶ HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados. *Revista Forense*, n. 166, p. 7.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, p. 180.

⁸ ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. p. 4-5.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

também é suscetível a pressões dos meios de comunicação, principalmente quando alguns juízes tem a possibilidade de aparecer nos noticiários televisivos.

Rui Barbosa afirmava que os jurados “vindos diretamente do povo, a ele voltariam humilhados e diminuídos, se não honrassem a representação do núcleo em que se concentram seus interesses e seus sentimentos. E quanto menor o meio, maior o campo negativo ou positivo da evidência direta”⁹. Deste modo, estes juízes leigos tentarão honrar ao máximo a nobre função que foram chamados a exercer, pois prestarão contras a sociedade que representam.

Eliaana Gersão, em comentários ao funcionamento da justiça popular em Portugal, aduz que o Tribunal do Júri foi abolidos pelos países da Europa, em virtude da instauração do fascismo e, portanto, dos governos ditatoriais¹⁰. Portugal salazarista, a Espanha franquista, a Itália de Mussolini, a Alemanha de Hitler, a França de Vichy foram governos marcados pelo absolutismo despótico e, portanto, pela ausência da democracia, sendo que, quando restaurada a democracia na Europa, a participação popular reafirmou-se praticamente por toda parte¹¹.

Se é verdade que existem jurados despreparados (fato que não há como negarmos), na magistratura togada também há juízes (em menor número decorrente da proporção com os jurados) que também são descomprometidos com a realização dos ideais de um Estado Democrático de Direito, como pode ser visto em dois casos antagônicos, os irmãos Naves¹² e o do índio Pataxó¹³. Lembra ainda Nucci que, o fato do jurado não possuir conhecimento jurídico, este não é óbice para o exercício da função de jurado, pois “se para construir leis justas basta o bom senso, também para julgar o bom senso é suficiente”¹⁴.

⁹ BARBOSA, Rui *apud* LYRA, Roberto. *O Júri sob todos os aspectos*. p. 20.

¹⁰ GERSÃO, Eliaana. Júri e participação dos cidadãos na justiça. *Revista do Ministério Público*, v. 11, n.41, p. 29.

¹¹ GERSÃO, Eliaana. *op. cit.*, p. 29.

¹² No caso dos Irmãos Naves – considerado como maior erro judiciário da história do direito pátrio –, eles foram acusados de ter assassinado a vítima, na comarca de Araguari, Estado de Minas Gerais. O juiz que conduziu a instrução, mesmo sem qualquer prova da materialidade do fato, pronunciou os acusados. Os réus foram submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, que, conhecedor das circunstâncias do caso, absolveu os acusados por duas vezes. Encaminhados os autos ao Tribunal de Apelação, este reformou a decisão do conselho de Sentença (uma vez que naquela época a soberania dos veredictos havia sido extirpada da constituição, sendo que os Tribunais podiam rever a decisão do Tribunal do Júri, conforme previa o Decreto nº 167/38), condenando os Irmãos Naves pela prática do homicídio. Anos depois – de sofrimentos inenunciáveis sofridos pelos condenados Irmãos Naves – constatou-se que a “vítima” do caso estava viva.

¹³ Em Brasília, capital federal, cinco rapazes atearam fogo em um índio que se encontrava dormindo na sarjeta. Em virtude das lesões sofridas, o índio Galdino Pataxó veio a óbito, após experimentar doloroso sofrimento. Os imputáveis – membros de famílias tradicionais, sendo um deles inclusive filho de juiz federal – foram denunciados pela prática de homicídio doloso qualificado. A juíza, na pronúncia, desclassificou o delito de homicídio doloso qualificado para lesões corporais seguidas de morte, sendo que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apreciando o recurso do Ministério Público, manteve a decisão desclassificatória. Além da pena ser consideravelmente menor (pois, se primários e de bons antecedentes, seria ficada no mínimo legal de quatro anos, atendendo à viciosa e cômoda praxe forense), se os acusados fossem levados a julgamento perante o Tribunal Popular, fatalmente seriam condenados. Preferiu, contudo, o judiciário, equivocadamente, desclassificar o delito. O TJDF confirmou a decisão, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Edson Vidgal, reformou a decisão do Tribunal de Justiça, determinando fossem os réus submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática de homicídio doloso qualificado.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, p. 180.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Hélio Tornaghi já afirmava que “muitos dos defeitos imputados ao júri poderiam igualmente ser atribuídos ao juiz togado: a possibilidade de corrupção, de se deixar influenciar pelos poderosos ou por sentimentos pessoais. Mas aí o júri leva a melhor: porque é mais difícil corromper sete do que corromper um”¹⁵.

Afirma Guilherme de Souza Nucci que “as decisões do júri têm maior probabilidade de assimilação pela sociedade, pois espelham a vontade do povo”¹⁶. Além disso, complementa Nucci

os juízes populares, que julgam *secundum conscientiam* são livres no exame do fato, podendo usar do critério da reprovabilidade como expressão do sentido moral médio, sem as amarras a que o magistrado se submete jungido, como está à lei. E a lei, como é notório, tem o passo trôpego, acompanhando lentamente a evolução social, de que o juízo de reprovabilidade é reflexo imediato.¹⁷

Certo é, que o julgamento através do Tribunal do Júri necessita de mudanças, algumas até urgentes, mas em razão nenhuma deva ser excluído do ordenamento jurídico. A participação da sociedade nos julgamentos do Poder Judiciário é vista como necessária para o processo da democratização. Com base nestes, passa-se a analisar o Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos no Direito Brasileiro e no direito comparado.

3. O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO DIREITO BRASILEIRO

O procedimento do Tribunal do Júri¹⁸ no ordenamento jurídico brasileiro é dividido em duas fases. A primeira fase, denominada formação da culpa, que se trata de toda a instrução do processo criminal. Após a juntada do Inquérito Policial¹⁹, o promotor confecciona a denúncia, dando o início aos autos. A defesa é chamada para efetuar a defesa preliminar e após a primeira análise do magistrado, julga as diligências requisitadas tanto pela acusação, como pela defesa, mandando realizadas, se necessário, e é realizada a audiência de instrução para a oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado. Finalizada a audiência, o magistrado dará prazo para o membro do Ministério Público e para o Defensor juntarem as alegações finais e novos pedidos de diligências. Apreciado os pedidos de diligências e juntadas as alegações finais, o juiz proferirá a decisão.

Esta decisão poderá ser de pronúncia²⁰, de desclassificação²¹, de absolvição sumária²² ou impronúncia²³. Havendo a decisão de pronúncia, o acusado é levado ao julgamento em plenário.

¹⁵ TORNAGHI, Hélio. *Instituições do processo penal*, p. 62.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, p. 283.

¹⁷ *Ibidem*, p. 283.

¹⁸ No Brasil, somente é julgado pelo Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

¹⁹ Investigação policial utilizada para juntar elementos de informação para auxiliar a denúncia através do Ministério Público.

²⁰ Decisão que submete o acusado ao Tribunal do Júri, proferida quando houver prova da materialidade do fato e indícios suficiente de autoria ou de participação.

²¹ Decisão que identifica que o crime não é doloso contra a vida e, portanto, não pode ser submetido ao Tribunal do Júri.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A segunda fase é denominada de preparação do processo e juízo de mérito. Após o sorteio de 25 (vinte e cinco) jurados selecionados através de uma lista confeccionada de modo aleatório ou por inscrição. Na maioria das comarcas utiliza-se da listagem dos cartórios eleitorais, com eliminação dos nomes que possuírem antecedentes criminais. No dia da sessão do Tribunal do Júri, este é aberto após a verificada a presença do “número legal de jurados”, que são 15 (quinze) jurados, computando-se nestes 15 (quinze) eventuais jurados impedidos ou suspeitos.

Deste, são selecionados através de sorteio 7 (sete) jurados que irão compor o Conselho de Sentença. Tanto a Acusação (Membro do Ministério Público) como o Defensor terão direito a 3 (três) recusas imotivadas. Se houver motivação, esta recusa não será computada. Formado o corpo de jurados, estes prestam compromisso legal de julgarem a causa com imparcialidade e de decidir de acordo com suas consciências e ditames legais²⁴.

Após o compromisso prestado, será tomado as declarações do ofendido, das testemunhas de acusação, das testemunhas de defesa e em seguida será o acusado interrogado²⁵. Encerrada a instrução, será dada a palavra para o Ministério Público e em seguida para o Defensor. O Ministério Público poderá replicar a defesa e o Defensor poderá triplicar a acusação²⁶.

Terminada as exposições, serão os jurados levados para uma outra sala, sem a presença do público, para que respondam a quesitos²⁷ julgando a matéria de fato, condenando ou absolvendo o acusado, bem como outros especificidades. Encerrada a votação, o magistrado confeccionará a dosimetria e fundamentação da sentença, não podendo ir contra a decisão dos jurados. A sentença, em face ao princípio da publicidade, será lida em plenário, sendo encerrada a sessão em seguida.

Neste ponto é que inicia a discussão acerca do princípio da soberania dos veredictos. O Tribunal do Júri foi criado a partir da Revolução Francesa em 1789, onde os iluministas Rousseau, Hobbes e Locke defendiam que o fundamento do poder consubstanciava-se no pacto social, de forma que, a soberania pertencia ao povo²⁸. Logo após, conforme José Frederico Marques²⁹, o Código de Instrução Criminal da França em

²² Sentença que absolve antecipadamente o acusado, quando ficar provada a inexistência do fato ou se ficar provado que o acusado não foi autor ou participe do crime, ou se o fato não constituir infração penal, bem como se ficar provar a existência de causa excludentes de ilicitude e de culpabilidade, salvo inimputabilidade por doença mental, exceto se essa for a única tese defensiva absolutória.

²³ Sentença que não manda o acusado ao Júri e será proferida se não houver prova da materialidade do fato ou se não houver indícios de autoria ou de participação.

²⁴ Todo o procedimento de compromisso legal do jurado está previsto no Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 472 que diz: “Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo”.

²⁵ Artigos 473 e 474 do Código de Processo Penal Brasileiro.

²⁶ Artigos 476 e 477 do Código de Processo Penal Brasileiro.

²⁷ Os quesitos são elaborados através de perguntas diretas, onde o jurado responde individualmente e sem os outros jurados terem acesso, através de cédulas de “sim” e “não”. Isto decorre face ao princípio da incomunicabilidade entre os jurados, visto que, nenhum poderá influenciar o voto do outro. Tanto a acusação, como a defesa, poderão questionar os quesitos e requerer a reelaboração destes antes do julgamento na “sala secreta”.

²⁸ ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.* p. 71.

²⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 75.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

seu artigo 350 instituiu o a soberania do veredicto, uma vez que se somente se permitia, em caso de recurso, fosse o réu submetido a novo julgamento, mas não reformada a sentença pelos juízes togados.

No Brasil, esta soberania é reconhecida na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, XXXVIII, “c”, determinou que “*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados (...) c) a soberania dos veredictos*”.

Os opositoristas em relação ao Júri, vistos anteriormente, criticam duramente esta soberania em razão da situação de ser colocado como “garantia constitucional” e seu poder pertencer nas mãos de um juiz leigo, que sequer precisa fundamentar sua decisão, apenas votando de acordo com sua “consciência”.

No entanto, conforme preleciona Nucci em sua obra *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*:

A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri³⁰.

Portanto, esta soberania não é tão “soberana”, uma vez que afronta outro princípio, o princípio do duplo grau de jurisdição, que permite ao Tribunal togado rever a decisão do Conselho de Sentença.

Quando há o confronto entre esses dois princípios, o segundo só deverá prevalecer em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos³¹, razão pela qual, o Tribunal de 2º Grau entendendo procedente o apelo, determinará que seja realizado um novo julgamento pela mesma instituição popular, não substituindo no entanto, a vontade do povo na prolação do veredicto³².

No entanto, Nucci ressalta que:

(...) quando interposta apelação, quanto ao mérito da decisão popular, deve o Tribunal togado agir com a máxima cautela, afim de não dar provimento a todo e qualquer apelo, somente porque *entende* ser mais adequada outra avaliação. Ou porque o veredicto popular contraria a *jurisprudência* da Corte. Nada disso interessa ao jurado, que é leigo. Respeitar a soberania dos veredictos significa abdicar da parcela de poder jurisdicional, concernente ao magistrado togado, para, simplesmente, fiscalizar e buscar corrigir excessos e abusos, mas sem invadir o âmago da decisão, crendo-a justa ou injusta. O parâmetro correto para a reavaliação do Tribunal togado em relação à decisão do júri é o conjunto probatório: se há duas versões válidas, dependentes apenas da interpretação, para levar à condenação ou à absolvição, escolhida uma das linhas pelo Conselho de Sentença, há de se respeitar sua soberania. Nenhuma modificação pode existir³³.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, p. 387.

³¹ Artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal Brasileiro.

³² Artigo 593, §3º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, p. 388.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ou seja, a afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos somente pode ocorrer quando houver uma decisão completamente contrária a prova dos autos. Não é admissível, portanto, que quando houver duas versões, baseadas em fatos válidos e comprovados durante o processo, que seja admita uma reforma na decisão do Conselho de Sentença, garantindo-se, portanto, a autonomia a instituição do Tribunal do Júri.

4. O CONTROLE DA DECISÃO DOS JURADOS NO DIREITO COMPARADO

A participação popular na administração da justiça é muito prestigiada em diversos países, encontrando formas de controle, tanto prévios, como posteriores. Através da análise do controle da decisão dos jurados no direito comparado, podemos avaliar as dificuldades e soluções encontradas por estes países para enfrentar esta questão de controle de decisões que tendem a ser soberanas.

Direito Comparado, é “*o ramo do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países*”³⁴. Desta forma, verificou-se a forma de controle da decisão dos jurados tanto nos países que adotam o sistema escabinado³⁵ (França e Itália) como no modelo de jurado puro³⁶ (Espanha e Estados Unidos).

4.1 FRANÇA

Conforme já exposto anteriormente, o Tribunal do Júri foi criado na França com a Revolução Francesa de 1789. Não havia confiança nos juízes de carreira e por esta razão, colocou-se o próprio povo para julgar, afim de combater as injustiças ocorridas. Adotava-se o modelo de jurado puro.

Contudo, com a *Cour D'Assise* em 1808, a participação dos cidadãos foi modelada, passando a contar o júri com um presidente, três juízes profissionais e um grupo de doze pessoas, com competência para os delitos considerados graves. Simbolizava a soberania popular³⁷. Então, conforme já exposto, o artigo 350 do Código de Instrução Criminal estabeleceu a impossibilidade das decisões do Tribunal serem revistas, criando portanto a soberania dos veredictos³⁸.

Conforme enfatiza Victor Fairen Guileen, foi Napoleão Bonaparte quem instituiu o modelo escabinado na França, em 1809³⁹. Ainda conforme Guileen, em 1932, por intermédio da lei de 5 de março, os jurados passaram a deliberar quanto à culpa do acusado e, em conjunto com juízes profissionais, quanto à pena⁴⁰.

³⁴ OLIVEIRA, Natália Silva Teixeira de. *A revisão criminal no Brasil em face da proteção penal da sociedade*, p. 129-130.

³⁵ Entende-se por modelo escabinado um júri composto em número proporcional de juízes leigos e juízes togados.

³⁶ Já por modelo puro, entende-se o mesmo sistema adotado pelo Brasil, ou seja, é composto por um juiz togado e sete ou doze juízes leigos.

³⁷ HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas processuais penais comparados*, p. 493.

³⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 75.

³⁹ GUILLEN, Victor Fairen. *Tribunales de participación popular em algunos estados europeos*, p. 69.

⁴⁰ *Idebem*, p. 73.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Após diversas mudanças, em 1958 o número de jurados leigos ficou definido em nove membros e três juízes profissionais, o que permaneceu até hoje. A Corte poderá pronunciar três tipos de veredicto, sendo o *L'arrêt d'acquittement*⁴¹, o *L'arrêt d'absolution*⁴² e o *L'arrêt de condamnation*⁴³.

Até as mudanças na lei francesa nos anos de 2000 e 2002, a Corte não se submetia ao duplo grau de jurisdição, razão pela qual era incabível o recurso de apelação. Contudo, a partir dessas modificações, passou-se a admitir o recurso de apelação das decisões condenatória da Corte em 2000, e no ano de 2002 permitiu-se ao Procurador Geral interpor recurso de apelação de todas as decisões absolutórias.

Para julgar as apelações a França criou Câmara Criminal da Corte de Cassação, que também funciona no sistema escabinado, como visto anteriormente, qual será responsável por analisar os recursos interpostos. Existem duas formas de recorrer da sentença da Corte, sendo a primeira o recurso de *pourvoir en cassation*⁴⁴ e o recurso de *pourvoir en revision*⁴⁵. Da decisão destes recursos poderá ser enviado para novo julgamento, bem como, principalmente no caso de *pourvoir en revision*, poderá a própria Corte dar a sentença.

No entanto, entende-se que ao se manter o sistema escabinado no julgamento de 2ª instância, mantém-se o julgamento por juízes leigos, o que aumenta a participação popular na administração da justiça, respeitando desta forma, o princípio da soberania dos veredictos.

4.2 ITÁLIA

Conforme lição de Edmundo Hendler, o julgamento por jurados já existia em vários textos de diferentes partes do território italiano, sendo o seu precedente encontrado na Constituição de Bologna. De igual forma, Hendler ressalta que logo após a revolução de 1848, surgem os jurados na Itália, em 1874 se estabelece o Júri de julgamento de doze pessoas – cidadãos leigos – mais três juízes profissionais que atuavam em um procedimento oral e público e cujo presidente detinha importantes atribuições, tais como interrogar os acusados e investigar fatos delituosos por iniciativa própria⁴⁶.

Ainda conforme Hendler, até 1913 diferentes reformas ocorreram, tendo sido reduzido o número de jurados de doze para dez e suprimido o resumo que era realizado pelo Juiz-Presidente aos jurados para votação do veredicto, quando, em 1931, o jurado se transforma em um escabinado compostos por um presidente, um magistrado e cinco

⁴¹ As indagações formuladas sobre a culpabilidade do réu são negativas, ou seja, é o réu considerado absolvido (Ver ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 174).

⁴² Apesar de considerarem o réu culpado, este é beneficiado por uma escusa absolutória, não lhe aplicando nenhuma pena (Ver ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 174).

⁴³ Constatada a culpabilidade do réu, aplica-se a pena ficada pela Corte (Ver ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 174).

⁴⁴ É considerado uma espécie de recurso extraordinário, que tem por finalidade impugnar a inobservância da lei na decisão (Ver ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 175).

⁴⁵ Trata-se de uma revisão criminal. Só é admitida em favor do acusado. Somente é possível em quatro hipóteses: 1ª) após a condenação se descobrir que a vítima estava viva; 2ª) existência de duas condenações pelo mesmo fato ou de decisões inconciliáveis; 3ª) punição por falso testemunho da pessoa ou pessoas que depuseram contra o condenado; 4ª) descoberta de nova prova sobre a inocência do acusado. (Ver ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 176-177).

⁴⁶ HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas procesales penales comparados*, p. 497.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

assessores. Após todas as reformas, a Corte Italiana (*Corti de Assisi*) passou a funcionar com seis juízes leigos e dois togados⁴⁷.

Antes de 1951 não se falava em recurso das decisões dos jurados, no entanto, a partir deste ano, com reformas legislativas, passou o sistema italiano a contar com a chamada *Corti D'Assisi D'Appello*, ou seja, uma corte de apelação no sistema escabinado, nos mesmos moldes da francesa, com exceção de serem seis juízes leigos e dois togados, que em grau de apelo julga de maneira livre e mais sensata, decidindo a realização, em caso de procedência ao apelo, de um novo julgamento por um novo Conselho de Sentença.

No que tange o controle dos veredictos italianos, pode ser efetuado recursos através da apelação ou através do recurso de cassação, sendo que ambos são utilizados no caso de *error in iudicando*, ou seja, uma afronta a legislação.

Ainda em relação as formas de recurso, a revisão criminal tem sido considerada pela doutrina italiana um meio de impugnação autônomo, podendo esta ser intentada em quatro situações: a) os fatos estabelecidos como fundamento para a sentença não se conciliam com outra sentença penal irrevogável; b) a sentença ou decreto penal de condenação julgou subsistente crime em consequência de sentença do juízo cível ou administrativo, posteriormente revogada; c) depois da condenação descobrem-se novas provas que demonstrem que o condenado deva ser absolvido; d) quando se demonstra que a condenação foi pronunciada em consequência de falsidade de atos ou em juízo ou fora dele, mas utilizados como prova⁴⁸.

Conforme a pesquisa realizada, verificou-se que o Júri na Itália é bem aceito tanto pela doutrina, como pela sociedade, participando das decisões em todas as instâncias. A ampla participação da sociedade evidencia o quanto é importante, na Itália, a participação de juízes leigos. Outro fato observado é que os jurados leigos na Itália, são remunerados para exercer a função, o que faz com que se dediquem ainda mais no seu papel de representantes da sociedade. Portanto, em consonância ao sistema francês, o Júri italiano respeita o princípio da soberania dos veredictos, pois mesmo em instância de segundo grau dá a oportunidade ao juiz leigo decidir sobre o apelo.

4.3 ESPANHA

A participação dos leigos na Espanha surge no século XIX inspirado nas mudanças ocorridas com a Revolução Francesa. No artigo 106 da Constituição de Bayona, em 1808, já se previa a possibilidade de estabelecimento do processo penal por jurado, mas teria sido com a Constituição de Cadiz, datada de 19 de março de 1912, que se encontraria a primeira alusão ao Tribunal do Júri na Espanha⁴⁹.

Diferente do que fora visto na França e na Itália, desde 1888 os veredictos dos jurados na Espanha já previa a possibilidade de interposição de recursos de reforma e de revista, bem como, a cassação e revisão da sentença. Os artigos 107 a 115 da lei espanhola de 1888 permitiram interpor recursos contra a decisão dos jurados, sendo que este seria devolvido ao jurado para que o reformasse ou mantivesse⁵⁰. Ou seja, a lei

⁴⁷ *Idbem*, p. 497.

⁴⁸ ANSANELLI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁹ HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas procesales penales comparados*, p. 178.

⁵⁰ GISBERT, Antonio Gisbert. *Notas sobre la historia del jurado en España*, p. 20.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

espanhola demonstrava a soberania dos veredictos, caracterizada pela impossibilidade de outro órgão rever as decisões dos jurados.

Durante o fascismo espanhol, o Tribunal do Júri ficou suspenso, tendo sido restaurado somente com a proclamação da República em 1931. Todavia voltar a constar na Constituição, este só foi reinstaurado em 22 de maio de 1995⁵¹. Como na Itália, os jurados são remunerados e são impossibilitados de recusarem a convocação, com exceção se possuírem as causas de incompatibilidade previstas em lei.

O conselho de sentença é formado por nove jurados titulares e dois suplentes, com os debates comandados pelo Juiz-Presidente. Como no Brasil, os jurados ficam incomunicáveis, tanto com o mundo exterior, como entre si, retirando-se para deliberação em uma sala secreta.

No que tange o controle dos veredictos, a lei espanhola prevê recurso de apelação contra a decisão dos jurados, tanto em relação ao *error in procedendo* (como um recurso extraordinário de cassação) como n caso de *error in judicando* (infração da lei)⁵². Em caso de procedência do recurso, o Tribunal *ad quem* remete o processo para o Tribunal *a quo* para a realização de nova sessão do Júri, para que haja nova decisão pelos jurados.

Verifica-se, portanto, que na Espanha a questão de controle da decisão dos jurados também não retira a soberania do veredicto, sendo que, mesmo havendo a possibilidade de apelação, se aceita, devolve-se o processo para que seja submetido novamente aos jurados.

4.4 ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos da América é conhecido por ser o país dos “júris populares”. Conforme expõe Hendler, o Júri chegou aos Estados Unidos antes mesmo da declaração da independência das colônias inglesas, onde, desde o ano 1.635 as primeiras colônias conheceram a instituição do *Grand Jury*, enquanto o *Petty Jury* foi consagrado na própria constituição do ano 1.787⁵³.

O julgamento pelo Tribunal do Júri é um direito consagrado pela Sexta Emenda da Constituição Norte Americana, mas, no entanto, concede ao acusado o direito de optar pelo julgamento em um Júri Popular ou ser julgado por um juiz singular, renunciando à garantia de seus pares.

Há ainda, previsto na Quinta Emenda, que o acusado tem direito de ter submetido ao *Grand Jury* sua acusação, para ser julgado admissível ou não, geralmente nos crimes graves que são punidos com a pena de morte⁵⁴.

Ensina Adhemar Ferreira Maciel que, se o *Grand Jury* entender que não existe prova, emite o *ignoramus*; em caso contrário, o indiciado é pronunciado (*true bill*), sendo que o órgão que vai realizar o julgamento é o *Petty Jury*. No *Grand Jury* o número de jurados pode variar de 7 (Virgínia) até 23 (Massachusetts, New Hampshire e

⁵¹ *Idebem*, p. 37.

⁵² BARRA, Eladio Escusol. *El procedimiento penal para las causas ante el tribunal del jurado*, p. 241.

⁵³ HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas procesales penales comparados*, p. 491.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, p. 72.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

New Jersey)⁵⁵. Guilherme Nucci enfatiza que basta o voto da maioria para aceitar a acusação contra o réu⁵⁶.

Pronunciado (*indictement*), o acusado tem o direito a *plea bargaining*, ou seja, um acordo com a acusação, em que aquele confessa o crime e tem sua pena reduzida. Explicam Edmundo de Oliveira *et al* que a *plea bargaining* “é a negociação entre o infrator (podendo ser representado por seu advogado), o representante do Ministério Público e o juiz, às vezes com a participação da própria vítima, para encontrar uma conclusão-solução em torno do objeto da acusação⁵⁷”. Aceitando o acordo, o acusado não é levado a julgamento. Não sendo possível o *plea bargaining*, o acusado será submetido a julgamento pelo *Petty Jury*, qual é equiparado ao Conselho de Sentença do ordenamento jurídico brasileiro.

Por tradição, o *Petty Jury* é composto de 12 membros, sendo que a unanimidade é requisito para a condenação ou absolvição⁵⁸. Como ensinam Edmundo de Oliveira *et al*, “o veredicto dos jurados precisa estar visceralmente vinculado ao nexo lógico característico dos elementos probatórios submetidos à consideração em plenário⁵⁹”. Os jurados, após a exposição das provas e dos debates, se reúnem e decidem a respeito dos fatos. Os jurados possuem um prazo razoável (geralmente três dias) para decidir por unanimidade acerca daquele fato, não decidindo, ocorre o chamado *hung jury*, ou seja, o juiz dissolve o *Petty Jury* e convoca novo julgamento⁶⁰.

Isto ocorre por que, conforme explicam Edmundo de Oliveira *et al* “a declaração de culpabilidade tem de ser o liame à abrangência do conceito *beyond a reasonable doubt*, isto é, a constatação sobre a participação do acusado no crime e o grau de sua culpabilidade não devem se apoiar em manifestações exclusivas de dúvida⁶¹”.

No que tange ao controle da decisão dos jurados, temos nos julgamentos dos Estados Unidos as seguintes formas. Caso os jurados cheguem ao veredicto da não culpabilidade do acusado, o chamado *not guilty*, o Ministério Público não terá o direito de recorrer em face da proibição do *double jeopardy*⁶² expresso na Quinta Emenda da Constituição. Desta forma, em razão dessa garantia, não pode haver recurso de apelação, mesmo se houver erro na interpretação da lei ou análise equivocada dos fatos pelo Júri.

Tendo sido proferido o veredicto de culpabilidade (*guilty*), os jurados condenam o acusado e posteriormente, o juiz marcará uma nova audiência para prolatar a sentença. “Conforme explica Vittorio Fanchiotti, a *sentencing* consiste em uma audiência, precedida de uma atividade instrutória, realizada de ofício pelo juiz, na qual se recolhem elementos (*presentence investigation*) a fim de se conhecer de forma mais ampla a personalidade, a conduta familiar e social do condenado, para fixação da pena⁶³”.

⁵⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira *apud* SILVEIRA, Paulo Fernando da. *Devido processo legal*. p. 406.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, p. 72.

⁵⁷ OLIVEIRA, Edmundo *et al.* *op. cit.*, p. 108.

⁵⁸ HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas processuais penais comparados*, p.511.

⁵⁹ OLIVEIRA, Edmundo *et al.* *op. cit.*, p. 110.

⁶⁰ *Idbem*, p. 213.

⁶¹ *Idbem*, p. 111.

⁶² Também chamado de princípio do *non bis is idem*, ou princípio da proibição da dupla punição.

⁶³ FANCHIOTTI, Vittorio *apud* ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *op. cit.*. p. 197.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Entre este período de tempo, do veredicto e a prolação da sentença, o imputado poderá apresentar uma série de requerimentos na tentativa de anular o cassar o veredicto dos jurados, cujo requerimentos são denominados de *post-trial-motions*⁶⁴. Após a sentença, poderá ainda o condenado apresentar outra moção na tentativa de reduzir a pena⁶⁵.

No que tange as apelações, a Suprema Corte tem entendido que há impossibilidade de tal, uma vez que a Constituição nada traz acerca desse tema. No entanto, verifica-se que quando possível a apelação, erros ou vícios não será corrigidos pelo Tribunal *ad quem*, e sim, será anulado o julgamento e submetido a um novo julgamento.

Hendler sustenta que a apelação só pode versar sobre matéria de direito, e, em caso de provimento, se procederá à realização de um novo julgamento⁶⁶. Sustenta ainda que

Por implicância necessária do sistema acusatório oral com participação cidadão, qualquer remédio que suponha apartar-se das conclusões do Tribunal de julgamento equivale a reenvio a novo juízo. Só um novo jurado poderá modificar um veredicto anterior e só poderia fazê-lo, em princípio, depois de apreciar novamente o caso⁶⁷.

Outro meio de controle que se permite é a impugnação extraordinária, também chamada de *writ of coram nobis*, que permite novo julgamento do caso pelo mesmo tribunal, analisando o mérito do próprio erro (*coram* significa ante, em presença; e *nobis* significa nós)⁶⁸. Este recurso equivale a uma revisão criminal, uma vez que se possibilita novo julgamento em virtude de provas novas.

Portanto, conclui-se que os Estados Unidos é o país do Tribunal do Júri e em razão disso, também é o país cujo a decisão dos jurados possui um controle amplo, fazendo com que não se tornem arbitrárias com base no princípio da soberania dos veredictos, possibilitando, através de vasto controle, vários mecanismos de rever as decisões, sem no entanto, diminuir a participação popular nos julgamentos, bem como, sem tirar a soberania desse instituto tão democrático.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal do Júri é uma instituição venerada por uns e odiada por outros, com várias críticas dirigidas a esta Instituição popular. No entanto, pelo estudo realizado, verifica-se que estas críticas levantadas aos jurados (juízes populares) podem ser estendidas a magistratura (juízes togados).

⁶⁴ O *post-trial-motions* se subdivide de duas formas. Poderá ser apresentado o *motion for judgement of acquittal* que pressupõe a insuficiência de provas adotadas pela acusação ou o *motion for a new trial* que consiste em um pedido de um novo julgamento com a anulação do primeiro, fulcrado em vícios do próprio julgamento como conduta irregular do júri, da acusação u do juiz; incapacidade do defensor; erros na valoração das provas; erros nas instruções aos jurados ou descoberta de novas provas (ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *op. cit.*, p. 198).

⁶⁵ Após a sentença o condenado poderá interpor o *motion to correct or reduce the sentence*, que consiste em diminuir a reprimenda que teria sido estabelecida sem respeitar as garantias processuais da lei e fixadas acima do previsto em lei ou fixadas de forma equivocada.

⁶⁶ HENDLER, Edmundo S.. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 525.

⁶⁷ *Idbem*, p. 217.

⁶⁸ *Idbem*, p. 221.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Independente das críticas e elogios, o que se verifica é que dentro dos ordenamentos jurídicos, o Tribunal do Júri é o único instituto que possibilita a participação popular, dando poder de voto ao povo para julgar um do povo. Isso faz com que os estados democráticos coloquem em prática sua função da democracia, ou seja, julgar através dos votos o semelhante que por um infortúnio está sentado no banco dos réus.

Verificou-se através dos estudos que, durante alguns períodos (no caso dos países europeus, o fascismo, nazismo, e no caso do Brasil as ditaduras) o Tribunal do Júri foi abolido do ordenamento jurídico. Contudo, ao país qual teve a Instituição Popular restringida do ordenamento recuperar o sistema democrático, o Tribunal do Júri foi logo reestabelecido. Desta forma, verifica-se que existe a aceitação popular desta Instituição, mesmo diante das críticas.

Adentrando ao controle da decisão dos jurados, observamos que no Brasil, apesar de existir na Constituição Federal uma garantia destacando a soberania dos veredictos, observa-se que este pode ser anulado por um “tribunal togado”, qual não conta com qualquer membro popular, mas, apesar disto, não pode ser apenas reformada a sentença. Crê-se que de certa forma é mantida a soberania da decisão dos jurados.

Nos estudos de direito comparado, verificou-se a diferença entre o júri de modelo jurado puro e jurado escabinado. Nos países qual adota-se o sistema escabinado, verificou-se que mesmo nas decisões de segundo grau há a participação popular, pois para rever as decisões do Conselho de Sentença do Tribunal Popular tem a participação das pessoas do povo.

Já nos países que se adota o sistema de jurado puro (também inclui-se o Brasil) as reformas no segundo grau são feitas apenas por juízes togados. Nos Estados Unidos (diferentemente do Brasil, como vimos acima) algumas decisões podem ser anuladas e levadas ao Tribunal do Júri novamente, como podem apenas serem reformadas sem nova votação popular.

Desta forma, nos Estados Unidos, qual considera-se o país dos júris, verifica-se que o princípio da soberania dos veredictos não é aplicado, pois pode-se reformar a sentença sem participação popular, havendo a partir daí, uma decisão de magistrados togados, entendidos da legislação que deixam de julgar com a imparcialidade e “sentimento” do povo, para julgar com a razão que lhes compete.

No entanto, independentemente do sistema adotado e das críticas sofridas, o Tribunal do Júri vem sendo um dos maiores modos de se dar ao povo a garantia da democracia e do poder de participar do sistema judiciário, podendo julgar seu semelhante por um crime que afetou de certo modo a sociedade. Dar a soberania ao veredicto popular é garantir a “autoconfiança” do jurado de que sua decisão será respeitada e que por isso, pode votar com a consciência tranquila e com a devida responsabilidade que lhe é confiada.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BARRA, Eladio Escusol. *El procedimiento penal para las causas ante el tribunal del jurado*. Madrid: Colex, 1996.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

FRAGOSO, Heleno Claudio. A questão do júri. *Revista Forense*, n. 196, p. 20-29. jan./fev./mar. 1961.

GERSAO, Eliana. Júri e participação dos cidadãos na justiça. *Revista do Ministério Público*, v. 11, n.41, p. 23-35, jan./mar. 1990.

GISBERT, Antonio Gisbert. *Notas sobre la historia del jurado en España*. Madrid: Ministério de Justicia e Interior – Secretaria Técnica, 1995.

GUILEEN, Victor Fairen. *Tribunales de participación popular em algunos estados europeos*. Madrid: Ministério de Justicia e Interior – Secretaria Técnica, 1995.

HENDLER, Edmundo S.. *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

_____. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados. *Revista Forense*, n. 166, p. 7-12, jul./ago. 1956.

LIMA, Alcides Mendonça. Júri: instituição nociva e arcaica. *Revista Forense*, n. 196, p. 126-124, out./nov./dez. 1961.

LYRA, Roberto. *O Júri sob todos os aspectos*. Rio de Janeiro: Editora Nacional do Rio de Janeiro, 1950.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Bookseller: Campinas, 1997.

NORONHA, Magalhães Edgard. *Curso de processo penal*. 26 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Edmundo *et al.* *Tribunal do júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Natália Silva Teixeira de. *A revisão criminal no Brasil em face da proteção penal da sociedade*. Dissertação (Mestrado) – UFMG, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando da. *Devido processo legal*. 3 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições do processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA “CRIMINALIDAD” DEL DELITO DE CONTRABANDO

Diego Zysman Quirós

Master Europeo en Sistemas Penales, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona Abogado particular.

Profesor adjunto (int.) de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de derecho procesal penal y criminología, en otros cursos de posgrado y maestrías.

I. Introducción.

Es un verdadero gusto poder participar de un libro homenaje a Edmundo HENDLER, por el quien tanto yo, como, actualmente, mi familia, profesamos admiración académica y humana, además de un incondicional afecto.

Puede ser que, hasta ahora, quien se haya detenido solamente en ciertos momentos o aspectos de su producción teórica, haya llegado con la idea de que el universo de temas por el que el homenajeado ha discurrido es un mundo mucho más específico que el que un repaso más atento le permitirá alumbrar.

En verdad, su dedicación a las cuestiones penales y, como parte de esta dedicación, sus investigaciones, se han extendido —bien lo sabemos— a los sistemas de juicio por jurados, las garantías penales y procesales penales; sin embargo también a la Antropología y Sociología del Derecho penal y en ellas al proceso de civilización del mismo, la Historia del Derecho penal argentino, europeo y estadounidense, el Derecho Comparado, y, sin duda alguna, por razones tanto académicas como profesionales, al mundo de los delitos económicos.

Por esta razón, me ha resultado tentadora, en esta oportunidad, la escritura de un artículo que explore un ejemplo de los distintos dominios que este autor ha tratado, a la luz de una de sus preocupaciones más recurrentes: pues aún reconociendo la naturaleza política y por ende contingente de eso que llamamos “delito”, HENDLER habitualmente ha preferido interesarse e indagar por las “esencias” presentes en diversos tiempos y lugares en figuras medulares del Derecho penal, en lugar de embarcarse en análisis minuciosos de ciertas redacciones legales coyunturales destinadas —al menos en nuestro país— a gozar de corta vida e innecesaria complejidad, muchas veces eficazmente vestida de hondura jurídica.

Sobre estas bases, decidí tomar algunas de estas líneas y encarar, de este modo, un trabajo algo panorámico sobre el delito de contrabando alejado, de los escritos jurídico-penales habituales.

II. Reflexiones iniciales

El contrabando, entendido con suficiente amplitud para identificar a la violación de los deberes del pago de tributos o regalías afectados a la importación, exportación o circulación de mercaderías, muestra la dualidad de una figura definida por una consideración pendular que lo sitúa entre un delito de suma gravedad y una mera infracción o desobediencia de las leyes estatales. Conjuntamente con ello ha arrastrado una imagen del sujeto activo del delito: el “contrabandista” —utilizada a veces en la poética y glorificada en la literatura— que ha generado menor o mayor empatía en los estudios históricos, criminológicos y propiamente del derecho penal, a lo largo del tiempo.

Algunos años atrás, pero contemporáneamente, QUINTANO RIPOLLÉS expresó que la naturaleza del contrabando es extraña, como toda la fiscal, a la intrínseca del derecho penal que se acostumbra a denominar “criminal”, en el cual, con cierta invariabilidad ha estado ausente, más aún que en otras infracciones, la reprochabilidad moral y social, e incluso, se ha considerado una válvula de escape frente a las políticas de dirigismo estatal¹.

MELOSSI, por su parte, desde la Sociología Criminal ha retratado particularmente ciertos cambios acaecidos en el delito (en general) y la delincuencia en occidente durante el siglo veinte, afirmando una tesis sugestiva que conviene tener en mente en este tema, y que expresa así: “... una[...] sociedad fragmentada y rápidamente cambiante se concibe a sí misma, a través de sus pensadores, como una entidad plural y conflictiva. Aquí el concepto de desviación, o bien de delito, está ligado al punto de vista de quien está hablando, y la representación del delincuente es una representación fundamentalmente controvertida y disputada; en la que por lo menos algunos delincuentes, juega más el rol de héroes e innovadores que de villanos”; “Estos períodos se hallan caracterizados, además, por el declinar de la tasa de encarcelamiento y por la retórica pública de un discurso centrado en torno a la innovación, la experimentación y el cambio social”².

Por supuesto, la historia de las prácticas que podemos llamar contrabando puede rastrearse muy lejos en el tiempo, pero creemos que para comprender las características y los problemas sociológicos y jurídicos más relevantes en el presente se hace significativo tomar en consideración —muy esquemáticamente— las formas que éste adoptara a partir del Antiguo Régimen. En ese momento la producción y el comercio se ven impulsados por poderosas transformaciones económicas y los territorios europeos comienzan a conformarse en estados modernos, mientras las prácticas punitivas, cada vez más centralizadas, aspiran a monopolizar los conflictos mediante el poder de definir las acciones delictivas y las penas, configurando, para muchos pensadores, las verdaderas características de un sistema penal estatal.

A partir de la comprensión de este desarrollo resulta posible dar otra mirada a la historia jurídica e institucional del contrabando en el mundo occidental, y en particular, en la Argentina, y examinar con mayor detenimiento y profundidad algunos de los

¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. III, 2da. Ed., Madrid, Edersa, 1978, pp. 917.

² MELOSSI, Dario, *Teoría social y cambios en las representaciones del delito*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ad-Hoc, Bs. As, N° 13, p. 116.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

problemas jurídicos sustanciales que giran, cíclicamente, alrededor de este delito. Del mismo modo, una mirada estas características puede ayudarnos a prestar especial atención a las formas legales, de complejidad siempre latente, desarrolladas en nuestro país para perseguir y reprimir estas ilicitudes.

Una aproximación histórica al fenómeno “contrabando” también nos mostrará algunas claves para someter a examen a la posible redefinición futura de esta figura. No examinaremos en extenso aquí estas cuestiones, pero creemos importante dejar planteadas algunas ideas que repercuten necesariamente en nuestro estudio.

Es que a partir del fenómeno conocido como globalización o mundialización se potencia la transferencia de bienes y servicios más allá de las fronteras nacionales. En este marco se constituyen organismos internacionales y tratados destinados a uniformar las pautas y el combate contra las prácticas ilícitas de circulación de mercancías, pero aparece también la idea de un mundo sin aduanas. Este proceso se acompaña con un sensible desarrollo técnico-económico que altera significativamente la relación del trabajo y la producción de mercaderías. El mundo globalizado del post-fordismo, propio de un modo organizacional en el cual la producción de mercancías en cadena, en forma vertical, se vuelve horizontal, se fragmenta y se desplaza a nivel internacional en base a una división internacional del trabajo, es un mundo en el cual, además, los bienes intangibles cobran una importancia difícilmente imaginable en el pasado.

Todo ello plantea un importante desplazamiento del Estado soberano, guardián monopólico de las fronteras³ y, consecuentemente, del papel de las aduanas como modo de control de la circulación de la riqueza a través de la tributación. Advirtamos que desde la segunda mitad del siglo XX organizaciones internacionales como la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.; anteriormente G.A.T.T.) procuran construir un “mercado mundial” a través de la liberación progresiva del comercio entre los Estados y las uniones aduaneras o económicas.

En este contexto, la competencia doméstica, las ventajas impositivas, la reducción del mercado local, u otro tipo de circunstancias, pueden afectar la idea de comerciar con bienes tangibles. Se ha apuntado que actualmente hay muchas otras opciones, tales como la migración empresarial (mudar la empresa a la plaza donde el producto es demandado, terminar o ajustar el producto al consumidor, o realizar dicha tarea lo más cerca posible del usuario), la creación de minicentros de ensamble o la transferencia de tecnología (mediante el *know how*), entre otras muchas modalidades. Ello hace que no se envíe mercadería en el sentido material sobre el cual se constituyeron los conceptos aduaneros y las regulaciones jurídicas, sino servicios o propiedad intelectual⁴.

Todas estas circunstancias plantean, necesariamente, un escenario muy diferente para la significación de las prácticas ilícitas que, desde hace mucho tiempo, consideramos o definimos como “contrabando”.

³ Ver sobre estos cambios BERGALLI, R. y RESTA, E., *Soberanía: un principio que se derrumba*, Paidós Ibérica, 1996.

⁴ VIDAL ALBARRACÍN; Héctor H, *Delitos Aduaneros*, Bs. As., Corrientes, Mave, p. 14.

III. El contrabando en el Antiguo Régimen

Hablar de la confusión entre pecado y delito, la consecuente extensión de las prohibiciones y la aterradora variedad y severidad de los castigos durante el Antiguo Régimen, resulta un lugar común en la historia del derecho penal. Por diversas razones, el contrabando no ha escapado a esta regla.

Un importante consenso en la literatura sobre el tema destaca el parentesco *ex lege* entre ciertas clases de contrabando y los delitos de Lesa Majestad, y, en consecuencia, la severidad de las leyes aplicadas en esta materia. Veremos que entre ellas ocupan un lugar particular las concernientes a las ilicitudes vinculadas con el ingreso y extracción del oro y la plata (amonedados, o no) y la sal⁵.

QUINTANO RIPOLLÉS recuerda que si bien fue usual que en los territorios españoles las penas de contrabando se limitasen a confiscaciones y multas, o prisión de cuatro a seis años, en el antiguo absolutismo ciertas formas de contrabando tuvieron rango de delito capital. Así, en Francia, una Ordenanza de 1729 preveía la pena capital en los casos de contrabando realizado por cinco o más personas, y para otros casos establecía la pena de galeras durante cinco años, azotes y la marca de flor de lis en las mujeres⁶.

En su monumental tratado sobre las leyes de Inglaterra, BLACKSTONE expresa que el contrabando era un delito prohibido por gran cantidad de leyes, previéndose penalidades pecuniarias y confiscaciones; en ciertos casos se consideraba *felony* (es decir, un delito mayor) y aparejaba una pena de transportación de siete años conjuntamente con otras penalidades. Incluso, destaca que el acta 19 de Jorge II, declaraba a los actos de contrabando por la fuerza *felony* sin beneficio de clerecía⁷ cuando tres o más personas, en claro desafío a la autoridad, participaban con armas de fuego u otros medios ofensivos en la importación o exportación de las mercaderías, en

⁵ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Vol. VII, Reimpresión inalterada, Temis - Depalma, 1986, Bogotá- Bs. As. (1959), par. 3894, p. 501; QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 917

⁶ Ob. cit., pp. 921/922.

⁷ En *Otros Escritos Filosóficos*, VOLTAIRE expresa, en relación a la voz “Clero”, sobre este “beneficio”: “CLERO. Quizá quede algo que decir sobre el clero, después de lo mucho que se ha dicho en el Diccionario de Ducanje y en el de la Enciclopedia. Por ejemplo, podemos notar que en los siglos X y XI se introdujo la costumbre, que tuvo fuerza de ley en Francia, Alemania e Inglaterra, de perdonar de la horca a los criminales que sabían leer. ¡Tan útil creyeron que era para el Estado tener erudición! Guillermo el Bastardo, conquistador de Inglaterra, introdujo en esa nación tal costumbre, que se llamó beneficio de clerecía. Dijimos en la Historia del Parlamento que viejos usos, perdidos en todas partes, se vuelven a encontrar en Inglaterra, como, por ejemplo, se encontraron en la isla de Samotracia los antiguos misterios de Orfeo. Aun en la actualidad el beneficio de clerecía subsiste en la nación inglesa con toda su fuerza en los casos de cometer una muerte sin deseo de causarla, y de robar por primera vez, con tal que el hurto no exceda de quinientas libras esterlinas. No se puede negar el beneficio de clerecía al criminal que sabiendo leer lo pierde. El juez, que las antiguas leyes consideraban que tampoco sabía leer, se vale todavía del capellán de la cárcel para que presente un libro al acusado. En seguida pregunta al capellán: «¿Legit?» «¿Sabes leer?» Si el capellán le contesta: «Legit ut clericus». «Lee como un clérigo», el juez se satisface con marcar la palma de la mano del criminal con un hierro candente, pero se tiene cuidado de cubrirlo con grasa endurecida. El hierro humea y lanza un silbido sin hacer daño al paciente, que es considerado como clérigo”, *Cartas Filosóficas y otros escritos*, Edaf, Madrid, 1981.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

el rescate de los efectos secuestrados o en el de quienes habían sido detenidos por estos hechos, previéndose para aquellos casos, la pena de muerte⁸.

Además, en España, las Ordenanzas de Burgos de 1377, de Enrique II, y las de Guadalajara, de 1390, de Juan I, reprimieron la importación ilícita de ganado equino, en el último caso, con pena de muerte cuando existía falsedad en el nombre de la transacción. Asimismo, por la Pragmática de 1484 concerniente al comercio de sal, los Reyes Católicos dispusieron que el contrabando quedara sujeto a la Santa Hermandad y, de este modo, a la conocida pena de muerte por asañamiento⁹. Este rigor también se refleja en una Pragmática de Felipe IV de 1628 que conminaba con la pena de muerte en la hoguera a quienes introdujeran moneda de vellón: “...estimando el hecho más pernicioso para su persona y para la Religión Católica (!) que la falsificación misma”¹⁰.

TOMÁS Y VALIENTE, en su memorable texto sobre la monarquía Absoluta ha considerado que en el siglo XVII se desarrolló en Castilla y Aragón una delincuencia más lucrativa, ambiciosa y arriesgada que traficaba con la ‘saca’ (contrabando) de metales preciosos no amonedados, o con otros productos de comercio prohibido¹¹ y que: “...la política mercantilista, parcial y torpemente mantenida por los Austrias, tendrá también su traducción penal en la dura persecución del contrabando o ‘saca’ de oro y plata, en la cruelísima represión de los delitos de falsificación de moneda; una casi sacralización del rey, típica de un sistema de personalización absoluta del poder político en el monarca, se manifestará en el ámbito de los delitos de lesa majestad humana, expresión ésta, cuya última palabra sirve de puente que enlaza y separa al mismo tiempo estos delitos con los de lesa majestad divina”¹².

Si bien esta consideración sobre el contrabando parece desaparecer sustancialmente junto a la modernidad, es significativo destacar que aun la ley francesa del período revolucionario del 12 Floreal del año 2, y la del imperio de 1810 —es decir, en plena transformación del derecho penal sustantivo y procesal— conminaba con la muerte ciertos hechos de contrabando en los que existía una agresión armada a la autoridad¹³.

No es casual que entre el contrabando y la relación de la ciudadanía con la autoridad estatal se establezcan diversas relaciones. Así, en el exhaustivo trabajo histórico de SPIERENBURG sobre el espectáculo punitivo europeo de los siglos XIII a XVIII, se estudia al contrabando como uno de los delitos que resultan particularmente significativos entre los delitos contra la autoridad¹⁴. Este autor sostiene que el contrabando y la violación a la pena de deportación representaron la mitad de los delitos que —según la amplia muestra de registros con la que trabaja a lo largo de cien años— culminaban en el patíbulo, en algunos casos para aplicar penas corporales como la

⁸ BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Laws of England* (fascimile of the 1st. Edition of 1765-1769), vol IV. -Offences Against Public Trade-, University of Chicago Press, Chicago, 1979.

⁹ THOT, Ladislao, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*, Universidad de La Plata, LA Plata, 1940. Recordemos que la pena de muerte mediante saeta fue la pena propia de las Hermandades.

¹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 922.

¹¹ *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta* (siglos XVI-XVII-XVIII), Tecnos, Madrid, 1969, p. 45.

¹² ibídem., p. 23.

¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 924.

¹⁴ *The Spectacle of Suffering. Executions, and the evolution of repression: from preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge University Press, Cambridge, London, New York, 1984. pp. 126, 181.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

fustigación¹⁵. También afirma que el estudio del contrabando resulta particularmente indicativo, porque, pese a los castigos aparejados, el contrabando no se consideraba un delito verdaderamente aflictivo por un gran sector de la población de toda Europa. En este sentido, destaca que de modo similar a lo que sucedía en Holanda, en Francia e Inglaterra, el contrabando era endémico y disfrutaba de tolerancia, simpatía, e, incluso, extendido apoyo popular, a diferencia de los delitos contra la propiedad que rara vez generaban estas actitudes de empatía¹⁶.

Por estas razones, SPIERENBURG entiende que, en un principio, los Estados modernos tuvieron severas dificultades para lograr la lealtad de las clases bajas y medias que se sentían presionadas por los impuestos y el consumo de bienes. Sucede que la evasión de estos impuestos, por medio del contrabando, muchas veces aliviaba las cargas fiscales que encarecían aquellos productos haciendo posible una distribución que de otro modo tal vez no podría haberse producido.

Este hecho determinaría que alrededor del contrabando se suscitaran diversas fricciones de clase e incidentes varios a la hora de perseguirlo y reprimirlo; muchos de estos casos se destacan como activos ejemplos de resistencia a la autoridad¹⁷.

También resulta ilustrativo retener que en la Inglaterra posterior al siglo XIII, donde no se había extendido el sistema inquisitivo de tradición romano-canónica y, por lo tanto, la tortura constituía una práctica velada o excepcional pero no una práctica jurídica sistemática, una parte sustancial de su empleo se debió, justamente, a casos de contrabando. En efecto, en más de ochenta episodios de tortura estatal registrados entre 1540 y 1640 —fecha de apogeo de empleo institucional de esta práctica por el *Private Council*— la gran mayoría involucró crímenes de estado (sedición, traición, delitos contra la religión), pero, aún así, más de un cuarto de estos casos estuvo relacionado con delitos comunes, entre los cuales estaba el homicidio, el robo y, en lo que más nos interesa: el contrabando¹⁸.

Entre las variadas descripciones relacionadas con la supuesta evolución del castigo legal algunos autores recientemente han explicado a la penalidad de aquellas épocas en el contexto de la búsqueda de un monopolio político estatal o de las formas de ejercitar el poder¹⁹. En este marco, la severidad del castigo contra el contrabando podría intentar relacionarse con su parentesco con la categoría de delitos de *lesa majestatis*, por el cual se cuestiona el poder del Príncipe, en momentos en los cuales aquél pretende monopolizar la tributación y la violencia legítima.

No es extraño, de este modo, que el exceso de poder que muestra la desmesura del soberano, según retratara FOUCAULT en *Vigilar y Castigar*, aparezca, con especial vigor, frente a quienes han violado los poderes constitutivos del Estado moderno.

¹⁵ Debe recordarse que no todos los casos de patíbulo son de muerte o corporales (allí también se aplicaban muchas penas infamantes), pero hay una marcada asociación entre patíbulo y pena corporal.

¹⁶ También, al respecto, FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Bs. As, 1989.

¹⁷ Así sucedió a propósito del precio de las harinas con la *Tax Farmers Rebellion* holandesa, de 1748, que culminó con múltiples ahorcamientos, SPIERENBURG, Pietr, ob. cit, p. 181.

¹⁸ LANGBEIN, John H., *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1977, pp. 73/74.

¹⁹ GARLAND, David, *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de Teoría Social*, México, Siglo XXI, 1999, pp. 160; 249.

IV. El contrabando en el Río de la Plata

Sería difícil continuar este escrito sobre el contrabando en nuestro medio, sin apuntar, siquiera, al contrabando colonial en el Río de la Plata.

Es sabido que las necesidades administrativas y de protección comercial frente a los intereses ingleses y portugueses llevaron a la corona española a constituir, en 1776, el Virreinato del Río de la Plata, reordenando territorios que anteriormente dependían del Virreinato del Perú, con sede en Lima.

A pesar de las relevantes diferencias entre el comercio europeo y el de las colonias, el Río de la Plata, monopolizado *de iure* por el comercio español, también conocerá las dualidades del contrabando. Estas marcarán en gran medida el destino de muchas ciudades, como Buenos Aires, conexión vital para muchos centros urbanos del interior del país que no podrían haber subsistido del abastecimiento lícito de Lima²⁰.

Se ha expresado también que en todo el Río de la Plata el comercio mediante contrabando era marcado por las características típicas de una economía propia del Antiguo Régimen, dependiente de redes asociadas a los puestos de control político local. El contrabando, lejos de afectar las sensibilidades patricias era practicado por las familias más prestigiosas, elites descendientes de los conquistadores españoles y portugueses, y contribuía de diversos modos a la manutención de la sociedad. Ya entonces el contrabando servía de lazo entre distintos estratos sociales, permitiendo que algunos pocos tuviesen acceso a beneficios que se encontraban vedados para la mayoría de la población²¹.

En términos mucho más categóricos, se ha expresado que la propia Buenos Aires, desde su fundación, nació para el contrabando de metales preciosos. Comenta O'DONELL que *"El objetivo de la fundación de Buenos Aires fue el delito. Garay no era un conquistador de esos que venían en naves del otro lado del océano sino que era un asunceño que bajó con un grupo de compatriotas, de "hijos de la tierra" como se les decía a los que nacieron en América, con el objeto de abrir una puerta, un puerto para el contrabando. Básicamente para el contrabando de la plata potosina"*²².

En todo caso, resulta ilustrativo de lo que se viene comentado observar que desde 1714 el Río de la Plata conocerá tanto de la importación de bienes y esclavos negros para todo el sur del imperio español²³ como, un poco más tarde, de las nuevas ideas filosóficas y políticas en boga en el siglo XVIII.

Así, resulta singular en nuestro caso, descubrir que la prohibición de ingresar libros de filósofos y enciclopedistas establecía que los importadores debían presentar bajo juramento, un listado de obras al Santo Oficio, con especificación de autores, títulos, fechas, ediciones, lugares. De este modo, muchos de los pensadores iluministas

²⁰ MOUTOUKIAS, Zacarías, *Contrabando y control colonial en el siglo XVII - Buenos Aires, el Atlántico y el espacio peruano*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1987.

²¹ GIL, T.L.; *"Infiéis Transgressores: los contrabandistas da fronteira (1760-1810)"*, Disertación de maestría del programa de Posgrado en Historia Social del Instituto de Filosofía y Ciencias Sociales de la Universidad Federal de Río de Janeiro, año 2002, p. 12.

²² O'DONNELL, M., "El puerto de Buenos Aires es un puerto fundado para el contrabando", *Informe Digital Metropolitano* nro. 35, Bs. As., Febrero de 2007.

²³ HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, 13ª ed., Alianza, Madrid, 1996, pp. 40, 67; BERNAND, Carmen, *Historia de Buenos Aires*, F.C.E., Bs. As., 1999, 41/43.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

prohibidos, como tal vez, el mismo Marques de Beccaria²⁴, ingresaron a América mediante contrabando, dispuestos en dobles fondos o entre los envoltorios de las ropas de los viajeros. Así también, en algunos casos, obras señeras de Iluminismo como las de VOLTAIRE fueron fácilmente camufladas a nombre del inexistente “Moltatre”²⁵.

Por otro lado, difícilmente acertaríamos en arriesgar sobre qué versaba el primer caso de tortura judicial registrado en las actas de Buenos Aires. Sin embargo, según Raúl MOLINA, el primer tormento aplicado en Buenos Aires fue en 1616, a una persona de nombre Juan GÓMEZ, por una ocultación de esclavos negros que llegaban a la costas, considerada delito de contrabando²⁶.

En el acta se registra: *“Fuele mandado y requerido, clara, abierta y distintamente, diga todo lo que sabe, ha visto y entendido, en razón de dichas ocultaciones, sin que sea necesario mandárselo, ni requerírselo otra vez. Con apercibimiento que se le hace, y no haciendo, proseguirá en darle tormento. Y para el dicho efecto hizo traer ante sí, un burro de madera, con un argoyón de hierro, y que el daño que recibiere, sea por su cuenta y riesgo y no por la de dicho señor gobernador, juez comisario, y para el dicho efecto le mandó quitar los grillos que tenía puestos y desnudar y hechar en el dicho burro”; “E estando echado le volvió a hacer el dicho requerimiento que diga y declare todo lo que sabe en razón de dichas ocultaciones. Dijo: Que antes que surjan los navíos echan negros por esta costa, que es vergüenza que los suelen andar a recoger los alguaciles y de las mercedes sacaron más de cuarenta y tantos negros. Y con esto por no decir más, le mandó dicho señor gobernador poner los cordeles y atarlos en las pantorrillas de las piernas, molledos de los brazos en los muslos, y la argolla de yerro al pescuezo. Y estando así dijo: Si voy declarando, no me apreteis mucho”*²⁷.

Sin embargo, ya acomodados a los principios liberales constitucionales del siglo XIX, propios del iluminismo al que evocaremos más adelante, vale detenerse y resaltar uno de los principales *leading cases* nacionales en materia de garantías constitucionales penales; tal vez el primero.

En efecto, el primer caso en el cual la Corte de Suprema de Justicia de la Nación Argentina esbozó la “regla de exclusión” tuvo lugar en 1891 en orden a una investigación por contrabando: este precedente ha sido identificado como “*Charles Hermanos*” (Fallos 46:36).

Recordemos que en esta sentencia, fallada el 5 de septiembre de aquel año por los ministros Benjamín VICTORICA, C.S. de la TORRE, Abel BAZÁN y Luis SAENZ PEÑA consideró que cierta documentación que inculcaba a los imputados CHARLES, CABAROU y BORZONE como partícipes de un delito de contrabando “*por medio de cohecho a empleados y falsificación, haciendo intervenir [a] persona supuesta en los despachos y reembarcos*” había sido incautada por funcionarios de la Administración de Rentas, sin contar con la debida autoridad para ello, por lo cual

²⁴ Cuyo texto estuvo entre los textos prohibidos de la Iglesia durante doscientos años; es decir hasta después del Concilio Vaticano II.

²⁵ REPODAS ARDANAZ, Daisy, “Introducción fraudulenta de libros prohibidos en el Río de la Plata (1788)”, *Revista de Historia del Derecho* N° 28, Bs. As., 2000, p. 503/511.

²⁶ MOLINA, Raúl A., “Hernandarias”, 1948, p. 209. Citado por Luis María BUNGE CAMPOS, en “Materiales de Estudio”, disponible en www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=117 (visto por última vez el 17.1.09).

²⁷ Ídem; apéndice, documento XI, p. 474.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

aquella documentación debía ser desglosada y no podía ser sustento de un juicio de culpabilidad²⁸.

La Corte Suprema, expresó por primera vez que el art. 1033 de las ordenanzas de aduana entonces vigentes, prohibía a los funcionarios aduaneros realizar pesquisas en casas particulares, salvo que tales sitios fueran depósitos, o se persiguiera —con el propósito de aprehender y secuestrar mercadería— a un infractor en fuga. Fuera de los supuestos de excepción, tales medidas se encontraban exclusivamente a cargo de los jueces y, por lo tanto, la documentación incorporada al proceso en violación de estas reglas, aunque fuese verdadera, no podría ser utilizada²⁹.

Así se entendió *“Que la naturaleza completamente privada de las facturas, correspondencias, hojas de libros y demás documentos cuyo desglose se solicita y forma la materia de este incidente, la falta de toda explicación por parte del Administrador de Rentas acerca de su origen o procedencia y modo cómo han llegado a su poder, y los testimonios y antecedentes, [...] demuestran que, o dichos documentos han sido fraudulentamente sustraídos de los procesados o han sido falsificados por las personas que se dicen haberlos suministrado, o son, finalmente, el resultado de una pesquisa que desautoriza y rechaza el art. 1033 de las Ordenanzas de Aduana”*, y *“Que auténticos o falsos, ellos no pueden servir de base al procedimiento ni de fundamento al juicio...”*.

V. Contrabando, Iluminismo y benignidad de las penas

La imagen y consideración docta del contrabando propia del Antiguo Régimen y el período colonial se verá decididamente trastocada por el pensamiento liberal e iluminista desarrollado conjuntamente con el capitalismo moderno. El contrabando deja de ser delito atroz para constituir una infracción menor o, incluso, una fuente productiva para la riqueza de las naciones.

Esto puede palpase en los escritos del mismo BECCARIA, en el *Plan de Legislación Criminal* de MARAT e incluso, años más tarde, en CARRARA, poco antes de que el liberalismo característico del pensamiento penal iluminista recibiera importantes críticas de una nueva forma de concebir el poder penal.

Si bien BECCARIA consideraba que *“El contrabando es un verdadero delito que ofende al soberano y a la nación...”*, también exclamaba que su pena no debía ser infamante, pues aquél no producía infamia en la opinión pública. Para este hecho la pérdida de la mercadería (en otras palabras, el comiso o decomiso) se estimaba suficiente. También entendía que el origen de la infracción estaba en la ley misma pues la propia existencia del impuesto tentaba su violación; también consideraba que *“las ofensas que los hombres creen que no les pueden ser hechas, no les interesan tanto que*

²⁸ Ver SANCINETTI, M.A., *Análisis Crítico del Caso “Cabezas”*. Tomo I. La Instrucción, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 628/630. Las transcripciones del fallo, arregladas, corresponden a este trabajo; p. 629 y 630.

²⁹ “Charles Hnos.” encuentra paralelo en el caso “Boyd vs. United States”, juzgado por la Corte Suprema estadounidense, cinco años antes, en 1886. Allí, la Corte estadounidense relacionó la IV Enmienda de la Constitución (Inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados; enmienda en base a la cual la jurisprudencia construyó la denominada “regla de exclusión probatoria”) y la XIV Enmienda, que protege contra la autoincriminación coactiva, y construyó la siguiente regla: *la utilización de papeles privados obtenidos ilegalmente equivale a la declaración coactiva del imputado.*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

*baste a producir la indignación pública contra quien las comete*³⁰. A su modo de ver sólo algunos contrabandos, que afectan particularmente a los tributos, pueden merecer penas, incluso la prisión o la servidumbre³¹.

Más enfático aún es MARAT, quien pocos años después, en su *Plan de Legislación Criminal* de 1790, emplaza el contrabando entre los falsos crímenes de Estado y expresa con vehemencia: “*¿Qué leyes tan arbitrarias contra este delito, y como las de Dracon, escritas todas con sangre!*”³². MARAT considera que no es necesario castigar el delito cuando se le puede prevenir y exclama: “*¿Quiénes son los que defraudan así los derechos del Estado? Desgraciados a quienes este indino oficio es a menudo el único recurso que les ha dejado para vivir*”³³. De este modo, entiende que si los pobres pudieran proveer honradamente sus necesidades desaparecería el contrabando. Si pese a ello se cometiera esta infracción a las leyes, no debería llevar otra pena que la de confiscación de la mercadería (nuevamente, el comiso) y, en caso de reincidencia, el pago de una multa para el Estado. Sólo para el caso de una tercera comisión MARAT acepta la pérdida de la libertad³⁴.

Años más tarde, CARRARA, a su vez, reconocido por su definición del delito como un ente jurídico, en lugar de una esencia criminal, se muestra proclive a una distinción ontológica entre la infracción y el contrabando que parece desvirtuar su primera concepción; dice así: “*El individuo que traspasa el perímetro de la aduana sin declarar las mercaderías imponibles que lleva consigo, inútilmente alegará olvido o ignorancia; y aquél en cuya posesión se encuentran cartas de juego no selladas, aducirá en vano que eran un resto de la herencia de sus mayores, que habían permanecido inadvertidas entre otros objetos; y aquél a quién se la halla en posesión de tabaco extranjero, afirmará sin provecho alguno que le fue regalado por un amigo, sin que él advirtiera sus condiciones precisas. Todo esto podrá servir para eliminar el dolo o la culpa o para excluir la pena cuando se trata de un delito, pero de nada servirá en los hechos contrarios a las leyes de impuestos o de regalías, precisamente porque éstas no son delitos, sino contravenciones, cualesquiera que sean sus penas*”³⁵.

³⁰ BECCARÍA, Cesare, *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, Alianza, Madrid, 1994, p. 93.

³¹ *Ibidem*, p. 94.

³² MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 97.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Para quienes se entusiasman hoy día en rastrear las influencias norteamericanas de las leyes de “*Three strikes*”, consideradas como normativa novedosa, deben recordarse éstos y muchos otros antecedentes. Recordemos que en los últimos años, más de veinticuatro de los cincuenta estados de los EE.UU. y la legislación federal, han sancionado leyes desarrolladas bajo el eslogan (con claras reminiscencias beisbolísticas) de los “*three strikes and you're out*” (“al tercer golpe estás afuera”). Estas leyes afirman pretender asegurarse que los delincuentes habituales o persistentes, reciban la sentencia disponible más alta posible, con independencia de la pena de muerte; esto es, prisión de por vida, sin la posibilidad de una reducción por libertad condicional o *parole*; ver AUSTIN, James et al, *The Impact of 'three strikes and you are out'*, en “*Punishment and Society*”, Sage, London/Thousand Oaks/California/New Delhi, vol 1, 02, 1999, pp. 131/162, p. 131). En el Reino Unido, el gobierno ha evaluado y propuesto la necesidad de incorporar políticas de este estilo para adultos que fueran condenados tres veces por robos y venta de drogas, y quienes reincidieran por segunda vez en delitos violentos serios: CAVADINO, Michel y James DIGNAN, *The Penal System. An Introduction*, 2^{da}. ed., Sage, London/Thousand Oaks/New Delhi, 1997, p. 39.

³⁵ Ob. cit., par. 3879, p. 492.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sin embargo, el maestro de Pisa reconoce la delictuosidad del contrabando —con relación a la cual se expide en varias páginas— cuando aquel adopta la forma de actividad comercial, muchas veces habitual, asumiendo la forma de contrabando de empresa. Por ello expresará que *“...en sentido jurídico, contrabandista es quien comete esa clase de fraudes, no por economía en los géneros de su propia necesidad y consumo, sino con miras a la especulación y ganancia, y en cierto modo a manera de oficio”*³⁶.

Esta tolerancia o apreciación del contrabando, propia del pensamiento liberal, también tuvo enfáticos defensores en economistas e historiadores. Así, por citar un ejemplo, BUCKLE, en *Historia de la civilización en Inglaterra* entendía que el contrabando ha sido uno de los más grandes bienhechores de la humanidad. Esto, pues consideraba que el necio sistema del proteccionismo económico había multiplicado las leyes con el intento de favorecer el comercio y la industria, sin tomar conciencia de que esa intromisión del gobierno los perjudicaba y los habría matado si el contrabando no hubiera reparado los daños que fueron consecuencia inevitable de esas leyes³⁷.

Pocos años más tarde, pese a los duros cuestionamientos del pensamiento iluminista propio de la llamada “Escuela Clásica del Derecho Penal”, uno de los exponentes más emblemáticos y rigurosos de la Escuela Positiva italiana, se expresará, sorprendentemente, en términos bastante cercanos a los citados anteriormente.

Según el mismo Raffaele GARÓFALO; *“...a pesar de los mejores razonamientos, no se logrará jamás que sintamos la misma repugnancia hacia el contrabandista y el que se aprovecha del contrabando, que hacia el ladrón y el que oculta o compra las cosas robadas. Y es que, después de todo, en el primer caso no se hace más que sustraerse al pago de un impuesto, negarse a depositar el dinero propio en las arcas del Estado; sin duda, son cosas muy diferentes no contribuir a enriquecer a uno y robarle...Aun cuando se persiga el contrabando, no por esto las personas honradas dejarán de fumar cigarros de la Habana que no hayan pagado los derechos aduaneros”*³⁸.

VI. ¿Contrabando, los rastros de un delito atroz?

Lo cierto es que de la mano de la economía política liberal, hostil al intervencionismo estatal, favorable a la libre contratación y a las voluntades individuales, se suprimieron monopolios, gremios y licencias, así como aduanas internas y demás obstáculos a la industria y a la producción. Se sostiene que este cambio se reflejó en la benignidad de las sanciones y en la integración de las ilicitudes aduaneras en el derecho administrativo³⁹, por fuera de los códigos penales y con sanciones preferentemente pecuniarias.

³⁶ Ídem par. 3881, p. 495.

³⁷ Decía BUCKLE que: “Donde existe la libertad de comercio, el contrabando muere de atrofia natural, sin necesidad de penas; donde ella no existe, el contrabando vive lozano y próspero, a despecho de todas las leyes penales, siempre impotentes cuando pretenden ir en contra de lo establecido por la ley suprema del ordenamiento humano” (cit. Por CARRARA, ídem, par. 3880, p. 494; QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 917).

³⁸ *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión...*, BdeF, Montevideo-Bs.As., 2005, pp. 30/31.

³⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 922/923

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

FOUCAULT, nuevamente, presenta una atractiva visión de este cambio significativo en el castigo, desarrollado en los últimos doscientos años, en el cual el contrabando –delito particularmente ilustrativo del ejercicio del poder penal moderno— pierde algo de su gravedad⁴⁰.

El filósofo francés encuentra que el reformismo iluminista del siglo XVIII, a quien tradicionalmente se le atribuye haber humanizado las penas, persigue, en verdad, otros propósitos principales. Escribe este autor que el reformismo pretende: *"...hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social"*⁴¹.

En este marco entra en juego la gestión diferencial de los ilegalismos. FOUCAULT relata que durante el Antiguo Régimen cada estrato social tenía un margen de ilegalismo tolerado. Las capas más desfavorecidas de la población se beneficiaban de un espacio de tolerancia que resultaba indispensable para su existencia y que en parte coincidía con la criminalidad. *"...del ilegalismo fiscal al ilegalismo aduanero, al contrabando, al pillaje, a la lucha armada contra los recaudadores de contribuciones después contra los propios soldados, a la rebelión, existía una continuidad, cuyas fronteras eran difíciles de marcar..."*⁴².

De estas condiciones surgía una ambigüedad en las actitudes populares *"...de un lado el criminal —sobre todo cuando se trataba de un contrabandista o de un campesino que huía de las exacciones de un amo— beneficiaba de una valoración espontánea: se distinguía, en sus violencias, el hilo que unía directamente con las viejas luchas..."*⁴³. Reafirmando lo recordado con anterioridad este influyente pensador del siglo XX expresa que el contrabando, por ejemplo, era ampliamente apoyado por la población. Pero en la segunda mitad del siglo XVIII, el proceso tiende a revertirse pues el ilegalismo popular se desplaza de un ilegalismo de derechos a uno de bienes que amenaza la propiedad de la burguesía y se hace difícilmente soportable; *"...el hurto, el robo tienden a reemplazar al contrabando y la lucha armada contra los agentes del fisco"*⁴⁴.

De este modo, *"...la economía de los ilegalismos se ha reestructurado con el desarrollo de la sociedad capitalista. Se ha separado el ilegalismo de los bienes del de los derechos. Separación que cubre una oposición de clases, ya que, de una parte, el ilegalismo más accesible a las clases populares habrá de ser el de los bienes: transferencia violenta de las propiedades: y, de otra, la burguesía se reservará el ilegalismo de los derechos..."*. Para los ilegalismos de bienes se reservarán los tribunales ordinarios y los castigos, mientras que para la "esfera fecunda" de los ilegalismos de derechos se crearán jurisdicciones especiales, mucho más benéficas, con transacciones, componendas, multas atenuadas, etc...⁴⁵.

⁴⁰ FOUCAULT, ob. cit., p. 24.

⁴¹ Ídem., p. 86.

⁴² Ídem., p. 87.

⁴³ Íbidem.

⁴⁴ Ídem., pp. 88/89; LASCOUNES, Pierre, *L'illégalisme outil d'analyse* en A.A.V.V., Michel Foucault. *Surveiller et Punir. La prison Vingt Ans Après*, Credhess, París, 1995, pp. 78/84.

⁴⁵ FOUCAULT, ob. cit., p. 91.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Lo cierto es que de alguna manera, desde entonces y a diferencia de muchos otros supuestos asentados en la historia de la legislación penal y el mundo de lo delictivo, sobre el delito de contrabando se ha construido más de una imagen, hecho que sigue presente en nuestros días. La “criminalidad” del contrabando, pese (o por) sus antecedentes de tortura y pena capital, no ha logrado edificar un sólido consenso.

Tal vez por ello, esta ausencia reaparecerá desde entonces en el terreno penal aduanero —pienso particularmente en nuestro país— expresada en montos mínimos de punición, problemáticas y poco satisfactorias distinciones entre delitos e infracciones que permiten que en muchos de los casos el supuesto delito pueda considerarse, solamente, una infracción, pero asimismo lo inverso. También en una serie de construcciones legales posibles que precisan afirmar la criminalidad de la figura en configuraciones propias de lo delictivo (como la intervención de un número de personas, la recurrencia en el acto ilegal, o la habitualidad); o directamente, que transfieren la criminalidad de otras circunstancias, delictivas por sí mismas (la falsificación, el uso de la violencia, la actuación indebida de un funcionario público ligada al soborno, el traslado de mercaderías prohibidas), por acompañar al contrabando.

OPERAÇÃO “LAVA-JATO” E AS PRISÕES COM BASE EM ANEMIAS SIGNIFICATIVAS: OUTRA LEITURA PARA ULISSES E O CANTO DAS SEREIAS E A DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS PRINCÍPIOS FECHAM, E NÃO ABREM A INTERPRETAÇÃO

Djefferson Amadeus

Mestre em Jurisdição Constitucional (UNESA- RJ). Pós-graduado em filosofia (PUC-RJ). Pós-Graduando em Ciências Criminais (UERJ). Pós-graduando em Processo Penal (ABDCONST). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A operação da Polícia Federal (“Lava-Jato”) e as prisões sob o fundamento de “anemias significativas” são os motivos que me levaram a escrever este artigo. E começo, pois, com Ulisses e o canto das sereias. Como é sabido, na Odisseia, *Ulisses*, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria uma provocação irresistível: o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviá-lo-ia de seu objetivo e o conduziria para ser devorado pelas sereias. Ulisses, então – sabendo que não resistiria ao canto – pediu para que os marinheiros o amarrassem e não o obedecessem (mesmo que ele ordenasse paro soltá-lo).¹

Moral da história: Como ele sabia que não resistiria ao canto, criou uma auto-restrição. É por isso que Streck vai dizer que as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, criando, assim, algumas restrições para não sucumbir às eventuais maiorias (“Bolsonarianas”, por exemplo) que possam surgir.

Passados mais de 25 anos da Constituição – e (ainda) vendo pessoas sendo presas sob o fundamento da garantia da ordem pública, risco fuga, gravidade do crime, para a sua “segurança” e etc..., – chego à conclusão de que, se a Constituição pudesse se queixar, ela certamente diria: - “Nunca pensei que seria tão difícil ser uma Constituição no Brasil”.

Ora, o que os defensores da ideologia da repressão não sabem é que a Constituição (que eles querem, a todo custo, alterar) protege-os do seu próprio veneno. Como assim? Explico (e, neste ponto, proponho outra leitura para a obra de Ulisses, um pouco diversa daquela anterior feita pelo meu mestre Lenio Streck). E não há problema nisso, afinal de contas há vários modos de dizer as coisas. Por exemplo: *É comum dizer que o galo canta para saudade a manhã que chega; mas, quem sabe, ele canta melancolicamente a tristeza pela noite que se esvai*”....²

Neste sentido, a obra de Ulisses pode ser vista, também, como uma denúncia contra os problemas das ideologias, sobretudo a da repressão. Ora – e é com sinceridade que afirmo isso – tenho alguns amigos juristas que acreditam (mesmo!) que a repressão e o

¹ Homero. *A odisseia*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 269

² Streck, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). *Direito e Literatura. Da realidade da ficção à ficção da realidade*. – São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.227.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

punitivismo exacerbado são a “solução” para os problemas da criminalidade. Seria risível, se não fosse realidade.

Mas graças a eles – é bom que se diga – foi possível criar essa leitura diferenciada para a obra de Ulisses e associá-la ao punitivismo desmedido. É o que será explicado no próximo capítulo.

2. O QUE ACONTECERIA CASO AS SEREIAS OUVISSEM SEUS PRÓPRIOS CANTOS? – UM ALERTA AOS CONGRESSISTAS PUNITIVISTAS: CUIDADO!

De fato a sereia que canta a canção da ideologia da repressão tem um enorme poder de sedução. Quem se deixa levar por seu canto é, como vimos, devorado por ela. No entanto – e aqui está a leitura diferenciada que faço do canto das sereias – não conheci, ainda, um texto que fale da sereia que ouviu o seu próprio canto.

Afinal, o que aconteceria, caso ela ouvisse o seu próprio canto? Respondo: escutando a si mesma a sereia acabaria devorada por... si mesma, numa espécie de autoantropofagia. E qual a relação disso com a ideologia da repressão? É que muitos juristas – encantados com seus próprios cantos punitivistas – terminam escutando (apenas) as vozes e crenças de sua ideologia (da repressão), propondo, por conseguinte, mais condenações/mais prisões, até que, em um determinado momento de suas vidas, eles se tornam... (réus de um processo) e são condenados sem nenhuma garantia processual.

Moral da história: assim como a sereia que ouviu seu próprio canto e terminou devorando a si mesma, meus amigos juristas também foram devorados por si mesmos. Dito de outro modo: provaram o veneno de sua própria ideologia da repressão e acabaram... devorados por seu próprio canto! Como referi algures, acredito que eles ajam de boa-fé. Por isso, grifo como relevante: Deus nos salve da bondade dos bons (Agostinho Ramalho).

A propósito, tratando-se – como se trata, de um posicionamento que reflete o imaginário gnosiológico dos juristas inseridos no senso comum teórico³ – é impossível olvidar do des-velamento feito por Coutinho sobre o tema: *“Quem imagina que pelo punitivismo desmedido pode resolver alguma coisa não se dá conta que não vai resolver aquilo que aparentemente pretende e nem aquilo que está oculto.”*⁴

3. PROTAGONISMO JUDICIAL E A TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA A SERVIÇO DO DECISIONISMO: A AUTONOMIA DO DIREITO EM XEQUE

Há, no entanto, e a par dos *ingênuos*, aqueles que sabem o que dizem. Para estes a garantia da ordem pública chega a ser sagrada. Claro: com ela podem dizer qualquer

³ Expressão criada por Luis Alberto Warat. Nas palavras do mestre: “chamar-se-á “senso comum teórico” a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas”. Warat, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

⁴ <http://emporiadodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

coisa sobre qualquer coisa (Streck)⁵. Dito de outro modo: ela funciona como um conceito sem coisa que pode ser preenchido por qualquer coisa. Daí que, com Warat, poderíamos dizer que a garantia da ordem pública permite “*simular decisões fundamentadas, por mais que seja efeito da ideologia, que nos convida a crer que as decisões são fundamentadas.*”⁶ Da reunião dessa conjuntura emerge, pois, “*uma ‘discursividade magnética’, que – sem muitos inconvenientes – contribui para a estabilização e consolidação de sentidos que perturbam as possibilidades de uma forma social democrática.*”⁷

Se não bastasse isso, a garantia da ordem pública sofre de um outro mal detectado por Alexandre Rosa: Anemia semântica, isto é, os argumentos falsificados pela construção lingüística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis.⁸ Neste sentido é o exemplo de Lopes Jr: “*Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a mediada, desaparece o (pseudo) risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.*”⁹

É neste contexto que “palavras mágicas” aparecem num lugar cimeiro. E num lugar onde inexistente o princípio da autonomia do Direito caberá ao papa¹⁰ – ou juiz – buscar nos códigos a “vontade da lei”, da “norma” e, claro, do “legislador”! Diante do livro – diz Legendre – saca-se a palavra e lhe empresta-se o sentido, manejando retoricamente e na medida certa, falsas noções claras: equidade, natureza das coisas, justiça e etc., “tantas denominações flácidas que são, na realidade, significantes rituais chamados como reforço quando falha o silogismo.”¹¹

É dizer: inseridos num imaginário gnosiológico positivista, acreditam tais juristas que, diante da (in)completude do direito, é preciso fechá-lo. E este fechamento – no paradigma da filosofia da consciência – é feito pelo sujeito cognoscente, o juiz, que – isolado do mundo – assujeita o objeto, dando-lhe o sentido que deseja, de acordo com a sua consciência. Neste sentido, o juiz solipsista é como um papa:

Só o papa pode usar as insígnias imperiais. O papa é o único homem cujos pés são beijados por todos os príncipes. Ele é o único cujo nome é pronunciado em todas as igrejas. Seu nome é o único no mundo. É permitido a ele, quando a necessidade o exige, transferir um bispo de uma Sé para outra. Ele pode, onde quiser, ordenar um clérigo de qualquer igreja. Nenhum sínodo pode ser chamado geral sem sua ordem. Nenhum texto canônico existe fora de sua autoridade. **Sua sentença não deve ser reformada por ninguém e só ele pode reformar a de todos. Ele não deve ser julgado por ninguém.**¹²

⁵ Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ver, também, <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>

⁶ Warat, Luis Alberto. A Rua Grita Dionísio. Trad. Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 54.

⁷ Warat, Luis Alberto. Introdução Geral ao Estudo do Direito, I: *Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 15.

⁸ Moraes da Rosa, Alexandre. Decisão Penal: a Bricolage de significantes, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 138.

⁹ Lopes Jr, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 84.

¹⁰ Legendre, Pierre. O amor do censor. Trad. Aluísio Meneses. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 62.

¹¹ Legendre, Pierre. O amor do censor. Trad. Aluísio Meneses. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 85.

¹² Legendre, Pierre. O amor do censor. Trad. Aluísio Meneses. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 62.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Neste paradigma, as partes assumem uma função assessoria, periférica. Prova disso é que a teoria da relação jurídica, de Bulow¹³, está aí – viva – no imaginário gnosiológico dos juristas. O Direito, neste contexto, acaba sendo aquilo que o Judiciário diz que ele é.¹⁴ Como se ainda estivessemos em 1869, quando Bulow¹⁵ pretendia fundamentar teoricamente o aumento do poder do Estado e, claro, dos juízes! Daí a sua teoria dar um lugar privilegiado aos juízes em detrimento das partes. Mas, sejamos justos: O que Bulow buscava, também, era oferecer uma saída para o ‘formalismo’ em que havia se envolvido a Escola histórica do Direito alemã pela Jurisprudência dos Conceitos.¹⁶

Apostou, então, nos juízes, como uma espécie de “controladores do direito”, razão pela qual alguns autores – como é o caso de Karl Larenz – consideram Bulow o “precursor do chamado Movimento do Direito Livre.”¹⁷ Divergências a parte quanto ao fato de Bulow ser (ou não) o precursor do movimento do direito livre,¹⁸ o fato é que sua teoria apostava no protagonismo judicial. Tal se confirma quando, em sua obra, ele reconhece (e elogia) a possibilidade de disparidade entre o texto legal e o conteúdo da decisão:

“Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. (...) Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!”¹⁹

Pois bem. Em 1868, diante da crise do legalismo e da jurisprudência dos conceitos, que, com Kelsen²⁰, viria a ser reforçada, a aposta de Bulow para a superação destas

¹³ Sobre a teoria da relação jurídica, vale a advertência de Lopes Júnior: “Na realidade, não se pode afirmar que BULOW criou a teoria da relação jurídica, pois como, aponta ARAGONESES ALONSO, o tema já havia sido aludido por BETHMANN-HOLLWEG anteriormente. Ademais, existem antecedentes históricos nos juristas italianos medievais, como BÚLGARO, que ao afirmar que *judicium est actus trium personarum*, *judicis*, *actoris*, *rei* contemplava no processo três partes: o juiz que julgue, o autor que demande e o réu que se defenda. Contudo, foi ele quem racionalizou a teoria e, principalmente, a desenvolveu sistematicamente frente ao processo. Lopes Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 65-66.

¹⁴ “Por trás dessa famosa frase “o direito é o que os tribunais dizem que é” está o velho realismo jurídico (na verdade, não só ele, porque qualquer postura voluntarista acaba produzindo o mesmo resultado) o realismo jurídico (escandinavo e norte-americano) foi uma reação à jurisprudência analítica, forma de positivismo exegético de um Direito produzido pelos juízes no século XIX e no início do século XX. O século XIX teve três formas de positivismo. Cada um deles gerou a sua antítese, por assim dizer.”

<http://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida>

¹⁵ Bulow, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN, 2004.

¹⁶ Leal, André cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 45.

¹⁷ Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78

¹⁸ Com Losano, é possível afirmar que o chamado movimento do direito livre encontra-se na raiz de todas essas posturas teóricas que tinham como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna sociedade do século XIX. Dentre os autores que destacaram-se nesta época cita Gustav Radbruch, Hermann Kantorowicz, Bulow, Unger e Klein. Todos eles, de alguma forma, reivindicavam um papel protagonista da magistratura na aplicação do direito. Ver: Losano, Mário G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 150 e segs.

¹⁹ Bulow, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN, 2004, 39.

²⁰ “Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder o crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

questões foi, como se viu, o protagonismo judicial. A pergunta que fica é: O que aprendemos com a história? Faz sentido, ainda, apostar no protagonismo judicial? Afinal, o protagonismo judicial é compatível com a Constituição da República? De onde vem a legitimidade de um juiz para afastar uma lei constitucional democraticamente aprovada? Isto é possível num Estado Democrático de Direito? De fato, estas questões dariam uma tese. Mas, o que nos interessa, aqui, é a ideia de paradigma e como eles agem sobre nós, sem que nos demos conta disso. Vejamos, então, um voto proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, que é sintomático de tudo que estamos a dizer aqui:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. (...) Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”²¹

Isto, a toda evidência, levanta a seguinte indagação: Por que, passado tanto tempo desde os escritos de Bulow, a doutrina e a maior parcela dos juristas ainda continua apostando no protagonismo judicial, relegando as partes a um lugar periférico?

Simples, pois. Porque se discute os “métodos”, mas passa-se ao largo de um ponto – fulcral – que é condição de possibilidade para uma compreensão autêntica destas questões: o problema dos paradigmas.

4. PARADIGMAS: POR QUE OS JURISTAS CONTINUARÃO APOSTANDO NO PROTAGONISMO JUDICIAL?

Deveras, a resposta a esta questão envolve um problema paradigmático. Isto, a toda evidência, implica dizer que, para responder a reflexão feita, precisaremos passar, obrigatoriamente, pelo seguinte ponto: afinal, o que é isto – um paradigma? Entendido isso, ficará fácil entender por que o protagonismo judicial ainda do(mina!) o imaginário guinosisológico dos juristas; por que os juízes ainda continuam perguntando – antes das partes – e por que (muitos!) ainda acreditam em mitos como a verdade real, livre convencimento motivado, neutralidade e etc. Afinal, por que o paradigma da filosofia, que sustenta a teoria de Oskar Von Bulow Bulow, domina o imaginário dos juristas, sem que estes se dêem conta disso?

Porque é justamente nisto que reside a força de um paradigma.²² Como assim? Streck explica:

sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobretudo, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica do direito.

10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 120-121.

²¹ Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP n 279.889-AL, STJ.

²² Importante dizer que, no concernente à temática dos paradigmas, seguimos os posicionamentos de Stein e Streck, que, não obstante se aproximem, em certa medida, da ideia de Thomas Kuhn, afastam-se num ponto fulcral, a saber: diversamente dos paradigmas científicos, os paradigmas (filosóficos) não morrem. Dito de modo mais simples: os paradigmas filosóficos, – não obstante se aproximem em certos pontos dos paradigmas científicos – têm, conforme ensina Stein, “uma maneira de difusão, de marcar presença, bastante diversa dos paradigmas científicos.” É dizer: os paradigmas filosóficos per(duram); e os paradigmas científicos se esvaem.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Os paradigmas conformam (e determinam) o nosso modo de compreender²³ o mundo.²⁴

Isto é: os paradigmas (filosóficos) acabam funcionando como uma espécie de “limites da compreensão do mundo do intérprete”. Claro: Se toda compreensão implica uma pré-compreensão que é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos,²⁵ então isso significa dizer que sempre falamos a partir de uma determinada tradição, isto é, somos pessoas que estamos intersubjetivamente no mundo, num mundo de linguagem onde a totalidade já foi previamente dada e os sentidos já se deram antecipadamente.

Se isto é assim, então pode-se afirmar que o paradigma (modo-de- compreender²⁶ o mundo) irá influenciar de modo determinante a conclusão que o intérprete chegará.

Neste sentido, Vasconcelos, ao se referir ao conceito de paradigma adotado por Edgar Morin, explica que:

“Os paradigmas são princípios ‘supralógicos’ de organização do pensamento, princípios ocultos que governam nossa visão do mundo, que controlam a lógica de nossos discursos, que comandam a seleção de dados significativos e nossa recusa dos não significativos, sem que tenhamos conta disso.”²⁷

Nesta ordem de idéias o Direito, como pretendemos demonstrar, é, quiçá, o campo do saber onde há a maior quantidade de “cruzamentos fundacionais” (Streck),²⁸ o que

Daí podermos pensar um paradigma filosófico além da pura condição histórico-social, isto é: Ele não morre.” Ver: STEIN, Ernildo. Órfãos de Utopia. A Melancolia da Esquerda. Rio Grande do Sul: Editora da Universidade, 1993. Stein, Ernildo. Racionalidade e Existência. O Ambiente Hermenêutico e as ciências Humanas. 2. Ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2008. Streck, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²³ Toda compreensão implica uma pré-compreensão que é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 344.

²⁴ STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 161.

²⁵ Gadamer, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p.398.

²⁶ A compreensão tal como Heidegger a entende é um dos principais pontos que sustenta este trabalho. Entendê-la, portanto, é condição de possibilidade para uma compreensão autêntica de tudo o que será dito. Deste modo, a palavra compreensão, aqui, significa um “existencial”, isto é, uma dimensão constitutiva do homem. *E sendo um existencial, é uma marca da existência humana e não um órgão, quer sensível, quer inteligível, de acesso ao mundo histórico*. Stein, Ernildo. Racionalidade e Existência. O Ambiente Hermenêutico e as ciências Humanas. 2. Ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2008, p. 38/39. A analítica existencial de Heidegger evidenciou que a compreensão, no homem, não é um de seus modos de comportamento, mas que ela é o modo de ser do ser-aí. O homem é porque compreende. Esta compreensão ontológica é seu modo de estar no mundo. Toda a compreensão particular só é possível porque o homem já sempre compreende. É por isso que afirmamos que no homem a existência de uma hermenêutica que é condição de possibilidade de todas as hermenêuticas. Stein, Ernildo. *Uma Breve introdução à filosofia*. 2. Ed. Unijuí. Rio Grande do Sul: 2005, p. 104.

²⁷ Vasconcellos, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 9. Ed. São Paulo: Papius, 2012: *Apud*: Prado, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Monografias Jurídicas. Marcial Pons, 2014.

²⁸ A expressão é de Lenio Streck. Nas palavras do autor, “A aplicação do direito, como venho afirmando há tempos, está assentada num tipo muito curioso de sincretismo que podemos nomear aqui por “cruzamentos fundacionais”. Vale dizer, no direito, o paradigma objetivista, da filosofia clássica, encontra-se por vezes associado ao paradigma subjetivista, da filosofia da consciência.” STRECK, Lenio Luis. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2014, p.146.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

resulta, consequentemente, num bloqueio ao novo de tal modo que tudo (ou quase tudo) àquilo que se tem apresentado como “novo”, no Direito, não passa de um velho travestido de novo. O resultado são reformas “gatopardistas”, para utilizar uma metáfora de Jacinto Coutinho, onde muda-se tudo para... manter tudo como está (Lampeduza manda lembranças).

Deste modo, não se pergunte por que alguns autores ainda continuam acreditando na famigerada verdade real, livre convencimento motivado e etc., mas se pergunte, antes, que paradigma filosófico conforma o modo de compreender o mundo daquele autor. Parafraseando Castoriadis, não pergunte como é possível que a maioria das pessoas não venham a roubar, ainda que tivessem fome? Não pergunte nem mesmo como é possível que eles continuem a votar em tal partido, mesmo após terem sido enganados repetidamente?

Pergunte-se antes: Qual parcela de todo o meu pensamento e de todas as minhas maneiras de ver as coisas e fazer coisas que não está condicionada e co-determinada, em grau decisivo, pela estrutura e pelas significações de minha língua materna, pelas organizações do mundo em que essa língua carrega, por todos os ‘faça’ ou ‘não faça’ com que frequentemente fui assediado...²⁹ A luz de tais premissas é possível vislumbrar como as mudanças de paradigmas que resultam de seu envelhecimento ou de sua obsolescência *não extinguem as idéias produzidas no seu contexto*.³⁰

Isto precisa ficar bem esclarecido: os paradigmas filosóficos que estão agindo sobre nós (o faça ou não faça); as revoluções filosóficas que estão norteando nossas opções (isto é certo; isto não é mais certo) nessa passagem de milênio, *provavelmente já iniciaram sua ação há séculos*.³¹ Mas nós não nos demos conta disso! E talvez nem tenhamos percebido, porque as revoluções filosóficas *são revoluções silenciosas*.³² Mas o fato das mudanças paradigmáticas serem lentas e muitas vezes silenciosas não pode nos alienar, afinal de contas, como diz Stein, *“temos a nossa disposição reflexões cada vez mais claras para avaliar criticamente posições filosóficas e determinar assim quais delas possuem “atualidade” e quais devem ser consideradas extremamente limitadas a um contexto histórico ou visão de mundo”*³³

É neste contexto – e de um modo geral – que as posturas ditas “rupturais” têm se apresentado como (re)adaptações do velho, sendo perceptível a continuidade de fundamentos jusfilosóficos que, em tese, estariam superados historicamente.³⁴ Daí a importância – seria melhor dizer: a necessidade! – de definirmos (sempre), como bem diz Stein, o paradigma no qual os textos que vamos enfrentar e ler se situam; em que paradigma se movem e onde está situado o lugar da nossa fala.³⁵

²⁹ Castoriadis, Cornelius. Encruzilhadas do labirinto II – o domínio do homem. Trad. De José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 229.

³⁰ Stein, Emildo. Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma. Rio Grande do Sul: unijuí, 2004, p. 138.

³¹ Stein, Emildo. Órfãos de Utopia. A da Esquerda. Rio Grande do Sul. Editora da Universidade:1993, p. 18.

³² Stein, Emildo. Órfãos de Utopia. A da Esquerda. Rio Grande do Sul. Editora da Universidade:1993, p. 18.

³³ Stein, Emildo. Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma. Rio Grande do Sul: unijuí, 2004, p. 155.

³⁴ STRECK, Lenio Luis. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2014, p.146, p. 18.

³⁵ Stein, Emildo. Aproximações sobre Hermenêutica, 2 Ed. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2010, p. 114.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Enquanto a discussão sobre os paradigmas não assumir um papel de destaque nas discussões jurídicas, fica-se, pois, sem solução aparente. E pior: O Direito torna-se um não-direito onde o dito é ditado pelos juízes. Daí a possibilidade – seria melhor dizer: a necessidade – de uma vez por todas deixar uma questão bem esclarecida.

5. O QUE SIGNIFICA DIZER QUE – NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O JUIZ JULGA POR PRINCÍPIOS?

Ora, no paradigma do Estado Democrático de Direito, vigente desde a promulgação da Constituição da República, o Ministério Público (não mais) formula a denúncia para saber o que o juiz tem a dizer sobre o caso; e tampouco a defesa elabora seus argumentos para saber o que o juiz tem a dizer sobre o caso dela. Numa palavra: Em um Estado Democrático de Direito, como é o nosso, ambos estão ali para saber o que o direito diz sobre os argumentos levantados pelas partes (os verdadeiros protagonistas). Eis uma faceta do princípio da autonomia do direito (Streck)³⁶ na medida em que o “sentire”³⁷ dos juízes jamais poderá interferir na resposta que o Direito tem a oferecer para o caso.

Daí que, sem embargo das imensas dificuldades – e quem sabe principalmente por elas – é preciso deixar esta última assertiva bem esclarecida. Quando se diz que a resposta é dada pelo Direito, isto não significa que estamos a propor, aqui, o famigerado – e malfadado – juiz boca da lei. Com efeito, do juiz espera-se apenas duas coisas: que ele suspenda seus pré-juízos;³⁸ e que ele diga o que o direito – a partir da Constituição – tem a dizer sobre os argumentos levantados pelas partes.

³⁶“Trata-se da institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 585. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há de se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a *porta de entrada* dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a *análise econômica do direito*; é nesse contexto em que deve ser vista a ‘retomada’ da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina cooriginariedade)”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211: “Em outras palavras, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendraram. [...] Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 330-331.

³⁷ Sentença não pode (e não deve) depender do “sentire” do juiz. Trata-se, pois, de uma máxima enraizada no imaginário gnosiológico dos juristas que não resiste a dois minutos de filosofia!

³⁸ Os pré-juízos são condições de possibilidade da compreensão porque nos permitem projetar sentidos. Eles operam conosco no momento em que nos aproximamos de um texto. Entretanto, o sentido projetado só pode se confirmar se ele for derivado de um pré-juízo legítimo. Pré-juízos ilegítimos geram projetos de sentidos ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é que interpreta corretamente. Um julgador que não consegue suspender os seus pré-juízos está

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Parafraseando Dworkin, não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política.³⁹

Isto, a toda evidência, explica porque entendemos que os princípios são deontológicos (Streck) e não teleológicos. É dizer: os princípios não são meros conselhos ou mandados de otimização.⁴⁰ A propósito – entendidos de modo teleológico – corremos o risco de aceitar repostas finalísticas, onde o fim buscado (acabar com a corrupção) pode justificar o meio (prender sem o devido processo legal). Numa palavra: Ser deontológico⁴¹ significa dizer que eles obrigam (ainda que o custo disso possa ser uma absolvição – indesejada – de um político). Ronald Dworkin nos oferece a resposta correta⁴²; e Streck a resposta adequada à Constituição.⁴³

Ambos dizem, em linhas gerais, que não importa se o crime é grave ou não; se a causa é boa ou ruim; a aplicação (sempre) deve ser por princípio. E o que faz de um princípio um princípio? Seria a sua inserção em textos de leis ou na própria

incapacitado para a sua tarefa. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2011. p. 297-298.

³⁹ Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, em especial o capítulo sobre *hard cases*.

⁴⁰ <http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>

⁴¹ Interessante registrar que Habermas, conquanto parta de um viés dialógico procedimentalista (portanto, diverso de Dworkin e Streck, que são adeptos da visão substancialista), também compartilha da crítica que estes autores fazem à tese alexyana dos princípios como uma ordem de valores ou teleológicos. Nas palavras de Habermas, “Princípios ou normas mais elevadas [...] possuem um sentido deontológico. Ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida [...] ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente [...]. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas [...] nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou não” [...]. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos que outros [...]. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997, pp. 316-317.

⁴² Não podemos olvidar das lições de Dworkin, no sentido de que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Cf. Dworkin, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203 e ss.

⁴³ “Minha tese acerca da “resposta adequada à Constituição” (resposta hermenêuticamente correta) está desenvolvida em Verdade e consenso. Não se trata simplesmente de aderir à tese da única resposta proposta por Dworkin (the one right answer). De qualquer forma, vale deixar claro que o próprio Dworkin não emprega a expressão the one right answer num sentido muito diferente daquele que defendo. Em realidade, o filósofo norte-americano critica as “adjetivações” à expressão “correta” (tais como “absolutamente” correta, ou “mais” correta), como se fosse possível tratar de “graus” de correção em relação a uma correção ideal ou plena. Dizer “eu creio que a escravidão é iníqua” pode não ser, dependendo do contexto, muito diferente de dizer que “é verdade que a escravidão é iníqua”. Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 316. “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de princípio, e não de política. Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 591.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Constituição? Não, isso não basta. É possível dizer, com o jusfilósofo Oliveira⁴⁴, que aquilo que determina, originariamente, algo como princípio não é sua imposição autoritária por uma legislação, mas a sua autoridade que advém de uma manifestação histórico-cultural num determinado contexto de uma experiência comum e que gera reconhecimento. Isto pode ser facilmente perceptível em princípios como a igualdade, devido processo legal e etc. Alguém duvida (ou afirma) que não são princípios?

Por isso, diz Coutinho, “*Quando o assunto é democracia processual, não há meio termo, tanto quanto não há meia tortura ou meia prova ilícita, ainda que alguns venham jogando (até quando não se sabe!) com o princípio da razoabilidade/proporcionalidade para tornar tudo relativo...*”⁴⁵ A propósito, são nestes momentos de crise que observamos o coeficiente democrático do nosso povo. Nos dizeres de Streck, “os Direitos fundamentais só adquirem sentido quando postos à prova, no seu limite. Talvez nas piores violações é que se mede o coeficiente democrático de um país.”⁴⁶ Daí ser o processo penal, nas palavras de Goldschmidt, o termômetro de uma nação.⁴⁷

6. CONCLUSÃO:

De tudo o que foi exposto, conclui-se que, num Estado Democrático de Direito, as partes (e não mais o juiz) assumem o papel de protagonistas do processo, de modo que se faz mister, então, a adoção de correntes processuais participativas e policêntricas (Nunes)⁴⁸, bem como a superação da filosofia da consciência e o reconhecimento do sistema acusatório como um imperativo constitucional (Streck),⁴⁹ porque, a partir deste paradigma, não é mais possível que o juiz tenha a gestão da prova (Coutinho).⁵⁰

Há de se concluir, porque já se foi longe para as singelas pretensões iniciais. E, para tanto, valho-me da afirmação do mestre Geraldo Prado que, citando Hans Kudlich, adverte para o fato de que, no Estado Democrático de Direito, “*a lei processual penal deve ser a lei de execução da Constituição.*”⁵¹

⁴⁴Oliveira, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

⁴⁵Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio: Barros, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do Processo Penal. Belo Horizonte. Del Rey. 2009.

⁴⁶<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>

⁴⁷“Os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição.” GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte, 2002, p. 71.

⁴⁸Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁹Streck, Lenio Luiz. *O Livre Convencimento e sua Incompatibilidade com o Dever de Accountability*. *Hermenêutica: o Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal* IN: *Processo Penal e Direitos Humanos*, Coordenadores: Geraldo Prado e Diogo Malan, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 158.

⁵⁰Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, n. 30, p. 163-164, 1998

⁵¹Kudlich, Hans. *El principio de legalidad em El derecho procesal penal* (em especial, em *El derecho procesal penal alemán*), obra citada, p. 436. *Apud*: Prado, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Monografias Jurídicas. Marcial Pons, 2014, p. 16. Alerta o mestre Geraldo, na mesma obra, que: “Em verdade, Kudlich remete à proposição de Henkel, citada por Manuel da Costa Andrade: <<o direito processual penal como verdadeiro

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

BIBLIOGRAFIA:

Bulow, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN, 2004.

Castoriadis, Cornelius. *Encruzilhadas do labirinto II – o domínio do homem*. Trad. De José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

Costa Andrade, Manuel. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, 2006.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-164, 1998.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio: Barros, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. Belo Horizonte. Del Rey. 2009.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Goldschmidt James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte, 2002.

Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>

Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>

Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>

Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>

Gadamer, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

Homero. *A odisseia*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

Kudlich, Hans. *El principio de legalidad em El derecho procesal penal* (em especial, em El derecho procesal penal alemán), obra citada, p. 436. *Apud*: Prado, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Monografias Jurídicas. Marcial Pons, 2014.

Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Leal, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

direito constitucional aplicado>>. Costa Andrade, Manuel. Sobre as proibições de prova no processo penal. Coimbra, 2006, p. 12.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Legendare, Pierre. *O amor do censor*. Trad. Aluísio Meneses. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Lopes Jr, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
- _____, Aury. *Direito Processual Penal*. Saraiva. São Paulo, 2014.
- Losano, Mário G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- Stein, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2 Ed. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2010.
- _____, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia*. Limites de um paradigma. Rio Grande do Sul: unijuí, 2004.
- _____, Ernildo. *Órfãos de Utopia*. A da Esquerda. Rio Grande do Sul. Editora da Universidade: 1993.
- Stein, Ernildo. *Uma Breve introdução à filosofia*. 2. Ed. Unijuí. Rio Grande do Sul: 2005.
- _____, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. O Ambiente Hermenêutico e as ciências Humanas. 2. Ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2008. Streck, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- Stein, Ernildo; Streck, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- Streck, Lenio Luis. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2014.
- _____, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ver, também, <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>
- Streck, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). *Direito e Literatura*. Da realidade da ficção à ficção da realidade. – São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- _____, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ver, também, <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>
- _____, Lenio Luiz. *O Livre Convencimento e sua Incompatibilidade com o Dever de Accountability Hermenêutica: o Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal IN: Processo Penal e Direitos Humanos*, Coordenadores: Geraldo Prado e Diogo Malan, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- _____, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013.
- _____, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Morais da Rosa, Alexandre. *Decisão Penal: a Bricolage de significantes*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

Losano, Mário G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Oliveira, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Prado, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Monografias Jurídicas. Marcial Pons, 2014.

Vasconcellos, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 9. Ed. São Paulo: Papyrus, 2012.

Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP n 279.889-AL, STJ.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

_____, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio*. Trad. Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

COMPLIANCE E DIREITO PENAL DO AMBIENTE: REFLEXÕES E PROPOSTAS

Érika Mendes de Carvalho

Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná. Doutora e Pós-doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha).

Andressa Paula de Andrade

Aluna da pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM) e Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada.

Sumário: 1. Introdução – 2. Sociedade de risco: atuação pela prevenção de resultados no Direito Penal – 3. O *compliance* como manifestação da sociedade pós-moderna: breve histórico do instituto de administração prévia de riscos – 4. Brasil: fortificação dos institutos de *compliance* nas transações empresariais com o setor público: lineamentos sobre a *Lei Anticorrupção* – 5. Conceitos, diferenciações e estrutura geral de um programa de *compliance* 6. *Compliance* socioambiental: o esteio no princípio da precaução – 7. Lineamentos sobre a responsabilização penal pela infringência às normas dos *compliance programs*: repercussão no campo da omissão – 8. Breves apontamentos sobre o artigo 31 bis 4, alínea “d”, do Código Penal Espanhol e o Projeto de Reforma do Código Penal Espanhol de 2013 – 9. Propostas de aplicação de *compliance ex post*: fomento ao comportamento pós-delitivo positivo – 10. Conclusão – 11. Referências.

1 Introdução

É incontroverso que o Direito sofreu e sofre influxos do modelo sociológico denominado sociedade de risco. Orientam-se os noveis postulados jurídicos para uma intervenção primária, a saber, a fim de se evitar a ocorrência *in concreto* de qualquer dano/perigo a bens jurídicos de relevante interesse social.

Como ilustração dessa situação, no âmbito empresarial, há um crescimento vertiginoso da criação e operação de programas de *compliance* (especialmente no setor financeiro), que em geral apresentam por objetivos a identificação de riscos, a intervenção e a maximização da performance empresarial. Outrossim, impende esclarecer que os modelos de governança corporativa não seguem um único regramento devido à variabilidade e às finalidades distintas de cada segmento empresarial. Entretanto, todos os programas possuem um mesmo fundamento: a prevenção e contenção de resultados lesivos na esfera empresarial.

Diante dessa formatação organizacional, cabe ao Direito Penal adotar uma postura crítica e conhecer quais os possíveis reflexos criminais desses programas. Seja na reformulação da teoria do delito, dos tipos penais, dos fins das penas, etc., a dogmática

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

penal não ficará – e nem deve permanecer – inerte. Todavia, há de se tomar a devida cautela para que não ocorram incriminações de forma alargada e desarrazoada, com a consequente e nefasta instrumentalização do Direito Penal.

A temática vem ganhando força nos últimos tempos e, em alguns casos, o *compliance* acabou se tornando inevitável, consoante artigo 10, incisos III, IV e V (incluídos pela Lei 12.683/2012), da Lei 9.613/1998. Ademais, este *corpo juris* criou o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), vinculado ao Ministério da Fazenda, que possui como principais finalidades disciplinar, aplicar sanções administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Nessa perspectiva, a Lei 12.846/2013 - denominada *Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa* - fomentou a criação de programas de *compliance* e *due diligence* (investigação securitária em negócios empresariais), o que torna o tema ainda mais sensível e carente de esclarecimentos acerca dos reflexos penais quando do descumprimento dos *compliance programs*.

O presente estudo tem por objetivo, inicialmente, compreender o instituto em apreço para, em um segundo momento, problematizar seus desdobramentos na seara penal ambiental.

2 Sociedade de risco: a atuação pela prevenção de resultados no Direito Penal

É indubitável a conscientização de que a configuração da sociedade moderna, com o estreitamento das fronteiras geográficas, políticas, econômicas e científicas, acarreta uma sensação de insegurança – na maioria das vezes com fundamento e, em outros momentos, completamente desnecessária. O fato é que a velocidade da veiculação de informações sensibiliza a mais distante pessoa, aquela que não fora lesada diretamente por qualquer evento, mas se sente parte e cidadão do mundo e, conseqüentemente, uma vítima real das mais variadas catástrofes (v.g., ambientais, financeiras).

O *progresso* - que outrora fora encarado como a promessa de felicidade e estabilidade mundial – apresenta-se, agora, como uma constante sensação de alerta inescapável a qualquer pessoa. Vive-se em um estado de tensão contínua, permeado por pesadelos e pela constante preocupação para com o desenvolvimento e os limites de uma atuação diligente. Ao invés de uma libertação, nota-se um ostracismo¹ humano, uma acentuada preocupação com a segurança em todos os campos.

Espalha-se a cultura do medo e a difusão do combate a tudo que é teoricamente novo, havendo uma resistência ao progresso que já não é mais capaz de apontar um evidente futuro. A célere apresentação de informações² torna tudo e todos passíveis de apreensão³.

Neste sentido, a modernização pode ser encarada como um processo bifronte, a saber, produz um incremento e repercute diretamente no bem-estar individual. Todavia,

¹ Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 178-179.

² Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 96.

³ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 11.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

não se devem ignorar as suas consequências negativas presentes nos riscos de procedência humana. As ameaças a que os cidadãos estão expostos derivam justamente de decisões de outros concidadãos que adotam técnicas na aplicação da indústria, na biologia, na genética, na informática, nas comunicações, etc⁴.

O que torna o mundo essencialmente vulnerável são, principalmente, os perigos que não podem ser calculados e previstos. Tais perigos *não-calculáveis* aparecem em um ambiente que *a priori* seria irregular, onde as sequências são interrompidas, a saber, a padronização de certos cursos causais já não se apresenta da mesma maneira e a anormalidade exsurge como a regra⁵.

Tal configuração redundante, inexoravelmente, em uma preocupação voltada para os danos presentes e pretéritos e, acima de tudo, para os futuros. A noção de *risco* é encarada como uma extensão do que atualmente é previsível – ou imprevisível –, a perda de confiança, etc. Dessa maneira, os riscos⁶ possuem uma ligação profunda com o processo de antecipação, com a destruição iminente e, justamente nesse sentido, já são reais hoje⁷.

Há quem afirme que o problema não está adstrito necessariamente a um incremento objetivo do risco, mas sim um aumento da percepção dos riscos. Há uma produção de contágio do medo ao risco. Como exemplo, vale citar que a sociedade moderna se mostra cada vez mais densa devido a uma multiplicação de redes sociais e isso faz com que o pânico financeiro ou social se multiplique instantaneamente. Ao mesmo tempo em que informação midiática enfoca o progresso científico que muitas vezes se encontra em fase experimental, e assim fomenta um estado de alerta constante e injustificado⁸.

Essa preocupação mundial de intervenção antecipada levou o setor empresarial – e, fundamentalmente, o ramo financeiro – a se ajustar e concatenar determinadas diretrizes e estruturas de monitoração, a fim de identificar possíveis fraturas que, se ignoradas, poderiam levar a uma hecatombe na atividade financeira. De forma mais ilustrativa, no ano de 1988, o BCBS (Comitê de Supervisão Bancária da Basileia/*Basel Committee on Banking Supervision*) divulgou o primeiro Acordo de Capital da Basileia, nominado de *International Convergence of Capital Measurement Capital Standards*, com o escopo de criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de atuação face ao risco de crédito. Em território nacional, o acordo foi implementado

⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 35-36.

⁵ Vide BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 129-130.

⁶ Precisamente em face dessa indeterminação, “os novos riscos fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo, da estatística e da monetarização”, o que significa que a eles não podem ser aplicadas as regras da causalidade e da culpa, bem como, dificilmente se poderá medir qualquer compensação ou indenização deles emanadas, “quer porque suas consequências não podem ser limitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório”. Cf. CALLEGARI, André Luis. *Sociedade de risco e Direito Penal*. In: CALLEGARI, André Luis (Org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 20.

⁷ Para um panorama aprofundado sobre a questão do risco, vide BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 39.

⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho Penal y riesgos tecnológicos*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

através da Resolução 2.099, de 17 de agosto de 1994, que delimitou o capital mínimo para as instituições financeiras, em função do grau de risco de suas operações ativas⁹.

Caberá ao Direito Penal posicionar-se diante dessa realidade, dialogando com as ciências especializadas e procurando absorver o conhecimento necessário para (re) configurar e, se necessário, modernizar seus institutos.

Nesse sentido, Gracia Martín assevera que o Direito Penal contemporâneo deve ser analisado à luz de uma contextualização histórica, assim como foi analisado o Direito Penal tradicional de matiz liberal. A modernização penal reflete justamente a instalação de um Estado Social¹⁰. De conseguinte, a tutela jurídico-penal não pode voltar-se unicamente aos bens jurídicos individuais e deve orientar-se para uma consciência global dos bens jurídicos transindividuais. Essa consciência seria o aspecto transitório que levaria, futuramente, a uma sociedade igualitária. A necessidade da modernização se planificar em um discurso material de criminalidade, realizando uma integração e criminalização também das classes poderosas¹¹. Acentua que, em uma perspectiva histórico-material, é possível vislumbrar nas garantias penais uma natureza dúplice, a saber: para as classes poderosas são garantias em sentido formal, resguardando todas as suas esferas de liberdade material abundante ou superabundante frente aos ataques das classes sociais subordinadas; já para as classes subjugadas, os princípios penais de garantia se apresentam formalmente como garantias, mas materialmente exacerbam os instrumentos de classificação, disciplina e repressão de seu sistema material social de ação, redundando na exclusão e criminalização das classes baixas¹².

A simbiose histórica, sociológica e penal realizada por Gracia Martín oferece um retrato do Direito Penal que, em seu afã de figurar-se como libertário e protetor de bens jurídicos sob a égide de princípios garantistas como o da legalidade, da subsidiariedade e da fragmentariedade, converte-se, na realidade, em ferramenta de poder para a opressão social. Para o autor, esse paradigma só poderá ser rompido mediante a implementação material de um Estado Social, que veicule as necessidades sociais que, neste tempo, devam ser consideradas como bens jurídicos que importem a todos, inclusive às futuras gerações.

Em matéria ambiental, especificamente, vislumbra-se a inequívoca necessidade de uma atuação jurídica frente à transição de arquétipo social que abandona o modelo de

⁹ Fonte: Site do Banco Central do Brasil: <http://www.bcb.gov.br/?BASILEIA>. Acesso em: 04/12/2014.

¹⁰ Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 44.

¹¹ Nilo Batista afirma que a função de interpretação e aplicação das leis penais é o que pode levar a uma limitação do poder punitivo. Visando esclarecer seu pensamento, ele formula a metáfora que o Direito Penal seria um dique que conteria as águas sujas e turbulentas do estado de polícia. Situadas em nível superior ao do Estado de Direito, tais águas ameaçam ininterruptamente vazar sobre o dique. Com a abertura total das comportas, haveria um afogamento do Estado de Direito e a plena acumulação do volume das águas, rompendo o dique ou pela ultrapassagem de seu nível. Assim, caberia uma seleção das águas menos sujas, havendo uma devida distribuição da violência do poder punitivo, a contenção redutora que lhe opõe o direito penal também se exerce seletivamente. Cf. BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal brasileiro: introdução histórica, ação e tipicidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.20.

¹² GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004, p. 766-776.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

certeza absoluta quanto aos nexos causais e abraça o modelo da incerteza dos riscos¹³ e resultados, demandando uma guinada na ação científica para uma atuação preventiva.

O processo de modernização deve alicerçar-se, porém, sem sólidas bases garantistas e assumir um papel excepcional¹⁴, deixando a outras esferas jurídicas – quando possível – a tutela primária de bens jurídicos. Trata-se de não instrumentalizar o Direito Penal como *prima ratio* e tampouco de funcionalizá-lo com aspectos tão somente pedagógicos com vistas à satisfação de necessidades¹⁵ de gestão de riscos.

Isto posto, passa-se ao exame do *compliance* e à reflexão sobre alguns desdobramentos jurídico-penais da *Era da Governança Corporativa*.

3. O *compliance* como manifestação da sociedade pós-moderna: breve histórico do instituto de administração prévia de riscos

A noção de prevenção e gestão prévia de riscos também exsurge no âmago do mercado financeiro. Decorre da necessidade de controlar e evitar possíveis danos em decorrência de transações obscuras e arriscadas. Hodiernamente, a ideia de *compliance* transcende os muros financeiros e visa, sobretudo, a resguardar a integridade da empresa de sanções cíveis, criminais, administrativas, etc. Além disso, um hipotético dano, quando acompanhado de uma sanção jurídica, conduz a uma punição secundária, a saber, a imagem e credibilidade da corporação serão afetadas sobremaneira, levando a perdas incalculáveis. Destarte, o custo financeiro da implantação de um programa de *compliance* pode, em longo prazo, resguardar a corporação de penalidades diversas e mantê-la sob um crivo de confiabilidade.

A título de contextualização histórica, citam-se algumas datas e documentos que levaram à formação do pensamento cauteloso corporativo: a) 1913: criação do Banco Central Americano (*Board of Governors of the Federal Reserve*) visando a implementar um sistema financeiro mais seguro; b) 1929: quebra da bolsa de valores de Nova York¹⁶; c) 1932: Franklin Roosevelt formula a política intervencionista de ideologia *keynesiana* de que o Estado deveria intervir na Economia; d) 1933: votação de medidas para proteger valores mobiliários e seus investidores – *Securities Acts* – pelo congresso americano e criação da SEC (*Securities and Exchange Comission*), com exigência de registro de prospecto de emissão de títulos e valores mobiliários; e) 1940:

¹³ Com efeito, “o princípio da precaução supõe a passagem do modelo de previsão (conhecimento do risco e dos nexos causais) ao da incerteza do risco, impossibilidade de cálculo do dano e do possível nexo causal entre um e outro, em relação ao qual existe, em alguns casos, uma presunção geralmente sustentada em cálculos estatísticos e em probabilidades. Ambos os modelos convergem na prevenção de um dano temido, que é o objetivo comum”. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Trad. Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 41.

¹⁴ Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 183.

¹⁵ Idem, p. 188-189.

¹⁶ “Nos anos 30, em função da grave crise decorrente do *crack* da Bolsa de Nova York, nasce uma discussão sobre os modelos que seriam implantados pela política do *New Deal*. Na época, em face da grave crise do sistema ultraliberal americano, optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das atividades empresariais. Nos anos 90 do século passado, no entanto, surge um novo mecanismo compensatório das radicais políticas neoliberais praticadas pelas próprias empresas. Trata-se do *compliance*: códigos internos de prevenção, organização e controle concebidos para evitar fatos delitivos”. SHECAIRA, Sergio Salomão. *Compliance e o Direito Penal. Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 222, maio, 2011, p. 2.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

implementação do *Investment Advisers Act* (registro dos consultores de investimento) e do *Investment Company Act* (registro de fundos mútuos); f) 1944: criação de Bretton Woods, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), com o escopo de salvaguardar a estabilidade do Sistema Monetário Internacional; g) 1950: criação do *Prudential Securities*, com a finalidade de contratação de advogados para acompanhamento da legislação e monitoramento das atividades com valores mobiliários; h) 1960: a SEC passa a insistir na contratação de *compliance officers*; i) 1970: desenvolvimento do Mercado de opções e Metodologias de finanças corporativas (*Corporate finance*), Segregação de funções (*chinese walls*) e informações privilegiadas (*Insider trading*)¹⁷.

A partir de 1974, considera-se que as atividades de *compliance* sofreram um importante incremento, com a criação do Comitê da Basileia para a supervisão bancária. Após esse fato, sucedem alguns episódios de relevo histórico: a) 1988: foi estabelecido Primeiro Acordo de Capital da Basileia (Suíça) padronizando a determinação do capital mínimo das instituições financeiras; b) 1990: publicações das 40 recomendações sobre lavagem de dinheiro da *Financial Action Task Force* ou Grupo de Ação Financeira sobre lavagem de dinheiro (GAFI/FATF), revistas em 1996 e referidas como recomendações do GAFI/FATF, bem como a criação do CFATF (*Caribbean Financial Action Task Force*); c) 1992: elaboração do Regulamento sobre delitos de lavagem relacionados ao tráfico ilícito de drogas e outros delitos graves pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), com aprovação pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA); d) 1995: falência do banco *Barings* devido à fragilidade dos controles internos e realização da Basileia I, com a edição de regras prudenciais do mercado financeiro internacional e a criação do grupo *Egmonts*, visando à troca de informações suspeitas relacionadas à lavagem de dinheiro; e) 1996: complementação do primeiro Acordo de Capital de 1988 para inclusão do risco de mercado dentro do cálculo do capital mínimo, definido pelo Comitê da Basileia; f) 1997: divulgação dos 25 princípios para uma supervisão bancária eficaz pelo Comitê da Basileia¹⁸.

A partir dos anos 2000 há um fortalecimento da necessidade de criação de diretrizes corporativas e, mais do que isso, de uma efetiva implementação dos institutos de monitoramento preventivo de riscos. Nesta linha cronológica se inserem: a) 2000: Criação do Gafisud (Grupo de Ação Financeira Internacional da América do Sul), que tem como objetivo o combate à lavagem de dinheiro em âmbito regional, agregando países da América do Sul; b) 2002: o Congresso Americano publica o *Sarbanes-Oxley Act*, que determina às empresas filiadas ao SEC a adoção das melhores práticas contábeis, independência da auditoria e criação de comitê de auditoria. No Brasil, a divulgação da Resolução n. 2.554, de 24/9/1998, que dispõe sobre a atividade de auditoria referente aos controles internos; c) 2003: o Comitê da Basileia divulga práticas recomendáveis para Gestão e supervisão de riscos operacionais e publica documento consultivo referente à função de *compliance* nos bancos – *Consultative document – The compliance function in bank*. No Brasil, o Banco Central edita: 1) a Resolução n. 3.081, de 29/05/2003, que trata da auditoria independente e regulamenta a instituição do

¹⁷ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 27-28.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Comitê de Auditoria, com funções parecidas ao *Sarbanes-Oxley Act* (revogada aquela pela Resolução n. 3.198, de 27/05/2004); 2) a Carta-Circular n. 3.098, de 11/06/2003 que aduz sobre a necessidade de comunicação ao BACEN de operações em espécie de depósito, provisionamentos e saques a partir de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e; 3) a ENCLA (Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro). d) 2004: O Comitê da Basileia publica o *International convergence of capital measurement and capital standards: a revised framework*, que dá origem ao novo Acordo da Basileia, também conhecido como Basileia II; e) 2005: O Comitê da Basileia publica o *The application of Basel II treading activities and the treatment of double default effects*, que dispõe sobre o risco de crédito e publica a atualização do documento *International convergence of capital measurement and capital standards*, que define padrões para alocação de capital. Ainda, divulga, em 15/11/2005, nova versão do documento *International convergence of capital measurement and capital standards: a revised framework*; f) 2006: por meio do Banco Central, o Conselho Monetário Nacional publica: 1) a Resolução n. 3.380, de 29/06/2006, que regulamenta a implementação de estrutura de risco operacional; 2) a Resolução n. 3.416, de 24/10/2006, que altera a Resolução n. 3.198, de 27/05/2004, e considera as condições básicas para o exercício de integrante do comitê de auditoria para instituições financeiras de capital fechado. Acrescenta o termo corrupção na sigla ENCLA, tornando-se ENCCLA; 3) a Circular n. 3.339, de 22/12/2006, que dispõe sobre procedimentos para o acompanhamento das movimentações financeiras de pessoas politicamente expostas. g) 2007: Novamente, o Banco Central edita as seguintes normativas: 1) Resolução n. 3.464, de 26/06/2007, que dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco de mercado; 2) Comunicado n. 16.137, de 27/09/2007 que informa os procedimentos para a implementação da nova estrutura de Capital (Basileia II); 3) Resolução n. 3.503, de 26/10/2007, que suspende até 31/12/2008 a obrigatoriedade prevista no art. 9º do Regulamento anexo à Resolução n. 3.198, de 27/05/2004¹⁹.

Embora não indicadas acima, devem ser lembradas, ainda, duas normativas de acentuada importância, a saber, a Medida Provisória n. 2.143-31 de 2 de abril de 2001, que criou a Controladoria-Geral da União, posteriormente regulamentada pela Lei 10.683/2003, e a Lei 12.846/2013 (*Lei Anticorrupção*). Quanto à primeira, embora seja um órgão *corregedor* do Poder Executivo, pode-se colocar no rol de importância do desenvolvimento e conscientização da necessidade de uma governança corporativa. Como atribuições da CGU, citam-se a defesa do patrimônio público, o controle interno, a auditoria pública, a correição, a prevenção e o combate à corrupção, as atividades de ouvidoria e o incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal, conforme artigo 17 da Lei 10.683/2003.

Com o Decreto 8.109/2013, a Controladoria-Geral da União teve uma efetiva sistematização e passou a ser um órgão central de supervisão e consultoria quanto à destinação dos recursos públicos, correição, controle interno, prevenção da corrupção e ouvidoria, consoante Anexo I, Capítulo I, Artigo 1º, §§ 1º e 2º do referido Decreto.

Já a Lei 12.846/2013 é um marco para a aliança entre poder público e privado, pois sugere a necessidade da instituição de programas de *compliance*. De qualquer modo, ainda que incipiente a legislação, suscita interessantes questões e apresenta possíveis reflexos penais, conforme adiante trataremos de expor.

¹⁹ Idem, p. 31-33.

4. O fortalecimento dos institutos de *compliance* nas transações empresariais com o setor público: lineamentos sobre a *Lei Anticorrupção*

Sancionada em agosto de 2013 e em vigor desde o fim de janeiro de 2014, a Lei 12.846/2013, denominada de *Lei Anticorrupção*, vai ao encontro do pensamento jurídico internacional no sentido de propor-se a extirpar da máquina estatal o problema endêmico da corrupção. Cabe alertar que o Brasil é signatário de três convenções internacionais contra a corrupção: a) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção da ONU”)²⁰; b) a Convenção Interamericana contra a Corrupção (“Convenção da OEA”)²¹; e c) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (“Convenção da OCDE”)²².

Do ângulo da evolução legislativa, pode-se afirmar que a legislação avança para a punição cível e administrativa das pessoas jurídicas por atos de corrupção. Em tempos pretéritos, somente a pessoa natural seria responsabilizada por tais atos. Isso significa dizer que o patrimônio da empresa jurídica infratora será atingido em razão dos atos ilícitos realizados, o que fomenta maior cautela no campo das transações corporativas. Igualmente, assinala-se a inovação mais intensa – e altamente controversa: a previsão de responsabilidade objetiva da empresa. Exemplificando: bastará, assim, que um funcionário parceiro, contratado ou consorciado tenha oferecido ou pago vantagem indevida ao funcionário público para a sanção empresarial²³.

Destarte, é possível afirmar que a referida lei possui uma finalidade manifesta, a saber, estimular que a empresa cuide de sua probidade, bem como assegurar um comportamento ético do quadro de funcionários²⁴. Outrossim, isso levará, inevitavelmente, ao desenvolvimento de sistemas de controles internos que façam triagens sobre seus colaboradores²⁵.

²⁰ Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

²¹ Adotada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, em 29 de março de 1996, e aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2002. Promulgada pelo Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002.

²² Adotada pelos Estados membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e outros Estados não membros, em 17 de dezembro de 1997, e aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de junho de 2000. Promulgada pelo Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.

²³ Vide, por todos, BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Impressões sobre a Lei Anticorrupção, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2014/01/1404253-pierpaolo-cruz-bottini-e-igor-tamasauskas-impressoes-sobre-a-lei-anticorrupcao.shtml>>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

²⁴ “O racional para isso é simples: empresas que comprovadamente agem de forma diligente na prevenção de violações devem ser diferenciadas daquelas que agem de má-fé ou que adotam uma conduta negligente diante dos riscos de que condutas indevidas sejam cometidas por seus empregados ou agentes na obtenção de negócios ou outras vantagens comerciais. Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção da integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiaram aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas”. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Org.). *Temas de anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.171.

²⁵ Idem.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A lei em comento vem preencher uma lacuna existente na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações, pois, nenhuma delas previa a punição de empresas privadas. O artigo 5º da Lei 12.846/2013 enumera uma gama de condutas lesivas à administração pública ou estrangeira, entre elas: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada (inciso I); frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público (inciso IV, alínea 'a'), etc.

Quanto às sanções, estas possuem essencialmente natureza pecuniária, conforme disposição do artigo 6º, inciso I, que consigna multa de até 20% sobre o faturamento bruto do último exercício financeiro da empresa. Ainda, consoante o artigo 6º, §4º, caso não seja possível levar em consideração o fator disposto no artigo 6º, inciso I, são previstos limites – mínimo e máximo – para a imposição da multa, que variarão de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). A dissolução compulsória da pessoa jurídica – sanção mais severa prevista – consta do artigo 19, inciso III, da Lei 12.846/2013.

Outro fator inovador da aludida normativa é a atenuação da sanção (artigo 7º, inciso VII e VIII) se a empresa demonstrar a existência de controles internos, códigos de ética, mecanismos para evitar atos de improbidade, auditoria regulares e mecanismos de incentivo a denúncia. Tal dispositivo repercute na nova formatação empresarial - estimulando o *compliance* como importante ferramenta de organização para as empresas lograrem êxito – e na delimitação da responsabilidade de administradores, gerentes, executivos e demais funcionários²⁶.

A Lei 12.846/2013 visa, com isso, à punição efetiva de empresas por prática de atos ilícitos desencadeados contra a administração pública²⁷ e também a realização de condutas preventivas, eis que as sanções nela previstas podem ser consideradas extremamente duras para o patrimônio e o prestígio da empresa no mercado econômico.

O referido diploma legal se refere, ainda, à possibilidade de celebração de acordos de leniência²⁸ que se constituem como colaboração da própria empresa nas

²⁶ BREIER, Ricardo. Atuação de Advogado na área de compliance impõe desafios. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de fevereiro de 2014. Disponível em: <HTTP:// <http://www.conjur.com.br/2014-fev-07/ricardo-breier-atuacao-advogado-area-compliance-impoe-desafios>>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

²⁷ “...os riscos de corrupção no sector corporativo vão além dos pagamentos indevidos (suborno), pois incluem, entre muitos outros, fraude empresarial, manipulação de contas e uso de informação privilegiada. O que exige, claramente, uma abordagem integrada da integridade. Mas as dinâmicas de corrupção mais significativas na vida das empresas vêm dos riscos relativos às interações com fornecedores e clientes. Quanto a esta dinâmica, é claro que a corrupção nas relações comerciais com clientes e fornecedores pode levar à forma clássica de pagamento indevidos a funcionários públicos, mas pode envolver também, por exemplo, na corrupção no sector privado, o suborno de agentes de compras para ganhar negócios em detrimentos de outras empresas do setor. E até, num ambiente de mercado mais amplo, o abuso do poder confiado pode envolver o conluio de preços com concorrentes, lesando os mercados e os consumidores...”. Cf. BURGOA, Elena. A corrupção e a responsabilidade social da empresarial. In: CARO CORIA, Dino Carlos (Dir.). *Anuario de Derecho Penal Economico*. Lima, vol. 2, 2012, p. 297.

²⁸ “Ao investigarem condutas cometidas no âmbito empresarial, as autoridades encontram uma série de obstáculos que resultam da própria natureza das pessoas jurídicas. Por diversas vezes, será difícil, se não impossível, entender os fatos e identificar seus responsáveis. Desta forma, a cooperação das empresas, de maneira rápida e eficiente, pode ser fundamental na identificação dos envolvidos, pessoas físicas e jurídicas, e na obtenção de provas relevantes. A cooperação na apuração das infrações e a comunicação de atos ilegais às autoridades são muito comuns em outros países, em especial, nos Estados Unidos. Denúncias acerca de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

investigações desencadeadas. A empresa, em troca de informações e delações, obterá isenções e atenuações sancionatórias. O acordo de leniência pode ser comparado, *mutatis mutandis*, ao instituto da delação premiada.

Por fim, a Lei 12.846 traz outra inovação, a saber, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), com vistas a dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. O banco de dados contará com o nome da empresa, a espécie de sanção aplicada, a data de aplicação, entre outros elementos (artigo 22 da Lei 12.846/2013).

Obviamente, a lei em apreço não obriga a empresa a adotar um sistema de planejamento e prevenção de riscos. A aderência é voluntária. Entretanto, o atual cenário de combate à corrupção acaba, sem dúvida, convergindo para a inevitabilidade da implementação de programa de *compliance*²⁹. Mais do que isso, diante da conjuntura de uma “*autorregulação regulada*” que alia auto-gestão empresarial e patrulhamento estatal, acaba desenvolvendo mecanismos de prevenção e ao mesmo tempo elaborando modelos de responsabilização pelo déficit de sistematização e organização corporativa³⁰.

5. Conceitos, diferenciações e estrutura geral de um programa de *compliance*

Após o bosquejo histórico do desenvolvimento da noção de governança corporativa, faz-se necessário delimitar brevemente o instituto do *compliance*, a fim de diferenciá-lo de outros instrumentos utilizados no âmbito empresarial.

Não é raro encontrar nas produções científicas a concepção etimológica da palavra *compliance* como originária do verbo inglês “*to comply*” que significa cumprimento,

violações ao FCPA chegam às autoridades norte-americanas de várias formas, entretanto, conforme indicado no relatório do GT sobre a Fase 3 da Convenção da OCDE nos Estados Unidos, parte significativa dos casos decorre de cooperação com as autoridades” - DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Comentários ao Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Op. cit., p. 328.

²⁹ “Nesse cenário, em que o arcabouço jurídico de combate à corrupção se torna mais rigoroso e as possíveis consequências pela violação alcançam patamares bastante elevados, a implementação de programas de *Compliance* se torna uma necessidade praticamente inevitável. Embora não obrigatória em nenhuma das principais legislações anticorrupção, com a ressalva da obrigação de manutenção de controles internos para as empresas consideradas “emissoras” sob o FCPA, a adoção de programas de *Compliance* efetivos permite que, em primeiro lugar, reduza-se o risco de que condutas ilícitas ocorram. Por outro lado, caso alguma violação a legislações anticorrupção venha a ser cometida não obstante os esforços de prevenção adotados, programas de *Compliance* aumentarão as chances de que a própria empresa a detecte, podendo rapidamente agir para investigá-la e remediá-la e, se for o caso, decidir por colaborar com as autoridades competentes como forma de reduzir eventuais sanções. Mais do que isso, o fato de a empresa poder demonstrar que agiu de modo diligente e de boa-fé ao adotar e implementar mecanismos razoavelmente bem estruturados para evitar que violações ocorressem poderá ser importante fator mitigador de sua responsabilidade” (MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Idem, p. 170-171).

³⁰ Assim, “...assumindo como diretriz a ideia de “autorregulação regulada”, os programas de *compliance* acoplam procedimentos de condução da atividade empresarial a preceitos de regulação estatal. Este acoplamento entre a auto-gestão da atividade empresarial e a ingerência estatal procura, de um lado, desenvolver mecanismos de prevenção a infrações econômicas, elaborando estruturas de incentivo ao cumprimento de deveres mais ou menos adequados aos códigos de conduta corporativos, e, de outro, sistematizar modelos de imputação de responsabilidade em vista do déficit de organização...” (SAAD DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de Compliance. Rio de Janeiro, *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 2, n. 1, dez., 2014, p. 114).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

execução, obediência e observância a determinadas imposições³¹ externas – a exemplo de órgãos reguladores específicos – e internas – v.g. postura ideológica e normativa da empresa frente ao mercado em que se encontra. Ademais, o instituto seria um dever de cumprimento legal, de ajustamento a regulamentos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório³².

Porém, o conceito se revela demasiadamente hermético e pouco ou nada diz sobre sua verdadeira finalidade, especialmente quando se busca uma investigação interdisciplinar em um campo que demanda conhecimento de contabilidade, economia, administração e, ainda, um suporte jurídico voltado para o aspecto negocial. Mais tormentosa se mostra a união todos esses setores e difícil será depreender quais as possíveis consequências jurídicas (particularmente jurídico-penais) do cumprimento insatisfatório do programa ou da própria desobediência ao corpo normativo³³ criado para aquela empresa por parte de algum funcionário, seja do topo hierárquico ou de algum servidor sem poderes decisórios.

No entanto, parece obter maior consenso a delimitação do *compliance* como uma cultura empresarial baseada em valores voltados para o êxito corporativo. Tais valores se referem a uma atuação com base na ética normativa empresarial que se expressa em um código de deveres de atuar ou omitir ações em circunstâncias concretas (regras de conduta)³⁴. Em outras palavras, os programas de cumprimento enlaçam códigos de prevenção em matéria ambiental, consumerista, de lavagem de dinheiro³⁵, de mercado de capitais³⁶, de atos de corrupção³⁷, entre outras³⁸. Outra função que o instituto tem recebido é a atuação consultiva, investigando e prestando informações em relação à regulação e boas práticas e *‘Due Diligence’*³⁹.

³¹ Assim compreendido, “o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os *Compliance Officers* teriam como obrigação avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os *Compliance Officers* têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados “*deveres de Compliance*”, mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas ou microempresas” (SAAVEDRA, Giovanni. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *Compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 226, set., 2011, p. 6).

³² Cf. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

³³ Vide FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN. Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal*. Huelva, n. 17, 2006, p. 111-112.

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. El cumplimiento del Derecho como valor de la ética y la cultura empresarial. In: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 33. No mesmo sentido, SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 66.

³⁵ Importante à investigação da Lei 9.613/98, especialmente após a alteração por meio da Lei 12.683/2012.

³⁶ Vide a Lei 6.766/1979, que estabelece medidas preventivas e tipifica crimes contra o mercado de capitais nos artigos 27-C e seguintes.

³⁷ Sobre a zona de intersecção da Corrupção com o Direito Penal: SILVEIRA, Renato Mello Jorge. A ideia Penal sobre a corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 89, mar./abr., 2011, p. 407-428.

³⁸ Cf. SHECAIRA, Sergio Salomão, op. cit., p. 2.

³⁹ FISCHER QC, Jonathan. Overview of The UK Bribery Act. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Org.), op cit., p. 142-143.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Nesse sentido, importa salientar que é conferida especial relevância à adimplência *jurídica* por parte da governança corporativa. Por ser o ordenamento jurídico dotado do elemento coativo sancionatório, fomentará a criação de organismos de cumprimento aliando o *princípio da eficiência* e da *responsabilidade social da empresa*⁴⁰.

Todavia, remanesce a pergunta: o que efetivamente deve possuir um *compliance program*? A resposta não é taxativa. No entanto, é possível enumerar alguns tópicos – não exaustivos – fundamentais, conforme aduzem De La Mata Barranco, Bilbao Lorente e Algorta Borda: a) análise prévia da estrutura da pessoa jurídica, das suas relações interpessoais e interdepartamentais, que observe a distribuição de competências e funções existentes; b) elaboração de código escrito de conduta empresarial, que estabeleça com precisão as condutas obrigadas e proibidas em todo âmbito de atuação, com especial atenção para relações com a Administração Pública, relações com consumidores e fornecedores, recursos humanos (recrutamento, assédio moral e sexual, condições de trabalho, formação, etc.), disposições em matéria de risco, orientações em relação ao sistema financeiro, proteção de segredos empresariais, diretrizes em relação aos delitos ambientais⁴¹, etc.

Mais especificamente no campo dogmático-penal, a finalidade principal do *criminal compliance* é a evitação⁴² de uma responsabilidade penal⁴³ individual ou coletiva conforme possibilidade admitida pela Lei 9.605/98. Não obstante, essa finalidade primária de um sistema preventivo provavelmente será executada de modo a elidir a responsabilidade dos dirigentes por meio de uma organização cuidadosa e, em especial, através de delegação. A responsabilidade, assim pulverizada, acabará deixando seus estigmas, pois será transplantada aos trabalhadores subordinados. Portanto, uma estrutura corporativa delineada para fins de evitar a imposição da sanção mais gravosa deve possuir uma visão holística e fraterna, de modo a englobar todos os trabalhadores e não apenas a cúpula diretiva⁴⁴.

Igualmente, observa-se que o pensamento empresarial contemporâneo, voltado para contenção de inconvenientes de forma prévia - expressão da guinada do paradigma sociológico onde se atua de forma antecipada e eficaz, visando a evitar danos futuros -⁴⁵,

⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique. El cumplimiento del Derecho como valor de la ética y la cultura empresarial. *Op. cit.*, p. 33-35.

⁴¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; BILBAO LORENTE, Martín; ALGORTA BORDA, Mariana. La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Madrid, n. 87, nov., 2011, p. 10-11.

⁴² “Como necessidade pungente de preservação da corporação, diante do expansionismo desenfreado do Direito Penal, o instituto do *Criminal Compliance* surge como um mecanismo de controle interno, de prevenção de práticas de condutas ilícitas criminais, que possam colocar em risco a liberdade de seus dirigentes ou a própria empresa”. BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 84.

⁴³ Cf. ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, v. 1, enero, 2012, p. 5.

⁴⁴ Idem, p. 5-6.

⁴⁵ “Esta proposta, que ainda está em construção, procura ampliar o espectro do espaço de produção do jurídico, se opondo ao positivismo jurídico, notadamente aquele de cunho legalista. Os alicerces deste paradigma jurídico estão sofrendo abalos constantes, demonstrando sinais de sua inadequação, embora ainda se encontre (o paradigma) muito presente na prática da edificação normativa. Parece ser um movimento inevitável, pois o cenário jurídico erguido nas entranhas do positivismo jurídico propugnava a necessidade de certeza e segurança, sem uma preocupação efetiva com o mundo da vida. A proposição aqui desenhada, pelo

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

cria verdadeiros microssistemas legislativos por conta da especialidade da matéria, a exemplo da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)⁴⁶, da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro)⁴⁷ e da Lei 6.385/76 (Lei de Mercado de Valores Mobiliários)⁴⁸. Nelas se constata uma gama de medidas regulatórias por meio de agências que fomentam e compulsoriamente levam à edificação de uma gestão corporativa voltada para além do lucro, com vistas à responsabilidade, transparência e repercussão externa de decisões tomadas *interna corporis*. Soma-se a isso a presença do Direito Penal, mediante a criação de tipos penais específicos, o que leva a concluir que o instituto do *compliance* é necessariamente interdisciplinar, preventivo e eivado de reflexos repressivos, especialmente ante resultados lesivos previsíveis.

Nesse passo, cabe destacar que o *compliance* não se confunde com as auditorias. Com efeito, para que as atividades da boa governança sejam efetivas, devem se submeter a periódicas e constantes auditorias⁴⁹, realizadas por profissionais internos ou externos, nas quais será avaliada de forma imparcial a efetividade na gestão de risco e o cumprimento dos objetivos estipulados pelo programa de *compliance*.

Enquanto a auditoria interna – contábil, ambiental, operacional, administrativa e de qualidade⁵⁰ – realiza seus trabalhos de forma aleatória e temporal, mediante amostragens, o instituto do *compliance* é ostensivo e permanente, para que todos os

contrário, quer estar amarrada ao novo, ao não antecipável, ao desafio da originalidade criadora” - ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF. Os “*Compliance Programs*” como uma alternativa à gestão empresarial para lidar com o direito à informação do consumidor e os riscos trazidos pelas nanotecnologias. In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Gaziero; Ayuda, Fernando Galindo (Orgs.). *XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Direito e Novas Tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 428.

⁴⁶ A exemplo do Termo de Compromisso inserido na Lei 9.605/98 por meio da MP 2.163/2001, permitindo a reparação e prevenção de danos ambientais futuros. Com maior profundidade, recomenda-se: LOPES, Marcel Alexandre; COSTA E SILVA, Tatiana Monteiro. Reflexões sobre as diferenças entre o termo de compromisso de ajustamento de conduta (Lei 7.347/85) e o termo de compromisso (Lei 9.605/98). In: CONPEDI (Org.). *XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: Fundação Boiteaux, 2011, p. 4428-4447.

⁴⁷ Vide Capítulos V ao IX da Lei 9.613/98, com atenção especial para a reforma inserida pela Lei 12.683/2012.

⁴⁸ Interessante notar que a Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, regulamenta o uso de informação privilegiada por meio do Conselho Monetário Nacional, o que pode ser considerado como um entroncamento do instituto do *compliance*. Ainda, utiliza o Direito Penal a serviço da manutenção da normalidade das negociações, criminalizando no artigo 27-D a figura do “uso indevido de informação privilegiada” (*insider trading*), resultando em uma simbiose de Governança Corporativa e Direito Penal. Longe de analisar a legitimidade da intervenção penal na matéria que por si só já resultaria em outra investigação, é no mínimo curioso verificar tal interdisciplinaridade. Com supedâneo na doutrina de Guilherme Brenner Lucchesi, para que o delito se realize, é necessário para o tipo objetivo o preenchimento dos seguintes requisitos: a) existência de uma informação relevante; b) a não divulgação da informação ao mercado; c) dever de sigilo; d) possibilidade de obtenção de vantagem indevida; e) a possibilidade de negociação dessas informações em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. Outrossim, trata-se de lei penal em branco própria, cujo complemento “*informação relevante*” está contido no artigo 2º da Instrução 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários. Cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de *insider trading*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: RT, 2011, p. 917-921. Soma-se: D’URSO, Luiz Flávio Borges. Proteção Penal dos Mercados Financeiros: a Tipificação do *Insider Trading*. In: FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 787-801.

⁴⁹ Cf. NIETO MARTÍN, Adan. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el Derecho Penal de la empresa. *Política Criminal*, Bogotá, n.5, 2008.

⁵⁰ Vide, por todos, GONÇALVES, José Antonio Pereira. *Alinhando processos, estrutura e Compliance à gestão estratégica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 112-114.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

subsistemas da empresa atuem de modo legal, e se preocupa com os possíveis impactos externos⁵¹ – negativos ou positivos –, priorizando um sistema de qualidade total, especialmente em sede ambiental⁵², onde se mostra mais sensível à preocupação com o impacto de determinados bens e serviços. Em outras palavras, na aplicação do PDCA (Plan-Do-Check-Act: planejar, executar, avaliar e agir), também conhecido como *Ciclo de Deming*⁵³ da empresa, a adoção de medidas de governança corporativa proporcionará a otimização contínua dos processos e a melhor utilização dos recursos disponíveis, atingindo os objetivos empresariais de forma exitosa.

A auditoria⁵⁴, por sua vez, pode ser pública ou privada, conforme determinação e/ou realização pelo Poder Público ou pela própria empresa. A auditoria privada no plano ambiental é impulsionada pela tomada de consciência das vantagens na gestão sustentável. Em outras palavras, é fundamental transparecer a sustentabilidade corporativa para o êxito em suas finalidades⁵⁵.

O ponto de intersecção entre os dois institutos se aloca no fato de que a própria estrutura do *compliance* pode ser objeto de avaliação da auditoria, promovendo uma cultura de correção dos pontos de não conformidade, reportando as informações para a mais alta cúpula decisória da administração. Portanto, o programa de cumprimento normativo inevitavelmente irá englobar o monitoramento dos pontos falhos auditados até a sua devida regularização⁵⁶.

⁵¹ Especialmente com os *stakeholders* de uma corporação - um grupo ou indivíduo (consumidores, sindicatos, fornecedores, clientes, governo, etc.) com interesse nas atividades da empresa e potencialidades positivas e/ou negativas para afetar os objetivos da empresa, vide LYRA, Mariana Galvão; GOMES, Ricardo Côrea; JACOVINE, Laércio Antonio Gonçalves. O Papel dos Stakeholders na Sustentabilidade da Empresa: Contribuições para Construção de um Modelo de Análise. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 13, Edição Especial, Junho, 2009.

⁵² Crescente se mostra a certificação ambiental que foca na rotulagem ou etiquetagem baseada em considerações ambientais, destinada ao público, atestando que determinado produto originário de um processo apresenta menor impacto ao ambiente em relação a outros produtos disponíveis no mercado. Para tanto, cresce de forma vertiginosa os Sistemas de Gestão Ambiental (SGA) para estruturar e gerir um programa organizacional ambiental, além de se ajustar as certificações ambientais disponíveis no mercado, sobretudo as formuladas pela ISO (International Organization for Standardization) 14000 que estabelece diretrizes internacionais não-obrigatórias, entretanto, outorga um “selo verde” se o controle ambiental da empresa estiver em conformidade. Cf. NAHUIZ, Marcio Augusto Rabelo. O sistema ISO 14000 e a certificação ambiental. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 35, n. 6, nov./dez, 1995.

⁵³ Vide: MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à Administração*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 73-77; WALTON, Mary. O método Deming de administração: W. Edwards Deming, o gênio americano que revitalizou a indústria japonesa. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. Resenha de: SUGO, Alberto I. O método Deming de administração: W. Edwards Deming, o gênio americano que revitalizou a indústria japonesa. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 29, n. 4, out./dez., 1989.

⁵⁴ Importante ressaltar que o Regulamento nº. 1221/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativo a participação voluntária de organizações em um sistema comunitário de gestão e auditoria ambiental (EMAS), define responsabilidades do “*ecoauditor*” e estabelece as etapas para o processo de auditoria consistentes em: a) Compreensão dos sistemas de gestão; b) Determinação dos pontos fortes e dos pontos fracos dos sistemas de gestão; c) Recolha de elementos relevantes; d) Avaliação dos resultados de auditoria; e) Elaboração das conclusões de auditoria; f) Comunicação dos resultados e conclusões da auditoria, conforme anexo III (Auditoria Ambiental Interna), alínea “A”, do Regulamento.

⁵⁵ Cf. MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p. 299-315.

⁵⁶ Cf. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Op. cit., p. 32-34.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Do ponto de vista jurídico-penal, havendo uma omissão⁵⁷ por parte do auditor na veiculação dos resultados da investigação, poderá resultar em uma devida responsabilidade a depender do caso concreto – v.g. por ingerência⁵⁸. Outra conexão criminal entre auditoria e *compliance*, pode decorrer quando irregular a informação repassada pelo auditor ao *compliance officer*⁵⁹.

Na Lei 9.605/1998, há a previsão expressa da responsabilidade do auditor que concorre para os fatos, bem como, sabendo da prática delitiva de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Ainda, outro ponto relevante se mostra a redação do artigo 41, §3º do PL 236/2012 que recortou a redação do artigo 2º da Lei 9.605/1998, sem maiores aportes sobre o tema⁶⁰, possibilitando a responsabilização criminal do auditor.

6. *Compliance* socioambiental: o esteio no princípio da precaução

Delimitado o *compliance*, passa-se ao exame da necessidade da transposição das origens (financeiras) do instituto para uma atuação contingente no âmbito ambiental, alicerçado fundamentalmente no princípio da precaução⁶¹.

O princípio da precaução possui sua gênese por volta da década de setenta do século XX, em um programa do governo alemão, cujo objetivo era controlar produtos químicos de alta contaminação, protegendo, consequentemente, o meio ambiente⁶². Diante de uma possível fonte de contaminação, se fazia necessário, apesar da incerteza ou em virtude dela, a aplicação do princípio da precaução⁶³. De forma emblemática, a diretriz foi prevista no plano internacional na Declaração final da Conferência de Estocolmo de 1972, dando origem ao princípio “ALARA” (*As low as reasonably achievable*), posteriormente adotado em 1973 pela Comissão Internacional de Proteção

⁵⁷ “A orientação infratora da conduta do auditor ambiental pode ter consequências delitivas, em concreto, relacionado a comissão do delito ecológico da empresa. Assim, o *ecoauditor* que imprudentemente emite um informe falso e posteriormente se dá conta disso e do risco que através da atividade da empresa pode se dar ao meio ambiente, sem reparar/solucionar, pode ser responsável por comissão por omissão pelo delito ecológico. Neste caso, a estrutura aplicável é a ingerência. Através dessa solução está latente tanto o reconhecimento de uma posição de garantia em favor do *ecoauditor* como a defesa de uma graduação das posições de garantia. Assim como nem todos os compromissos do garante são na mesma intensidade, sua infração tampouco pode resultar nas mesmas consequências jurídicas (tradução nossa)”. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. La posible responsabilidad penal del auditor ambiental. *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, v. 2, abril, 2012, p. 24.

⁵⁸ Sobre a matéria, vide TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 130.

⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 205-217.

⁶⁰ No PL 236/2012 que propõe a reforma do Código Penal, o artigo 41 encampa a responsabilidade penal da pessoa jurídica para além do arquétipo atual, podendo a corporação delinquir contra a administração pública, ordem econômica, o sistema financeiro, e o meio ambiente.

⁶¹ Recomendando-se: FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A recepção político-criminal da precaução e os rumos do Direito Penal contemporâneo. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 8, v. 15, jul./dez., 2011. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de. O princípio da precaução e o Direito Penal do risco. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 230 p. 12-13, jan., 2012.

⁶² LUIZ BONAMIGO, Elcio. *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos III, Departamento de Ciencias de La Educación, Lenguaje, Cultura y Arte, 2010, Tesis (Doctoral), p. 25.

⁶³ CORTINA, Adela. Op. cit., p. 3.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Radiológica, e também na Convenção de Viena sobre a Proteção da Camada de Ozônio de 1985⁶⁴.

O objetivo nodal do princípio da precaução para o Direito Ambiental seria a evitação da produção de um dano. Nessa perspectiva, significa uma atuação preliminar frente às fontes de perigo à saúde e ao meio ambiente, mediante uma investigação interdisciplinar que tenha como fim perquirir as relações de causas e efeitos.

A delimitação do princípio e sua posterior aplicação⁶⁵ devem atender aos seguintes pressupostos, que se concatenam inevitavelmente com a ideia de uma boa governança corporativa socioambiental: a) razões sérias baseadas em dados científicos que atestem que determinada atividade científica possa ocasionar um grave perigo de alcance coletivo para as atuais e futuras gerações ou para o meio ambiente; b) ao menos uma previsão da dimensão de tal dano; c) a necessidade e a justificação da tomada de decisão de antecipar-se e estar em condições de prevenir tais danos de caráter catastrófico⁶⁶.

Importante ressaltar que, ao capitanear o princípio e, acima de tudo, colorir os programas de boa governança com a aludida orientação, não haverá um engessamento das atividades negociais. Essa não é a finalidade que se perquire. Ao revés, busca-se aliar desenvolvimento com a preservação de bens jurídicos da mais alta importância (v.g. meio ambiente, saúde pública, patrimônio genético).

Certo é que o princípio da precaução não parte de uma total imprevisibilidade sobre o futuro e tampouco atua em todas as atividades de risco. O princípio só atuará em atividades desenvolvidas em um contexto de incerteza científica e, eventualmente, em atividades que pressupõem danos graves e irreversíveis – v.g. atividades nucleares, indústria bélica, manipulações genéticas, etc. Assim, o princípio da precaução atuará somente quando identificados os efeitos potencialmente perigosos derivados de um fenômeno, um produto ou um processo e quando a avaliação não permita determinar o risco com certeza suficiente⁶⁷.

Posto isto, cumpre enfatizar uma vez mais que o cerne de um *compliance program* – *interna corporis* – é a evitação de uma responsabilização penal. Especificamente em seara ambiental, não se pode olvidar que o princípio da precaução⁶⁸ oferece o suporte

⁶⁴ Cf. CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 3

⁶⁵ “Os elementos que compõe a definição do princípio da precaução a viabilizam a sua implementação necessariamente são: a incerteza científica, o risco de dano e a inversão do ônus da prova. São elementos sem os quais o princípio da precaução não pode ser aplicado. Evidentemente que esses elementos devem estar de acordo, e em harmonia, com o custo razoável de implementação, com a ponderação do custo-benefício e com a busca da melhor tecnologia possível”. WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 59.

⁶⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución. In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coords.). *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 323.

⁶⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: *Modernas Tendencias en la ciencia de Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid, UNED, 2001, p.82.

⁶⁸ “O princípio da precaução, do ponto de vista jurídico, propugna que sejam tomadas todas as medidas necessárias e aceitáveis e aceitáveis – do ponto de vista social e econômico – para a detecção e avaliação das situações de risco, a fim de reduzi-las a um patamar tolerável e, na medida do possível, eliminá-las. Diante disso, engloba a necessidade de informação, especialmente por parte do poder público, aos possíveis afetados acerca de atividades que possam implicar em grave perigo à saúde ou à segurança das gerações atuais ou futuras ou para o meio ambiente”. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Princípio da Precaução e responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Araruna; SANTOS,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

necessário para uma atuação prudente e em harmonia com as diretrizes de um desenvolvimento sustentável.

7. Lineamentos sobre a responsabilização penal pela infringência às normas dos *compliance programs*: repercussão no campo da omissão

Embora a ideologia negocial tenha sofrido importantes modificações, orientando-se, contemporaneamente, para a forma preventiva de evitação do dano, é visível que o contexto empresarial assinala, há tempos, desafios significativos ao Direito Penal, seja pela necessidade de criação de uma específica teoria do delito adequada àquele ⁶⁹ – notadamente no que concerne aos delitos omissivos –, seja pelas repercussões que acarreta no campo da autoria e da participação ⁷⁰ e da teoria da pena.

O fato em território nacional e levado a juízo que se tem conhecimento efetivo da discussão e responsabilização penal no seio do *compliance* é o escândalo de corrupção contido na ação penal 470 – mais conhecido como “*mensalão*”. No caso específico, houve a devida responsabilização de Vinicius Samarane (que estaria no núcleo operacional do esquema de corrupção conforme descreve a Denúncia da Ação Penal), ex vice-diretor do Banco Rural, pela prática de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro por ter determinado a alteração ⁷¹ de relatórios relativos ao programa de *compliance* e prevenção de lavagem de dinheiro. Na leitura do acórdão proferido é possível

Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André (Orgs.). *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Direito Penal e Criminologia: FUNJAB, 2013, p. 187.

⁶⁹ Aqui não se pretende defender a criminalização da pessoa jurídica ou expurgá-la. Em trabalhos anteriores já está consolidada a defesa da incompatibilidade da criminalização da pessoa jurídica pela dogmática penal pátria, em decorrência da matriz metodológica da teoria do delito adota pela reforma de 1984. Logo, pela atual conjuntura *jusfilosófica*, não se mostra viável a hipótese sancionatória pela via penal – vide, por todos, PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa da imputação penal subjetiva*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

⁷⁰ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidade penal em marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LV, Madrid, 2002, p. 9-38.

⁷¹ O Ministro Relator às fls. 2576: “...Com efeito, os réus, ao atuarem dolosamente na simulação de empréstimos formalmente contraídos com o banco Rural, com manifesta infringência das normas que regem a matéria, incorreram tanto no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto no de lavagem de dinheiro, especialmente tendo em vista o fato de que, como visto, esses ilícitos decorrem de desígnios autônomos (CP, art. 70, segunda parte)...”. Faz-se necessário destacar que Ayanna Tenório, vice-presidente do Banco Rural à época dos fatos, acabou sendo absolvida em decorrência do entendimento de que a mesma exercia uma função meramente consultiva e não decisória dos empréstimos e concessões ligados ao escândalo. Na sequência, às páginas 2578 do acórdão: “...Além disso, conforme demonstrado, AYANNA TENÓRIO, segundo ela própria, foi vice-presidente de 12.4.2004 a 31.3.2006, comandando a área de compliance, tecnologia, RH, planejamento, orçamento, jurídico, além de ser superiora hierárquica de SAMARANE (fls. 16.697-16.699). VINÍCIUS SAMARANE, por seu turno, de acordo com ele mesmo, foi nomeado, em 2002, ao cargo de diretor de controle interno do banco Rural, sendo responsável pela auditoria interna e inspetoria da instituição. Em 2004, foi eleito diretor estatutário de controles internos e compliance, ficando responsável pela área de auditoria e inspetoria, bem como compliance (fls. 6.000, confirmado às fls. fls. 16.339). Como se vê, tanto SAMARANE, quanto AYANNA também eram, em última análise, responsáveis pela verificação da conformidade ou não das operações de crédito em questão com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central. Dessa forma, para que o grupo criminoso obtivesse sucesso, era necessária, dentro da divisão de tarefas verificada entre os réus, a omissão dolosa de AYANNA e SAMARANE no exercício de suas obrigações...”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

vislumbrar que a base que fundamentou o édito condenatório foi o delito omissivo impróprio⁷².

Com a recente deflagração da “Operação Lava-Jato”, possivelmente a discussão sobre governança corporativa e dogmática penal será realizada intensamente, mormente a constituição de um Comitê Especial que atuará como interlocutor (“*reporting line*”) das investigações internas independentes da Petrobras. No mesmo período, foi divulgado o Manual do Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC), que prevê ações contínuas de prevenção, detecção e correção de atos de corrupção e fraude, destinado a fornecedores, clientes, investidores, etc. A gestão do PPPC será realizada por Auditoria Interna, por meio da Gerência Geral de Controladoria, em articulação com outras áreas da estrutura de governança da estatal.

Retornando ao tema da prática dos delitos comissivos por omissão no âmbito da governança corporativa, cabe analisar, em primeiro lugar, a assunção da obrigação de cuidado, proteção ou vigilância em virtude de lei. No caso brasileiro, não há regramento específico que estabeleça essa obrigação ao *compliance officer*.

Para Helena Regina Lobo e Marina Araújo, os critérios de responsabilização pela avocação ou contrato não coloca o *chief compliance officer* na posição de evitação de todo e qualquer resultado, já que o mesmo possui o dever de estabelecer regras, fiscalizar sua aplicação e comunicar eventuais falhas à mais alta camada decisória da empresa. O “*calcanhar de Aquiles*” exsurge no momento em que o diretor do programa de cumprimento da empresa possua um poder de decisão ou um poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores⁷³.

Nesse mesmo sentido, cabe apontar que a posição de garante do responsável pelo gerenciamento pelo programa de *compliance* se fundamenta na delegação de uma parte das funções de vigilância e controle (que se refere à obtenção de informação) próprias do órgão executivo. Assim, embora haja a carência das faculdades de decisão e execução a respeito, o descumprimento daquelas atribuições acabará por repercutir na impossibilidade de atuação escoreita de quem possua o poder decisório corporativo⁷⁴.

Aliado à ideia da fonte formal (legislativa) da posição de garante adotada pelo modelo pátrio, Juarez Tavares propõe um substrato material que, segundo ele, é dividido doutrinariamente em dois grupos: a) a especial posição de defesa de certos bens jurídicos; b) a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo⁷⁵. O primeiro se refere a quem se encontra impossibilitado de proteger seus bens jurídicos, cabendo a outra pessoa assegurar essa defesa⁷⁶; o segundo situa o autor em dois subgrupos: a) a

⁷² O tema já foi devidamente analisado no trabalho de COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 106, jan./fev., 2014, p. 215-230.

⁷³ Idem, p. 226.

⁷⁴ Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 325.

⁷⁵ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 316.

⁷⁶ O autor define os seguintes subcasos: “...a) A vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais e familiares, de modo a obriga-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar; b) As relações profissionais de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico em relação a seus pacientes; os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com os seus seguidores; o diretor de uma empresa de segurança para com as pessoas às quais

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

situação de proteção frente a objetos ou comportamentos do próprio sujeito ou que se situam sob sua responsabilidade; b) a posição de proteção frente a ações de seus subordinados⁷⁷.

É possível situar, ainda, o fundamento material da posição de garante do *compliance officer* no desempenho de uma função voltada para a prevenção de resultados. Além desse substrato, a imputação de um delito comissivo por omissão dependerá da constatação de outros elementos, a saber, de uma omissão e de um resultado – vinculados por um nexo de evitação –, além de um dever e da possibilidade de agir⁷⁸ no caso concreto.

Quanto à responsabilidade penal do auditor, pode este profissional responder, eventualmente, pela existência de um resultado lesivo mediante a estrutura da ingerência. Não se pode olvidar, porém, que embora a função do auditor seja meramente declarativa – consistente, basicamente, em informar sobre o (ir) regular funcionamento da empresa –, eventuais omissões informativas poderão colaborar para a tomada de decisões desastrosas por parte do representante do ente coletivo auditado⁷⁹.

No mesmo sentido, pode haver uma repercussão na responsabilização penal pelo produto (notadamente no artigo 64, da Lei 8.078/1990). Uma vez que o produtor ou fabricante conheça a existência de um ponto falho em seu produto ou existam suspeitas de que o mesmo possa ocasionar perigos à saúde ou à vida dos consumidores, surgem deveres de advertência, informação e retirada do produto de circulação⁸⁰. Essa triagem prévia pode ser realizada devidamente pelo departamento responsável pela gestão de riscos empresariais, evitando a responsabilização criminal.

Ainda, sendo certo que os *compliance programs* visam à evitação da responsabilização penal, a sua atuação é dúplice, permitindo que a pessoa física e a pessoa jurídica se mantenham distantes do poder punitivo pelo cometimento de delitos ecológicos. Se aprovado for, o PL 236/2012 reforçará a ideia da necessidade de constituição de diretrizes normativas empresarias preventivas e, especialmente, da prática da governança corporativa para a não ocorrência de fatos de repercussão penal, eis que há previsão expressa da responsabilidade das pessoas jurídicas no artigo 41 do referido projeto.

Finalmente, cabe assegurar que as pautas éticas criadas para o universo negocial já estão sendo levadas em consideração pelo ordenamento brasileiro – conforme contido no âmago da ação penal 470 – para a interpretação de normas penais incriminadoras e

deva dar proteção; o salva-vidas de uma piscina para com os banhistas etc.; c) A assunção, por parte de alguém, de uma função protetiva unilateral ou bilateral, que independentemente de um contrato formal, conduza a que se lhe confie a proteção do bem jurídico. Por exemplo, alguém que assuma a incumbência de ajudar um cego a atravessar a rua; a moça que, diante do pedido da mãe, aceita exercer vigilância sobre filhos alheios, que se encontrem brincando na praia; o sequestrador em face de sua vítima etc....” (TAVARES, Juarez, op.cit., p. 316-317).

⁷⁷ TAVARES, Juarez, op.cit., p. 317.

⁷⁸ Cf., nesse sentido, COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Op.cit., p. 227.

⁷⁹ Cf. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 11-14.

⁸⁰ Cf. JUANATEY DORADO, Carmem. Responsabilidad Penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVII, Madrid, 2006, p. 59-75; VOGEL, Joachim. La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro. *Revista Penal*, Huelva, n. 8, 2001, p. 95-104.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para a análise da posição de garante. Certamente, o futuro que se avizinha reforçará o ponto de intersecção entre a dogmática penal e o instituto do *compliance*⁸¹.

8. Breves apontamentos sobre o artigo 31 bis 4, alínea “d”, do Código Penal Espanhol e o Projeto de Reforma do Código Penal Espanhol de 2013

Quanto à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, recorta-se o modelo espanhol a título de exemplo. Com a reforma penal instituída pela Lei Orgânica 5/2010, passou-se a consagrar a punição do ente coletivo⁸². Sem maiores aportes sobre a (i) legitimidade dessa modalidade de criminalização, o foco se concentra no artigo 31 bis. 4, alínea “d”, que prevê claras medidas de fomento à instituição de *compliance ex post*.

O dispositivo do Código Penal espanhol propõe como atenuante à pessoa jurídica que, após o cometimento do delito e antes do ajuizamento da ação penal, a tomada (por parte dos representantes legais) de medidas eficazes para prevenir e descobrir delitos que possam ocorrer no futuro por meio da pessoa jurídica. Esse dispositivo acabou por despertar dúvidas doutrinárias. Para De La Mata Barranco, Bilbao Lorente e Algorta Borda, o dispositivo não indica claramente quais seriam as medidas eficazes e nem como implementá-las. Acrescentam a isso que, se sua adoção futura permite atenuar a sanção penal, a existência de um protocolo de prevenção *ex ante* deveria permitir a isenção de responsabilidade mediante uma simples argumentação sistemática⁸³.

A assertiva dos autores se mostra coerente, especialmente com a dicção do Projeto de Reforma penal proposto pelo governo espanhol em 21 de setembro de 2013. Tal conclusão decorre da análise da redação do artigo 31 bis.2 do documento, que exige a pessoa jurídica de responsabilidade nos seguintes casos: a) o órgão da administração tenha adotado e executado com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem as medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir delitos da mesma natureza; b) a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado tenha sido confiado a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e controle; c) os autores individuais tenham cometido o delito iludindo fraudulentamente os modelos de organização e prevenção; d) não tenha havido omissão ou exercício insuficiente das funções de supervisão, vigilância e controle por parte do órgão a que se refere a letra b.

Apesar de todas as cautelas tomadas pelos órgãos encarregados da pessoa jurídica, delitos podem acabar ocorrendo, praticados seja pelos representantes, seja por seus empregados. Assim, a *eficácia* a que se refere a norma não pode ser valorada a partir da ocorrência de fatos delitivos. Os programas preventivos precisam ser valorados a partir

⁸¹ Infelizmente, apesar do tema instigante e conturbado, não se pretende neste breve estudo depurar a temática. No futuro próximo, sem dúvida, haverá uma detida análise da questão.

⁸² Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Societas delinquere potest? Desafios e perspectivas da recente Reforma do Código Penal espanhol*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.495-517.

⁸³ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; BILBAO LORENTE, Martín; ALGORTA BORDA, Mariana, op. cit., p. 9.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de uma idoneidade *ex ante*, sem requerer que a impossibilidade de comissão de fatos delitivos⁸⁴.

É preciso estimular a implantação de programas de boa governança e, eventualmente, com a ocorrência possível de qualquer delito, levar esse dado em consideração para fins de atenuação ou, conforme o caso, exclusão da responsabilidade. Desta feita, pode-se considerar que a adoção de um programa de *compliance* poderá atuar tanto *ex ante* – evitando a ocorrência de condutas delitivas – como *ex post*, contribuindo para a atenuação e/ou isenção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando satisfeitos – total ou parcialmente – os fins de prevenção.

Outro dispositivo do mencionado Projeto de Lei de Reforma do Código Penal espanhol que chama a atenção é o artigo 286.6⁸⁵, que tem com rubrica “*Do descumprimento do dever de vigilância ou controle nas pessoas jurídicas e empresas*”. Conforme a redação dada, verifica-se um claro tipo penal de omissão. Trata-se de um dispositivo aplicável apenas às pessoas físicas, sendo uma norma mandamental para fins de evitação de condutas delitivas no segmento corporativo, podendo acarretar uma responsabilização para além do conhecimento concreto do autor⁸⁶.

Por fim, cabe ressaltar que a reforma penal espanhola proposta em 2013 perfilha a mudança de paradigma corporativo pautado pela prevenção, vigilância e controle. Apesar de dispositivos polêmicos propostos – sobre os quais não se pretende aqui dissertar –, resta claro o ponto de intersecção entre o *compliance* e diversos institutos penais (v.g. delitos omissivos, comportamento pós-delitivo, autoria e participação), o que merecerá certamente a atenção da doutrina especializada nos próximos anos.

9. Propostas de aplicação de *compliance ex post*: fomento ao comportamento pós-delitivo positivo

Ante a legislação atual e as perspectivas de reforma, é possível acordar algumas propostas a serem levadas em consideração *ex post* ao cometimento da infração penal ambiental no *locus* empresarial.

A primeira proposta apresentada se consubstancia na redução da responsabilidade penal em caso de condenação. Alerta-se, conforme explicitado acima, que não concordamos com o modelo penal brasileiro de responsabilização penal da pessoa

⁸⁴ Cf. DÍAZ GÓMEZ, Andrés. Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja (REDUR)*, La Rioja, v. 11, diciembre, 2013, p. 163.

⁸⁵ Redação, na íntegra, do dispositivo reformador: “Se introduce, dentro de la nueva sección cuarta bis del capítulo XI del título XIII, un nuevo artículo 286 seis, con la siguiente redacción: «1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida”. Disponível em: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF

⁸⁶ Cf. SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites de cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 25, p. 624-625.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

jurídica e chamamos a atenção para a expansão punitiva que a adoção dessa forma de responsabilização representa.

Sugerimos a inclusão, entre as atenuantes listadas no artigo 14 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), da adoção/estabelecimento de medidas preventivas (programa de *compliance*) – por partes das pessoas físicas e/ou jurídicas – até a sentença penal condenatória, com o intuito de prevenir e elucidar, conforme o caso, condutas delitivas que, no futuro, possam ocorrer no âmbito da pessoa jurídica.

Já a segunda sugestão reside no campo da transação penal, prevista no artigo 27 da Lei 9.605/98. Na audiência preliminar, ao ser proposta a composição dos danos ambientais, o compromisso pode ser estabelecido para atender aos anseios coletivos, à mudança de comportamento do destinatário e aí se insere a necessidade de adoção de medidas de *compliance*, estimulando um comportamento pró-ambiente⁸⁷.

Por derradeiro, a terceira proposta incide sobre a suspensão condicional do processo – de natureza mista, processual e material⁸⁸ – prevista no artigo 28 da Lei 9.605/98. Assim, viável se mostra a inserção de um inciso que possibilite ao sujeito passivo a possibilidade de ter a ação penal suspensa caso tenha implementado medidas preventivas eficazes até o recebimento da denúncia, com a finalidade de coibir e descobrir condutas delitivas cometidas no seio da pessoa jurídica. Se descumprida a medida imposta durante o período de prova, a suspensão poderá ser revogada conforme disposição taxativa.

O argumento teleológico de estabelecer e aplicar mecanismos de boa governança para fins de atenuação da pena, transação penal e suspensão condicional do processo, reforça um incentivo⁸⁹ à adoção de um comportamento que será positivamente valorado

⁸⁷ Ainda que seja uma sugestão no campo econômico, *mutatis mutandis*, é possível a adoção de medidas semelhantes para o meio ambiente: “Em sua implementação, desde uma perspectiva prática, recomenda-se a identificação das finalidades e valores no “Manual de Compliance”, adequando ou renovando os códigos de conduta corporativos já existentes, bem como a exposição detalhada dos riscos específicos envolvidos na condução da atividade empresarial. À disposição de todos os dirigentes, acionistas e empregados este Manual, garantindo-lhe publicidade e transparência, o organograma da empresa deve ampliar-se para abranger também um “Departamento Especializado de Compliance”, com a respectiva indicação do compliance officer e a determinação das responsabilidades nos sistemas de delegação de deveres e planejamento societário, procedimentos de investigação de operações suspeitas e regras de imputação das medidas sancionatórias em face de abuso ou infrações econômicas. Neste Departamento, baseado no princípio da documentação, será criado o sistema de inteligência e segurança da informação²⁰, que não apenas protege os dados como também desenvolve as hotlines seguras para atuação dos *whistleblowers* ou *ombudsmen*. O Departamento é responsável por elaborar e manter as estruturas de fomento e incentivo ao efetivo cumprimento dos programas de compliance, oferecendo treinamento e consultoria especializados e contínuos. Além disso, cumpre ao Departamento a capacidade de comunicação com canais de controle e avaliação externa do programa, além de manter a comunicação interinstitucional” (SAAD DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial...Op. Cit, p. 116).

⁸⁸ Cf. GALBIATI, Ricardo. A natureza jurídica da proposta de suspensão condicional do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, n. 60, nov., 1997.

⁸⁹ “De fato, é possível vislumbrar três traços fundamentais que caracterizam o comportamento pós-delitivo positivo que são, em síntese: a posteridade, a voluntariedade e o seu conteúdo positivo. Com efeito, o comportamento pós-delitivo sucede a execução do fato delitivo, ainda que o delito não tenha alcançado a consumação. Isto é, não é indispensável a consumação do delito para a configuração do comportamento pós-delitivo, posto que é perfeitamente admissível que ocorra após a realização do injusto da tentativa. É justamente o que acontece com a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art.15, CP), que têm lugar após o início de execução do comportamento delituoso, mas se desenvolvem antes da consumação. O importante é que, embora formalmente anteriores à consumação, tanto a desistência voluntária como o arrependimento eficaz são, em termos materiais, posteriores à configuração do injusto da tentativa”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pelo ordenamento jurídico – comportamento pós-delitivo positivo⁹⁰ –, para que o administrador, *compliance officer* e/ou diretor da pessoa jurídica tomem medidas de reparação e (re) estruturação de um verdadeiro manual de *compliance*, que açambarque as características da empresa, identifique seus pontos falhos, atue de maneira preventiva e estanque as eventuais irregularidades do centro empresarial.

10. Conclusão

Exposto de forma enunciativa e não exaustiva, verificou-se que o instituto do *compliance* está sendo albergado pelo seara empresarial em virtude, principalmente, das repercussões positivas que podem ser obtidas com sua adoção, a saber: melhor competitividade, marketing positivo da imagem da corporação e, o mais interessante, a evitação de responsabilização criminal dos administradores/gerentes e da própria pessoa jurídica por condutas ilícitas que possam ocorrer.

Em que pese a expansão das ideias de governança corporativa, não há, no Brasil, um regramento jurídico sólido, visto que as práticas dos programas de cumprimento acabam sendo desenvolvidas e aplicadas *interna corporis*. No entanto, algumas legislações, a exemplo da Lei 12.683/2012, adotaram medidas preventivas e de vigilância para o setor financeiro, especialmente as contidas no artigo 10º da referida normativa. A denominada *Lei Anticorrupção*, apesar de se destinar a uma responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica, poderá, sem dúvida alguma, gerar repercussões penais, sobretudo pelo acordo de leniência.

Do ponto de vista jurídico-penal, vislumbrou-se que a principal finalidade do *compliance* é evitar que a pessoa física e a pessoa jurídica venham a ser penalmente responsabilizadas. Conforme o recorte do ordenamento jurídico-penal espanhol e o projeto de reforma de 2013, é possível que a adoção de um programa de cumprimento opere em duplicidade, figurando como atenuante e como eximente de responsabilidade penal para as pessoas jurídicas.

No campo das propostas, ainda que não pactuemos com o modelo penal de responsabilização das pessoas jurídicas, é possível propor a previsão legal de atenuação da sanção penal, de suspensão condicional do processo e de condicionamento da transação penal para os crimes contra o ambiente à adoção *ex post* de medidas preventivas no espaço corporativo, o que fomenta um comportamento pós-delitivo (por parte de pessoas físicas e jurídicas) que será positivamente valorado.

Em síntese, diante da conjuntura sociológica atual - orientada para a prevenção - deve ser estimulada a adoção de um *compliance program* pela empresa e seus administradores, que repercuta na responsabilidade jurídico-penal em matéria ambiental. Nessa perspectiva, faz-se necessária a realização de detida reflexão por parte da dogmática penal, notadamente para fins de adoção de medidas *post factum* envolvendo a sanção penal e/ou o sobrestamento da resposta punitiva, com fomento à

CARVALHO, Érika Mendes de. O significado jurídico-penal da reparação do dano ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas* – UEM. Maringá, v. 7, n. 1, jan./jun., 2009, p. 71. No mesmo sentido: CARVALHO, Érika Mendes de. *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: ARA, 2008, p. 43, e ss.

⁹⁰ Com profundidade: CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. In: *CONPEDI*. (Org.). XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 5170-5189.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

incorporação de diretrizes preventivas orientadas ao futuro e edificadas sobre os princípios da prevenção e da precaução.

11. Referências

- ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003.
- ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.
- BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coords.). *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.
- BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal brasileiro: introdução histórica, ação e tipicidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008
- _____. *Modernidade líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- _____. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Impressões sobre a Lei Anticorrupção, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/01/1404253-pierpaolo-cruz-bottini-e-igor-tamasauskas-impressoes-sobre-a-lei-anticorruptao.shtml>>. Acesso em: 21 de maio de 2014.
- BREIER, Ricardo. Atuação de Advogado na área de compliance impõe desafios. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[HTTP://http://www.conjur.com.br/2014-fev-07/ricardo-breier-atuacao-advogado-area-compliance-impoe-desafios](http://www.conjur.com.br/2014-fev-07/ricardo-breier-atuacao-advogado-area-compliance-impoe-desafios)>. Acesso em: 21 de maio de 2014.
- BURGOA, Elena. A corrupção e a responsabilidade social da empresarial. In: CARO CORIA, Dino Carlos (Dir.). *Anuario de Derecho Penal Económico*. Lima, vol. 2, 2012.
- CALLEGARI, André Luis. Sociedade de risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luis (Org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

CARVALHO, Érika Mendes de. *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: ARA, 2008.

_____. O significado jurídico-penal da reparação do dano ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas – UEM*. Maringá, v. 7, n. 1, jan./jun., 2009.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Princípio da Precaução e responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Araruna; SANTOS, Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André (Orgs.). *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Direito Penal e Criminologia: FUNJAB, 2013.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. In: *CONPEDI*. (Org.). XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 22, v. 106, jan./fev., 2014.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Org.). *Temas de anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; BILBAO LORENTE, Martín; ALGORTA BORDA, Mariana. La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Madrid, n. 87, nov., 2011.

DÍAZ GÓMEZ, Andrés. Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja (REDUR)*, La Rioja, v. 11, diciembre, 2013.

ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF. Os “*Compliance Programs*” como uma alternativa à gestão empresarial para lidar com o direito à informação do consumidor e os riscos trazidos pelas nanotecnologias. In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Gaziero; AYUDA, Fernando Galindo (Orgs.). *XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Direito e Novas Tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A recepção político-criminal da precaução e os rumos do Direito Penal contemporâneo. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 8, v. 15, jul./dez., 2011.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de. O princípio da precaução e o Direito Penal do risco. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 230 p. 12-13, jan., 2012.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN. Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal*. Huelva, n. 17, 2006.
- GALBIATI, Ricardo. A natureza jurídica da proposta de suspensão condicional do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, n. 60, nov., 1997.
- GONÇALVES, José Antonio Pereira. *Alinhando processos, estrutura e Compliance à gestão estratégica*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004
- _____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- JUANATEY DORADO, Carmem. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVII, Madrid, 2006.
- LOPES, Marcel Alexandre; COSTA E SILVA, Tatiana Monteiro. Reflexões sobre as diferenças entre o termo de compromisso de ajustamento de conduta (Lei 7.347/85) e o termo de compromisso (Lei 9.605/98). In: CONPEDI (Org.). *XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: Fundação Boiteaux, 2011.
- LUIZ BONAMIGO, Elcio. *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos III, Departamento de Ciencias de La Educación, Lenguaje, Cultura y Arte, 2010, Tesis (Doctoral).
- LYRA, Mariana Galvão; GOMES, Ricardo Côrrea; JACOVINE, Laércio Antonio Gonçalves. O Papel dos Stakeholders na Sustentabilidade da Empresa: Contribuições para Construção de um Modelo de Análise. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 13, Edição Especial, Junho, 2009.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.
- MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.
- MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à Administração*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. La posible responsabilidad penal del auditor ambiental. *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, v. 2, abril, 2012.
- NAHUZ, Marcio Augusto Rabelo. O sistema ISO 14000 e a certificação ambiental. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 35, n. 6, nov./dez, 1995.
- NIETO MARTÍN, Adan. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa. *Política Criminal*, Bogotá, n.5, 2008.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Societas delinquere potest? Desafios e perspectivas da recente Reforma do Código Penal espanhol*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, p.495-517, 2012.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: RT, 2011.

_____. (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa da imputação penal subjetiva*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: *Modernas Tendencias en la ciencia de Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid, UNED, 2001.

_____. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Trad. Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. (Org.). *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Granada: Comares, 2004.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, v. 1, enero, 2012.

SAAD DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de Compliance. Rio de Janeiro, *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 2, n. 1, dez., 2014.

SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *Compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 226, set., 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Compliance e o Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 222, maio, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LV, Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. A ideia Penal sobre a corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 89, mar./abr., 2011.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites de cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 25.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

VOGEL, Joachim. La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro. *Revista Penal*, Huelva, n. 8, 2001.

WALTON, Mary. O método Deming de administração: W. Edwards Deming, o gênio americano que revitalizou a indústria japonesa. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. Resenha de: SUGO, Alberto I. O método Deming de administração: W. Edwards Deming, o

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

gênio americano que revitalizou a indústria japonesa. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 29, n. 4, out./dez., 1989.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SISTEMAS PERITOS E DIREITO PENAL ECONÔMICO: RELAÇÕES E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS

Fábio André Guaragni

Promotor de Justiça, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Realizou estágio pós-doutoral na Università degli Studi di Milano. É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE e LFG-Anhanguera.

Resumo: No texto, firmam-se de início as razões pelas quais a sociologia mostra-se fundamental para fixar as funções do direito penal. Após, efetua-se um breve corte sociológico cuja pretensão é apresentar a ideia de sociedade de risco. Em seguida, situam-se os sistemas peritos dentro do universo da sociedade de risco, como mecanismos essenciais ao desenvolvimento do capitalismo globalizado de mercado, fundantes de um novo modo de forjarem-se as relações de confiança no tecido social. Por fim, manejam-se as conexões entre os sistemas peritos e o acréscimo de funções cometidas ao direito penal e o consequente alargamento do seu espaço de atuação.

Palavras-chave: direito penal – direito penal econômico – direito penal ambiental – funcionalismo – funções do direito penal – teoria do delito – sociedade de risco – risco – sistemas peritos – sociologia e direito penal

I. O recurso à sociologia para identificação das funções do direito penal

Dentre as linhas de pensamento dogmático jurídico-penal posteriores ao finalismo, as correntes funcionalistas são as mais destacadas. Todas têm o caráter comum de construírem o sistema analítico de crime a partir das funções que são atribuídas ao direito penal.

É certo que referidas funções sofrem grande variação de autor para autor. Isto explica a existência de vários funcionalismos, inclusive antagonistas entre si. Os modelos funcionalizados propostos por JAKOBS e ZAFFARONI dão boa mostra disso. Para aquele, o direito penal pune para reafirmar a confiança na norma, estabilizando-a novamente contra os fatos que a desafiaram. Pena é uma “mostra da vigência da norma às custas de um responsável”¹. Um direito penal que a todo tempo reconstrói a si mesmo.

Já para ZAFFARONI, o exercício do poder punitivo deve ser minimizado, sempre com vistas a reduzir o estado de polícia, aumentando o estado de direito. Um direito penal que se auto-reduz, a partir do emprego da teoria do delito. Para ele, o conceito de crime deve ser elaborado como “um sistema orientado pela idéia reitora de sua

¹ - JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 9.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

intencionalidade redutora do poder punitivo”², levando o direito penal a cumprir sua função política de “dique colocado pelo estado de direito para conter a pressão do estado de polícia”³. É uma visão agnóstica tanto da pena como do próprio exercício do poder punitivo.

Conquanto proponham para o direito penal funções diversas e verdadeiramente opostas, os dois modelos igualam-se na alocação da função cometida ao direito penal como autêntico princípio unificador do conceito analítico de crime.

A utilização da função do direito penal como princípio unificador do sistema de análise de crime subjuga todas as ideias que o compõem. Todas devem estar a serviço da função do direito penal. Cada categoria dogmática opera de modo a otimizar a realização destas funções, somando-se às demais categorias dogmáticas, num exercício de esforço comum. Esta funcionalidade das categorias dogmáticas erige autêntica condição para que sejam válidas: somente o são quando auxiliam na realização das tarefas atribuídas ao direito penal. Ao revés, se não viabilizam as funções jurídico-penais ou com elas colidem, devem ser extirpadas do sistema de análise de crime. Isto, em grandes linhas, é o funcionalismo jurídico-penal.

Neste panorama, a ideia de política-criminal ganha força. É que – para além dos modelos teóricos de análise de crimes e penas construídos pela doutrina em torno das funções – os programas político-criminais das agências estatais atribuem funções ou tarefas ao direito penal, enquanto conjunto normativo. Funções que são ideias fundantes para o discurso jurídico penal. É por isso que debates em torno de questões político-criminais ocupam, na atualidade, o centro da cena literária especializada. Vem de 1970 a obra inaugural do funcionalismo, em que ROXIN quebra a máxima lisztiana de que o “direito penal é a barreira intransponível da política criminal”⁴, proclamando que “deve ser reconhecido também no direito penal (...) que problemas político criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”⁵.

Firma-se um quadro que robustece a necessidade de estabelecerem-se pontes entre o direito penal e outras disciplinas. Somente recorrendo-se a campos de conhecimento extrapenais – em particular, à filosofia e à sociologia – é possível definir as carências de proteção havidas pelos membros de uma dada sociedade. A partir disso, dá para definir as tais funções de que o direito penal deve se ocupar, permitindo a construção e reconstrução de institutos dogmáticos. A dogmática jurídico-penal, mais do que nunca, evidencia seu caráter instrumental e o estudioso do direito penal ata-se, por necessidade, à interdisciplinariedade (BUSTOS e HORMAZÁBAL)⁶.

Aqui, interessa-nos o contributo da sociologia recente para atribuir tarefas ao direito penal e conferir-lhe um novo espaço. O primeiro contributo provém da sociologia do risco, que põe em evidência o descontrole dos riscos procedentes de tecnologias humanas como marca característica dos nossos tempos, conforme evidencia ULRICH

² - ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 371.

³ - Idem, p. 371.

⁴ Apud ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 1.

⁵ - ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 14.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, pp. 61-62.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

BECK: “Nas sociedades de risco as consequências dos êxitos da modernização se converteram, por causa de sua velocidade e radicalidade, em tema. O risco adquire um novo caráter porque parte das condições de seu cálculo e processamento institucional falha”⁷. A segunda contribuição concerne à percepção sociológica de que as relações de confiança, na modernidade exaltada dos dias atuais, apoiam-se em “sistemas peritos”, na sugestão de ANTHONY GIDDENS⁸.

II. Sociedade de riscos e direito penal

A sociologia do risco diagnostica a decadência do encantamento humano com a razão técnico-instrumental, de cunho cartesiano. A fé na ciência impeliu a humanidade a apostar num promissor mundo de confortos para todos. Esta fé talvez confirme a intuição de LO RUSSO, de que “o homem apresenta-se como fictício, um ser no qual o fazer é condição essencial para ser. A técnica não é fruto de uma obscura vontade de domínio, mas da simples carência [de instinto] biológica do homem”⁹.

A perspectiva de tornarmo-nos homens cercados de bens e serviços facilitadores do dia-a-dia, de um jamais visto universo de confortos, gerava fascínio no fim do século XIX. O homem autoexaltava a capacidade inventiva. As feiras industriais mundiais eram exercícios exibicionistas¹⁰. Em 1900, a “Exposição de Paris foi uma vitória triunfal da eletricidade, da calçada rolante (...) e dos imensos dínamos do salão industrial alemão”¹¹. Este ambiente foi bem retratado na pena do escritor carioca JOÃO DO RIO (1881-1921). Cronista dos jornais do Rio de Janeiro, capital brasileira no início do XX, registrava o furor em torno das novas tecnologias com um olhar cáustico, revelado de modo brilhante na crônica “O Dia de um Homem em 1920”. É quase profética sua epígrafe:

“Dentro de três meses, as grandes capitais terão um serviço regular de bondes aéreos denominados aerobus. O último invento de Marconi é máquina de estenografar. As ocupações são cada vez maiores, as distâncias menores e o tempo cada vez chega menos. Diante desses sucessivos inventos a nevrose de pressa hodierna, é fácil imaginar o que será o dia de homem superior dentro de dez anos, com este vertiginoso progresso que tudo arrasta...”¹²

A fé na razão escondia, porém, tanto a potência letal destes mesmos instrumentos tecnológicos, que seria dada a conhecer nos conflitos armados que pontuaram o transcurso do século XX¹³, como os riscos que portavam como efeitos colaterais,

⁷ - BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo Mundial*. Barcelona: Paidós, 2008, p 23

⁸ - GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 30.

⁹ LO RUSSO, Michelantonio. *L'avventura del rischio*. Catanzaro: Rubbettino, 2002.

¹⁰ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Milênio: uma história de nossos últimos mil anos*. São Paulo- Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 613, sobre a feira mundial no *Crystal Palace* de Londres, em 1851.

¹¹ SCHWARTZ, Hillel. *Fim de século*. Trad. Virgílio Freire. 5ª. Ed. São Paulo: Cultura, 1995, p. 250.

¹² - DO RIO, João. *João do Rio – Uma antologia*. Org. Luís Martins. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005, p. 50. Hoje, o tempo é instante e a distância é nada, por força da internet. Daí a conhecida alusão de BAUDRILLARD à hiper-realidade, no lugar de uma realidade que morreu: “a função do virtual é proscreever o real” (BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 56).

¹³ HOBBSBAWM, Eric. *Guerra y paz en el siglo XXI*. Trad. BEATRIZ EQUIBAR *et alii*. Barcelona: Crítica, 2007, p. 1: “O século XX foi o mais sangrento na história conhecida da humanidade. A cifra total de mortos (...) pelas guerras se eleva a uns 187 milhões de pessoas...” A perspectiva para o século XXI é pessimista a medida em que “estamos em um mundo onde as operações armadas já não estão fundamentalmente nas mãos

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

capazes, v.g., de tornar temerária a preservação de ecossistemas (no sul do Brasil, em particular, no estado do Paraná, calha o exemplo da devastação do bioma mata atlântica – ao qual pertence sua árvore símbolo, o pinheiro-araucária - pela indústria moveleira, entre as décadas de 50 e 70) ou ameaçar coletivamente a saúde humana (recorde-se o impacto do uso da talidomida, proposto pela indústria farmacêutica às mulheres grávidas, na década de 70). São exemplos que confirmam a constatação de BECK: a sociedade do risco “...surge através do funcionamento automático de processos autônomos de modernização que são cegos e surdos às consequências e perigos”, pondo em xeque “a base da sociedade industrial”¹⁴.

É oportuno estabelecer que risco e perigo não se confundem. O risco representa a projeção de consequências futuras indesejáveis a partir de decisões humanas¹⁵. Quando há uma tomada de decisão, o risco é vislumbrado na potencial concomitância de eventos negativos. “O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas”¹⁶, conclui BOTTINI.

Dentro de um paradigma de pensamento racionalista, confiante na ciência, esta concomitância potencial de efeitos não queridos era suscetível de ser submetida a cálculo, medida, controlada pela matemática. A possibilidade de uma “matematização” do mundo anuncia-se em GALILEU, simbólico representante do início do racionalismo científico. Em “O Ensaaiador”, afirmava a necessidade de compreender o universo através de sua linguagem e caracteres. E qual a “língua” do universo? Respondia: “Está escrito na língua da matemática e os seus caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, sem o concurso das quais é humanamente impossível compreender uma única obra sua.”¹⁷ Isto levou CHÂTELET à conclusão de que “Galileu pode afirmar que a realidade sensível é inteligível, contanto que se efetuem as análises necessárias e que haja um esforço de aperfeiçoamento do instrumento matemático”¹⁸. Nestas bases, nada fugiria “à inteligência humana”¹⁹.

A estatística, enquanto ciência, sustentou inclusive a expansão da exploração econômica da controlabilidade dos riscos, representada pela indústria dos seguros. Atualmente, constata-se:

a) que a existência de ganhos de conforto provenientes de novas tecnologias não se distribuiu de modo igualitário nem gerou o ambiente de felicidade pretendido. Afinal, a razão técnico-instrumental foi apropriada pelos empreendedores empresariais e submetida à meta de lucro das corporações. Daí decorre que cada nova tecnologia dá-se

dos governos e de seus agentes autorizados”, desaparecendo progressivamente “a linha que separava os combatentes dos não combatentes” (op. cit., pp. 3-4). Aliás, a expressão famosa de HOBBS designativa do século XX como *era dos extremos* liga-se justamente à contradição entre o progresso técnico angariado no período e o efeito destrutivo que esta mesma técnica propiciou.

¹⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. JESUS ALBORÉS REY. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 114.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67.

¹⁶ - BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 32.

¹⁷ Apud CHÂTELET, François. *Uma História da Razão. Entrevistas com Émile Noël*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p. 63.

¹⁸ CHÂTELET, François. *Uma História da Razão. Entrevistas com Émile Noël*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p. 64.

¹⁹ Idem, p. 64.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ao mercado como produto ou serviço, cujo acesso exige dinheiro, distribuído de modo desigual. A exclusão, neste contexto, revela-se pela impossibilidade cotidiana das pessoas atingirem os patamares de consumo que, na sociedade de consumo, forjam a “felicidade” humana. A tônica do *marketing*, no mundo de economia globalizada, vem pela noção de que ser feliz é consumir bem. E a consequente impossibilidade de que todos o façam de modo igual gera um ambiente coletivo de decepção, sempre reforçada, mais e mais, pelo mesmo *marketing*, ao enfatizar que tudo o que se possui já está superado e necessita substituição. “Quanto mais os imperativos do bem-estar e do bem-viver são fixados como meta imprescindível, mais intransitáveis se tornam as alamedas do desapontamento”²⁰, observa LIPOVETSKY. Se toda felicidade está em consumir bem e muito, tanto mais infeliz é aquele que não acede o banquete do consumo. Os inventos técnicos, neste contexto, tornam-se fetiches inatingíveis para a maioria.

b) que as conquistas geradas por uma dada tecnologia, restrita a alguns, vêm acompanhadas de riscos que são distribuídos em desfavor de todos (por exemplo, nem todos fazem uso de telefonia celular, mas a emissão dos sinais eletromagnéticos das respectivas torres, reconhecidamente cancerígenos, submete todos a riscos – situação intensificada no Brasil, por se sobrecarregarem as torres emissoras de sinais para contenção de custos, evitando-se a construção de novas). Produz-se um problema inerente às sociedades modernas, consistente na dúvida acerca do modo mais adequado de distribuição do controle dos riscos, i.é, do modo como serão gerenciados;

c) que, portanto, os riscos não enxergados ao cabo do século XIX e início do XX ganham, cerca de cem anos depois, visibilidade. O aumento da respectiva percepção vem da magnitude com que refletem contra a própria humanidade (é o primeiro momento da modernidade reflexiva de BECK)²¹. O cerco de riscos, derivados de decisões humanas, a que todos estão submetidos, advém da razão técnico-instrumental e sua vitória enquanto projeto modelador da modernidade²². São as consequências não desejadas da vitória deste projeto.

d) que este quadro suscita um segundo momento da modernidade reflexiva. Provém de um conjunto de reflexões, questionamentos e debates produtores - dentre outros - dos efeitos de: 1) duvidar-se da validade do discurso científico como roteiro condutor do futuro humano; 2) pretender-se uma redução dos riscos derivados de novas técnicas²³. Para tanto, recorre-se aos sistemas disponíveis de controle social, dentre eles, o tradicional sistema de controle operado a partir do discurso do dever-ser jurídico-penal. Noutros termos: identifica-se uma nova função para o direito penal. Após, dá-se a instrumentalização de seus recursos dogmáticos para que esta função se realize, enquanto meta político-criminal. Trata-se do agir do direito penal na cena da sociedade de risco. O apelo ao poder punitivo estatal traduz-se no incremento programático do direito penal econômico, bem como no acréscimo de visibilidade das agências encarregadas de operá-lo.

²⁰ - LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007, p. 6.

²¹ BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 16.

²² LO RUSSO, Michelantonio. *L'avventura del rischio*. . Catanzaro: Rubbettino, p. 49.

²³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 114-116, explicativo dos dois momentos da modernização reflexiva, como “auto-confrontação”.

III. Sistemas peritos e direito penal

A modernidade é um modo de vida com gênese na Europa do século XVII. Está delineada pelo encontro entre o modelo econômico capitalista e o incremento da produção de bens e serviços mediante o emprego de fontes inanimadas de energia (originado na Revolução Industrial)²⁴. Unidos, estes aspectos forjam o pano-de-fundo da existência humana, particularmente no hemisfério ocidental, há cerca de trezentos anos. Sem relações de confiança fundadas nos *sistemas peritos*, a modernidade não seria possível, na correta percepção de GIDDENS.

Os *sistemas peritos* são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”²⁵ (GIDDENS). São conjuntos de conhecimento nos quais a humanidade deposita confiança. Cada um de nós acessa várias vezes ao dia um sistema perito e adapta-se ao ambiente depositando confiança nele. É possível reconhecer que os instrumentos tecnológicos, enquanto resultados do empenho técnico-profissional, sintetizam objetivamente os sistemas peritos ou, ao menos, consolidam uma espécie de retrato ou fotografia dos sistemas. Afinal, se é fato que os sistemas peritos transcendem os instrumentos técnicos, também é fato que estes derivam daqueles e dão-lhes corpo (materialidade, *corpus*).

Os sistemas peritos permitem o fenômeno do desencaixe das relações de confiança tanto em relação ao tempo, como no tocante ao espaço (GIDDENS)²⁶. A rigor, quando consome tecnologias, o homem torna-se independente do tempo e do espaço na proporção em que – fiduciário da razão técnico-científica – confia não em outro homem, mas num dado conjunto de conhecimentos operados por homens desconhecidos. O sistema perito fornece...

“...garantias de expectativas através de tempo-espaço distanciados. Este ‘alongamento’ de sistemas sociais é conseguido por meio da natureza impessoal de testes aplicados para avaliar o conhecimento técnico e pela crítica pública (...) Para a pessoa leiga (...) a confiança em sistemas peritos não depende nem de uma plena iniciação nestes processos nem do domínio do conhecimento que eles produzem. A confiança é inevitavelmente, em parte, um artigo de ‘fé’.”²⁷.

Recorro ao exemplo de uma embalagem longa-vida de leite, consumido pela manhã. Não estive no local em que foi produzida a embalagem; tampouco presenciei o momento em que foi produzida. Ausente do local e alheio ao momento da produção, nada testemunhei acerca da fabricação. Desconheço a técnica, quem fez, como e quando. Tampouco entendo da engenharia empenhada no processo fabril da embalagem. Porém, consumo o leite nela embalado, há semanas, confiando na capacidade que possui de preservar um alimento altamente perecível e cujo consumo, acaso arruinado, pode gerar-me grave consequência para a saúde. Consumo porque confio não em quem fez (não sei quem foi), mas no conjunto de conhecimentos que o processo fabril sintetiza.

²⁴ Tudo cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, p. 61.

²⁵ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, p. 35.

²⁶ Idem, p. 36.

²⁷ Ibid., p. 36.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. Para o objeto converge todo um caudal de conhecimentos técnicos no qual tenho fé. Isto, de um lado, ratifica o objeto como fotografia do sistema perito que o produz (um *corpus* emblemático); de outro, é consequente com o fenômeno da globalização, dando-lhe parcial explicação.

Acaso as relações de confiança não se travassem entre homens, de um lado, e objetos sínteses de sistemas-peritos, de outro, seria impossível o desencaixe tempo-espacial. Só confiaríamos na embalagem tipo “longa-vida” se testemunhássemos, pessoalmente ou por um especialista a representar-nos, sua regular fabricação (simultaneidade, encaixe temporal). Teríamos que estar no lugar de fabricação da caixa do leite. Preferiríamos comprar o leite embalado por aquele que fosse nosso conhecido pessoal, julgado digno de nossa confiança (encaixe espacial). Fossem assim as coisas, a produção, distribuição e consumo de bens e serviços que se opera no ambiente da economia de mercado não seria viável, sobretudo nos patamares globalizados atuais.

Em síntese, os *sistemas peritos* são essenciais para os ganhos de escala do ciclo econômico da produção, distribuição e consumo de bens e serviços no ambiente de mercado. Além disso, emolduram um dado modo de vida. Vivemos numa autêntica sociedade tecnológica. As tecnologias nos cercam, independentemente de classe social. Meios de transporte como aviões, ônibus, automóveis, metrô; meios de comunicação como telefones, televisão, rádio, internet; fontes de energia, como hidrelétricas, termelétricas; manipulação industrial de alimentos, roupas, medicamentos, etc, são todos sínteses corporificadas dos conhecimentos expertos que constituem os *sistemas peritos*. Este cerco de objetos, cujo consumo é exigente de confiança nos *sistemas peritos*, afigura-se imanente ao nosso modo de viver e, em grande medida, irrenunciável.

De fato, a redução do emprego de tecnologias não se apresenta como meta política (a ideia-guia econômica de sustentabilidade não prega, propriamente, esta renúncia), em geral e, muito menos, como meta político-criminal. Porém, isto não significa que o direito penal não se relacione com as tecnologias, que guardam dentro de si o quanto “podem” os sistemas peritos. Junto com outros mecanismos, pretende-se empregar o direito penal (econômico, notadamente) para o gerenciamento dos riscos procedentes dos sistemas peritos, de modo a minorá-los, mantendo-se os ganhos tecnológicos. Aqui se inscreve uma nova função jurídico-penal ou, ao menos, uma releitura de suas pretensões preventivo-gerais.

Na suma: a necessidade de que os sistemas peritos operem dentro dos patamares de risco tolerado – condição essencial para que sejam merecedores de “fé” - aliada ao processo de descontrole de riscos tecnológicos assinalados no item anterior, converge para atribuir-se ao direito penal a função de contenção de riscos. O direito penal ocupa, então, novo espaço e nova tarefa. O recorte do direito penal econômico avulta como ator principal.

IV. Uma remodelação das funções jurídico-penais e o novo vulto do direito penal econômico neste contexto

Acerca do novo espaço: não era da índole do direito penal clássico - forjado como caudatário do jusnaturalismo, do contratualismo e do estado liberal burguês, para tutela

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de bens eminentemente individuais - antecipar-se aos danos, atuando somente após a efetiva lesão dos bens jurídicos que tinha por horizonte proteger. O crime de dano figurava como regra, e os crimes de perigo, como exceções.

Agora, para redução de riscos tecnológicos e controle das operações dos *sistemas peritos* em níveis de segurança, o momento da intervenção penal dá-se antes do dano efetivo ao bem da vida tutelado. Isto leva à mudança do paradigma de tipificação: minguem os crimes de dano, incham os crimes de perigo. A mera colocação do bem tutelado diante de ameaça já leva o legislador a lançar mão do direito penal para repressão do comportamento. Há consequente aumento do campo de atuação do poder punitivo estatal²⁸.

No Brasil, são bastante representativos deste fenômeno os tipos penais que tutelam as relações de consumo, em particular o art. 7º, Lei 8137/90, incisos II e IX. A cabeça do artigo anuncia: “constituem crimes contra as relações de consumo”. A seguir, enumera nove hipóteses. O inciso II incrimina o comportamento de “vender ou expor a venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”. Já o inciso IX reza: “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.” Ambos admitem forma culposa.

A ligação dos dispositivos exemplificados com sistemas peritos é evidente. A violação de prescrições administrativas atinentes à embalagem, tipo, especificação, peso e composição, bem como classificações oficiais, acaba por atingir os esforços de estado que buscam dar contornos aos sistemas peritos, organizando-os de maneira a serem merecedores de confiança por parte de pessoas leigas. De fato, assinala GIDDENS: “...há frequentemente forças reguladoras além e acima das associações profissionais com o intuito de proteger os consumidores de sistemas peritos – organismos que licenciam máquinas, mantêm vigilância sobre os padrões dos fabricantes de aeronaves, e assim por diante.”²⁹ Quando são violados estes esforços, periclitam a fidedignidade nos sistemas peritos, constitutivos da base da vida econômica numa sociedade capitalista globalizada. Atinge-se, última análise, a ordem econômica, para além de bens como a saúde pública e outros aspectos abrangidos no conceito de incolumidade pública.

Já a exposição de mercadoria em condições impróprias ao consumo fica vedada, dentre outros motivos, porque a pessoa leiga, mesmo desconhecendo as condições apropriadas para consumo de um dado produto, pode consumir pelo simples fato de que crê nos cuidados dos agentes produtores e distribuidores: raciocina que, se está à disposição, é porque o consumo do produto mostra-se viável. Do contrário, não teria, ainda na etapa fabril, ultrapassado os quesitos estabelecidos pelo fabricante de controle de qualidade. Ou, após, não seria distribuído à venda, atividade que também passa por critérios de controle e atos de inspeção, em etapas anteriores à oferta em mercado. É desta maneira que deve ser compreendida a violação do bem jurídico imediato “relações de consumo”, anunciado na já citada cabeça do art. 7º: “constituem crime contra as relações de consumo”.

²⁸ - A propósito dos motivos deste aumento, é obrigatória a obra de SILVA SÁNCHEZ, cuja edição brasileira corresponde, ainda, à 2ª. Edição espanhola. Trata-se do livro *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002, *passim*.

²⁹ - GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 37.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Quanto à nova tarefa do direito penal, liga-se à incontornabilidade de riscos provenientes de novas tecnologias. Esta, a seu turno, deriva de vários aspectos. A título não exaustivo, apontamos:

a) o fato de que as tecnologias são desenvolvidas antes para a obtenção do lucro do que para o bem comum, conquanto possam aliar ambos os fins;

b) que as agências estatais, encarregadas do controle da produção, distribuição e consumo de bens e serviços que embutem riscos, não cumprem esta tarefa, por força do desmonte do Estado próprio dos anos 90 marcadamente neoliberais. No Brasil, produziu-se amplo recuo da atuação estatal nos campos estratégicos da economia, com a concessão, em favor da iniciativa privada, das atividades atinentes a telecomunicações, produção de energia elétrica, fornecimento de água, manutenção e construção de estradas, exploração de ferrovias, dentre outros setores. Além disso, operou-se a pura e simples privatização de atividades empresárias que o Estado levava a termo, ora enquanto monopólio, ora de modo concorrente com os particulares, como a mineração, a siderurgia e serviços bancários;

c) que o respeito, guardado por agentes individualmente considerados, dos patamares permitidos de risco para bens como a saúde pública e o meio ambiente, não é suficiente para coibir o perigo de dano derivado da soma das atividades. Daqui provém a figura dos “bens jurídicos ofensíveis por acumulação”, ou “delitos cumulativos”, cuja abordagem escapa aos limites do texto, tendo com ele, porém, conexão clara: a confiabilidade em um dado sistema perito exige que seu acesso intensivo, por várias pessoas, simultânea e continuamente, não seja danoso nem arriscado, em patamares insuportáveis para bens caros à existência humana, v.g., como o já citado meio ambiente. Do contrário, míngua a confiança depositada no sistema perito;

d) que existem ganhos de escala cada vez mais consistentes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços envolventes de riscos, empregando-se meios tecnológicos velozmente fungíveis e globalizando-se todo o reportado ciclo da economia. O vetor do lucro igualmente comanda a disponibilização, no mercado, de novos sistemas peritos, tanto quanto o declínio da agência de poder estatal atenua a possibilidade de que sejam controlados, sobretudo cingindo-se o controle à via tradicional do direito administrativo³⁰, dotado de “cifras negras” tão ou mais significativas que o direito penal.

Não cabe ao direito penal, decerto, resolver todas estas questões. Todavia, tampouco é razoável que se lhe negue todo e qualquer papel em face desta realidade de mundo, diagnosticada pelos sociólogos. Portanto: a) sem exclusividade; b) somando esforços com outros ramos do direito e com mecanismos de controle social, institucionalizados ou não; c) mantidos princípios guias tradicionais da intervenção penal, como a intervenção mínima, a lesividade (*nulla poena sine injuria*), a legalidade e a culpabilidade, é possível atribuir-se ao direito penal as tarefas: 1- de contenção de riscos provenientes de tecnologias; 2- de controle social da operação de sistemas peritos, incrementando os cuidados objetivos devidos pelos respectivos operadores e exaltando a condição de garantes que assumem quanto a resultados lesivos oriundos das atividades

³⁰ - Evidente que o sistema penal, estatal, também é atingido pelo enfraquecimento do Estado. Nesta toada, parece razoável que se some, em casos graves, ao direito administrativo, como mecanismo de controle social.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de operação. Há consequente inclinação do direito penal para tipos penais culposos e omissivos impróprios.

Por fim, fica a advertência de que a seleção dos riscos a serem contidos e dos *sistemas peritos* exigentes de intervenção penal de controle deve ser submetida a critérios preocupados em compensar e conter a natural expansão do poder punitivo que o quadro desenhado acarreta. Assim, a só percepção subjetiva de riscos, desprovida de correlativos riscos objetivos, não justifica a intervenção punitiva. Sabe-se que o risco, enquanto fato futuro projetado, só existe como imagem cultural. Bem elucida ULRICH BECK que o risco é “antecipação da catástrofe”³¹, de modo que o risco mundial é, na verdade, a “representação da realidade do risco mundial”³² no plano das nossas mentes. Isto não significa que o risco seja uma espécie de fantasma. É certo que pode se apresentar como fantasmagoria, isto é, destituído de possibilidade objetiva de que obtenha concretude. Mas o avesso é possível: o risco, enquanto representação de tragédias futuras, bem pode guardar plausibilidade, sustentada em marcos objetivos (sem contradição com o fato de fugirem a condições de cálculos precisos).

Assim, o acesso a um sistema perito, desde que não balizado dentro dos patamares normativos de segurança operativa, só se mostra efetivamente ameaçador quando esta conclusão deriva de fatores de diagnóstico sólidos. Aponto três exemplos de fatores de diagnóstico: a) a recusa de atuação da indústria de seguros em determinadas hipóteses; b) a conversão do risco em tragédia efetiva em momentos passados (fatos que servem como atestados para o futuro); c) a solidez das bases científicas indicativas da potência de geração de resultados danosos provenientes de um dado sistema perito (o que dificulta a aceitação do princípio da precaução no ambiente do direito penal). Assim, não se propõe que a meta do direito penal esteja concentrada numa exclusiva preocupação com geração de confiança e segurança em face de sistemas peritos, sem quaisquer barreiras. Existem critérios objetivos que permitem evocar, ou não, a presença do direito penal.

Quanto aos crimes culposos, sugere-se que a matéria de proibição indique o *standard* de comportamento, evitando-se tanto quanto possível o apelo aos tipos penais abertos. Estes tipos são em alguma medida ofensivos ao princípio da taxatividade da norma penal, vertente da reserva legal, enunciado sob a parêmia *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Na mesma toada, a atribuição da posição de garante ao operador do *sistema perito*, com o encargo de impedir resultados que importem em dano ou perigo de dano para terceiros, não pode ser feita de modo a inviabilizar a própria realização da atividade ou - extremando-se - sufocar o destinatário da norma penal em termos tais que torne a preocupação com o outro uma espécie de razão de existir, tão presente a todo o tempo que mine a autorrealização e impeça o livre desenvolvimento da personalidade.

São prudências que, naturalmente, demandam acessar o plano concreto de cada intervenção penal, discutindo-a caso a caso. Aqui, fica gizada a advertência, incidente primordialmente nos marcos do direito penal econômico e ambiental. Ambos são setores em que o alargamento do espaço da atuação do direito penal, mediante assunção de novas tarefas, vem se mostrando mais frequente.

³¹ - BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós, 2008, p. 27.

³² - Idem, p. 27.

Bibliografia

- BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- CHÂTELET, François. *Uma História da Razão. Entrevistas com Émile Noël*. Lisboa: Editora Presença, 1993.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Milênio: uma história de nossos últimos mil anos*. São Paulo- Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- HOBSBAWM, Eric. *Guerra y paz en el siglo XXI*. Trad. Beatriz Equibar et alii. Barcelona: Crítica, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JOÃO, DO RIO. *João do Rio – Uma Antologia*. Org. Luis Martins. 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007.
- LO RUSSO, Michelantonio. *L'avventura del rischio*. Catanzaro: Rubbettino, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. LUIZ GRECO. São Paulo: Renovar: Rio de Janeiro e São Paulo: 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002.
- SCHWARTZ, Hillel. *Fim de século*. Trad. Virgílio Freire. 5ª. Ed. São Paulo: Cultura, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

AS ORIGENS IDEOLÓGICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO¹²³

Francisco Muñoz Conde

Doutor *Honoris Causa*. Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha. Autor de inúmeras obras no campo de Direito Penal e da Criminologia.

Resumo: A partir da exposição de seus antecedentes teóricos, trata-se do direito penal do inimigo, proposto na atualidade por Günther Jakobs, evidenciando-se as semelhanças ideológicas e jurídicas de referida concepção com os modelos de intervenção estatal adotados em regimes autoritários, tais como o nacional-socialismo alemão, com o fim de advertir, por meio de análise crítica, acerca da incompatibilidade da coexistência de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo no âmbito de um Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo - Política criminal - Estado de Direito - Nacional-socialismo

Abstract: Based on the exhibition of its theoretical antecedent, this article addresses criminal law of the enemy currently proposed by Günther Jakobs, showing the ideological and legal similarities of such conception and the models of state intervention adopted by authoritarian regimes, such as the German national socialism, with the objective of showing, by means of a critical analysis, the incompatibility of coexistence for criminal law of the citizen and criminal law of the enemy in the scope of the rule of law.

Keywords: Criminal law of the enemy - Criminal policy - Rule of law - National-socialism

Sumário: 1. Albin Eser vs. Günther Jakobs. 2. A tese de Jakobs. 3. Alguns antecedentes do direito penal do inimigo. 4. A tese "amigo-inimigo" em Carl Schmitt. 5. O direito penal do inimigo no momento presente.

¹ Resumo e palavras-chave elaborados pela tradutora.

² Tradução do texto original *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo* por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Prof. Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora-chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

³ O presente trabalho corresponde à versão escrita de duas conferências proferidas durante o primeiro trimestre de 2010 nos Cursos de Derecho Penal, da Universidade de Salamanca, e no Dottorato di Ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico Europeo, da Faculdade de Direito da Universidade de Catanzaro. Agradeço as observações dos participantes de referidos cursos e especialmente aos convites formulados por seus coordenadores, prof. Dra. Ana Pérez Cepeda (Salamanca) e prof. Dr. Massimo La Torre (Catanzaro).

ALBIN ESER VS. GÜNTHER JAKOBS

Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o prof. Günther Jakobs, então catedrático de direito penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a "má notícia" de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um direito penal do cidadão, um "direito penal do inimigo" (Feindstrafrecht), em cujo âmbito, a fim de manter a "segurança cognitiva", dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do direito penal de um Estado de Direito,⁴ muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema.⁵

Em geral, a maioria desses autores mostrou-se contrária à tese de Jakobs, refutando a ideia de que nas atuais sociedades democráticas seja necessário um "direito penal do inimigo" e, em todo caso, que referido direito penal seja compatível com o Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos. Pioneiro nessa crítica foi o então diretor do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg im Breisgau, o também catedrático de direito penal, Albin Eser, o qual, em seu discurso de encerramento do mencionado congresso de Berlim, respondeu a Jakobs que sua tese era muito similar às do Estado de Não Direito nacional-socialista, recordando-lhe as consequências da adoção desse último para a Alemanha.

Dizia exatamente Eser:

"Essa 'frieza' que se deduz da concepção reduzida à lesão normativa assusta ainda mais quando contraposta à coexistência proposta por Jakobs de um 'direito penal do cidadão', respeitoso ao Estado de Direito e um 'direito penal do inimigo' emanado do poder estatal. Inimigo como 'não pessoa' é uma consideração que já conduziu à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é 'cidadão' e quem é 'inimigo'. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas

⁴ Vide Jakobs, Günther. La ciencia penal ante los retos del futuro. In: Munõz Conde, Francisco(coord.). Eser; Hassemer; Burkhardt. La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio. Trad. Teresa Manso. Valencia, 2004, p. 59 e ss. (referido trabalho pode ser encontrado em versão alemã original na obra coletiva que reúne as palestras e intervenções realizadas durante o Congresso de Berlim, no início de outubro de 1999. Vide Eser; Hassemer; Burkhardt. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessung und Ausblick. München, 2000, p. 53 e ss.). A expressão alemã Feindstrafrecht fora já utilizada pelo mencionado autor em sua conferência durante as Jornadas de Penalistas Alemães de Frankfurt, em 1985, ainda que em sentido mais crítico (vide Jakobs, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 97, 1985, p. 751 e ss. Há tradução espanhola de Enrique Peñaranda Ramos em Jakobs, Günther. Estudios de derecho penal. Madrid, 1997).

⁵ A bibliografia já existente a respeito é quase inabarcável, podendo-se encontrar uma boa partedela em diversos livros coletivos, entre os quais cabe mencionar, na Espanha, coordenado por Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. *El derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, Madrid, 2006; na Italia, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna, 2007; na Alemanha, *Kritik des Feindstrafrechts*, editado por Thomas Vormbaum com a colaboração de Martin Asholt, Berlin, 2009.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

consequências que deles possam derivar - e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica."⁶

A resposta de Eser, um tanto amarga e extemporânea em um discurso de encerramento quando Jakobs já não tinha possibilidade de responder, produziu entre muitos participantes daquele congresso um sentimento contraditório de desconforto, por um lado, porém também de aprovação, por outro, ao se ver como um dos principais representantes do direito penal alemão (nada menos que o Diretor do *Max Planck Institut* de direito penal) colocava o dedo na ferida mais lacerante do passado recente na Alemanha, no regime nacional-socialista e na participação que em algumas de suas construções jurídicas mais aberrantes teve um dos penalistas alemães mais destacados, o catedrático de direito penal da Universidade de Munique, Edmund Mezger, "em cujo Tratado - afirma Eser -, aprendi de boa-fé direito penal em meados dos anos cinquenta, ignorando então sua capacidade de adaptação dogmática".⁷

Confesso que aquelas palavras de Albin Eser produziram em mim um forte impacto, ao ouvir pela primeira vez na Alemanha em um foro público algo que naquele momento estava buscando averiguar: os vínculos que o famoso penalista Edmund Mezger havia tido com o regime nazista e as relações que podiam ter algumas concepções teóricas recentes, como a que acabava de fazer Jakobs, com construções teóricas similares estabelecidas anteriormente por alguns juristas para legitimar o regime nazista e as aberrações jurídicas cometidas nesse âmbito. Também eu havia estudado em meus primeiros anos de formação como penalista o Tratado de direito penal de Mezger e também de boa-fé acreditava, então, que alguém de tão alto nível dogmático somente podia ser um jurista respeitoso às regras e princípios básicos do direito penal do Estado de Direito.⁸ Por isso, assim como ocorreu com Eser, não pude deixar de manifestar minha surpresa e também - por que não dizê-lo? - minha indignação quando pouco tempo depois pude comprovar documentalmente que Mezger não apenas, como dizia Eser,⁹ "após haver erigido o princípio da legalidade ao mais alto nível, pouco depois o degradou e logo voltou a colocá-lo nas alturas, em consonância às transformações políticas da época", como também colaborou diretamente na elaboração de um dos engendros jurídicos mais repugnantes do regime nacional-socialista, no âmbito de um projeto de lei de tratamento dos "estranhos à comunidade" (*Gemeinschaftsfremde*), para os quais propunha a internação em campos de concentração por tempo indefinido, sua esterilização para evitar uma herança indesejável, a castração dos delinquentes sexuais, incluindo entre eles os homossexuais, e, se a defesa da sociedade assim o requeresse, sua condenação a morte; e tudo isso sem limites nem garantias para além da simples decisão da polícia do regime nacional-socialista.¹⁰ E a fim de fundamentar suas propostas e de não entrar em contradição com as construções dogmáticas que havia demonstrado em seu Tratado e em outros trabalhos de tipo dogmático, propunha a

⁶ Eser. Consideración final. In: Eser; Hassemer; Burkhardt. Lug. cit. Trad. Carmen Gómez Rivero, p.472.

⁷ Idem.

⁸ Vide Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la reedición argentina del tratado de derecho penal de Edmund Mezger*. Buenos Aires, 2010.

⁹ Eser, lug. cit.

¹⁰ O texto desse Projeto de Lei e os respectivos informes escritos por Mezger podem ser vistos em Francisco Muñoz Conde. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4. ed. Valencia, 2004, p. 193 e ss. (Há uma versão dessa edição em português, traduzida por Paulo Busato, sob o título *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, 2005, e outra em alemão, trad. por Moritz Vormbaum, intitulada *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin, 2007).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

existência de dois (ou mais) direitos penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro distinto dirigido aos que denominava "estranhos ou inimigos da comunidade", para os quais simplesmente propunha a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências nem controles jurídicos além da pura e simples vontade da polícia do regime nazista.¹¹

Por tudo isso, parece-me necessário também agora que, como dizia Eser naquela ocasião, "na medida em que o futuro deva configurar-se de forma coincidente com o passado e a partir de seus ensinamentos, leve-se a cabo uma investigação básica sobre até que ponto as aberrações nacional-socialistas de nossos antepassados estavam já implícitas em suas teorias ou apenas se explicam por debilidade pessoal".¹² Porém a isso acrescentaria a necessidade de investigar e analisar também até que ponto algumas construções jurídicas do presente, como a que propõe Jakobs com seu direito penal do inimigo, não implicam volta ao passado e encerram o perigo de legitimar de algum modo um retorno ao modelo de Estado autoritário que teve tão graves consequências não apenas para a Alemanha, como também para o mundo em geral. Ocupar-me-ei dessas questões nas epígrafes seguintes.

A TESE DE JAKOBS

Certamente, Jakobs não chega tão longe como chegou Mezger em suas concepções e propostas. Na conferência antes aludida e em outros trabalhos posteriores,¹³ o autor simplesmente limita-se a descrever e assumir como uma realidade inevitável, por mais que, segundo ele próprio, possa resultar desagradável e até repugnante (*anstössig*), as características do que define como um "direito penal do inimigo" e que são, em sua opinião, as seguintes:¹⁴

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive "penas draconianas";
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito a devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica etc;
3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do direito penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra "inimigos", os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara "não pessoas" (*Unpersonen*), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se,

¹¹ Vide os informes desse autor para o referido Projeto de Lei em Muñoz Conde, idem.

¹² Eser, *lug. cit.*

¹³ Cf., por exemplo, Jakobs, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (Trad. para o espanhol por Manuel Cancio Meliá e constante do livro conjunto Günther Jakobs; Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003 (publicado também em Buenos Aires, 2005).

¹⁴ As afirmações que seguem foram tomadas, de forma resumida, do artigo de Jakobs citado na nota 4.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às "pessoas".¹⁵

A atitude de Jakobs frente a esse "direito penal de inimigo" é, em princípio, meramente descritiva, porém tanto em sua conferência de Berlim, como em trabalhos posteriores, considera que, por mais amarga e desagradável que seja sua existência, é uma realidade e uma necessidade inegável que demonstra também nas sociedades democráticas "a impossibilidade de uma juridicidade total",¹⁶ e o reconhecimento de que frente a determinados sujeitos, os denominados "inimigos", o Estado não pode proceder de outro modo senão com instrumentos contundentes, para além do admissível em um Estado de Direito, ainda que às custas do desrespeito de alguns de seus direitos fundamentais.

Com isso, sem dúvida referido autor abre as portas para um direito penal ilimitado, no qual são perfeitamente admissíveis a criminalização da simples dissidência ou de expressões em favor de ideias extremistas, as penas "draconianas", inclusive da pena de morte, extrapolando a ideia de proporcionalidade, e a restrição de alguns direitos processuais do imputado ou a utilização de meios de prova ilícitos, como a tortura.

Parece óbvio que ao prof. Jakobs não devam agradar as consequências extremas desse direito penal do inimigo, contudo é evidente também que, sendo esse o caso, há de se admiti-las como necessárias e inevitáveis, sem outro recurso senão lamentar que isso ocorra e desejar que a piedade e compaixão humanas reduzam ou limitem seus efeitos a níveis humanamente suportáveis.¹⁷

Ao menos isso é o que cabe deduzir de suas concepções, sendo a dedução da maioria dos autores que se pronunciaram sobre elas, começando pelo pioneiro dessas críticas, Albin Eser, por mais que alguns tenham buscado justificar a postura de Jakobs aduzindo que sua atitude é meramente descritiva. Ao contrário, da leitura de seus textos não se pode, a meu juízo, deduzir outra coisa senão que Jakobs legitima e defende a

¹⁵ Cf. Jakobs, op. cit., na nota 5.

¹⁶ Jakobs, Günther. *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità. Delitto politico* cit., (versão italiana realizada por Luigi Cormacchia de um artigo publicado por Jakobs na Alemanha e em outros países e do qual há também tradução espanhola).

¹⁷ A esse respeito afirma Jakobs, *idem*, p. 128-129: "Certamente pode ser necessário que a força com que se exige o cumprimento das obrigações se converta desde logo em algo que se pode chamar de tortura, um modo de atuar que despersonaliza o sujeito passivo da tortura. Esse seria o âmbito da relação com o inimigo. Um Estado que admite que se deva derrubar um avião com ocupantes inocentes não pode conceder todas as garantias do Estado de Direito aos agentes culpáveis. Em outras palavras, as vítimas potenciais do abate do avião têm uma pretensão legítima frente ao Estado a que este busque evitar com todos os meios que se chegue a essa situação de necessidade. Novamente, em outras palavras, existe em Direito uma proibição absoluta de tortura, que corresponde ao conteúdo conceitual puro e simples do Direito; porém o problema se põe de modo diverso, isto é, nos seguintes termos: se o Estado pode permanecer no Direito sempre e frente a todos". Por diversas razões, entre outras a proibição universal absoluta de tortura como meio de prova e castigo, pronunciei-me expressamente contra essa possibilidade em vários trabalhos. Vide, por todos, Francisco Muñoz Conde. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires, 2008. Igualmente, ocupei-me em outros trabalhos monográficos das teses de Jakobs, alguns dos quais reunidos na segunda edição de meu *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires, 2008. Alguns desses trabalhos encontram-se também nos livros coletivos mencionados na nota 6. Em relação ao exemplo apontado por Jakobs para justificar que em casos extremos se possa admitir a tortura, da possibilidade de disparar e derrubar um avião de passageiros sequestrado por um grupo de terroristas para chocá-lo contra um objetivo militar ou contra um edifício repleto de pessoas, apenas cabe dizer que o Tribunal Constitucional Federal de Alemanha declarou inconstitucional o dispositivo da Lei de Navegação Aérea alemã que admitia tal possibilidade.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

necessidade do direito penal do inimigo, sem que o preocupem em absoluto os perigos que sua tese aparentemente descritiva possa representar para a ideia do Estado de Direito.¹⁸

Poder-se-ia dizer em favor de Jakobs que sua concepção é puramente teórica e que, como tal, não se lhe pode atribuir a responsabilidade pelas consequências negativas que esta possa ter no mundo real, ou, como se diz no preâmbulo de algumas obras de ficção, que "qualquer semelhança de sua tese com a realidade é pura coincidência". Porém a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos muito concretos e extremos, termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito. E disso temos exemplos claros na história recente da Alemanha com o nacional-socialismo, na da Itália com o fascismo, na da Espanha com a ditadura de Franco, na da antiga União Soviética e em outros países do leste da Europa durante o regime das ditaduras comunistas, como também atualmente em outros muitos países, e especialmente nas atrocidades cometidas nos campos de detenção criados pelo Governo dos Estados Unidos da América após o atentado terrorista de 11.09.2001, após a invasão do Afeganistão e Iraque, em Abu Chraig e Guantánamo, apenas para mencionar os casos mais conhecidos de abusos e violações de direitos humanos cometidos pela Administração e pelo Exército daquele país, sob o amparo da legislação de emergência (*Patriotic Act*) criada na sequência do atentado.

ALGUNS ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Seria injusto, contudo, considerar que o direito penal do inimigo seja uma construção ou uma invenção jurídica criada por Jakobs. Como dissemos antes, na mesma Alemanha e não somente durante o regime nacional-socialista, podem ser encontradas teses e construções análogas ou com o mesmo significado político-jurídico, ainda que com nomes ou nuances diversos.

Nesse sentido, compartilho da opinião mantida por diversos historiadores fora e dentro do âmbito jurídico, e neste último campo sobretudo por Thomas Vormbaum,¹⁹ segundo a qual muitas das construções jurídicas do nacional-socialismo não constituíram mais do que a radicalização levada até suas últimas consequências de concepções de diversas procedências ideológicas que estavam já bastante elaboradas e inclusive vinham sendo praticadas em outros países antes do que na Alemanha nazista.

Assim, por exemplo, precedentes da seleção racista levada a cabo pelos nazistas encontram-se nas ideias evolucionistas do darwinismo social, nas teorias lombrosianas do "delinquente nato", nas propostas eugênicas de Galton, nas leis de imigração norte-americanas do início do século XX, nas esterilizações obrigatórias de doentes mentais e

¹⁸ Essa atitude de rechaço à concepção teórica de Jakobs pode ser vista na maioria dos artigos reunidos nos livros coletivos citados na nota 6. Apenas um grupo absolutamente minoritário insiste no caráter descritivo da tese de Jakobs, sem afirmar aberta e claramente se seu direito penal do inimigo é ou não compatível com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

¹⁹ Vide, de Jakobs, *Einführung in die juristische Zeitgeschichte*, Berlin, 2009, p. 271 e ss., e minha resenha a essa obra na *Revista Penal* 24, 2009.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de portadores de enfermidades hereditárias nos países escandinavos e em alguns Estados dos Estados Unidos da América etc.

É, porém, nessa mesma ciência penal alemã onde se pode traçar uma "linha vermelha" que, desde o fim do século XIX, conduz a posições teóricas similares às que atualmente defende Jakobs. Nesse sentido, podem-se mencionar os nomes de Franz Von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, que, embora com diferentes nuances e em épocas e regimes políticos diversos, defenderam ideias que podem ser consideradas como antecedentes imediatos do direito penal do inimigo. Além disso, esses autores, da mesma forma que Jakobs, também eram cultivadores da dogmática jurídico-penal, isto é, de uma concepção do direito penal fundamentalmente teórico-sistemática, em cujo respectivo âmbito, a partir do direito penal positivo, se elabora uma teoria geral da imputação na qual, de modo sequencial, passo a passo, vão-se distribuindo sistematicamente os elementos ou categorias que fundamentam a responsabilidade penal: a tipicidade e a antijuricidade do fato e a culpabilidade de seu autor. Nesse sentido, no cabe dúvida de que a dogmática penal alemã seja a técnica sistematizadora do direito penal melhor elaborada entre as atualmente existentes. Sua perduração durante mais de um século, apesar de suas distintas versões existentes (causalista, finalista, funcionalista), e sua recepção em outros países demonstram a solidez de suas bases metodológicas e sua utilidade para uma correta interpretação do direito penal positivo de qualquer país.²⁰

A muitos dos mais qualificados representantes de tal dogmática penal, todavia, não lhes escapou que essa poderia ser um obstáculo para o enfrentamento de determinados problemas sociais e formas de criminalidade consideradas especialmente preocupantes e ameaçadoras da estabilidade da ordem social, estabelecendo-se com isso um conflito que apenas poderia ser resolvido com o sacrifício de uma em benefício da outra.

Um desses autores foi o catedrático de direito penal da Universidade de Berlim entre o final do século XIX e o princípio do XX, o prof. Franz Von Liszt, o qual, ainda que de origem austríaca, desenvolveu a maior parte de sua carreira acadêmica nas Universidades alemãs de Giesen, Marburgo e Berlim. Para Von Liszt, estava claro, em princípio, que o direito penal deveria ser "a barreira intransponível da política criminal". Sob seu ponto de vista, o direito penal teria que oferecer um baluarte inexpugnável a qualquer concepção político-criminal que quisesse acabar com a criminalidade a todo custo e a qualquer preço, prescindindo de princípios básicos, tais como, por exemplo, o da legalidade dos delitos e das penas, os quais qualificava como "Magna Carta (LGL\1988\3) do delinquent" e "base inexpugnável" para a política criminal.²¹

Porém, imediatamente o autor austríaco se dá conta de que tal concepção poderia representar um obstáculo para combater eficazmente um problema que tanto ele como a maioria dos penalistas e criminólogos de sua época consideravam como um dos piores males sociais: a reincidência no delito. A esse respeito, Von Liszt afirmava que os

²⁰ Sobre isso vide, por exemplo, Francisco Muñoz Conde. *Universalizing Criminal Law*, *In Tulsa Law Review*, 2007, e, do mesmo autor, *La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino*, *Homenaje al Profesor Santiago Mir*, 2010.

²¹ Von Liszt, *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, *Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung* 1893; *Mitteilungen*, Bd. IV. *Strafrechtliche Vorträge a.a.O.*, Bd. 2, 77.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

reincidentes habituais, os quais incluía no grupo dos delinquentes que denominava "incurrigíveis", eram:

"O elo certamente mais importante e perigoso dessa cadeia de patologias sociais, que denominamos sob o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente. Todos esses constituem o exército de inimigos principais da ordem social, entre os quais os delinquentes habituais constituem o Estado maior."²²

Em relação a esse tipo de "inimigos da ordem social", entre os quais incluía, além dos delinquentes habituais, também os "mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente", Franz Von Liszt não parecia muito disposto a ser conseqüente com a concepção garantista que poucas páginas antes em sua monografia havia proposto como missão do direito penal frente à política criminal. Em sua opinião, as pessoas que, por sua forma de vida, podiam ser consideradas um perigo para a ordem social, tinham que ser simplesmente "inocuízadas". E, na sequência, descrevia como deveria levar-se a cabo essa "inocuízação" (*Unschädlichmachung*), do seguinte modo:

"A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campos de trabalho, em 'servidão penal', com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível de sua força de trabalho sem excluir como sanção disciplinar a pena de açoites e com a conseqüente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum."²³

Pouco antes dessa afirmação, Von Liszt já havia proposto a mesma ideia em uma carta pessoal a outro penalista, Dochow, com o qual havia fundado a atualmente considerada mais importante revista alemã de direito penal, a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Nessa carta dizia o seguinte:

"O trabalho forçado com disciplina militar, com o menor gasto possível, até que esses bandidos sejam arruinados. Indispensável a pena de açoites. A inocuízação deve levar-se a cabo às suas custas e não às nossas. Alimentá-los, dar-lhes ar e movimento conforme princípios racionais é um abuso do dinheiro dos contribuintes."²⁴

Naturalmente, com este programa Von Liszt pensava que era possível prescindir da pena de morte, não por razões de humanidade, e sim de mera conveniência ou utilidade:

²² Vide Franz von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, publicado originalmente em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. III, e logo reunido em seu *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimpressão de 1975), t. I, p. 163. Há tradução em espanhol de Enrique Aimone Gibson, com prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, sob título *La idea de fin en el Derecho penal*, e outra de Carlos Pérez del Valle, com prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990. Há também uma tradução em italiano de Alessandro Alberto Calvi, sob título *La teoria dello scopo nel Diritto penale*, Milano, 1962. Sobre isso remeto a meus trabalhos *Das Erbe Franz von Liszts, Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010; e Franz Von Liszt, als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker. *Festschrift für das 200 jährige Bestehen der Willhelm-Universität Berlin*, 2010.

²³ Franz Von Liszt, *idem*, p. 180.

²⁴ Carta pessoal de Von Liszt a Dochow, de 21.11.1880, citada por Radbruch *Elegantiae IurisCriminalis*, constante em Gustav Radbruch *Biographische Schriften*, editada por Günter Spendel, Heidelberg, 1988, p. 45).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

"Se não queremos decapitá-los, nem podemos deportá-los, não nos resta outra alternativa senão encarcerá-los de forma vitalícia ou por tempo indeterminado."²⁵

Conforme se depreende da leitura desses textos, para Von Liszt, em relação aos que denominava "incorrigíveis", o direito penal não representava mais "a barreira intransponível da política criminal", mas sim o veículo por meio do qual se teria que exercer uma política criminal de luta e aniquilamento ou "inocuidade" de um determinado grupo de delinquentes ou pessoas marginalizadas socialmente, aos quais desdenhosamente denominava "proletariado" e "principais inimigos da ordem social". No fundo, com sua classificação dos delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis,²⁶ o que Von Liszt chegou a propor foi a existência de dois ou mais tipos de direito penal, correspondente cada um a duas classes de política criminal diferentes: (a) uma limitada por princípios jurídicos respeitosa aos direitos individuais e (b) outra sem nenhum tipo de limites, de luta e de extermínio daqueles que representavam um perigo à ordem social e eram classificados como incorrigíveis (considerando como tais mais da metade da população carcerária existente nesse momento na Alemanha).²⁷

Não é estranho, pois, que sua proposta tenha sido criticada e rejeitada em razão de sua incoerência por outro grande penalista alemão da época, o catedrático de direito penal de Leipzig, Karl Binding, que mantinha uma concepção distinta da pena, baseada na retribuição da culpabilidade, rechaçando em consequência a pena de segurança fundada na pura periculosidade que propunha Von Liszt.

Porém, tampouco a proposta de Binding em relação ao tratamento penal dos reincidentes ficava atrás em relação à de Von Liszt no que se refere à dureza e contumácia. Simplesmente, ainda que partindo de pressupostos metodológicos distintos, Binding afirmava o mesmo e inclusive coisas ainda mais graves:

"A pena é outra coisa, algo mais elevado e mais nobre. O que há de ser feito é configurá-la de um modo mais contundente contra a reincidência criminal e utilizá-la como forma de inocuidade da 'espécie criminal', inclusive agravando-a se for necessário, no caso de reincidência, até a prisão perpétua ou a pena de morte."²⁸

Desde logo, a proposta de Binding não dista muito da de Von Liszt, sobretudo tendo-se em conta que ambas se referem à reincidência, sem especificar se se trata de delitos graves, e sem exigir, portanto, nenhum tipo de limite fundado na ideia de culpabilidade ou ao menos de proporcionalidade. No fundo, tinha, pois, razão Von Liszt quando respondia a Binding afirmando²⁹ que não importava tanto o nome que se

²⁵ Von Liszt, *Der Zweckgedanke* cit., p. 169. Veja-se também V. Liszt *Bemerkungen zum Entwurf eines Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, em *Strafrechtliche Aufsätze* cit., t. II, p. 182: "A decisão final deve ser reservada aos fatores políticos competentes (...). Sua manutenção será aprovada por aqueles que concedem mais valor às considerações políticas do que por aqueles que são afetados por considerações idealistas, que frequentemente são patologicamente humanitárias".

²⁶ Von Liszt, *lug. cit.*, p. 126.

²⁷ Von Liszt, *lug. cit.*, p. 168-169: "Essas cifras (as da estatística prussiana) demonstram que ao menos a metade de todas essas pessoas que ano após ano povoam nossos cárceres são delinquentes habituais incorrigíveis".

²⁸ Cf. Binding no prólogo a seu *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906.

²⁹ Von Liszt. *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. Strafrechtliche Vorträge* cit., p. 368: "Nesse ponto, não há que se dar importância ao nome que se confira à criatura. Isso constitui algo precisamente amigável no procedimento de nossos opositores, que restam satisfeitos quando se mantêm os velhos nomes veneráveis. No 'castigo' dos delinquentes habituais não se pode exceder o equilíbrio entre culpabilidade e expiação, porém contra 'medidas de segurança' perpétuas ou de longa duração, aplicadas após o cumprimento

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

quisesse dar à "criatura", pena ou medida, porque de fato tanto uma como outra, no caso dos reincidentes, tinham a mesma finalidade, isto é, a inocuização daqueles que Binding, ainda de forma mais dura do que Von Liszt, chamava "espécie criminal".

Sob esse ponto de vista, a famosa "Luta de Escolas" (*Schulenstreit*) que dividiu os penalistas alemães do final do século XIX entre os que defendiam uma pena orientada à prevenção (a denominada Escola Moderna, encabeçada por Von Liszt) e os que defendiam a pena como retribuição (a chamada Escola Clássica, encabeçada sobretudo por Binding),³⁰ não se deu no que se refere ao tratamento que deveria ser dado aos reincidentes, em relação aos quais os dois mais destacados representantes de ambas as Escolas defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: a inocuização, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte.³¹

Poder-se-ia indagar até que ponto a atitude de Binding em relação a esse problema era coerente com sua concepção acerca da pena como retribuição da culpabilidade, porque ainda que se entenda que a reincidência é simplesmente produto de uma maior culpabilidade, o que certamente é mais do que discutível, não parece justificado que em delitos de escassa gravidade, como, por exemplo, um furto, a reincidência possa motivar nada menos que a aplicação da prisão perpétua ou da pena de morte. A postura de Binding revela-se, porém, ainda mais surpreendente se analisada sob o ponto de vista exclusivamente retributivo com o qual o autor enfocou sua obra magna *Die Normen und ihre Übertretung*, na qual há passagens claramente contrárias à fundamentação de uma reação punitiva na simples periculosidade do delinquente.³² Ainda menos coerente com essa concepção majestática da pena como retribuição é a proposta feita por Binding anos mais tarde, já no último ano de sua vida, em uma famosa monografia que escreveu em colaboração com o psiquiatra Hoche, na qual se propunha simplesmente o extermínio dos "seres desprovidos de valor vital", exibindo um utilitarismo pragmático desprovido do menor sentimento compassivo e humanitário em relação às pessoas que

da pena, nada têm que objetar nossos opositores. A Justiça 'retributiva' não permite, afirmam, dois anos de prisão a vagabundos incorrigíveis, porém estariam de acordo conosco em aplicar-lhes a muito mais grave internação em uma casa de trabalho por cinco anos. Chamemo-la, pois, medida de segurança ou casa de trabalho; tomemos o que podemos aceitar". Tenha-se em conta que Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, 2. ed. Leipzig, 1914, p. 464, vol. 1, t. II) não rejeitava a aplicação de medidas de natureza puramente policial contra os não culpáveis, porém perigosos; o único que rechaçava era sua denominação com o "venerável nome de pena", o que de algum modo justifica a resposta de Von Liszt.

³⁰ Sobre esse duplo e aparentemente contraditório modo de entender o sentido da pena, viderecentemente Winfried Hassemer. *Warum Strafe sein muss?* 2. ed., 2009, p. 50 e ss.

³¹ Tem razão, pois, Naucke, "Schulenstreik"? *Festschrift für Hassemer*, p. 559 e ss., quando questiona que realmente se possa falar de uma "Luta de Escolas", já que ambas em muitas questões mantinham critérios parecidos. Também Thomas Vormbaaum. *Einführung* cit., p. 137 e ss., relativiza o contraste entre ambas as Escolas.

³² Vide, por exemplo, o que Binding afirma no tomo II, vol. 1, p. 462-464 de sua obra capital, *Die Normen und ihre Übertretung* cit., onde defende com toda energia que o enfermo mental no pode ser considerado responsável penalmente por faltar-lhe a culpabilidade, considerando que a tese que estabelece como fundamento da sanção penal a periculosidade, como o fazem Ferri e Von Liszt, desconhece a diferença fundamental que existe entre os seres imputáveis e, portanto, culpáveis, daquilo que fazem, e os que não o são, advertindo que a equiparação de ambos sob a etiqueta da periculosidade despreza direitos fundamentais da personalidade. Todavia, como já se afirmou na nota 29, Binding não tinha inconvenientes em admitir a aplicação de medidas de caráter policial aos não culpáveis, porém perigosos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

considerava carentes de valor vital (acometidas de enfermidades mentais incuráveis ou em estados de inconsciência permanente).³³

E se esses programas de inocuidade ou até mesmo de extermínio físico dos "incorrigíveis" eram já mantidos por ilustres penalistas em um momento de máximo esplendor econômico, científico e tecnológico da poderosa Alemanha do final do século XIX, podemos imaginar os ventos que corriam nessa mesma nação, após sua derrota na Primeira Guerra Mundial (1914/1918), e as humilhantes condições que lhe impuseram as potências vencedoras no Tratado de Versalles, que provocaram uma crise econômica e social de grandes dimensões, com mais de sete milhões de desempregados.

Em tais circunstâncias, foi um discípulo direto de Von Liszt, o penalista e filósofo do direito Gustav Radbruch, que, a partir de seu cargo de Ministro da Justiça em um governo socialista (1922), durante a República de Weimar, elaborou um Projeto de Código Penal (LGL\1940\2) no qual, entre outras novidades, introduziu a denominada "Custódia de Segurança" (*Sicherungsverwahrung*), uma medida de segurança que permitia o prolongamento por tempo indefinido da pena privativa de liberdade para os delinquentes "habituais e profissionais", uma vez que esses haviam cumprido a pena de prisão que se lhes havia imposto.³⁴ É certamente contraditório que um ilustre penalista e democrata como Radbruch, que a todo custo defendia também em seu Projeto o princípio da culpabilidade como fundamento da pena, assumisse uma ideia de controle adicional e indefinido da pena de prisão pela via de uma medida de segurança. Porém, como afirmou Eberhard Schmidt em sua introdução à publicação de tal Projeto, "frente a esse problema central da política criminal e da dogmática jurídico-penal o Ministro de Justiça Radbruch não podia se sentir tão livre como o intelectual Gustav Radbruch".³⁵ E, efetivamente, naquela época de pleno desastre econômico e social, como consequência da derrota na Primeira Guerra Mundial e das sanções econômicas impostas à Alemanha no Tratado de Versalles, com um desemprego de sete milhões de pessoas e um aumento da criminalidade e da insegurança social até então desconhecido na Alemanha, era evidente que nessa situação o Ministro de Justiça ou se demitia, se quisesse ser coerente até as últimas consequências com suas ideias da pena como sanção proporcional à gravidade do delito e adequada à culpabilidade do autor, ou se mantinha em seu cargo, buscando um difícil equilíbrio entre seus princípios dogmáticos e uma política criminal contundente contra os delinquentes habituais e profissionais que naquele momento lhe exigia o Governo ao qual pertencia.

³³ Vide Karl Binding; Alfred Hoche. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihr Mass und Ihre Form*, 1920. Há uma reimpressão de 2006, com uma interessante e ilustrativa introdução de Wolfgang Naucke. Também existem traduções em outros idiomas, dentre as quais destaca-se a realizada por Bautista Serigós. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Buenos Aires, 2009, com um interessante prólogo de Raúl Zaffaroni. Tanto Naucke como Zaffaroni advertem sobre a incoerência dessa proposta eutanásica em relação à sua concepção retributiva da pena, ainda que ambos estejam de acordo que uma interpretação *sui generis* de sua concepção acerca das normas podia levar Binding a inventar normas que permitiram o que, no meu entender, não consistia em outra coisa senão uma concepção puramente pragmática e utilitarista do ser humano, subordinada a interesses estatais e até mesmo econômicos (vide meu comentário ao prólogo de Zaffaroni a esse e a outro livro de Mezger e Grispigni sobre o direito penal nacional-socialista, Muñoz Conde. *El penalismo olvidado*, *Revista Penal* 26, 2010).

³⁴ Vide a Exposição de Motivos de seu *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922) (publicado posteriormente com um prólogo de Thomas Dehler e uma introdução de Eberhard Schmidt, 1954), p. 57, e o art. 45 de referido Projeto.

³⁵ Schmidt, na introdução ao Projeto de Radbruch, cit., p. XII.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Esse projeto de Radbruch, assim como outros que o sucederam na República de Weimar até 1933, não chegou a se converter em lei, porém pouco depois da chegada dos nacional-socialistas ao poder no início de 1933, rapidamente assumiu-se no respectivo programa político-criminal as propostas mais reacionárias anteriormente feitas por Von Liszt e Radbruch sob postulados ideológicos distintos. E já desde o primeiro momento aprovou-se uma lei sobre a delinquência habitual, na qual pela primeira vez se convertia em Direito vigente a internação em custódia de segurança por tempo indeterminado dos delinquentes habituais, inclusive em delitos menos graves, abrindo-se paralelamente os campos de concentração, nos quais não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime nacional-socialista, como também os delinquentes habituais, ou simplesmente marginalizados sociais, como prostitutas, mendigos, alcoólatras, tóxicodependentes etc, detidos durante as invasões policiais levadas a cabo nas grandes aglomerações urbanas já desde os primeiros momentos do regime nacional-socialista.³⁶ Ao mesmo tempo, criou-se uma lei para a prevenção de enfermidades hereditárias, que impunha a esterilização obrigatória aos seus portadores, e iniciaram-se as medidas de depuração racial, com objeto de eliminar da função pública os judeus, as quais culminaram nas Leis de Nuremberg, que, além da exclusão da cidadania e da privação de outros direitos aos alemães de origem judaica, criou o delito de "ultraje à raça" (*Rassenschande*) para castigar as relações sexuais entre judeus e pessoas de raça ariana.³⁷

O ápice disso tudo consistiu, já quase no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Guerra Mundial, na elaboração de um projeto de lei para o tratamento dos "Estranhos à Comunidade" (*Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde*), na qual intervieram de forma destacada o penalista Edmund Mezger e o criminólogo Franz Exner, ambos catedráticos na Universidade de Munique. Sob o conceito de "estranhos à comunidade", incluíam-se pessoas tão diferentes como vagabundos, mendigos, delinquentes com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, associais, sujeitos briguentos, delinquentes com tendência a cometer delitos graves, porém também delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos propunha-se a castração; para os delinquentes por tendência a delitos graves, a pena de morte, "se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa" e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização "quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo".³⁸

Tudo isso foi fundado em um dos informes feitos por Mezger para esse projeto, do seguinte modo:

"No futuro haverá dois (ou mais) 'direitos penais':

- Um direito penal para a generalidade (no qual seguiriam vigentes, na essência, os princípios regentes até agora), e

³⁶ Sobre a aplicação dessa Lei durante o regime nacional-socialista, informa Hellmer. *Das Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1933-1945*. Kiel, 1961.

³⁷ Acerca de tais Leis e programas de depuração higiênico-social e racial há abundante bibliografia daquela época, louvando-os e comentando-os positivamente. Posteriormente, após a queda do regime nacional-socialista, foram derogados e, em geral, objeto de rechaço pela maioria dos autores que se ocuparam do tema. Para uma exposição resumida do assunto, vide Muñoz Conde. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo* cit., p. 170 e ss., 272 e ss.

³⁸ Vide texto de referida lei em Muñoz Conde. *Idem.*, p. 193 e ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Um direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em qual grupo se deve incluir a pessoa em questão. Uma vez que se realize a inclusão, o 'direito especial' (isto é, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicada sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas. Essa separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente nova (estar na nova Ordem, nisso funda-se um 'novo começo')."³⁹

Conforme se pode ver no texto mencionado, a separação entre dois direitos penais, um no qual seguem vigentes, em essência, os princípios regentes até agora, e outro (completamente diferente) "para grupos especiais de determinadas pessoas", não é nenhuma invenção de Jakobs, e sim algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava "estranhos ou inimigos da comunidade", simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização a castração ou diretamente a morte, entregando-os à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial.

A TESE "AMIGO-INIMIGO" EM CARL SCHMITT

Uma especial consideração merece nesse sentido a proposta de Carl Schmitt, embora essa não esteja diretamente relacionada ao direito penal. Paralelamente à construção desse direito penal especial destinado à inocuidade (*Unschädlichmachung* na expressão de Von Liszt), ou ao extermínio ou liquidação (*Ausmerzung* na expressão de Mezger) daqueles que por diversas razões eram considerados "inimigos da sociedade", no âmbito da Filosofia do Direito e do Estado, o politólogo Carl Schmitt propunha já nos anos 20 do século passado uma distinção conforme a qual o Direito deveria diferenciar o "amigo" (*Freund*) e o "inimigo", conferindo a cada qual um tratamento jurídico específico.⁴⁰

O primeiro passo nessa construção dos diferentes direitos era a exclusão jurídica dos "inimigos", isto é, dos que não pertenciam, segundo a terminologia empregada depois por Mezger, à "comunidade do povo" (*Volkgemeinschaft*), incluindo-se também nesse grupo os indivíduos pertencentes aos grupos denominados pelos nacional-socialistas de "raças inferiores" ou "sub-humanos" (*Untermenschen*). Tal ideia foi levada a cabo por Schmitt, principalmente em relação aos judeus. Assim, por exemplo, já em plena época nazista referido autor organizou e dirigiu um congresso para eliminar a influência judaica do pensamento jurídico alemão, e em seu discurso de encerramento daquele evento, além de qualificar os juristas judeus como "parasitas culturais", afirmando que haviam se introduzido na ciência jurídica alemã aproveitando-se de suas conquistas em seu próprio benefício, propôs, entre outras coisas, que fossem eles excluídos da comunidade acadêmica e que suas obras não fossem citadas na bibliografia. Porém, se

³⁹ Idem, p. 236.

⁴⁰ Confira-se, por exemplo, suas obras *Politische Theologie*, 1922, *Die Lehre der Verfassung*, 1927 etc. A bibliografia acerca do pensamento político e jurídico de Carl Schmitt é muito abundante. Para uma visão global de seu pensamento, remete-se a Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del derecho público II*, 2004, p. 215 e ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

houvesse que se fazê-lo eventualmente, que se pusesse após o nome do autor, entre parênteses, o "J" de judeu, para advertir de quem era a ideia ou citação que se fazia.⁴¹

Isso se afirmava em um momento no qual, por aplicação já da lei de depuração racial da função pública, desde 1933 muitos funcionários, empregados públicos e professores universitários haviam sido expulsos de seus postos, bem como se preparavam tristemente as famosas leis de Nuremberg de 1935, conforme as quais não apenas se excluía os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis, como também se castigava como delito de "ultraje à raça" a relação sexual de um judeu com outra pessoa de raça ariana.

Isso não era, porém, suficiente. O passo seguinte na construção de um direito especial contra os inimigos foi sua "eliminação física", primeiro por meio da internação em campos de concentração, em regime de trabalhos forçado (*Arbeit macht frei*, era o cínico slogan que se colocava no frontispício destes), e posteriormente nos campos de extermínio como Auschwitz ou Birkenau, nos quais se procedia diretamente ao extermínio mediante envenenamento por gás, seguido de cremação dos cadáveres dos internos mais fracos, enfermos, crianças e idosos, não aptos para seu aproveitamento como força de trabalho.⁴²

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO MOMENTO PRESENTE

A partir destes antecedentes, e sobretudo em vista das trágicas consequências que tais concepções ideológicas e construções jurídicas tiveram no extermínio de milhões de seres humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial na Alemanha e nos países do leste da Europa dominados pelas tropas alemãs, não é estranho que qualquer concepção ou tese jurídica que, ainda que remotamente, recorde ou mesmo se pareça com aquelas, até no que tange ao nome, certamente gráfico, porém pouco feliz de "direito penal do inimigo", produza entre os autores que logo se ocuparam do tema a reação de alarme e desgosto que produziu em Albin Eser durante o encerramento do congresso de Berlim de 1999, onde Jakobs apresentou pela primeira vez sua hoje já conhecida tese.

Desde logo, quaisquer que sejam as relações e as semelhanças mais ou menos estreitas que existam entre a tese de Jakobs e as construções teóricas que se assinalaram nas epígrafes anteriores, não cabe dúvida de que essas gravitem como uma pesada laje, sobretudo tendo-se em conta que o moderno Estado de Direito e as declarações internacionais em prol do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional surgem precisamente como reação frente aos atos de barbárie que, direta ou indiretamente legitimados por tais construções teóricas, foram cometidos sob o domínio dos Estados totalitários, e não somente na Alemanha durante o regime nazista, como também em outros muitos países da Europa e do mundo.

⁴¹ Vide o texto desse discurso, "A ciência do direito alemã em sua luta contra o pensamento judeu", (artigo publicado na *Deutsche Juristen Zeitung* 20, 1936, p. 1193 a 1199), Inn Yves-Charles Zarka. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, 2007, p. 95 e ss.

⁴² Sobre a passagem da exclusão jurídica à eliminação física do inimigo e o campo de desconcentração como expressão do poder absoluto, vide Giorgio Agambem. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Trad. e notas de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, 2003, p. 147 e ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Certamente, Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de sua teoria opiniões, mais ou menos retiradas de seu contexto, de ilustres filósofos como Kant, Fichte e Hobbes.⁴³ Igualmente, ao longo da História da Filosofia poderiam ser encontradas muitas outras de outros autores não menos importantes que também se pronunciaram em favor da pena de morte, da guerra, da inferioridade da mulher frente ao homem, da escravidão, da consideração como animais dos índios ou dos negros etc. Mais próxima da tese de Jakobs poder-se-ia considerar a ideia maquiavélica de que o fim (nesse caso, a segurança cognitiva) justifica os meios (nesse caso, o emprego do direito penal do inimigo). Referidas opiniões, por mais que seus autores possam ser considerados grandes pensadores e filósofos, não podem ser retiradas de um determinado contexto, e mesmo no contexto no qual se deram podem também ser discutíveis; em todo caso, porém, são opiniões anteriores à construção do Estado de Direito e ao reconhecimento universal dos direitos humanos e emitidas em contextos culturais, sociais e econômicos completamente diferentes dos atuais.

Trata-se, então, de saber se determinadas teorias emitidas na atualidade são ou não compatíveis com os princípios que informam o direito penal do Estado de Direito e com os direitos humanos reconhecidos nas convenções internacionais e nas Constituições dos Estados democráticos. Nesse caso, a primeira pergunta que vem à mente é se o direito penal do inimigo, tal como o descreve Jakobs, é compatível com esse modelo de organização da convivência humana.

Evidentemente, quando são as ditaduras de um ou outro signo ideológico que utilizam o direito penal para criminalizar a oposição, para abolir e restringir direitos fundamentais e para torturar e assassinar seus adversários políticos,⁴⁴ ninguém põe em dúvida que esse direito penal ("do inimigo") seja ilegítimo sob o ponto de vista do Estado de Direito e dos direitos humanos.

Então, porque se deveria valorar e julgar de outra maneira o emprego desse tipo de direito penal quando é utilizado por um Estado que, ao menos teoricamente, se configura como um Estado de Direito que coloca no frontispício de seus textos jurídicos fundamentais o respeito aos direitos humanos? Pode o Estado de Direito defender suas instituições fundamentais utilizando um direito penal que não respeita os princípios e bases do próprio Estado de Direito?

A grande novidade da concepção de Jakobs é que admite e inclusive legitima a necessidade de um direito penal do inimigo também nas sociedades democráticas configuradas conforme o modelo do Estado de Direito. Toda sociedade tem, segundo Jakobs, direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que o autor chama "segurança cognitiva", e, para isso, afirma, é inevitável que se utilize outra classe de direito penal, em casos de grave perigo para essa identidade e segurança proveniente de sujeitos que "em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou principalmente por meio de uma organização (...). De uma forma presumidamente duradoura

⁴³ Cf., por exemplo, as referências que faz a esses autores em Jakobs; Cancio Meliá. *Direito penal do inimigo*. Madrid, 2003, p. 26 e ss.

⁴⁴ Sobre um direito penal desse tipo durante a ditadura do General Franco na Espanha, ocupei-me em meu artigo *Delito político y Derecho penal del enemigo*, reunido na segunda edição de minha monografia *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo* cit., p. 109 e ss. (há uma versão em italiano publicada em *Delitto politico e diritto penale del nemico* cit., na nota 5, e outra em alemão publicada em *Kritik des Feindstrafrechts* cit., na nota 5).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

abandonou-se o direito, não garantindo, portanto, o mínimo de segurança cognitiva por meio de seu comportamento".⁴⁵

É indubitável que, com essa definição dos que Jakobs denomina inimigos, e com os delitos que menciona como comportamentos que expressam essa inimizade (delitos sexuais, delinquência organizada, terrorismo, narcotráfico, além da habitualidade e da reincidência), o autor refere-se a um amplo espectro de delitos e de delinquentes que praticamente abarca inumeráveis formas de criminalidade, e não sempre, necessariamente, as mais graves.

O perigo que implica vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem sequer levanta), e que, definitivamente, quase todo o direito penal pode ser considerado como um direito penal do inimigo.

Porém, independentemente da indefinição do conceito, mais bélico do que jurídico, de "inimigo" empregado por Jakobs, passemos agora ao outro problema que implica sua tese e que não parece preocupá-lo: quais são os limites jurídicos do direito penal do inimigo e sob que base e quais parâmetros se deve determinar esses limites?

Há, sem dúvida, muitas formas de reação à criminalidade mais grave que se situam ainda dentro dos limites do admissível em um Estado de Direito. Isso ocorre em legislações relacionadas à luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada e o narcotráfico. Nessa matéria, frequentemente os Tribunais de Justiça de mais alto nível nacional e internacional têm que enfrentar casos nos quais foram aplicados procedimentos e leis dificilmente compatíveis com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos, como, por exemplo, sentenças fundadas em leis que criminalizam a mera dissidência ou o exercício da liberdade de expressão, que admitem como provas dados obtidos por meio de procedimentos ilegais, como escutas telefônicas sem os requisitos exigidos para o respeito à intimidade, por tortura e maus tratos etc.⁴⁶

A tarefa fundamental desses Tribunais (e naturalmente da doutrina que se ocupa de interpretar as leis) é comprovar se algumas disposições legais ou sentenças dos tribunais inferiores baseadas nas primeiras são ou não compatíveis com os princípios do Estado de Direito, ou se em sua aplicação foi infringido algum direito fundamental. E, afortunadamente, a jurisprudência criada pelos altos Tribunais de Justiça em muitos países configurados como Estados democráticos de Direito está repleta de decisões em que se determinou a anulação de leis, de atos da Administração ou de sentenças de tribunais inferiores que não respeitaram esses princípios ou direitos fundamentais. A casuística vai desde as hipóteses nas quais se anulam provas obtidas mediante tortura ou sem cumprir os requisitos estabelecidos legalmente, até a declaração de leis que limitam a liberdade de expressão ou o direito do preso ao *habeas corpus* à assistência de um

⁴⁵ Jakobs, como na nota 4, p. 59.

⁴⁶ Em meu *De nuevo sobre el derecho penal de enemigo* cit., p. 51 e ss., cito alguns desses casos que motivaram decisões jurisprudenciais importantes na Espanha, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, especialmente esse país em relação à situação jurídica dos presos de Guantánamo. Vide também minha monografia *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo* cit., 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

advogado, a não fazer declaração contra si mesmo, a ser informado dos termos da acusação, ao juiz natural etc.⁴⁷

Sob esse ponto de vista, pode-se portanto dizer que no estado atual da jurisprudência dos mais altos Tribunais de Justiça dos países democráticos, a despeito de algumas decisões controvertidas, um direito penal que infrinja ou não respeite as bases do Estado de Direito, violando direitos fundamentais, é um direito penal ilegítimo que deve ser rechaçado expressamente e sem nenhum tipo de vacilação ou confusão. E, nesse caso, o labor do teórico ou do intérprete do direito não pode se limitar simplesmente a sua constatação ou a uma mera descrição de sua existência, devendo, ao revés, comprometer-se em sua valoração, que não é simplesmente política, mas também e sobretudo jurídica. O jurista que, nessa hipótese, denuncia esse direito penal ilegítimo não é um mero *Rechtspolitiker* ("Político do Direito"), como me atribuía Jakobs em uma discussão que tive com ele em um evento público, e sim um *Rechtswissenschaftler* ("Cientista do Direito"), que era o papel que se atribuía o referido professor alemão nessa discussão. E tal papel de cientista do Direito é o que obriga o jurista, com toda legitimidade jurídica e intelectual, a denunciar a incompatibilidade do que Jakobs, deixando-se levar por um "realismo político" puramente pragmático, baseado em paradigmas de eficácia, chama de "direito penal do inimigo" com o Estado de Direito.

Assim, mesmo admitindo o caráter puramente bélico desse direito penal do inimigo, como uma espécie de direito penal da guerra ou em guerra, no qual vale tudo com o fim de ganhá-la, há que assinalar que também aqui vige (ou deveriam vigor) uma série de princípios que vão desde a exigência de que a guerra seja justa e não de agressão, até a necessidade de que se respeite a população civil e que os soldados prisioneiros do exército inimigo sejam tratados como pessoas, respeitando-se os direitos consagrados nos Convênios de Genebra de 1949, que constituem a essência do chamado Direito humanitário. Precisamente em razão de não respeitar esses direitos, a jurisprudência, inclusive a originária da Suprema Corte americana, considerou que o tratamento dispensado aos presos na Base norte-americana de Guantánamo em Cuba viola direitos fundamentais reconhecidos tanto na Constituição americana, como nos Tratados e Convênios Internacionais ratificados pelos Estados Unidos de América.⁴⁸

Nessa matéria, existem sem dúvida limites tênues entre o direito penal *ainda* compatível com o Estado de Direito e o Direito que já não o é ou que pode deixar de sê-lo, e a delimitação entre um e outro é a tarefa que corresponde ao jurista teórico exercer em primeiro lugar em suas elucubrações, publicações e em sua participação em atos públicos como aulas universitárias, conferências, congressos etc. De outro lado, essa tarefa também incumbe ao jurista prático, principalmente em sua atuação como juiz ou representante das partes em um Tribunal de Justiça, o que certamente pode ser difícil em muitos casos, diante da possibilidade de exposição a riscos não puramente intelectuais. Isso é, contudo, algo que cada um deve assumir de acordo com suas próprias convicções e circunstâncias. A "luta pelo Estado de Direito" e pelo reconhecimento dos direitos humanos não foi e nunca será uma tarefa cômoda, nem fácil em nenhum país do mundo ou momento histórico. Deve-se reconhecer, todavia,

⁴⁷ Cf. as referências a algumas dessas decisões jurisprudenciais em Muñoz Conde. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo* cit., e *De la prohibiciones probatorias...* cit., na nota anterior.

⁴⁸ Vide as referências a essa jurisprudência em Muñoz Conde. *De las prohibiciones probatorias* cit., também Muñoz Conde. *La situación jurídica de los presos de Guantánamo. Teoría e derecho*, 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que há épocas e países nos quais essa luta é mais difícil e perigosa. E é evidente, desde logo, que nesses momentos e em muitos países, mesmo naqueles que mais orgulhosamente se atribuem as características do Estado de Direito, essa tarefa pode ser realmente difícil e ir contra a corrente ou contra o que os nazistas chamavam "o saudável sentimento do povo", que não é mais do que uma forma de gerar um "populismo punitivo" absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social.

Porém, se algum mérito tem a concepção de Jakobs é o de nos fazer recordar que o direito penal do inimigo, tal como ele o descreve e assume, não é privativo de uma determinada ideologia ou sistema político, mas sim uma amarga realidade. Em minha opinião, essa tendência cada vez mais evidente voltada a um direito penal *sui generis*, fora dos parâmetros do Estado de Direito, é um perigo que brota de forma ameaçadora sobre todos os cidadãos em um mundo no qual os limites entre o direito penal do Estado de Direito e o direito penal do inimigo são cada vez mais difusos, e no qual a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie revestida com a roupagem e o venerável nome do direito.

EL ENFOQUE CULTURAL Y LA COMPRENSIÓN DEL SISTEMA PENAL EN SU INTEGRIDAD

Gabriel Ignacio Anitua

Doctor en derecho (Universidad de Barcelona).

Profesor regular del departamento de derecho penal y criminología
(Universidad de Buenos Aires).

1. La violencia y la cultura.

En la ocasión de realizar el merecido homenaje a quien fuera maestro no sólo de quien esto escribe, sino también de toda una generación que actualmente ocupa destacados lugares en los ámbitos jurídicos y criminológicos de la Universidad de Buenos Aires, he pensado que resulta importante detenernos en su influencia precisamente en lo que hace a la comprensión y la enseñanza del sistema penal.

Sin duda que las especiales características de la personalidad de Edmundo –su bonhomía, su tolerancia, su capacidad de decir y de oír, su generosidad- constituyen el aporte más eficaz y destacado para esos difíciles procesos. Pero en esta ocasión quisiera referirme a un aspecto central de su obra escrita.

Entiendo que la radical originalidad de Edmundo Hendler se debe a la perspectiva que adopta para pensar a los sistemas penales en su complejidad, y que tiene que ver con el abordaje cultural de tales sistemas.

Era, esa perspectiva, originalísima en los momentos en que la comienza a incursionar nuestro homenajeado, pero lo cierto es que hoy en día –y ello no quita mérito a Hendler sino más bien al contrario: lo convierte en un adelantado- ese tipo de análisis es de los que se nutren las más sesudas reflexiones de la penalística mundial. Como ejemplos hay varios, y en distintos ámbitos, ya que las aproximaciones transdisciplinarias han venido a resultar provechosas en la disciplina jurídico-penal de los más distantes ámbitos geográficos.

Por mencionar a un autor muy importante, y del que nos hemos nutrido también muchos de los penalistas que seguimos las enseñanzas de Edmundo Hendler, se ha de citar al ex juez y jurista de la cultura –o antropólogo jurídico- francés Antoine Garapon. Este autor, a mi juicio insoslayable para quienes estudiamos derecho penal, impone una suerte de “estudios sobre culturas penales”, y ello se advierte ya desde su tesis doctoral y todos aquellos trabajos en los que se encarga de desmenuzar los significados culturales del “ritual judicial”¹. No es extraño que esta obra extensa y siempre brillante se exponga en un medio en que existe el campo consolidado de la antropología jurídica,

¹ De Antoine Garapon se deben destacar las siguientes obras: *Bien juger; L'anè portant des reliques : Essai sur le rituel judiciaire* (su tesis doctoral de 1982) así como *La République pénalisée, La justice et le mal y Le gardien des promesses : Justice et démocratie* (publicado en castellano como *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, Madrid, Flor de Viento, 1997). Más recientemente, *Et ce sera justice ? Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Les Juges : Un pouvoir irresponsable ?*, *Le Droit dans la littérature, Les nouvelles sorcières d'Outreau, Les juges dans la mondialisation, Peut on reparer la histoire ?*, y *Juger en Amerique et en France* (publicado en castellano como *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law* Bogotá, Legis, 2006).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

con revistas especializadas y libros que sirven al dictado de cursos sobre dicha materia². Si bien esta consolidación es, como he dicho, bastante novedosa, el propio Garapon señala que esto es un “redescubrimiento”. “Luego de haber cautivado a un buen número de juristas – y no de los de menor importancia, pensemos en Montesquieu, Michelet o Tocqueville-, la aproximación en términos de cultura cayó poco a poco en desuso debido a las segundas intenciones que podían serle atribuidas y por causa del nacimiento de los pensamientos sistemáticos, comenzando, por supuesto, por la sociología del derecho. Las sociología se construyó como reacción a una empresa como ésta, mostrando que el derecho es más tributario de las fuerzas nacionales que del espíritu nacional. A riesgo de enterrar rápidamente las diferencias específicas de cada tradición, luego de haberse concentrado (como la antropología jurídica americana, en torno a la resolución de conflictos) en las características comunes a toda organización social, se redescubre la necesidad de comprender esas diferencias”³.

Como se señalaba, no es un caso aislado el de la importancia dada a esta aproximación en la cultura jurídico-penal francesa. También en Inglaterra y en los Estados Unidos existió desde antigua data una reflexión cultural de los juristas sobre los sistemas de disputa y resolución de conflictos. En estas otras áreas bastante alejadas “culturalmente” de aquella (Edmundo Hendler opone precisamente a la cultura francesa la anglosajona para hacer que la comparación resulte provechosa⁴) también se percibe un nuevo, o renovado, interés centrado en la aproximación antropológica para entender la cuestión penal.

Ello sucede, por ejemplo, en el ámbito tradicionalmente dominado por científicos anglosajones, como es el de la criminología. Es así que se habla abiertamente de una “Criminología cultural”. Influidos por los “estudios culturales” y con aproximaciones que deben mucho a la etnografía como a la antropología, los criminólogos anglosajones como Jock Young (quien tenía una original formación marxista pero escribe sus últimas obras con esta perspectiva), Hayward, Ferrell, Presdee, Pratt, Garland, entre otros, analizan el verdadero funcionamiento de los sistemas penales actuales⁵. Según estos autores lo penal es un elemento determinado y determinante de otras prácticas culturales presentes en la vida social. La cuestión penal y criminal forma parte principal del comportamiento colectivo organizado en torno a las imágenes, el estilo y el significado simbólico. Aun cuando tiene el agregado de que las autoridades jurídicas y políticas son las que designan como de naturaleza penal ciertos conflictos o comportamientos, es la cultura la que define al delito y al castigo y, a su vez, la delincuencia y las prácticas penales las que han definido la evolución de las controversias pasadas y presentes, y de forma cada vez más la experiencia y la percepción de la vida cotidiana. Especialmente

2 Cabe citar el libro de Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1990, y la revista *Droit et Culture*.

3 Garapon, Antoine, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law* Bogotá, Legis, 2006, p. 4.

4 “De allí entonces que la comparación de sistemas procesales penales, reducida a los modelos vigentes hoy en día en la cultura occidental, tenga esos dos referentes obligados: Inglaterra y Francia” Hendler, Edmundo y Tedesco, Ignacio, “La declaración del imputado y una perspectiva histórico comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra” en Hendler, Edmundo –director- *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 385.

5 Para una reseña general, de los tres primeros nombrados, Young, Jock, Hayward, Keith y Ferrell, Jeff, *Cultural Criminology: An Invitation*, Thousand Oaks, Sage, 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

se analizan en esta perspectiva expresiones de la cultura popular, en particular la de los medios masivos de comunicación.

Aunque en castellano también se observa el naciente impulso de esta disciplina⁶, lo cierto es que suele estar en manos de antropólogos y pocos son los penalistas que utilizan estas herramientas como forma de comprensión de su objeto de estudio.

Edmundo Hendler realiza este abordaje desde sus primeras expresiones escritas acerca de las cuestiones penales⁷. Pero tal aproximación da sus más claros frutos cuando se sumerge en la disciplina antropológica en lo que fue su tesis doctoral. Dicha investigación se publica, luego de un tiempo de defendida, en Ecuador y bajo el título *Las raíces arcaicas del derecho penal*⁸. Es de desear la aparición de una reedición de esa obra, en nuestro país y con los agregados propios de los años transcurridos.

Al considerar al sistema penal en tanto fenómeno cultural no sólo hay una apuesta política, de raigambre liberal, que consiste en imponer a la cultura como una forma de reducción de las violencias. La cultura es correctamente interpretada como algo complejo, no necesariamente lo opuesto a la violencia si entendemos a este elemento como componente de las diferentes culturas existentes en la historia de la humanidad.

El derecho, y el derecho penal en particular, debe ser, creo yo también, interpretado como un formidable constructo cultural, que no necesariamente se opone a la violencia ya que muchas veces sólo la refleja y legitima. La paradoja y la ambivalencia, no obstante, permitirán al derecho diferenciarse de la violencia, o en todo caso sublimarla⁹. Se puede “engañar” a la violencia con el derecho en tanto producto cultural, y éste puede constituirse en la “noble mentira” que convenza a todos¹⁰ ya que el derecho, entre otras cosas, no puede ser discrecional: no puede permitirse el lujo de actuar según las circunstancias lo tornen conveniente¹¹. La discrecionalidad y la arbitrariedad pueden quedar sumergidas en esta artificialidad de orden por el derecho en clave procedimental y eludir así la violencia, pero sólo si todos los individuos la aceptan, y ese último milagro puede producirse con recursos culturales.

Pero no sólo con esos recursos ya que ésta artificialidad puede ser aceptada por todos si es que a todos nos resulta conveniente creer en una “mentira” con las ventajas de la paz, pero también con algunas otras ventajas sustanciales. El modelo de derecho penal con una única dimensión procesal y agnóstica, además de incorporar el rechazo de

6 Ver muy interesantes aportes, que van desde la historia de la disciplina hasta lo más reciente, en Krotz, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2001.

7 Incluso en sus trabajos sobre delitos económicos introduce reflexiones sociológicas y culturales. Pero todo ello se hace evidente en el muy temprano comentario a un libro hasta ese entonces desconocido, y que estaba llamado a ser central para el análisis de lo penal, como el mismo Hendler señalaba en el “Comentario a Vigilar y Castigar de Michel Foucault” en la revista *Doctrina Penal* año 1, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 811. Son también reflejo de ello otros trabajos en los que analiza a los medios masivos de comunicación, como “El delito como noticia”, publicado en *La ley* Buenos Aires, tomo 1993-A, p. 1054 y un artículo ya muy antiguo “La democracia, la crisis y los medios de comunicación” en *Boletín del Museo Social Argentino*, año L, julio/septiembre de 1973, p. 155.

8 Hendler, Edmundo, *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995.

9 Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona, Paidós, 1995 (trad. Marco Aurelio Galmarini) pp. 82 a 93.

10 Resta, Eligio, “El orden del derecho” en *Nuevo Foro Penal*. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquía, nro. 60, enero-abril, Bogotá, Temis (trad. I. Muñagorri). p. 102.

11 Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza*, cit., p. 61.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

la violencia, permite elaborar un criterio jurídico que otorgue pautas para la articulación de políticas democráticas que nos remiten al *nomos* (distribución) y nos alejan de la violencia de la cultura actual sin imponer otra más poderosa¹². Esa distribución tiene que facilitar el goce de bienes materiales a todas las personas, y también otro tipo de recursos que den cuenta de una efectiva participación en lo público¹³.

Ello implica una asunción de lo público como el lugar de integración de todas las personas, algo que está bien lejos de permitir, ya que es más bien un obstáculo, el sistema de justicia penal. Pero también es asumir una noción de lo público que, siendo procedimental, también infiera dicha posibilidad de integración. Refiriéndose a la cuestión penal señalaba Hendler que “si es cierto que la remisión al sistema penal de los conflictos que afectan a una sociedad resulta indicativa de la incapacidad para resolver esos conflictos, también es cierto que el hecho de su enjuiciamiento público resulta indicativo del grado de integración comunitaria”¹⁴.

En todo caso, lo que se quiere destacar aquí es la importancia que tiene esta estrecha vinculación de lo penal con lo cultural (y también con lo político). Así como la reflexión descriptiva sirve para tomar consciencia de los elementos reductores o amplificadores de la violencia en el sistema penal, la política criminal orientada de acuerdo a ello, debería tender a transformar los elementos de una cultura de la violencia dentro del propio sistema. En ese camino, el lenguaje y lo simbólico constituyen un punto central tanto para la descripción como para la prescripción.

Edmundo en su obra *Las raíces arcaicas del derecho penal* había señalado que “Las inquietudes actuales de la investigación criminológica que apuntan sobre todo al fenómeno de la creación de subculturas de la delincuencia o de la desviación o puntualizan el significado de etiquetamiento que tienen los mecanismos de la justicia penal encuentran, entonces, también, una valiosa aportación en las investigaciones etnológicas que conducen a enfocar los hechos sociales del mismo modo que los fenómenos del lenguaje, a través de distintas maneras de segmentación que operan a partir de la solidaridad que se establece mediante el deslinde de segmentos contrapuestos”¹⁵.

Si en efecto es ello lo que se observa de la cultura penal, la tarea ineludible es conseguir más bien lo contrario, y que tanto la cultura como la ley coadyuven en aquella tarea política incluyente.

Y, para ello, intervenir también sobre, y con, la cultura. Es ello lo que Hendler pregona en su muy importante obra sobre el Jurado: “Con esa perspectiva es que cabe proponer una explicación del jurado de alcance más general, proyectándolo en un plano

12 Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza*, cit., p. 124.

13 La más acabada culminación de este derecho penal que puede cumplir su misión reductora solamente actuando en paralelo con una reforma política y social de tipo igualitaria en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995 (trad. del original de 1989 de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés). Más recientemente, Gargarella ha intentado establecer las condiciones de legitimidad (o ilegitimidad) del derecho penal en función de la justicia social que posibilita (o impide): Gargarella, Roberto *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

14 Hendler, Edmundo, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social” en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, del Puerto, 1995, p. 383.

15 Hendler, Edmundo, *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995, p. 63.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

cultural o etnológico. El establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de éste último y preservar sus propias pautas de comportamiento. Quiere decir entonces, en definitiva, que si hay una funcionalidad especialmente importante para la participación ciudadana en el juzgamiento de los delitos más graves a través del mecanismo del juicio por jurados, ella está referida a la necesidad de asegurar la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados. Esa función se vuelve más o menos necesaria según sea mayor o menor el grado de integración comunitaria de los distintos grupos que componen la sociedad, y bien puede ocurrir que no haya mayores diferencias culturales entre los sectores de los que provienen los jueces profesionales y aquellos a los que pertenecen los acusados en cuyo caso la participación del jurado popular resulta menos importante. De todos modos, las sociedades industrializadas del mundo contemporáneo están lejos de presentar un panorama homogéneo de los distintos estratos que las integran. Por el contrario, la frecuencia de las migraciones, los desniveles económicos y muchos otros factores que sería difícil enumerar exhaustivamente, generan diversidades culturales que tornan imprescindible asegurar la participación de todos los sectores sociales en el proceso de juzgamiento de los hechos de mayor gravedad. Ésa es la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular: resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados”¹⁶.

Extendiendo dicha funcionalidad también al público, como receptor y por tanto partícipe de este proceso cultural, se ha intentado darle un lugar protagónico a aquello que lo penal tiene de escénico, de transmisor de sentido, sobremanera cuando ello sirve para eludir, o engañar, o darle otro formato, a la violencia.

Por cierto que en lo que hace a la escenificación es donde debo reconocer la deuda intelectual que tengo con respecto a Edmundo Hendler, en tanto sus ideas (las escritas y las que generosamente me proporcionó oralmente) influyen decididamente en lo que fue mi propia tesis doctoral¹⁷.

En ello hay también una puesta de atención en lo procedimental, antes que en la materialidad del castigo e incluso en el análisis del conflicto originario. En efecto, la estructura del juicio previsto en los códigos procesales de la tradición continental y más aún las reglas del juicio de la tradición anglosajona, tiene bastante de “escenificación” del conflicto. El valor de lo “escénico” en la materia judicial penal es advertido por las reflexiones del penalismo de mayor vuelo¹⁸. Edmundo Hendler analizó la cuestión con detenimiento e indicó la importancia de la representación escénica, a la que define como “teatral”, en el plano de la justicia penal¹⁹.

16 Hendler, Edmundo, *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, del Puerto, 2006, p. 13.

17 Publicada como Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia Penal Pública*, Buenos Aires, del Puerto, 2003.

18 De entre estos autores, se recomienda la lectura de Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984 (trad. del original de 1981, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero).

Especialmente hace referencia a la “comprensión escénica” para estudiar y definir el proceso penal en p. 153 y en p. 172 entre otras.

19 Hendler, Edmundo S., “Teatralidad y enjuiciamiento oral” en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 11 de mayo de 1989, suplemento actualidad, p. 3.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

De ese componente etnológico de teatralidad yo deduje su permanencia en el principio de publicidad del juicio²⁰, aunque ubiqué a este último, en su configuración actual, más bien como un producto de las reflexiones sobre el punto en un determinado momento histórico. Más allá de los lazos culturales de la comunidad con los conflictos y sus soluciones²¹, la mayoría de las ideas que aún hoy imponen el principio de publicidad de los juicios surgen en el siglo XVIII, y forman parte del discurso jurídico de la Ilustración (lo que no es tan malo si se conviene en que ese discurso sigue siendo el de mayor potencial liberal y democratizador). En esa época se produjo lo que Foucault denomina “la desaparición del espectáculo punitivo”. La “fiesta” de los castigos tiende a estar en la sombra: las exposiciones públicas de cuerpos suplicados son duramente criticadas pues se consideran escenas repugnantes. Las nuevas formas de castigar ya no se realizarán a la vista de las gentes; “el castigo tenderá a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro”²². Así explica Foucault el nacimiento de la institución penitenciaria, que reinará dentro del mundo del castigo propiamente dicho, y se realizará en forma “privada” (por oposición a “pública” o a la vista de todos). Aparentemente, y siguiendo el análisis foucaultiano, esta “privatización” u ocultación del castigo no estaba en el programa de los reformadores pues, si bien proponían una forma suave de castigo, ellos querían que éste reflejara el delito que le dio origen: el castigo sería “analógico” y habría un repertorio adecuado de castigos para cada delito. Además los reformadores insistían en la amplia difusión que deberían tener estos castigos, tanto para el ejemplo como para la expresión del bien común. Sin embargo no se gestó en esa época el “teatro público” variado que surge de estas teorías, sino el confinamiento disciplinario que tiene orígenes más humildes (la tradición de las estructuras de secuestro que habían ido surgiendo en Europa durante estos siglos de expansión del capital)²³. Sin embargo sí se impone otra idea de los reformadores, en este nuevo diagrama surgido de las reformas al Estado moderno: que la parte del proceso ligada a la imposición de la pena, la estrictamente judicial (racional) y que ya no estará directamente vinculada a la violencia, que no tendrá la mancha del verdugo, se realice frente al público. “A partir de este momento, el escándalo y la luz se repartirán de modo distinto; es la propia condena la que se supone que marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia; pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado”²⁴.

20 Algo que, por cierto, ya había adelantado Edmundo cuando afirmaba que “En el modelo del enjuiciamiento público la idea subyacente es ventilar el conflicto, hacerlo explícito y dar así lugar a la catarsis de su verbalización”, en Hendler, Edmundo, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social” en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, del Puerto, 1995, p. 377.

21 Como aportes “clásicos” de la antropología jurídica, baste recordar a los discípulos de Radcliffe-Brown y Evans-Pritchard, los abogados estadounidense Paul Bohannon y sudafricano Max Gluckman. Ambos, citados por Hendler, son, y a pesar de sus diferencias, considerados pioneros tanto del análisis sobre el ritual judicial como del método comparativo, con sus libros “Justicia y juicio entre los tiv” y “El proceso judicial entre los barotse”. Ver Arteaga Crovetto, Patricia, “Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales”, versión en castellano de la tesis para optar a la candidatura de doctorado en Antropología en la Universidad de California (Berkeley), Lima, 2002, capítulo III.

22 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1998 (trad. del original de 1975, Aurelio Garzón del Camino), pp. 16 y 17.

23 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, pp. 108 y siguientes.

24 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, cit., pp. 16 y 17.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Esta explicación al fenómeno de ocultamiento de la violencia realizada por Foucault no se opone a las explicaciones que exponen, por ejemplo, Beattie o Spieremburg desarrollando las ideas de Norbert Elías²⁵. Para estos últimos, ocultar la ceremonia de los castigos, eliminar el espectáculo de sangre “primitivo” y procaz era una forma de mostrar la superioridad ética. Ello también formó parte del cambio de sensibilidades culturales de las élites y luego de las sociedades tal como describe con refinamiento Elías.

Los autores mencionados detallan cómo fueron eliminándose esos castigos que ya no se toleraban, Foucault escribe sobre las formas punitivas de las que la justicia se avergüenza y oculta, como la cárcel hasta el día de hoy. Siguiendo a Hendler, intenté rastrear la génesis (y también la funcionalidad, y sus posibilidades críticas) de la razón por la que el juicio adopta la forma del teatro²⁶.

También Garland reconoce que “actualmente, los aspectos rituales del proceso penal suelen confinarse al tribunal y a los procesos de condena y sentencia”²⁷, a diferencia de los sistemas penales del Antiguo Régimen donde se convertía en espectáculo público al momento del castigo. En el juicio deberá ocurrir la “ceremonia ritual” y el “despliegue simbólico” de los que surgen las funciones que señalaban Durkheim y luego los antropólogos británicos a los que citan tanto Garland como Hendler²⁸. Ello porque en nuestro momento cultural no el castigo sino el juicio es el que está diagramado para ser, y tiene posibilidades de lograrlo, un espectáculo.

Todo ello tiende a darle mayor valor a lo que Edmundo Hendler ha afirmado, a nuestro juicio acertadamente, sobre que “De la trilogía que conforman delito, enjuiciamiento y castigo no sólo lo segundo es más importante; bien podría pensarse que el castigo sea sólo el pretexto para dar lugar al enjuiciamiento”²⁹.

2. La necesaria relación entre derecho procesal penal y derecho penal.

El espectáculo es un fenómeno que forma parte del sistema jurídico penal. Por ello entiendo que es un acierto formar a los estudiosos del sistema penal con conocimientos de tales aspectos que exceden lo estrictamente jurídico. No obstante, el hecho de estar atentos a que lo que realmente se estudia es un fenómeno social de la política penal, no debe hacer perder de vista que (especialmente al hablar de normas y principios jurídicos, así como de derechos) el fenómeno requiere de una interpretación jurídica y

25 Spieremburg, Pieter, *The Spectacle of Suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 1984. Beattie, J. M., *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, Clarendon, Oxford, 1986. También desarrolla esta explicación Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, México, Siglo XXI, 1999 (trad del original de 1990, Berta Ruiz de la Concha), pp. 189 y ss. y 263 y ss. Las investigaciones de Elías están traducidas al castellano: Elías, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1993 (trad. de la edición original de 1977, Ramón García Cortarelo. Fue escrito en 1939).

26 En mi trabajo ya citado.

27 Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit. , p. 93.

28 Hace expresa mención a la predación de las teorías antropológicas funcionalistas por sobre los penalistas que defienden la prevención general positiva en Hendler, Edmundo “La etnología y el sistema penal” en *Contornos y pliegues del Derecho (Homenaje a Roberto Bergalli)*; Barcelona, Anthropos, 2006.

29 Hendler, Edmundo, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social” en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, del Puerto, 1995, p. 378.

de un método jurídico, concretamente jurídico-penal. Dicho método adolece de ciertas dificultades que tienen que ver, principalmente, con los abordajes de enseñanza e investigación que, entre otras cosas, han tendido a ignorar, también, la naturaleza penal de los actos simbólicos que se ponen en juego en el efectivo proceder de las instancias de aplicación del sistema, particularmente la judicial.

Los estudios jurídicos sobre el sistema penal en nuestro medio han profundizado en los últimos años el análisis sistemático de los principios limitadores de la denominada “teoría del delito”. Esta orientación dogmática se inscribe dentro de la tradición penalística alemana, que también influye de forma importante en las obras de lenguas eslavas y en italiano (y en pocos lugares más). Por el contrario, los análisis jurídicos penales de los franceses no dan importancia a este aspecto y ponen el acento en las cuestiones legislativas y en la política criminal. Los de habla inglesa, por su lado, dedican una profunda atención a lo que aquí se denomina derecho procesal penal, de cuyos principios se derivan límites de racionalidad al poder punitivo que muchas veces son más efectivos que los que estudian y difunden las ciencias penales de los otros ámbitos. En estos últimos casos, tan importantes como ya se ha dicho para lo que podría denominarse “cultura jurídica occidental” así como para las nuevas expresiones de un derecho penal internacional, no se produce aquella falsa escisión entre lo “procesal” y lo “penal”, que nuestro homenajeado con su particular enfoque pudo desmontar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tanto Hendler como otros importantes profesores de nuestra casa de estudios fueron derribando esa vieja distinción del todo insostenible. Julio Maier manifiesta que “La línea de frontera, divisoria de aguas, entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal no existe como tal, sino que se trata de una zona fronteriza, donde los institutos jurídicos cruzan sus planos de influencia y se aproximan en sus efectos”³⁰. En el mismo sentido, Alberto Binder establece la no separación de las dos supuestas ramas del saber penal³¹. Daniel Pastor afirmó, al discutir sobre los impedimentos procesales para imponer castigo, que “en realidad, derecho penal y procesal penal no pueden ser separados y no sólo en este terreno de frontera, sino en todo el ámbito de actuación de ambas ramas del orden jurídico penal”³².

La conexión de ambas “disciplinas” desde un punto de vista político, ideológico, teórico e histórico es resaltada también en otros países de similar formación. Entre otros, por Ferrajoli³³. Esta visión más amplia de los problemas “penales” ha permitido pensar en problemáticas que permanecían ocultas. Entre ellas, la esencialmente delimitadora de la disciplina: la pena o la violencia institucionalizada como castigo. Como indica Hassemer, “la cuestión del sentido de la pena ha sido hasta ahora formulada con demasiada estrechez, inspirándose apenas en la conjunción de todas las normas penales. La pena encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal, y esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de Derecho,

30 Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Buenos Aires, del Puerto, 2003, p. 92.

31 Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 37.

32 Pastor, Daniel *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 601.

33 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., p. 538.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo”³⁴. Es por ello que se busca mejorar la dogmática orientándola a las cuestiones que se vinculan con las cuestiones de ejecución y procesales y especialmente del juicio. “En esta línea parece orientarse el esfuerzo de la ciencia penal alemana –principalmente a partir del llamado diálogo de Mannheim- por elaborar un sistema integral del Derecho Penal (*gesamtes Strafrechtssystem*), que integre, más allá del injusto culpable, las premisas constitucionales y las instituciones procesales”³⁵. Todo ello permitiría incorporar, también, aspectos filosóficos, sociológicos y políticos (y también culturales) vinculados a la pena, al conflicto originario, y al punto intermedio, de imposición o no de la una y de recreación del otro, que es el juicio, tradicionalmente vinculado con lo procesal penal y así minusvalorado.

Y ello es llamativo para muchos autores al constituir un cambio de dirección o sentido porque, como señala Díaz Cantón, “durante muchos años las relaciones entre la ciencia del Derecho penal sustantivo y la ciencia procesal penal se han caracterizado en buena medida por la ignorancia o indiferencia mutua, como si estas dos disciplinas se ocuparan de sectores del ordenamiento jurídico sin ningún tipo de relación entre sí”.³⁶

A la par de la ceguera de la mencionada construcción dogmática sobre la teoría del delito, los estudiosos de lo procesal dedicaban, hasta hace muy poco tiempo –e incluso algunos continuaban haciéndolo- sus esfuerzos para construir una autónoma, y distante del fenómeno penal, “teoría general del proceso”³⁷.

Ninguna de estas aproximaciones parciales puede dar cuenta del fenómeno político y cultural que descansa tras un enjuiciamiento penal.

La “teoría general del proceso” poco hizo en provecho de los derechos de los justiciables y casi nada para una mejor comprensión del conflicto penal. Solamente sirvió para legitimar la autonomía científica de unas cuestiones vinculadas, en cada caso, al saber jurídico penal o al saber jurídico civil. Insisto en su infecundidad, a pesar de las pretensiones en tal sentido, porque los trabajos que intentaron esa unificación del derecho procesal obviaron reseñar con amplitud de miras las relaciones con el conflicto social y sus redefiniciones en el mismo. Al no tener en cuenta los procesos sociales que se redefinirían en las diversas jurisdicciones, se limitó su intento práctico a elaborar categorías comunes a niveles secundarios de los conflictos civiles, comerciales, administrativos, laborales, penales, etcétera. Su influjo en América Latina, introducido por insignes procesalistas españoles expulsados por la dictadura franquista³⁸, ha sido

34 Hassemer, Winfried, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nro. 3, 2ª época, Madrid, UNED/Marcial Pons, 1999 (trad. del original de 1997, Ma. del Mar Díaz Pita), p. 327.

35 Díaz Cantón Fernando, “Autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, del Puerto, 2005, p. 830.

36 Díaz Cantón, Fernando, “Autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, cit., p. 829.

37 Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1985. De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1989 (tomo I). Benabentos, Omar *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Rosario, Juris, 2001. Dioguardi, Juana, *Teoría general del Proceso*, Buenos Aires, Lexis Nexos, 2004.

38 Goldschmitt, James, *Teoría General del Proceso*, Barcelona, Labor, 1936. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene (h), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, 3 tomos, Buenos Aires, Kraft, 1945. Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, Barcelona, Labor, 1952.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

igualmente negativo, a pesar de la valía intelectual de sus propulsores, pues ha hecho pensar en el procedimiento penal como un mero “trámite” insustancial.

Además, los estudios sobre aquella supuesta disciplina autónoma del proceso penal no han sido abordados con la debida seriedad, quedando relegados normalmente a una mera exégesis legal, realizada por especialistas en el derecho civil que apuran textos de estudio sin conocimientos sobre el proceso penal, aunque no se cansen de mencionar, y defender, un supuesto carácter auxiliar del proceso penal puesto “al servicio” de la pena³⁹. Por el contrario, la relación entre el derecho procesal penal y el derecho penal es tan estrecha que incluso podríamos decir que no hay tal relación sino que son formas de estudio de una y la misma cosa⁴⁰.

Aún cuando Díaz Cantón justifica parcialmente la utilidad política de separar artificialmente ese estudio de la misma cosa (para que el proceso penal funcione como contrapoder de los fines políticos del derecho penal) lo cierto es que termina por reconocer que “es probable que este divorcio tan tajante haya tenido también efectos contraproducentes: la resistencia a aceptar para las normas procesales principios tales como la prohibición de la analogía *in malam partem*, la retroactividad de la ley penal más gravosa, o a acoger la concepción del debido proceso como una condición objetiva de punibilidad, y qué decir de exquisiteces como extender la aplicación de la institución del sobreseimiento a situaciones próximas a la ausencia de merecimiento o de necesidad de pena”⁴¹. Ni hablar, agregaría, de una efectiva comprensión del fenómeno cultural que está debajo y a la vez es empujado por la cuestión penal en su conjunto.

Y es que el conocimiento sobre lo “procesal penal” ha sido separado en numerosas oportunidades no sólo de lo penal sino también de lo político y social⁴². Los motivos por los que se realizó esa doble separación en lo académico deben interpretarse de acuerdo a los avatares políticos. Y no es muy lejana en el tiempo: se produjo en el siglo XIX para los sistemas continentales europeos y en parte es producto de las codificaciones de esa tradición que regulaban en cuerpos separados lo penal de lo procesal. Ello se aunaba a un legalismo y luego positivismo que virtualmente despojaban al derecho del tradicional componente político y moral, además del cultural, como ya se ha dicho. Los grandes penalistas seguían siendo procesalistas en este entonces. Así, René Garraud indicaba a principios de siglo XX que “En el dominio de la penalidad las leyes de forma son inseparables de las leyes de fondo, pues toda represión, es decir, toda puesta en acto de las leyes penales implica un proceso y un juzgamiento previos”⁴³. Y en el mismo tenor podría mencionarse a autores que analizaban en conjunto a la cuestión penal como Ernst Beling (y entre nosotros los Moreno, Jofré, etc.).

39 De la Oliva Santos, Andrés, Aragoneses Martínez, Sara, Hinojosa Segovia, Rafael, Muerza Esparza, Julio, Tomé García, José Antonio, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, pp. 6 y 60 y ss. En el mismo sentido, entre otros, Prieto-Castro y Ferrandiz, Leonardo y Gutierrez de Cabiedes, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, Madrid, tecnos, 1989, p. 84.

40 En este sentido, y crítico con la teoría general del derecho procesal, Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, del Puerto, 2000 (trad. de la 25ª edición de 1997, Gabriela Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio B.J. Maier), p. 6.

41 Díaz Cantón, Fernando, “Autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, cit., p. 840, con citas de Pastor y de Wolter.

42 En el mismo sentido Muñagorri, Ignacio, “La administración de justicia y procesos de criminalización” en *Revista Vasca de Administración Pública* nro. 7, Oñati, IVAP, septiembre/diciembre de 1983, p. 147.

43 Garraud, René, *Traite théorique et pratique d' instruction criminelle et procédure pénale*, París, Recueil Sirey, 1907, tomo I, p. 6.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Pero lo cierto es que la separación de disciplinas en el ámbito académico puede haber tenido con la idea de especialización propia de esa época. Aún cuando las intenciones de Alcalá-Zamora fueran las de señalar cierta antigüedad en esa escisión, y justificarla, queda claro de su relato el origen de la misma en lo que hace al plano universitario (recipendiario y a la vez creador de la separación): “indicaré únicamente que desde hace más de un siglo (ley de instrucción pública de 1857), y sin más salvedad que la del plan de estudios de 1883, derogado antes de un año, en España ha sido siempre el procesalista quien ha expuesto el conjunto de la disciplina, sin que los penalistas, respetuosos del deslinde de los territorios, reclamasen nunca para sí el enjuiciamiento criminal ni se ocupasen de temas o problemas a él atinentes, sino en rarísimas oportunidades”⁴⁴.

Ambas escisiones (la de lo procesal penal con lo penal, y la de lo procesal con lo político y social), forzadas por la política educativa y la aquiescencia posterior de algunos profesionales, no son inocuas ni inocentes. Como advirtiera Losano⁴⁵, las razones por las cuales tradicionalmente se ha tratado por separado de lo penal (también de la materia constitucional, en dónde la gravedad de esto se observa palmariamente) a la materia procesal, tienen que ver con la consolidación de regímenes que quieren explicar las decisiones políticas de primera magnitud que incumben al proceso penal como una asignatura “técnica”⁴⁶, que poco tiene que ver con la teoría del derecho o con la separación de poderes y otros principios democráticos. Esa pretensión de una disciplina “técnica” encubre, a veces en forma evidente, determinada ideología contraria a los principios democráticos o que prefiere, con ese artilugio, escapar a la toma de postura decisiva en defensa de las libertades públicas e individuales.

La separación, ficticia, entre estas supuestas áreas disciplinarias bien podría ser percibida como un producto reciente que engloba tanto a la enseñanza universitaria cuanto a la producción legislativa. Como ya he indicado, hasta el siglo XIX las diversas Ordenanzas, Partidas o Leyes regulaban orgánicamente las materias político-criminales⁴⁷. Hasta ese momento “era usual el tratamiento conjunto de los dos saberes (Grolmann, Carmignani, Carrara, etc.), lo que responde a la tradición legislativa vigente hasta la codificación del siglo XIX, que abarcaba en un mismo cuerpo normas penales y procesales penales”⁴⁸. La separación en cuerpos o códigos separados es un problema, pero ello sin duda se agrava y refuerza con la creación de “disciplinas” académicas,

44 Una de esas “rarísimas” excepciones que menciona es ni más ni menos que el mejor y más original penalista español de todos los tiempos: Pedro Dorado Montero. Atribuye el profundo interés del profesor de Salamanca por las cuestiones procesales a la amplitud de sus estudios, y lo poco técnico de los mismos, pues su concepción de la justicia penal, según Alcalá-Zamora, es menos jurídica que pedagógica. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Cooperación internacional entre procesalistas” en *Estudios procesales*, Madrid, tecnos, 1975 (original de 1972), p. 735.

45 Losano, Mario, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 110.

46 De la Oliva Santos, Andrés, Aragonese Martínez, Sara, Hinojosa Segovia, Rafael, Muerza Esparza, Julio, Tomé García, José Antonio, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 57.

47 Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, del Puerto, 1996, p. 145. Hendler, Edmundo, “Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la civilización)” en revista *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, del Puerto, quien también señala lo mismo, remarcando además cómo a partir del siglo XV se produce el reforzamiento del poder punitivo con la legislación separada de lo “extraordinario” (lo penal) frente a lo “ordinario” (lo civil).

48 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 158.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

destinadas a impedir el pensamiento sobre la “política penal”, que tendría tantas consecuencias políticas en el siglo XVIII e incluso en el penalismo liberal del siglo XIX. La politización de las discusiones sobre lo que hoy conocemos como “procesal penal” fue el punto de partida de las reformas ilustradas del constitucionalismo liberal. De entre ellos, “un caso paradigmático al respecto podría ser el de Montesquieu y sus reflexiones acerca de la relevancia de la ley procesal penal para la salud de las libertades ciudadanas”⁴⁹. Toda la escuela clásica, al igual que las anteriores ordenanzas inquisitivas⁵⁰, trataban conjuntamente las reglas sobre el sistema penal (así, Beccaria, Filangieri, Feuerbach, Bentham, etc.). De ella, como ya he dicho, han surgido las mayores limitaciones al poder punitivo, al contrario de las excepciones a dichos límites que son producto de las tendencias “técnicas”, y ocultadoras del sistema penal en su integridad, que lógicamente obliga a pensar en términos políticos y culturales a la vez que morales.

Esto es destacado, últimamente, también fuera de la Universidad de Buenos Aires, y hasta en España⁵¹. Además, incluso aquellos que actualmente se siguen definiendo sólo como “procesalistas”⁵² se han manifestado en contra de las teorías “monistas” y reductoras, que circunscriben la actuación del proceso penal a la realización de un discutible *ius puniendi*, y reconocen las múltiples funciones de lo procesal penal, aunque insistiendo en su autonomía con respecto a lo penal sustantivo. Algunos de los autores de obras generales de difusión para estudiantes, realizan estudios profundos resaltando la importancia de su conocimiento para la defensa de un determinado sistema procesal (y por lo tanto político) que viene impuesto en la Constitución y sus principios en la materia⁵³. Es valioso el esfuerzo de Lorca Navarrete por sustentar la autonomía del derecho procesal penal con respecto al penal, pero “en función del garantismo penal”. Con ello quiere remarcar el autor la importancia y el carácter no secundario del proceso, al que para hacerlo llama “sustantivo” en vez del tradicional epíteto de “derecho adjetivo”⁵⁴. Aun cuando se comparta la finalidad que persigue este autor, no creo que

49 Andrés Ibañez, Perfecto, “Sobre democracia y justicia penal” en AA. VV., *Hacia una nueva justicia penal. Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal*, tomo II, Buenos Aires, Presidencia de la Nación. Consejo para la consolidación de la Democracia, 1989, p. 145.

50 Y esto es muy importante recordarlo para optar por la propuesta de Díaz Cantón: “La visión sistemática integral del orden jurídico penal, bienvenida como tal, no debe dejar como saldo un retorno a la Inquisición, sino un legado de racionalidad y contención, en el ámbito de la aplicación de la ley penal, de los abusos derivados del ejercicio del poder penal” Díaz Cantón Fernando, “Autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, del Puerto, 2005, p. 849.

51 Denuncia la escasa claridad acerca de los fundamentos políticos, históricos y culturales de las categorías sintéticas empleadas para señalar tipos o modelos de procedimiento penal por parte de ciertos procesalistas como producto de un desconocimiento del fenómeno de la pena, Armenta Deu, Teresa, *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 7 y en el trasfondo de todo ese interesante libro.

52 En España, Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor, Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Madrid, Colex, 1999, p. 43. En Argentina, D’Albora, Francisco, *Curso de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.

53 Partiendo de la Constitución y algo menos “apolítico” que los otros manuales consultados, Almagro Nosete, José y Tomé Paulé, José, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, 2ª edición, Madrid, Trivium, 1994. Aún más ideológicamente razonado de acuerdo a los principios garantistas, Lorca Navarrete, Antonio María, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Madrid, tecnos, 1988.

54 Lorca Navarrete, Antonio María, *El proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Una propuesta para preterir el modelo inquisitivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 27 y 28. Por el contrario, insisto, creo que ni el derecho procesal penal es autónomo del penal, ni el derecho penal es autónomo del procesal penal y ambos conforman la política criminal del Estado que a su vez tiene

sea propicio sostener aquella inútil apología de la “autonomía” la cual además de inútil (y confusa, con ese cambio inocuo de denominación) puede ser peligrosa⁵⁵.

También la influencia del garantismo es notable en muchos otros procesalistas actuales que siguiendo la senda de Luigi Ferrajoli adoptan posturas políticamente comprometidas no sólo con las garantías formales sino con una concepción sustancial y social de la democracia y el ejercicio de los derechos⁵⁶. Otras influencias sobre los procesalistas son buenas injerencias de distintas visiones “garantistas”, como la señalada por Díaz Cantón, de clara influencia “zaffaroniana” de que haya un “derecho procesal penal visto preponderantemente como contenedor y atemperador del poder penal del Estado”⁵⁷.

Y es que, de acuerdo a esa “función del garantismo”, toda la comprensión del sistema penal, en su forma más acabada e integral, sólo puede estar destinada a nutrir de arsenal teórico y práctico a los juristas, y en particular a los jueces, destinados a limitar las pretensiones de violencia estatal.

3. El enfoque transdisciplinario, y filosófico-políticamente arraigado en el garantismo, sobre el sistema penal.

El derecho procesal penal requiere de especial atención por parte de los investigadores del sistema penal, que deberán elaborar nuevos enfoques por su especial impronta sobre los derechos humanos y la organización institucional de los conflictos y las violencias en una sociedad democrática e igualitaria. Ello es advertido también por importantes penalistas, como Bustos Ramírez para quien “dentro del sistema penal el proceso (penal) resulta ciertamente esencial, pues pone en acción todo el sistema y, por tanto, el derecho penal. Luego, pone en acción la fundamentación político-criminal, los principios garantizadores. De ahí entonces que estos no sólo sean la base de toda elaboración dogmática penal, sino que también traspasen la función judicial, más allá de su aplicación en el proceso penal”⁵⁸. Y como señala Maier, “el derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social”⁵⁹.

De allí la necesidad de encontrar líneas de necesaria aproximación de los “diferentes” campos, separados, a veces, también por “necesidades” administrativas o

referencias que no hacen solamente a la voluntad política sino también al sustrato cultural en el que pueden implementarse las políticas concretas.

55 Señalando los peligros de esta pretendida autonomía para la idea de “verdad” material Neumann, Ulfrid “Aspectos jurídico-políticos de la vinculación del ministerio fiscal por instrucciones” (trad. del original de 1995, Jesús-María Silva Sánchez) en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 218. El peligro también existe en una propuesta como la nuestra que le da primordial importancia al acto del juicio penal, y también en otra que le reste importancia a la materialidad de tal término atribuyendo todo a una cuestión formal: por ello se insiste en la mutua dependencia de conocimientos reales y limitaciones políticas.

56 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., p. 864.

57 Díaz Cantón, Fernando, “Autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, cit., p. 847.

58 Bustos Ramírez, Juan, “Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal” en *Nuevo Foro Penal*. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquía, nro. 60, Bogotá, Temis, enero-abril de 1999, p. 106.

59 Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, tomo I cit., p. 146.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de reparto de poder en la Universidad. Esto último es lo que, como he dicho, me parece ha sucedido en la división entre departamentos penales y procesales penales, cuyas consecuencias, lejos de ser inocuas, producen la mencionada doctrina general del proceso desligada de lo penal, o la dogmática penal desconocedora de las actuaciones procesales, y en definitiva un conjunto de saberes “técnicos” que no razona ni filosófica ni políticamente, y por ello pocos límites ofrece al avance del punitivismo estatal y sus demandas sociales⁶⁰.

Para realizar dicho “encuentro”, el análisis transdisciplinario se revela trascendente por su utilidad tanto para describir un fenómeno, cuanto para criticarlo o proponer alternativas. Lorca Navarrete quiere indicar ello cuando, a pesar de sostener la autonomía del derecho procesal penal, indica que tiene mayor relación con la “criminología” que con otras disciplinas jurídicas⁶¹. Creo que el campo desde el que es posible realizar un análisis comprensivo de estos fenómenos que afectan al sistema penal no puede ser, si es que se refiere a la “criminología”, aquella “ciencia sobre el crimen” comprometida con la racionalidad de los “expertos” positivistas, sino que debe ser el de la sociología jurídico penal o sociología del control penal⁶², como forma científica que se consolida tras la ruptura de la criminología crítica.

Entre las formas de control penal⁶³ encargadas de prohibir ciertas conductas y también de reforzar y difundir ciertos valores, se encuentran las normas penales y también las procesales penales⁶⁴, siendo quizás éstas las que tengan más incidencia por su cercanía con la sociedad y con el Estado. Desde luego son también las más cercanas al acusado⁶⁵ ya que son éstas las que afectan más directamente la vida de los individuos. Tan es así que las normativas constitucionales (las primeras de ellas de raigambre liberal producto de la revolución mencionada en el siglo XVIII, y desde entonces todas) hacen expresa alusión a cuestiones del proceso penal como garantía de los individuos frente al Estado, antes que a cuestiones del derecho penal sustantivo (que de todas formas queda limitado en su desarrollo, a partir de esa época, por el principio de legalidad).

60 En efecto, tal separación se debe a espacios de poder aún vigentes más que a las tradiciones teóricas del siglo XIX. Según de Sousa Santos, tal división también afecta a la sociología del derecho, la cual reprodujo el predominio “de una visión normativista del derecho en detrimento de la visión institucional y organizacional y, dentro de aquella, en la preponderancia del derecho sustantivo en detrimento del derecho procesal, una distinción vinculada de por sí a tradiciones teóricas importadas en forma acrítica por la sociología del derecho”, Santos, Boaventura De Sousa, “La sociología de los Tribunales y la democratización de la justicia” en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Uniandes/Siglo del Hombre, 1998 (trad. del original de 1995, C. Bernal y M. García Villegas) p.194.

61 Lorca Navarrete, Antonio María, *Derecho procesal penal*, cit., p. 19.

62 Bergalli, Roberto, “El control penal en el marco de la sociología jurídica” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo V, Madrid, 1988.

63 Asiste razón a Bergalli cuando insiste en que el control penal nada tiene que ver con el concepto de control social surgido a principios del siglo XX en Chicago y en que su uso en las ciencias penales, tras la influencia del funcionalismo, suele ser equívoco y confuso: Bergalli, Roberto, “Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1992, p. 173 y ss. y Bergalli, Roberto, “¿De cuál derecho y de qué control social se habla?” en Bergalli, Roberto (ed.), *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona, M.J. Bosch, 1998, p. 17 y ss. Sin embargo, y dado su amplio uso por los penalistas (incluso en trabajos anteriores del propio Bergalli) se mantendrá este término sobremanera en casos, como éste, en el que estamos citando.

64 Muñagorri Laguía, Ignacio, “Algunas notas sobre el proceso penal”, cit., p. 304.

65 Es conocida la frase de Beling de que el derecho penal no le toca un solo pelo al delincuente. Beling, Ernst von, *Derecho procesal penal*, Madrid, Labor, 1943 (trad. Miguel Fenech), p. 2

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

El proceso penal es uno de los dos grandes ejes estructuradores del sistema penal y es corresponsable (con el derecho penal) de la efectiva configuración de la política penal de un Estado⁶⁶. Un estudio serio sobre el sistema penal, sobre la misma pena y sobre todo el complejo político y cultural de relaciones con los conflictos, no puede eludir las cuestiones llamadas “procesales” penales.

Que esas cuestiones sean parcialmente ajenas a penalistas y a filósofos del derecho no puede sino ocasionar problemas, como la imposibilidad de transformar en forma progresista lo existente. Como ejemplo, la tarea de reflexión y actuación política sobre el sistema penal y sus funciones democráticas y garantizadoras (necesaria para acondicionar un sistema penal dictatorial a los dictados de un Estado de derecho) fue realizada en forma parcial, en España, por el Tribunal Constitucional durante su período más renovador de la materia procesal, y no por los juristas “expertos” de la academia universitaria. Lo hizo posible, en ese caso, una visión desde el “garantismo” que es decir reconocer la supremacía de la Constitución sobre la política criminal. Ciertamente el análisis desde la Constitución es fructífero, y puede llevarnos a un nuevo período liberal como el que significó el fin del proceso inquisitivo.

Es por ello que también desde los presupuestos político penales de las Constituciones, se arriba a la convicción de que la identidad del derecho penal y del proceso penal configuran una misma política constitucional. Son, en este sentido, deudores uno del otro en su contenido ideológico. Al menos ha sido así históricamente cuando se ha comprobado que “A un derecho penal limitador o de garantías, corresponde un derecho procesal acusatorio, y a un derecho penal autoritario un procesal penal inquisitorio”⁶⁷. Por lo general se han acompañado los pares de acuerdo a los regímenes políticos que eran sustentados por esos sistemas penales. No ha sido tan extraño, empero, que los juristas de algunos Estados desarrollaran un derecho penal formalmente democrático o liberal pero éste era “burlado” en su aplicación política o práctica con la pervivencia de un proceso penal de tipo inquisitivo o rendido a las prácticas punitivas de la ideología de la defensa social. Esa es una forma en que se encubren algunos sistemas igualmente autoritarios o en los que existe un diferencial de presupuestos democráticos, o estos se funcionalizan según la conveniencia. Estos sistemas democráticos de baja calidad son más fácilmente denunciabiles con un análisis político y cultural sobre las instituciones penales, que se ocultan bajo el calificativo de “procesales”⁶⁸. El análisis jurídico no está, ni debe estar, ciego frente a sus presupuestos ideológicos concretizados en las instituciones terminales, que finalmente determinarán su concreto accionar social.

Es por todo ello que jurídico no debe traducirse como “técnico”, y el aporte de las otras disciplinas, sobre todo de tono descriptivo de las realidades permitirá ya no sólo la reflexión propiamente jurídica sino también la política. La necesidad de insertar el análisis jurídico (y no casualmente cuando este análisis entra en juego con las instituciones del sistema penal y en concreto las del proceso penal) dentro de esquemas políticos más globales ya ha sido advertida como una necesidad por los juristas más

66 El que mejor lo explica, a mi juicio, y mantiene a la vez la unidad de exposición y comprensión justificando, políticamente, la razón de la separación de cuerpos legales en Argentina, con legisladores diferentes: Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 37.

67 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 158.

68 Un ejemplo paradigmático es el de la prisión preventiva.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

lúcidos de fines del siglo XX⁶⁹. Igualmente se tendrá en cuenta que, a pesar de la necesaria separación entre derecho y moral, la forma de razonar, y de argumentar, en el pensamiento jurídico (como en la de cualquier otro) es heredera de la tradición filosófica⁷⁰.

Si bien esa distinción entre derecho y moral, entre delito y pecado o entre castigo efectivo y reproche moral es una de las características de esa cultura liberal producto de la Ilustración, lo cierto es el exceso del “tecnicismo” no pensante en términos morales es probablemente un riesgo tanto para ese frágil equilibrio que permite una justicia garantizadora de las libertades como para la convivencia pacífica y solidaria⁷¹.

Indudablemente debe reflexionarse en términos morales cuando se lo hace sobre la denominada cuestión penal. Y esa moral es la que no puede limitarse a organizar la propia vida sino que debe planificar a esa vida en forma social, es decir, con los otros. Esto obliga a la reflexión política en la que debe insertarse la cuestión no menor de los temas penales.

Como se ha ido sugiriendo, la idea de “sistema” y la “función del garantismo” son las principales herramientas para percibir la importancia política de la cuestión penal, y creo que en particular deben ser aplicadas a algunas cuestiones no tratadas anteriormente por ser preteridas como meramente técnicas, en el mejor de los casos, o no jurídicas, en el peor de ellos.

“Sistema” y “función” son dos palabras e ideas claves de la tradición sociológica funcionalista, pero pueden y deben ser desarrolladas de acuerdo a principios políticos humanistas, para conformar una aproximación idónea, y a la vez comprometida políticamente, a las realidades jurídicas.

De esta forma, el enfoque transdisciplinario debe compatibilizar las mejores expresiones de la sociología (también la funcionalista⁷²), con los límites filosóficos y políticos penales propios del pensamiento ilustrado del garantismo, capaces estos últimos de colocar en una posición privilegiada al individuo y, también, a la “racionalidad” ligada a valores (ambos negados tras la glorificación del “sistema” en esa importante tradición sociológica)⁷³. Lo político penal permite asir el sentido de las

69 Ferrajoli, Luigi, “Justicia penal y democracia: el contexto extraprocesal” en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nro. 4, Madrid, 1988 (trad. de la conferencia del mismo año, Perfecto Andrés Ibañez), pp. 3 y ss. Realiza estas afirmaciones en referencia a la transformación del Código de Procedimientos argentino, y las necesidades de insertarlo dentro de reformas políticas y sociales más amplias.

70 Lo recuerda y practica, Merkel, Reinhart “La filosofía ¿Convidado de piedra en el debate del derecho penal?” (trad. del original de 1995, Pablo Sánchez-Ostiz) en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.

71 Un brillante estudio que rastrea la genealogía de la distinción moral-derecho en Occidente (que ve más allá de la tradición laica y especialmente en el cristianismo posterior al año mil) y que alerta sobre la actual crisis provocada por un exceso de derecho que reemplaza al fuero ético, Prodi, Paolo *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Buenos Aires, Katz, 2008 (trad. del original del 2000, Luciano Padilla López).

72 Por ejemplo, el pensamiento de Luhmann, el cual desarrolla una teoría de sociología jurídica para explicar la función del derecho en las sociedades actuales, tan definidas por el mismo derecho: Luhmann, Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (trad. del original de 1983, Ignacio de Otto Pardo). No obstante, este autor, en esa obra, no se manifestaría de acuerdo con la posibilidad de “sociologizar” la dogmática jurídica, tal cual se ha hecho por algunos dogmáticos, pero también en este ensayo sugiero como necesario.

73 A su vez, el “fiel” sociológico de la balanza, impedirá a aquellas expresiones político penales caer en el iusnaturalismo, o en inocentes negaciones de la existencia y complejidad de las relaciones de poder.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

garantías penales y procesales como límites al poder penal del Estado. Permite también considerar a los principios del sistema penal como formas de diseñar ese poder con características democráticas, puesto que al negarse la racionalidad valorativa en el individuo (es lo que hace al menos Luhmann al atribuirle al sistema), también se niegan las posibilidades de cambio pacífico a través de la discusión pública y democrática⁷⁴.

La tarea compleja de politizar y sociologizar la cuestión penal se advierte en la tarea de descripción (y crítica por lo tanto) de normas jurídicas y también de decisiones judiciales concretas. Pero entiendo que debe ir más allá de ello para comprender cualquier fenómeno que se relacione con el sistema penal. Esto requiere de algún tipo de transdisciplinariedad. Puesto que el sistema penal “es indudablemente un objeto de conocimiento plurifacético al cual no se puede acceder mediante su única descripción normativa”⁷⁵, el estudio de cualquiera de sus instituciones torna necesario, imprescindible, este recurso.

Se hace necesario poner en crisis aquella compartimentalización que obligaba y legitimaba la división en “disciplinas”, tanto dentro del derecho como del derecho en el seno del conocimiento sobre lo social. Retomando antiguas reflexiones de los exponentes de la llamada Escuela de Frankfurt⁷⁶, se ha verificado la necesidad de recurrir a otro tipo de investigaciones ajenas a los métodos fragmentarios, asistemáticos y avalorativos que imperan en los órdenes “distintos” de las disciplinas⁷⁷.

Estas “disciplinas” a las que se debe recurrir pertenecen principalmente al campo de las ciencias sociales, puesto que en el sistema penal aparecen cuestiones que van más allá de las leyes específicas, y por lo tanto no es comprensible solamente desde una postura positivista jurídica (aquella es parte integrante, también, del sistema social y por lo tanto participa de sus límites). Como advirtieron Georg Rusche y Otto Kirchheimer: “El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos”⁷⁸. Por ello la revisión desde el enfoque sociológico de cualquier institución penal resulta

74 En efecto, Luhmann se encuentra cercano a una visión no sólo descriptiva sino laudatoria del proceso de racionalización burocrática, llamada por el “institucionalización”. Este fenómeno permitiría domesticar las expectativas de búsqueda de consenso y también de cambio. Pero para que ello sea pacífico, debe minimizarse la participación de los individuos y aumentarse la de las normas. Luhmann, Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, cit., pp. 122 y siguientes.

75 Bergalli, Roberto “Presentación” a Bergalli, Roberto, *Control Social Punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Barcelona, M. J. Bosch, 1996, p. VIII.

76 Horkheimer, Max, *Teoría Crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974 (trad. de originales de 1932 a 1937, E. Arbizu y C. Luis).

77 En la reflexión sobre el surgimiento histórico de las mismas (y su relación con determinada forma de poder) es imprescindible la cita de la obra de Foucault. La “disciplinarización” de los saberes centró la atención de este filósofo que también relaciona ello con los fenómenos punitivos. En particular en Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*. Tomos I y II. México, Fondo de Cultura Económica, 1967 (trad. del original de 1964, Juan José Utrilla); *El nacimiento de la clínica médica. Una arqueología de la mirada médica*. México, Siglo XXI, 1978 (traducción del original de 1963, Francisca Perujo); *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humanas*, México, Siglo XXI, 1968 (trad. del original de 1966, Elsa Cecilia); *Arqueología del saber*, México, Siglo XXI, 1970 (trad. del original de 1969, Aurelio Garzón del Camino); *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1973 (trad. del original de 1971, A. González Troyano).

78 Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *Pena y Estructura social*, Bogotá, Temis, 1984 (trad. de E. García Méndez del original en inglés de 1939), p. 254.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

imprescindible. Pero no sólo es necesaria la sociología, ya que en la justicia penal se adivinan cuestiones políticas y éticas fundamentales para nuestra vida en sociedad.

Por todo ello, no parece razonable que desde la Universidad se evite reflexionar sobre problemas de candente importancia para la sociedad por dificultades “metodológicas” atribuibles a los compartimentos estancos que ha creado su propia estructura corporativa. A la vez esto invita a una seria reflexión sobre la división de disciplinas que, como indica Eligio Resta, ya no aseguran nada⁷⁹.

El enfoque sobre los problemas jurídicos que excede el marco teórico y metodológico tradicional de las ciencias jurídicas, y opera en los confines de la política, la sociología, la antropología, la psicología y otras ciencias sociales, se ha presentado como sociología jurídica⁸⁰. Algunos sociólogos del derecho han intentado, desde los estudios que le son propios, crear una epistemología jurídica radicalmente nueva o distinta para percibir, estudiar y plantear, asimismo, nuevas investigaciones imposibilitadas por la permanencia de planes de estudio y esquemas mentales propios del siglo XIX, entre los que se encuentran la reducción del ámbito de lo procesal penal⁸¹.

En esa senda, debe abogarse por una construcción ya no “inter” sino “trans” disciplinaria. La importancia de este análisis sobre una institución jurídica con causas y efectos culturales y políticos es fundamental para poder entender realmente el alcance del problema. El campo de estas investigaciones dentro de una “disciplina” socio-jurídica pretende responder nuevas preguntas de acuerdo a las nuevas realidades sociales. En virtud de ello “se advierte la complejidad de los fenómenos jurídicos que deben reconstruirse con estos cambiantes modos de reflexión, se identifican las relaciones de éstos pensados como sistemas con los sistemas sociales, se intenta pasar de sistemas cerrados a sistemas abiertos, se piensa en un contexto estructural mundial. La apertura a una epistemología de la complejidad, con sus múltiples variantes, es percibida como un modo de evitar las características que eran admitidas en primera fila en el modelo clásico: las del determinismo, las del dualismo absoluto entre lo verdadero y lo falso y las del reduccionismo”⁸².

Al remitir a este campo del conocimiento jurídico se debe dejar en claro que estas relaciones con otros saberes “no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o en prejuicio”⁸³.

Entre esas hipótesis de trabajo deben destacarse, por su utilidad, aquellas que han sido laboriosamente cultivadas y exhaustivamente fatigadas por Edmundo Hendler, dentro de su perspectiva cultural, como son los análisis histórico y comparativo. Son justamente estas dos perspectivas las que dan origen a otro tipo de preocupaciones

79 Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza*. cit., p. 101.

80 Y, en otros ámbitos: sociología del derecho, *socio-legal studies*, *law in context*, *law and society studies*, por ejemplo.

81 Ver la explicación de una nueva epistemología desde y para el campo jurídico en Arnaud, André-Jean, “Droit et Société: du constat à la construction d’un champ commun” en *Revista Droit et Société*, nros. 20-21, París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1992.

82 Mari Enrique E., “El concepto de posmodernidad de André-Jean Arnaud y Boaventura de Sousa Santos en la Sociología del Derecho”, en *Papeles de filosofía II*, Buenos Aires, Biblos, 1997, p. 278.

83 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 146.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

teóricas y metodológicas que no deberían estar ausentes de ningún trabajo jurídico. Ello también se relaciona con lo sociológico ya que también son dichas disciplinas las que tienen origen. Como dice el sociólogo Niklas Luhmann sobre su formación inicialmente jurídica, “me interesaban las cuestiones de derecho comparado, lo que en cierto sentido preparó mi dedicación posterior a la sociología, pues al comparar el derecho hay que poder explicar sociológicamente las demás circunstancias”⁸⁴.

En el mismo sentido señala Rüdiger Lautmann que “Los historiadores del derecho que proporcionan una descripción del derecho para una etapa del pasado, combinan casi siempre la perspectiva normativa con la social. Igualmente, es posible pensar que quien compara el derecho puede proporcionar, conjuntamente con la descripción del derecho de un país extranjero, la descripción de la realidad social correspondiente”⁸⁵.

La relación, así, de los métodos históricos y comparativos con el de la sociología jurídica para abordar la investigación jurídico-penal aparece lógicamente fundada. Y es en gran medida lo que ha hecho Edmundo Hendler también al hacer hincapié en la perspectiva antropológica. Señalaba, con cita de Levi-Strauss, que “Historia y etnología –es del caso señalarlo– son disciplinas coincidentes en su objeto de indagación que es la vida social. La diferencia entre ellas estriba en que la primera se ocupa de las manifestaciones conscientes de los hechos sociales mientras que la segunda busca penetrar en sus significados inconscientes”⁸⁶.

La importancia dada al método de la historia no debe llevar a pensar que el intento quedará limitado a un análisis estático de un fenómeno del pasado, sino que debe realizarse una historia para y del presente.

Un estudio adecuado de cualquiera de los principios que gobiernan las actuales formas de enjuiciamiento debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras él reside. Los sistemas de enjuiciamiento penal, así como la misma pena, han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella⁸⁷.

Como se ha dicho, el repaso histórico debe hacerse ya no con la pretensión de encontrar una “verdad” en el pasado, sino más bien para reconstruir el pasado de nuestras “verdades”. Siguiendo a Michel Foucault⁸⁸, la genealogía trata de percibir los accidentes (los eventos) que están en la raíz de lo que conocemos y existe. Como señala Robert Castel “el método genealógico busca las filiaciones. Más exactamente, intenta, cuando se trata de un suceso determinado, comprender la relación existente en su constitución entre los efectos de innovación y los heredados”⁸⁹.

84 En una entrevista luego recopilada por Dirk Baecker y Georg Stanitzek, *Archimedes und wir: Interviews*, Berlín, Merve, 1987, p. 130. Reproducida en castellano por Navas, Alejandro, “Apuntes para una biografía intelectual” en revista *Anthropos*, nros. 173/174 Niklas Luhmann, Barcelona, 1997, p. 41.

85 Lautmann, Rüdiger, *Sociología y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Sur, 1974 (trad. del original de 1971, E. Garzón Valdés), p. 23.

86 Hendler, Edmundo, “Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la civilización)” en revista *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, del Puerto, p. 21.

87 Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. cit., p. 442.

88 Foucault, Michel, “Nietzsche, la Genealogía, la Historia” en *Microfísica del Poder*, Madrid, La Piqueta, 1992 (trad. de originales de diversas épocas, J. Varela y F. Álvarez Uría), p. 13 y ss.

89 Castel, Robert, “Prólogo” a Álvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, Tusquets, 1983, p. 9.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La visión de la historia se realiza desde un presente con preocupaciones determinadas por los accidentes que lo conforman. El recordado profesor Francisco Tomás y Valiente señaló con claridad cuál debe ser la intención del historiador interesado en el presente: “¿Para qué sirve la historia? Si tuviera que responder a este interrogante, que así formulado bien parece la pregunta número uno del catecismo del historiador, contestaría con una frase tan escueta como las usuales en tales libritos: para entender el presente. Quien no haga ciencia de la historia con esa finalidad, escribirá libros muertos, acaso muy eruditos, pero carentes de interés”⁹⁰.

Lo mismo sucede con respecto al método jurídico comparativo. La metodología de trabajo consistente en atender al estado de la cuestión en el derecho comparado y en los documentos internacionales (con el fin de realizar una revisión de esta relación examinada en contextos jurídicos comunes o que se relacionan) y a la vez criticar las “soluciones” adoptadas en cada uno de estos espacios estatales, o supraestatales, resulta especialmente pertinente en lo que hace a aquello más “globalizado” del universo jurídico, que es lo penal. La universalidad de determinados fenómenos ha llevado a hablar de una “aldea global” o de “globalización” para denotar con términos creados para otros fines el resultado de la revolución tecnológica de fines del siglo XX. Este proceso de “internacionalización” llevaría a pensar en una posible homogeneización de los fenómenos sociales, de las culturas, y de sus respuestas jurídicas.

El derecho comparado, al que se reconocen antecedentes en Solón y en Aristóteles, surgió como disciplina jurídica recién en el siglo XIX, como indica Hendler⁹¹, ya que la de Derecho Penal Comparado, establecida en la Universidad de París en 1846, es una de las primeras cátedras creadas para su estudio dentro de los planes de estudio de Derecho. La relación con el método histórico no es casual pues, en la misma época en Inglaterra y en Francia, los más destacados historiadores del Derecho Penal, James Stephen en un caso y Adhemar Esmein en el otro, le dedican importantes estudios en sus respectivas obras⁹². Pero lo que importa más todavía de este tipo de análisis es el uso que ya le daban los “juristas de la cultura” como Montesquieu y Voltaire, llegando incluso en algunos casos a inventar marcos estatales ficticios pero que eran útiles para destacar críticas o elogios hacia medidas que se podían adoptar encaminadas a la reforma penal y procesal penal (en el caso de las utopías y de las antiutopías tan comunes en la época moderna e incluso en la contemporánea). Los posteriores estudios han revelado, sobremanera en el ámbito anglosajón, la importancia suprema que el método comparativo alcanza en el estudio de los distintos sistemas procedimentales, esto es, en los que se aplica el derecho⁹³. La virtud que destaca el propio Edmundo Hendler de este método es la característica que se le atribuye a la comparación jurídica en sendos trabajos, de Fletcher y Muir-Watt, que es la de ser una disciplina

90 Tomás y Valiente, Francisco, “Pasado y futuro de los partidos políticos”, en revista *Sistema*, nro. 9, Madrid, abril de 1975, p. 125.

91 Hendler, Edmundo, “Introducción” a Hendler, Edmundo (director) *Garantías penales y procesales penales desde una perspectiva histórica y comparada*, Buenos Aires, Del puerto, 2001.

92 Stephen, James Fitzjames *A History of the Criminal Law of England*, Londres, 1883, Macmillan & Co., Vol I, capítulo XV; Esmein, Adhemar *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, París, 1882, Larose et Forcel edcs., segunda parte, capítulo IV. Citados por Hendler en la “Introducción” a la obra antes citada, de la que proviene la aserción aquí mencionada como la que sigue más abajo.

93 Cappeletti, Mauro y otros, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

subversiva⁹⁴. Subversivo o no, la finalidad de producir cambios sobre determinado cuerpo legal es evidente tanto en el método histórico cuanto en el del derecho comparado. Como señalaba Radbruch, “Mientras que la historia del derecho versa sobre la sucesión de los estados jurídicos en el tiempo, la ciencia del derecho comparado recae sobre la yuxtaposición de los diferentes órdenes jurídicos nacionales en el espacio. La mayor parte de las veces, cuando se comparan entre sí los derechos de los pueblos civilizados, se hace con miras de política jurídica”⁹⁵.

El derecho comparado, a pesar de sus dificultades, ofrece soluciones a la política criminal influyendo sobre la legislación y, antes que ello, enriqueciendo la imaginación de los estudiosos del derecho y del sistema penal. Es esto último lo que nos interesa puesto que, como advierte uno de los más importantes estudiosos de los sistemas normativos comparados, difícilmente se pueda realizar una lectura meramente pasiva de este tipo de estudios⁹⁶. Dichos estudios resultan, como señala Delmas-Marty, fundamentales sobremanera tras la profunda renovación del derecho internacional que ocurre después de la II guerra mundial y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, impositora de un “fondo común” a los diversos ordenamientos que, normalmente, servirá más como “grito de rechazo” ante lo violador de esos principios “internacionales” que como justificación de las instituciones estatales existentes⁹⁷.

Se vuelve así, y para terminar, a la necesaria politización de dicho método transdisciplinario, que es la verdadera matriz que asegura una reflexión moral.

El derecho penal, tal como advierte Muñoz Conde⁹⁸, y también el procesal penal, puesto que en verdad son una y la misma cosa, han servido para proteger y garantizar los derechos y libertades, pero también para reprimirlas y violentarlas desde el propio Estado. Todos quienes trabajamos con esta peligrosa arma deberíamos en todo momento hacernos la pregunta esencialmente política sobre la política criminal que se está implementando. Históricamente, además, quienes se han negado a hacerla, escudados en una supuesta “neutralidad” de la ciencia, han amparado políticas criminales en el amplio sentido del término.

94 Fletcher, George P. “Comparative Law as a Subversive Discipline” en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, Berkeley (California), 1998, pp. 683/700; Muir-Watt, Horatia “La fonction subversive du Droit Comparé” en *Revue Internationale de Droit Comparé*, nro. 3, París, 2000, pp. 503/527.

95 Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p.13 (trad. del original de 1948, Wenceslao Roces).

96 Losano, Mario G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. XIX.

97 Delmas-Marty, Mireille, “Introducción” en Delmas-Marty, Mireille (dir), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Zaragoza, Edijus, 2000 (trad. del original de 1997, Pablo Morenilla Allard y prólogo de Vicente Gimeno Sendra), p. 31.

98 Ver el breve pero muy importante trabajo de Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2001 (2a. ed.), en el que ejemplifica la forma en que encubrieron los penalistas involucrados en el nazismo con una supuesta neutralidad sus opciones por el autoritarismo y su participación en crímenes contra la humanidad, así como advierte el temor de que pueda ocurrir una colaboración con futuros regímenes totalitarios por parte de quienes se pretenden tecnócratas y apolíticos.

FUNCIONALISMO SISTÊMICO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SEARA PENAL

Gerson Faustino Rosa

Professor de Direito na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e na UNIESP de Presidente Prudente – SP, Investigador de Polícia no Estado do Paraná, pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

Gisele Mendes de Carvalho

Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Hamilton Belloto Henriques

Professor de Direito na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – PR, Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

RESUMO: O presente trabalho tem como meta a análise crítica e a exploração de um grande problema filosófico, sociológico e dogmático-penal da atualidade, qual seja, a forte tendência de se implantar as teorias normativistas-funcionais como sistema orientador do Direito, em especial, do Direito Penal, contrariando a essência das ciências sociais aplicadas, uma vez que são desenvolvidas para beneficiar a convivência humana, para assegurar uma coexistência social pacífica e harmoniosa. Para tanto, conceituou-se brevemente a Sociologia, relacionando-a com a função do Direito Penal, passando-se, portanto, a tratar da exclusiva proteção dos bens jurídicos, confrontando-a com a finalidade funcionalista-sistêmica do Direito Penal, que é a garantia da vigência da norma penal, em detrimento, por consequência, da tutela humana, do Homem, que deveria ser centro do Direito, o grande valor a ser protegido. Adiante, discorreu-se sobre a origem biológica das teorias sistêmicas, criticando-se a aplicação de biologicismos às Ciências Sociais, que analisam o comportamento humano em sua gama de complexidades. Assim, nota-se que a adoção, como pretende Günther Jakobs, da teoria normativo-funcional sistêmica carece de razoabilidade político-jurídica, além de afrontar a dignidade da pessoa humana e violar os direitos da personalidade.

Palavras-chave: Funcionalismo Sistemico; Bem jurídico-penal; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade.

ABSTRACT: The present study aims to the critical analysis and exploration of a large philosophical, sociological and dogmatic-penal problem today, that it is the strong trend of deploy the normative-functional theories as a guiding system of the Right, especially, the Criminal Law, contradicting the essence of applied social sciences, since they are designed to benefit the human coexistence, to ensure a peaceful and harmonious social coexistence. Has conceptualized ourselves briefly Sociology, relating it to the function of the criminal law, going to address the unique protection of legal interests, confronting it with the functionalist-systemic purpose of

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Penal Law, which is the guarantee of validity of the norm penal, to the detriment of the human protection, the human being, which should be the center of the legal system, the great value to be protected. Later, he discoursed about the biological origin of the systemic theories, criticizing the application of biologicisms to Social Sciences, which analyze human behavior in a variety of complexities. Thus, we note that adoption, as suggested by Günther Jakobs, the normative-functional theory lacks political and juridical reasonableness, and violate the human dignity and violate the rights of personality.

Keywords: Systemic Functionalism; Criminal Legal Interest; Dignity of the Human Person; Personality of Rights.

Introdução

Diante da impossibilidade de retorno ou reconstrução de um modelo do assim chamado Direito Penal Liberal, ou “moderno”, cujos traços fundamentais foram construídos pelo movimento da ilustração em fins do século XVIII e princípio do século XIX, rompendo com os postulados do *Ancien Régime*, e frente à constatação de uma progressiva expansão do Direito Penal da pós-modernidade, característico de uma sociedade de risco, há quem advogue pela volta de um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia.

Há, todavia, quem defenda uma proposta totalmente oposta, alheia à concepção finalista do Direito Penal, uma completa normativização do comportamento humano, em detrimento da análise ontológica de sua conduta, tudo com base em construções biológicas importadas pela Sociologia e, por derradeiro, pelo Direito Penal, enxergando o Homem como um subsistema que se relaciona com o “grande sistema” sociedade, em uma relação “parte-todo”, e outra, “sistema-entorno”, autorregulando-se através de mecanismos de retroalimentação.

Inicia-se, desta forma, a concepção de sistemas com o biólogo austríaco Karl Ludwig Von Bertalanffy, posteriormente melhorada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Foi então que, com base nestes ideais, o sociólogo alemão Niklas Luhmann desenvolveu-importou a teoria da comunicação, afirmando que a sociedade seria um sistema autorreferente e autopoietico.

Mais adiante, o jurista alemão Günther Jakobs, expoente da Escola de Munique, aderiu à teoria de Luhmann para fundamentar a função do sistema jurídico-penal. Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito).

Tem-se, então, que o Direito é um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. E segundo a visão funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, delimitar o âmbito das expectativas normativas da conduta. Esse é o alicerce metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Jakobs para o Direito Penal.

Assim, a função social de uma atividade será definida, então, pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo. Logo, se uma atividade não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Propor-se-á assim, uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade, quanto à nova orientação dogmática da conduta humana para o Direito Penal e suas novas modalidades de respostas em face aos direitos da personalidade. Para tanto, desenvolver-se-á pesquisa orientada pelo método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos.

1. A Sociologia e a função do Direito Penal

A Sociologia surgiu no século XVIII, durante a análise das consequências de dois grandes acontecimentos históricos, quais sejam, as Revoluções Industrial e Francesa, tidas como causadoras de profundas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais à época.

Neste passo, encampando as ideias iluministas de Charles Louis de Montesquieu (1996) e Thomas Hobbes (1974), o filósofo francês Augusto Comte é mencionado como um dos idealizadores da expressão “Sociologia”, como novo ramo das Ciências Sociais, na primeira metade do século XIX, quando da elaboração de seu Curso de Filosofia Positiva, em 1838 - mais tarde denominado “Sistemas de Filosofia Positiva” -, onde, com o intuito de unificar os estudos relativos ao Homem afirmara ser necessário “saber para prever e prever para ordenar”. O que fora desenvolvido mais adiante pelo *empirismo inglês* de Francis Bacon e pelas *regras do método sociológico* de Émile Durkheim, concretizando-se a corrente da sociologia positivo-funcionalista (COMTE, 1972, p. 57).

Tem-se que a Sociologia é ciência empírica, que analisa o contexto fático-social em toda sua evolução e desenvolvimento, que estuda as relações entre as pessoas que pertencem a uma comunidade ou aos diversos grupos que compõem a sociedade. Assim, tem como objeto de estudo a análise dos fenômenos de interação dos indivíduos, os conflitos e as formas estruturantes da sociedade, tais como: as camadas sociais, a mobilidade social, os valores ético-sociais, as instituições, as normas e as leis.

Modernamente, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2001, p. 64), concebe a Sociologia de forma proativa, como sendo uma atividade de natureza intelectual, forçosamente engajada na solução dos problemas sociais por ela identificados. E os sociólogos, valendo-se de pesquisas sócio-fenomenológicas, observam os padrões de agir do Homem e formulam teorias sobre os fatos sociais, através de técnicas quantitativas e qualitativas.

Assim, ciência empírica, apoia-se sobre os aspectos da vida humano-social, desde o funcionamento das estruturas macrosociológicas – como, por exemplo, o Estado, as classes sociais, os processos de transformações sociais -, até o nível microsociológico, onde analisa-se o ser humano individualmente, sem esquecer, todavia, que o Homem só existe na sociedade, e que esta, inevitavelmente, lhe será uma “prisão” que transcender-lhe-á e determinar-lhe-á sua identidade cultural (BAUMAN, 1998, p. 43).

Por sua vez, a Sociologia Criminal, integrante das Ciências Penais, toma o delito como um fato da vida em sociedade, e estuda-o como expressão de certas condições do grupo social, preocupando-se com os fatores externos, exógenos na causação do crime, bem como suas consequências para a coletividade (FERRI, 2006, p. 34). Serve-se a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sociologia Criminal da Estatística Criminal como método de estudo quantitativo dos fenômenos criminais.

Com essa noção inicial, pode-se dimensionar a complexidade e amplitude da análise do comportamento humano-social, especialmente no que diz respeito às razões criminógenas, o que nos exige observar o Homem multidisciplinarmente, sem restringir-se às simplórias questões biologicistas do funcionalismo, que se fundam nas ciências para reduzir e teorizar problemas sociais, uma vez que o ser humano é extremamente complexo e necessita ser observado ontologicamente, através da busca, na natureza das coisas, no mundo do ser, de limites à liberdade de decisão do legislador. Desenvolvendo-se assim um ordenamento jurídico mínimo, garantidor dos direitos essenciais, intervindo somente quando estritamente necessário, principalmente no que tange ao Direito Penal, cuja função é proteger os bens jurídico-penais.

2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Na atualidade, observa-se a existência de uma legislação latino-americana com tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos delitos tentados aos consumados; o tratamento idêntico aos partícipes e autores; um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*; a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade (ZAFFARONI, 1990, p. 16).

Diante disso, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, sob o argumento de que a Constituição Federal, em seu Título II, ao tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, salvaguardou, em seu art. 5.º, os direitos à *liberdade (caput)*, à *manifestação do pensamento* (IV), à *liberdade de consciência* (VI), à *intimidade e à vida privada* (X), limitando a invasão do Poder Público na esfera do particular, inclusive no que tange à atuação do legislador, a fim de se evitar que caminhe para um totalitarismo estatal, na contramão da autonomia pregada pelo Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Neste espírito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada ilegítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale a dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana (PRADO, 2013, p. 73).

Assim, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 102). Por sua vez, bem jurídico é, objetivamente, o bem considerado vital, da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. O bem jurídico é “o orifício da agulha pelo qual têm que passar os valores da ação

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

(WELZEL, 1970, p. 15)¹”. Logo, nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação.

Substancialmente, o bem jurídico, tido como ponto central da estrutura do delito, constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim encontra-o, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração meramente jurídica, mas impõem-se a ela. Dito de outra forma, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a própria vida, mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico (LISZT, s.d., p. 6).

Assim, sem a presença de um bem jurídico digno de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de Direito (POLAINO NAVARRETE, 1974, p. 21-22). Note-se, que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna Ciência Penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo (PRADO, 2013, p.21).

3. Bem jurídico e função do Direito Penal

Ainda nesse contexto, questão digna de referência é a importante distinção entre bem jurídico e função, uma vez que a norma penal deve tão somente proteger bens jurídicos e não meras funções, ditas motivos ou razões da tutela, que se referem ao objetivo que se busca alcançar com a tutela penal, não sendo possível erigi-los à condição de bem jurídico.

A discussão acerca do bem jurídico penalmente tutelado nos remete diretamente ao estudo da função (missão [DOTTI, 2010, p. 67] ou finalidade [BRUNO, 1966, p. 28²]) do próprio Direito Penal, a qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição Federal. Ao Direito Penal, portanto, incumbe a garantia dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sociopolíticas menos gravosas. Ou seja, o Direito Penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do Direito Civil, de uma proibição de Direito Administrativo ou de outras medidas preventivas extrajurídicas (ROXIN, 2008,

¹ Segundo a concepção dos valores ético-sociais da ação de Welzel, a ameaça penal deve contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado.

² Aníbal Bruno leciona que “o fim do Direito Penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública etc.”

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

p. 32). Ademais, não se permite deduzir proibições de Direito Penal dos princípios de uma certa conduta ética, nem tampouco se impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do Direito Punitivo.

Verifica-se, desta forma, que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais (PRADO, 2013, p. 62).

Nesta seara, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas (KELSEN, 1984, p. 374-376), sendo as normas constitucionais superiores, e que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal (CANOTILHO, 2003, p. 225³). Motivo pelo qual, tais leis, para serem válidas, necessitam estar em consonância com a Carta Federal, e os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal que define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional (PRADO, 2013, p. 62).

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma *coexistência livre e pacífica* (ROXIN, 2008, p. 33). De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional (BECCARIA, 2006, p. 229⁴), obediente à dignidade humana e à igualdade⁵, uma vez que, o bem jurídico tutelado deve ser tão importante, ou mais, do que a liberdade que será cerceada com a intervenção da ingerência penal (PRADO, 2013, p. 174).

Welzel, desde 1930, quando desenvolveu sua tese sobre a teoria finalista, já defendia, como função do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, preocupando-se em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha de bens a tutelar por meio de normas penais (2001, p. 32-35).

Em suma, a finalidade do Direito Penal é a “proteção subsidiária dos bens jurídicos”, sendo que são bens jurídicos “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência por medidas sociopolíticas menos gravosas (ROXIN, 2008, p. 35)”. Ou seja, a lei penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos (LUIZI, 2003, p. 39)⁶, posto que a tutela de bens jurídicos significa impedir danos sociais.

Assim, considerando-se a ordem jurídico-penal sob o pressuposto de garantia, a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um

³ Canotilho pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”.

⁴ Beccaria assevera que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. Dito de outra forma, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes.

⁵ Recorde-se que a ideia de se tutelar a dignidade humana e a igualdade resulta do pensamento iluminista, segundo o qual, tais princípios (ou postulados) compõem condição essencial da liberdade individual.

⁶ Luisi preconiza que, segundo a subsidiariedade ou intervenção mínima, só se legitima a criminalização de um fato, se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Logo, somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ente real e estável – a pessoa humana – e não de uma função, sendo inválidas as normas que assim o considerem. A distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um Direito Penal democrático (TAVARES, 1988, p. 212).

4. Funcionalismo e Direito Penal

O funcionalismo, em sua essência sistêmica, nasceu no campo das ciências biológicas, mais precisamente na biologia molecular, em meados do século XX, quando o biólogo austríaco Karl Ludwig Von Bertalanffy, pretendendo elaborar um conceito de sistema aplicável a todo campo de investigação científica, inovou, classificando-o como mais do que a mera soma das partes, trazendo a ele a perspectiva do entorno.

Assim, sistema deixou de ser somente a relação *parte-todo*, tendo também o vínculo *sistema-entorno*, concebendo-se sistema como “um conjunto de elementos que se relacionam entre eles mesmos e com um ambiente (BERTALANFFY, 1975, p. 62). Portanto, agrega-se ao paradigma aristotélico (sistema para o interior - *parte-todo*) a distinção entre sistema e ambiente (sistema para o exterior - *sistema-entorno*), passando a concebê-lo como um sistema aberto, que intercambia constantemente com o entorno.

Já na segunda metade do século XX, os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, desenvolveram melhor a criticada concepção de Bertalanffy, que passaram, em seguida, a receber contribuições da cibernética, enquanto ciência que lida com mecanismos de controle (*retroalimentação*) e transmissão de informações (*comunicação*), capaz de autorregular-se, pois sua estabilidade e orientação dependem somente de seus mecanismos internos de controle (LUHMANN, 1996, p. 48).

Posteriormente ao domínio das ciências sociais, quando passamos a ter sistemas autorreferenciais de comunicação idealizados pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, onde a noção reitora é a retroalimentação, decorrente do *feedback*, entendida como a capacidade do sistema em se ajustar a uma conduta futura, em decorrência da memória formada tendo em vista os fatos passados. Assim, o sistema capta, sensorialmente, informações do entorno e ajusta-se para obter uma melhor adaptação ao meio (LUHMANN, 1990, p. 34).

Mais adiante, Luhmann agregou à relação *sistema-entorno*, a noção de seletividade, de processamento das informações do entorno, incumbindo ao próprio sistema processar ou não a informação externa, trazendo à luz a ideia de permeabilidade seletiva, desenvolvendo-se uma teoria geral dos sistemas de segunda geração, que trata dos sistemas autorreferentes e autopoieticos (1996, p. 45).

A partir de então, a teoria da autopoiese biológica é concebida como modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais, tendo como premissa maior a noção de autorreferência e circularidade, característica não apenas dos seres vivos, mas também dos sistemas sociais (LUHMANN, 1990, p. 81). Autopoiese é a autoprodução, a atividade própria, constituindo, portanto, uma forma particular de autoprodução pela qual se mantém a unidade e a totalidade do organismo celular. Desse modo, temos a operação de autorreprodução de um sistema, mediante a qual um sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. Trata-se de um sistema autorreferencial, no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema numa sequência de interação circular e fechada (PRADO, 2013, p. 123).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Constata-se que, basicamente, funcionalismo é a nomenclatura atribuída à teoria sociológica que explica os fenômenos sociais através da realização dos papéis das instituições na sociedade. Assim sendo, quando uma determinada mudança social promove o devido equilíbrio harmonioso, estabelecendo a necessária sintonia e funcionamento, será considerada funcional, sendo, *contrario sensu*, disfuncional quando não o fizer dessa forma, ou seja, quando não se adequar ao funcionamento da “máquina social”.

Tal denominação decorre de uma associação, um paralelo, estabelecido entre um modelo interpretativo da sociedade, conhecido como *modelo orgânico*, e a estrutura e o funcionamento da sociedade àqueles de um organismo vivo. Dito de outra forma, é como se, por exemplo, se comparasse a sociedade ao corpo humano, onde um órgão depende do outro, uma parte necessita do adequado funcionamento da outra a fim de que o “todo” possa *funcionar* satisfatoriamente.

A sociedade, então, caracteriza-se pela organização autorreprodutiva e circular dos atos de comunicação, é um sistema autorreferente e autopoietico (sistema compreensivo nas comunicações). O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Veja-se, com isso, que a sociedade se compõe de comunicações, e não de seres humanos, pois estes pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade existe somente uma relação ecológica, e os sujeitos, nesta teoria, são os sistemas, e nunca os indivíduos. Trata-se, noutro dizer, de uma sociedade sem homens (IZUZQUIZA OTERO, 1990, p. 111).

Assim sendo, ao realizarmos uma breve comparação desse tipo, compreende-se que um *todo* (o corpo/a sociedade) é formado por *partes* (órgãos/instituições sociais como o Estado, as empresas, as famílias, os sistemas educacionais etc.), as quais podem der subdivididas em partes menores (células/indivíduos, pequenos grupos etc.). Desta forma, tal como no corpo humano, as partes desempenham atividades, ações específicas, as quais conectam essas partes às outras partes do corpo humano (ou da sociedade), corroborando a sustentação da grande estrutura humana (ou social), *funcionando*, por isso é “funcional”. Note-se que a estrutura seria responsável por manter as partes unidas. Nesse passo, no que tange à sociedade, chama-se *estrutura* tudo aquilo que permanece, independentemente da ação individual, existindo. Logo, se uma *célula* de um órgão morrer, o órgão continuará funcionando. Porém, se muitas células deixarem de funcionar, simultaneamente, ou ao menos, alterarem drasticamente seu comportamento, o *órgão* sentirá os efeitos disso, pois é feito de células. Consequentemente, isso repercutirá também no *corpo*, pois é composto pelos órgãos.

Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito). Em razão dessa diferença fundamental, o Direito processa toda informação que precisa para sua própria reprodução autopoietica. Não se indica, contudo, o que é lícito ou ilícito. Temos que o Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. Sua particularidade como sistema social é ser comunicativo. Segundo a visão funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, delimitar o âmbito das expectativas normativas da conduta. Esse é o alicerce metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Günther Jakobs para o Direito Penal (PRADO, 2013, p 125).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ressalte-se, por derradeiro, que a função social de uma atividade será definida, então, pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo. Logo, se uma atividade não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível.

Há, portanto, verdadeira inversão de valores e ordem de prioridades, uma vez que, em última análise, ter-se-á como consequência a colocação do *homo noumenon* em segundo plano, e não mais como prioridade da humanidade, que passa a ser a sociedade, o funcionamento adequado do mundo, do todo. Como se tal coisa fosse possível.

Tem-se um esvaziamento completo da dignidade humana, pois o ser humano passa a ser mais uma etapa do funcionamento da coletividade, do Estado, sendo que tudo isso é criação do homem para o homem, e não o contrário. Há uma sobreposição completa, desequilibrada, do Estado social sobre a concepção iluminista de Estado liberal. Por isso, inconcebível, inadmissível e inaceitável a manutenção desta teoria sociológica para explicar o “adequado” funcionamento da humanidade, pois, além do que foi dito, ela não é exatamente dinâmica como a sociedade e as pessoas.

4.1. Teorias normativistas-funcionais

O funcionalismo penal teve início na Alemanha, por volta de 1970, quando da ocorrência de forte revolução entre os penalistas com intuito de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito Penal. Tratou-se, portanto, de movimento pós-finalista, que pretendeu abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função, qual seja, a de assegurar a paz social e aplicar a política criminal, por isso fora denominado sistema funcional.

Veio então, o funcionalismo penal, questionar a validade do conceito de conduta elaborado pelos sistemas clássico e finalista, e, ao conceber o Direito como instrumento de regulação social, delimitou o âmbito das expectativas normativas da conduta, dando à luz à moderna teoria da imputação objetiva do resultado (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 65).

Nesse passo, busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial – segundo o funcionalismo –, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade, o que é mais importante do que seguir à risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional, uma vez que o intérprete deve buscar a real intenção do legislador, maximizando a aplicação do texto legal e desempenhando, com esmero, o papel que lhe foi atribuído pelo ordenamento.

Porém, essa mitigação do texto legal encontra limites e, neste ponto, o funcionalismo apresenta-se em duas concepções: a uma, tem-se o funcionalismo dualista, moderado, ou de política criminal, defendido por Claus Roxin (2002, p. 66), que se preocupa com os fins do Direito Penal, norteando-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas. A duas, tem-se também, o funcionalismo monista, radical ou sistêmico, apregoado por Günther Jakobs - Escola de Bonn – (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 14), estribado no individualismo monista da Escola de Frankfurt, que sustenta uma teoria do bem jurídico puramente individualista (Teoria Pessoal do bem jurídico), defendendo como função precípua do

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Direito Penal a tutela de bens jurídicos individuais - Direito Penal *nuclear* – (HASSEMER, 1993, p. 42). Jakobs satisfaz-se, ao contrário, com a preservação dos fins da pena, levando em consideração apenas as necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas.

Em resumo, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, isto é, à política criminal. Tal finalidade seria, então, a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos - Funcionalismo Sistêmico – (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 45-52), ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico - Funcionalismo Teleológico – ROXIN, 2002, p. 33)⁷.

4.2. Funcionalismo teleológico, dualista, moderado ou de política criminal

Com intuito de superar as concepções ontológicas do causalismo e do finalismo, bem como a análise dita “sistemática” da teoria do delito, veio introduzir a política criminal como critério norteador do Direito Penal, especialmente com o fim de solucionar parte dos problemas dogmáticos.

Nesse sentido, Claus Roxin (2002, p. 188), contrariando as lições de Von Liszt (2003, p. 26), nega a existência de qualquer “barreira intransponível” entre a política criminal e a dogmática penal, e defende a construção de um sistema onde a política criminal adentra livremente a dogmática penal. Não significa, com isso, que elas não sejam autônomas, mas sim, que interagem sinergicamente, colaborando para a construção de um sistema penal permeável às exigências e tendências político-criminais. Deixa-se, portanto, o sistema causalista de Franz Von Liszt, para adotar o sistema funcionalista de Claus Roxin, que tem como prioridade a estabilidade do ordenamento jurídico-penal, o qual deve, sobretudo, funcionar perfeitamente, sem embaraços.

A única “barreira” proposta por Roxin paira na aplicação dos princípios constitucionais, refletindo o Estado Democrático de Direitos, ou seja, o espelhamento do plano ontológico (plano do ser). Assim, somente as diretrizes político-criminais harmonizadas com os valores constitucionais poderão ingressar no Direito Penal. Dito de outra forma, a política criminal somente poderá transpor a “barreira” da dogmática penal quando estiver em consonância com o estabelecido nos valores constitucionais⁸.

Nesse diapasão, desenvolveram-se novas posições sobre a teoria da pena e sua concepção preventiva geral positiva (prevenção de integração) e, em especial, em relação ao âmbito de relação entre o fato e o seu autor, como ao reintroduzir o conceito de imputação objetiva no campo da tipicidade. Já em relação à autoria, sistematizou-se e desenvolveu-se a teoria do domínio do fato.

Roxin elaborou sua teoria calcada na política criminal, vinculando, individualmente, diversos “valores” (necessidade de pena-culpabilidade, responsabilidade-culpabilidade,

⁷ Destaca-se que, nesse ponto, o funcionalismo é duramente criticado, uma vez que, ao conferir elevado destaque à política criminal, fundindo-a com a dogmática penal, gera confusão entre as missões do legislador e do aplicador da lei.

⁸ Para um estudo minucioso, cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pena predominantemente preventiva etc.) aos elementos do delito, pois para ele, o tipo objetivo não pode ser reduzido à mera conexão de condições entre comportamentos e resultados, senão que os resultados, conforme as regras político-criminais, teriam que ser imputados ao autor como obra sua (ROXIN, 2002, p. 32).

Com extrema sensatez, Bernd Schünemann leciona que o marco decisivo para o pensamento funcional, e para seu estabelecimento na dogmática e na sistemática do Direito Penal não seria uma normativização exclusiva, mas tão-somente complementar, introduzindo para tanto, as valorações ignoradas pelo finalismo, além de estruturar e valorar a realidade social sob a ótica dos princípios valorativos, mas sem que isso signifique ignorar a realidade social (SCHÜNEMANN, 1995, p. 214).

Tem-se aqui, portanto, uma postura funcionalista mais equilibrada e consentânea, propugnando-se que, embora a relevância das estruturas ônticas possa ser apreciadas tão-somente sob um determinado aspecto valorativo diretivo, é evidente que este princípio normativo ficaria, por assim dizer, incorporado se não fosse aplicado a uma determinada realidade existente com anterioridade à aplicação do Direito. Defende-se, desta forma, a renormativização da teoria jurídica do delito, inspirada teologicamente nos fins do Direito Penal (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 67-68).

Assim, do ponto de vista funcional, se o Direito Penal é uma instituição dirigida à consecução de certos fins, o conteúdo e requisitos das normas penais deverão ser determinados a partir das perspectivas dos fins a seguir.

4.3. *Funcionalismo sistêmico, monista ou radical*

De outra banda, atribui-se à Günther Jakobs a responsabilidade de ter adaptado o Direito Penal à teoria dos sistemas sociais de Luhmann (teoria sociológico-sistêmica), com sua teoria da imputação normativa (LUHMANN, 1990, p. 81).

Segundo Jakobs, o Direito Penal encontra-se determinado pela função que lhe é atribuída no sistema social, de modo que o próprio Direito Punitivo é também tido como um sistema autônomo, autorreferente e autopoietico, dentro de um sistema maior, que é a sociedade. Tem ele, portanto, suas regras próprias, devendo a elas se submeter (JAKOBS, 1997, p. 167).

Apesar de reconhecer que o Direito Penal tem como função salvaguardar os valores ético-sociais da ação (WELZEL, 2001, p. 55), distingue-se, todavia, da doutrina finalista por sua mudança de enfoque metodológico, quando parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, chegando ao extremo de renormativizar os institutos penais diante do naturalismo psicológico de Welzel.

Segundo a lição de Jakobs, um sujeito não é, em tese, aquele que pode ocasionar ou impedir a consumação do delito, senão aquele que pode ser por este responsabilizado. A perspectiva normativista tem como pilares estruturantes a função geral preventiva atribuída à pena e as normas jurídico-penais como seu objeto de proteção.

Destarte, caso venha qualquer indivíduo a descumprir sua função social na humanidade, ser-lhe-á atribuída uma sanção penal, posto que a autoridade da lei penal somente se alcança com sua rígida e constante aplicação. Dito de outra forma, para o funcionalismo sistêmico de Jakobs, a missão do Direito Penal é aplicar o comando contido na norma penal, pois somente ter-se-á o merecido respeito diante da reiterada

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

incidência da *criminalis legem* (JAKOBS, 1997, p. 168-169). Isso porque ao Direito Penal incumbe garantir a vigência da norma, a autoridade da lei penal, e não a proteção de bens jurídicos.

Importa mencionar brevemente que, como consectário lógico do funcionalismo sistêmico, em 1985, Günther Jakobs (2003, p. 47) desenvolveu a teoria do *Direito Penal do inimigo*, quando tratou acerca da possibilidade de se punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs (2003, p. 48) constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direitos, considerando “inimigo” todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema normativo e a ordem social vigentes, colocando-se à margem. Por tais motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois o inimigo não cumpre “o contrato social (ROUSSEAU, 2001, p. 89)”. Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem, por isso, para eles não há Direito, mas sim uma legislação de luta, de combate, que no fundo traduz-se em um “não Direito”, de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para recuperar e preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

Desta forma, ter-se-ia dois Direitos Penais: um para o cidadão, e outro para o inimigo. Todavia, apesar de sólida, sedutora e muito bem fundamentada a tese de Jakobs, alguns questionamentos ainda estão sem a devida resposta, tais como: quem é o inimigo? A quem compete rotular o inimigo? Quando nasce tal rótulo? No Inquérito Policial, no processo ou já nasce com o indivíduo? Ademais, não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é a essência do homem, ao passo que, admitindo algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

5. Dignidade da pessoa humana

5.1. O Princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção da personalidade

Tendo em vista a personalidade humana resumir-se no conjunto de caracteres do próprio indivíduo, na parte intrínseca da pessoa humana, deve ser tida como um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade (SZNIAWSKI, 1993, P. 35).

A proteção jurídica dos direitos da personalidade é de natureza constitucional, civil e penal. A Constituição Federal brasileira prevê em seu artigo 3.º, I, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dispõe ainda, em seu artigo 1.º, III, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se da dificuldade em se estabelecer uma conceituação jurídico-constitucional com certa precisão, uma vez que o conceito de “dignidade da pessoa humana” é, de certa forma, impreciso, vago, ambíguo, pois trata-se de expressão polissêmica. Importa ponderar, no entanto, que apesar das divergências conceituais existentes, dignidade

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

refere-se a um atributo inerente a todo ser humano, definindo-o como tal, o que, de certa forma, não contribui para o estabelecimento do alcance da referida expressão, especialmente em seu aspecto jurídico-normativo (SARLET, 2009, p. 48).

O preceito da dignidade da pessoa humana abarca em seu bojo os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. Nesse sentido, a dignidade possui uma dimensão moral, sendo, segundo o legislador constituinte, responsabilidade do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna. Assim, o Estado não pode deixar de proteger o ser humano, preservando a sua identidade, integridade e dignidade. O artigo 5.º da Constituição Federal consagra em seus incisos, os direitos individuais, espécies de direitos fundamentais. Com isso, a Carta Maior estabeleceu que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A atual Constituição, promulgada em 1988, resultou de intensos debates e anseios do povo brasileiro na busca de um novo paradigma. O Código Civil vigente à época datava de 1916, sendo que a constituição que imperava era fruto de ditadura militar, e nela os direitos personalíssimos não recebiam a proteção do Estado. Com a evolução da sociedade, os direitos da personalidade tornaram-se de grande importância para o ser humano, levando os textos constitucionais a dispor sobre tais direitos, que conseguiram uma posição superior na hierarquia das normas dentro do ordenamento jurídico nacional. Os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos como direitos subjetivos, protegidos pelo Estado, surgindo assim um encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional, verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos (FERMENTÃO, 2006, p 4).

Nessa perspectiva, ao abordar-se a proteção da pessoa humana como finalidade do Estado, propugna-se que incumbe ao Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e com isso viver dignamente. O mesmo aconteceu com o Código Civil em vigor, no seu Capítulo II, artigos 11 a 21, que regulam os direitos da personalidade. Inegável a importância dos direitos da personalidade para garantir o respeito: à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, ao segredo, aos valores morais e intelectuais, todos necessários ao desenvolvimento da personalidade humana.

Contudo, a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe sentido. Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar essa tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 425).

Aí está o drama do Direito. Por um lado garante a dignidade humana na Constituição Federal como paradigma jurídico perfeito, porém, por outro, como paradigma social parece ante os abrolhos da vida, porque o Estado não tem cumprido com a sua tarefa de possibilitar o exercício da liberdade e da dignidade humana, quando

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

assiste ao peregrinar de um povo sem a menor condição de desenvolver-se e de situar-se com a dignidade que lhe é de direito (FERMENTÃO, 2006, p. 5).

Nesta esteira, os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos (AMARAL, 2000, p. 246).

5.2 O alcance e a tutela legal dos direitos da personalidade

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas Constituições dos diversos países como direitos fundamentais. Destinam-se estes para a defesa da pessoa contra atentados praticados contra a mesma pelo próprio Estado ou são invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados. Concomitantemente, passou a doutrina e a jurisprudência a admitir, ao lado dos direitos de personalidade públicos, a existência de direitos de personalidade privados. Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro (SZANIAWSKI, 2003, p. 28-29).

Nesta seara, a atual e iminente preocupação com, os cada vez mais frequentes, atentados à personalidade humana direcionou a doutrina e a jurisprudência a admitirem a existência de uma nova “categoria de direitos”, que consistem no reconhecimento de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, em decorrência da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural, expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os denominados pela doutrina majoritária de direitos de personalidade (SZANIAWSKI, 2003, p. 29).

Apesar de alguns civilistas afirmarem categoricamente pertencerem os direitos de personalidade ao ramo do Direito privado sendo, consequentemente, sujeitos à proteção no âmbito do direito civil. Tem-se que, frente aos direitos de personalidade, estariam os direitos fundamentais do homem e do cidadão, que têm por objetivo proteger a pessoa, através da tutela do Direito político, da ingerência ou atividade abusiva do Estado, limitando o poder do governo através da exigência de uma atitude de abstenção do mesmo. Assim, os direitos fundamentais têm por escopo a proteção dos direitos essenciais do homem contra as arbitrariedades do Estado, e como sua consequência lógica, os direitos de personalidade, vistos no seu âmago, revelam serem os mesmos direitos previstos nas declarações do homem, mas só que manifestados sob o ângulo do direito privado, isto é, nas relações entre particulares.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Registre-se que os direitos fundamentais têm eficácia vinculativa não apenas em relação aos poderes públicos, mas, também, entre particulares. Se, por um lado, vinculam os poderes estatais, por outro, vinculam também os particulares, produzindo entre estes a chamada eficácia horizontal (SARLET, 2006, p. 287). Veja-se que, em razão da publicização dos direitos da personalidade, em havendo conflito de interesses privados, decorrentes de uma relação de coordenação, terá também o Estado o interesse-dever de agir em face da atual necessidade de se garantir e tutelar a eficácia no plano horizontal dos direitos fundamentais.

Tem-se, outrossim, que somente poderão configurar direitos da personalidade aqueles elementos da personalidade ôntica do sujeito nos quais se encontram a dimensão ética, expressa na categoria da realização. Para isso, basta a verificação de que tais realidades da personalidade se ordenam à plena realização do ente pessoa, que serve para permitir e assegurar ao homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização.

Por isso, afirma-se que a tutela dos direitos da personalidade está a proteger não só aquilo que o homem é, mas também quem o homem está chamado a ser. Assim, em razão de uma tendência multiplicadora nas ordens jurídicas contemporâneas, na previsão dos direitos da personalidade, tem-se, consequentemente, uma redução na tutela da pessoa humana, uma vez que, quanto mais direitos, menos tutela. Em consequência disso, dir-se-á que o núcleo dos elementos-objetos dos direitos da personalidade deve, assim, ficar reduzido a um mínimo fundamental, onde se estabelece a própria realização ôntica da pessoa (GONÇALVES, 2008, p. 95).

Assim, não se pode apenas aceitar a recondução dogmática do eixo central dos direitos da personalidade como referencial vago e longínquo, sendo que o conceito subjetivo de pessoa é chamado a intervir em cada passo da realização desta disciplina jurídica, pois cada interpretação, cada conceito legal, cada ponderação remete à ideia substantiva de pessoa.

Diante disso, os direitos da personalidade, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base para uma vida e existência digna, exigindo a presença de um mínimo existencial. Ademais, a previsibilidade de um grande rol de direitos da personalidade dificulta, ou até impossibilita a tutela adequada de tais direitos. Além disso, importa destacar que os direitos da personalidade não se exaurem no capítulo próprio do Código Civil, pois, tal como ocorrem com os direitos fundamentais, encontram-se espalhados pelo ordenamento, devendo considera-se não sua “localização geográfica” no ordenamento, mas seu conteúdo, que é essencial a existência humana digna.

Observa-se, com isso, que os valores que integram a personalidade humana lhe são privativos, e por meio desses e do potencial que representam, o homem tem condições de desenvolver-se em sociedade (*abertura relacional dos direitos da personalidade*). Tem-se, assim que, a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, motivo pelo qual é preciso reconhecer que o homem, para viver a sua vida pessoal e social, necessita certos bens, que na sua maioria estão no seu ambiente natural, ou seja: coisas móveis e imóveis, corpóreas ou incorpóreas, que se encontram fora dele, mas que são necessárias à satisfação de suas faculdades para a vida. Além desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, interiorizados à sua personalidade, necessários à sua dignidade e integridade interior, e tão importantes que, se privado de tais bens interiores, o homem sofrerá grave mutilação nos seus interesses. Entre esses

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

bens internos aderentes à personalidade estão, entre outros: a vida, a honra, a liberdade e a integridade física.

Por isso, sem a presença de determinados direitos a personalidade ficaria completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto, isto é, sem esses direitos (da personalidade) todos os outros direitos perderiam interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam os direitos de personalidade. Nesta esteira, os direitos da personalidade têm o caráter essencial (e extrapatrimonial), necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, como a vida, o corpo, a liberdade e a honra. A pessoa, como ser capaz de manifestações interiores, necessita de uma proteção adequada que garanta a sua existência e o pleno desenvolvimento físico e moral da sua personalidade. Como os direitos de personalidade são essenciais para salvaguardar a dignidade humana, privado deles, o homem não se desenvolve. A essencialidade dos direitos personalíssimos é a valoração destes na vida do ser humano. Se os direitos da personalidade são essenciais, logo, são necessários e vitais para o desenvolvimento da pessoa humana (CUPIS, 1961, p. 25).

5.3. *A tutela das liberdades como direito da personalidade*

Norberto Bobbio (1992, p. 4-5), tratando dos Direitos Fundamentais, dispõe que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, em decorrência da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado-cidadão ou soberano-súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (LAFER, 1998, p. 22), segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.

A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais vai-se afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem de beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade).

Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chama de “*inatos*”) a apenas um: a liberdade. Mas o que é a liberdade (BOBBIO, 1992, p. 17)? Segundo Benjamin Constant, a liberdade refere-se ao direito de cada um de não se submeter às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É permitir a cada um decidir e viver individualmente seu espaço (CONSTANT, p. 1985, p. 11).

Ainda, nessa construção conceitual do direito à liberdade, Montesquieu definiu-a como o direito de fazer tudo o que as leis permitem, e, se um cidadão pudesse fazer o

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que elas proibem ele já não teria a liberdade, porque os outros também teriam este poder (1996, p. 166). Ainda no século XVIII, Rousseau, analisando o comportamento político dos ingleses, criticou o modo como os modernos exerciam a liberdade, dizendo que o povo inglês pensava ser livre, mas estava redondamente enganado, pois só o era durante a eleição dos membros do parlamento. Uma vez que esses eram eleitos, o povo tornava-se escravo, um “nada”. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz, bem merece perdê-la (2001, p. 114).

Observa-se, nesse contexto, grave e frontal violação aos direitos da personalidade - especialmente no que tange à liberdade - quando Estado-legislador ultrapassa, no âmbito penal, as “fronteiras” do que lhe é permitido regulamentar, ou seja, quando ele criminaliza condutas com intuito “político”, especialmente para dar uma resposta imediata a algum fato de repercussão social e midiática, “dando à luz” a leis penais obsoletas, desproporcionais, que não tutelam qualquer bem jurídico (PRADO, 2013, p. 118)⁹, violando o direito individual de cada um de ter um Direito Penal cuja função é a exclusiva proteção de bens jurídicos, de modo que tal previsão da função do Direito Penal, muito mais do que dirigir a atividade do legislador, é um limite à inflação de leis penais, não podendo este criminalizar condutas que não violem bens jurídicos (alheios) e, de forma grave – ou seja, grave a ponto de nenhum outro ramo do Direito mostrar-se suficiente para protegê-lo -, sob pena de se infringir os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da alteridade e da intervenção mínima. Todos postulados basilares do Direito Penal garantista, dignos do Estado Constitucional de Direito em que vivemos, ou ao menos pretendemos viver.

Assim, conclui-se que a Lei Penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defendendo a liberdade e não a limitando, devendo ser utilizada somente como *ultima ratio*, e não da forma que vem ocorrendo, como *prima ratio*, meramente simbólica e ineficaz. Pode-se exemplificar com a criminalização prevista na Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), cujo artigo 49 prevê a sanção de 3 meses a 1 ano de detenção para quem “destruir, danificar ou lesar, de qualquer modo, plantas de ornamentação”. Observa-se que, neste caso, não há bem jurídico digno de proteção que justifique uma intervenção do Direito Penal, sendo que tal proibição poderia, e mais ainda, deveria, decorrer de outro ramo do direito, diverso do punitivo. Verdadeiro absurdo.

Destaca-se a lição de Canotilho (2002, p. 407), que preceitua, dentre as funções dos direitos fundamentais, a de defesa ou de liberdade, dispondo que impõe-se ao Estado, nesse momento, um dever de abstenção, que refere-se ao dever de não interferência ou não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 1998, p. 192). Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (ele não pode editar leis retroativas, por exemplo, ou leis que violem direitos fundamentais, ou da personalidade, etc.), mas também atribui dever ao Estado -

⁹ Afirma Prado que ingerência penal somente poderá ser utilizada para proteger os maiores valores da sociedade, como “ultima ratio”, intervindo somente quando os demais ramos do Direito mostrarem-se insuficientes para tanto. A lei penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defendendo a liberdade e não limitando-a.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

impõe-se-lhe, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade (FACHIN, 2013, p. 240).

Verifica-se, dessa forma, que a função da liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão, pois a uma, constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; a duas, implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

Conclusões

O fenômeno criminal, por complexo e multifacetário que é, merece constante atenção das ciências que estudam analisam as sociedades humanas. Seja sob uma perspectiva meramente jurídica, consubstanciada em mera violação da lei penal, seja por uma visão sociológica do fenômeno ou mesmo sob uma angulação biopsicológica, de fato o tema é merecedor de observação.

Sabe-se que o problema da criminalidade metropolitana, cujos índices se fizeram sentir de forma aguda a partir da década de 1980, tem gerado uma forte demanda “de políticas criminais duras” com o recrudescimento das leis e ampliação de tipos penais, muitas vezes desprovidos de seu exclusivo objeto de proteção, qual seja o bem jurídico penal.

O crime como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogenéticos, vindos da própria constituição do delinquente ou do meio social em que vive -, pode nos conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático.

Ao se admitir a violação de direitos e garantias individuais e direitos da personalidade dos denominados “inimigos”, direitos estes assegurados no núcleo intangível da Constituição Federal - conquistados ao longo da história da humanidade através de árduas batalhas e revoluções -, a fim de salvaguardar o mínimo de liberdade aos cidadãos, limitando a atuação do Estado. Certamente tal violação se estenderá, em um futuro próximo, como consequência, aos direitos dos “cidadãos”, permitindo que a esfera de atuação e reprodução do poder estatal cresça em detrimento da liberdade individual do homem, restringido-a.

Não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é essência do homem, ao passo que, admitindo-se algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

Ademais disso, afirmar que a função social de uma atividade será definida pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo, e que, se uma atividade

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível, seria demasiadamente objetivo, mecanicista, desumano, pois as pessoas são diferentes biologicamente, sofrem influências culturais e sociais diversas, especialmente se analisarmos os meios sociais e familiares em que vivem.

Seria, portanto, uma verdadeira inversão de valores e ordem de prioridades, uma vez que, em última análise, ter-se-á como consequência a colocação do *homo noumenon* em segundo plano, e não mais como prioridade da humanidade, que passa a ser a sociedade, o funcionamento adequado do mundo, do todo. Como se isso fosse possível.

Tem-se um esvaziamento completo da dignidade humana, pois o ser humano passa a ser mais uma etapa do funcionamento da coletividade, do Estado, sendo que tudo isso é criação do homem para o homem, e não o contrário. Há uma sobreposição completa, desequilibrada, do Estado social sobre a concepção iluminista de Estado liberal. Por isso, inconcebível, inadmissível e inaceitável a manutenção desta teoria sociológica (ou melhor, biológica) para explicar o “adequado” funcionamento da humanidade, pois, além do que foi dito, ela não é exatamente dinâmica como a sociedade e as pessoas.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no âmbito das Relações Privadas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Por uma sociologia crítica: um ensaio sobre senso comum e emancipação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERTALANFFY, Karl Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

_____. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4º, vol. 1, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Editorial Comares, 2009.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal parte general-lecciones*. 2. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

_____. *Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia*. Trad. Luiz Regis Prado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 1994, v. 6.

COMTE, Augusto. *Opúsculos de Filosofia Social – 1819-1929*. Globo/USP: Porto Alegre/São Paulo. 1972.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. Filosofia Política II. Porto Alegre: L&PM, 1985.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo Filho. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. Os Direitos da Personalidade e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/.../172, acesso em 18/04/2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade Antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1996.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos*. 6. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. Reform., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.
- GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1. ed. Valencia. 2003.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.
- HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- IZUZQUIZA OTERO, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Barcelona: Anthropos, 1990.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. I e II.
- LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Antropos, 1996.
- _____. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.
- MAYER, Max Ernest. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1988.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.
- NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Public de la Universidad, 1974.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*: artigos. 1º a 120º. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal em uma encruzilhada: abolição, diversificação, retornar à razão ou entrar em razão?* (Título original: ¿El Derecho Penal en la encrucijada: abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón?). Trad. Érika Mendes de Carvalho. Maringá: Revista de Ciências Jurídicas - UEM, v.7 n.1, jan./jun. 2009, disponível em: periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/.../5944.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O Contrato Social* (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2. ed. (1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas. Reimpressão: 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. *Fundamentos de um sistema europeu de Derecho Penal*. In *Libro-homenaje a Claus Roxin*. Trad. Carlos J. Suárez González. Barcelona: Bosch, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Eficiencia y Derecho Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fascículo I, Enero-Abril, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

SZNIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

DIREITO PENAL DAS MÍDIAS SOCIAIS

Grégore Moreira de Moura

Procurador Federal. Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Coordenador da Escola da Advocacia Geral da União em MG. Autor
do livro *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Editora Impetus, 2006.

Resumo: O presente texto aborda a questão do Direito Penal das Mídias Sociais, dando destaque a aspectos relacionados aos movimentos criminológicos, bem como o conflito gerado entre os princípios constitucionais envolvidos, notadamente o princípio da liberdade de expressão de um lado e os princípios da proteção à honra, intimidade e veracidade da informação de outro. Além disso, aborda a questão do papel da mídia e sua influência no Direito Penal contemporâneo, dando destaque ao cometimento de crimes pelas redes sociais como o Facebook e as implicações jurídicas a ela relacionadas. Por fim, propõe algumas soluções, para que se tente minorar o problema da criminalidade por meio eletrônico, tocando na responsabilidade dos provedores e na premente necessidade de mudança cultural e comportamental dos usuários e fomentadores das mídias sociais.

I – Introdução

As ciências penais tem por objeto o estudo das diversas áreas ligadas ao crime, isto é, abarcam não só a dogmática jurídico-penal (conjunto de normas jurídico-penais), mas também a criminologia (ciência causal – explicativa que estuda o crime como fenômeno social) e a política criminal (análise meta-jurídica que visa a tomada de posição diante das várias opções legislativas e executivas, a fim de promover um Direito Penal mais efetivo).

Desta feita, o operador do Direito deve estar sempre atento às mudanças sociais e comportamentais da sociedade, já que elas influenciam nas três esferas supracitadas e, por conseguinte, determinam condutas, estudos e políticas criminais.

O objeto deste trabalho é analisar o fomento e o crescimento das discussões penais, impulsionados pelas mídias sociais, dando um destaque especial para o Facebook, o qual tem evidenciado uma preferência pelo movimento de lei e ordem, calcado numa ideia leiga e muitas vezes falsa do Direito Penal como solução para todos os problemas de criminalidade do país.

Além disso, analisar-se-á a questão da criminalidade cometida pelos meios eletrônicos, especialmente através das redes sociais.

II – Sistema Pendular

O legislador penal brasileiro, muitas vezes influenciado pela imprensa e pelas mídias sociais, oscila entre dois movimentos que podemos resumir no movimento de lei e ordem e no direito penal mínimo.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O primeiro (law and order) prega a criminalização de condutas e defende o Direito Penal como “*prima ratio*”, ou seja, como forma de resolver todos os conflitos sociais, baseado numa legislação penal dura e expansiva. Como exemplo cita-se os movimentos que defendem a pena de morte, a rotulação de novos crimes como hediondos, dentre outros. Normalmente fica em evidência quando há um crime bárbaro ou de repercussão nacional.

Já o segundo movimento, chamado de Direito Penal Mínimo consagra a ideia de que as causas do crime não se resumem a falhas legislativas, por isso defende a despenalização e descriminalização de condutas menos graves, deixando o Direito Penal atuar somente em condutas que ofendam sobremaneira a convivência social, ou seja, baseia-se no princípio da intervenção mínima, na busca de uma legislação penal mais enxuta e efetiva. Como exemplo cita-se a Lei 9.714/98 que tratou das penas restritivas de direito, a Lei 9.099/95 que trouxe tratamento diferenciado aos crimes de menor potencial ofensivo, dentre outros.

O que tem predominado nas mídias sociais é o primeiro movimento, até porque despertam maior interesse na população, que movida por discursos acalorados nos programas policiais na TV ou nas fotos horrendas em jornais impressos, pedem maior participação estatal e mudanças urgentes e imediatas na legislação penal para recrudescer as penas, sem qualquer embasamento técnico-jurídico ou científico. Normalmente, mudanças legislativas feitas nesses momentos, culminam em leis inconstitucionais¹, sem qualquer técnica e muitas vezes com impossibilidade prática de aplicação.

Qual seria então a solução? Criminalizar ou descriminalizar? Recrudescer ou diminuir as penas?

A solução aparente talvez fosse criminalizar crimes do colarinho branco e outras condutas realmente graves e descriminalizar condutas que os outros ramos do direito podem coibir com efetividade, como as contravenções penais e diversas condutas criminosas como o artigo 164 do CP (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia). Todavia, não é fácil atingir tal desiderato, já que este tipo de conduta não gera audiência e nem possui viés mercadológico, o que esbarra numa mudança de ótica e papel das mídias sociais.

III – Papel da Mídia

A mídia tem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, já que permite o livre exercício da informação, investigação e fiscalização dos poderes da República². Não é à toa, que muitas políticas públicas são alteradas pelas denúncias providas pela imprensa, principalmente nos casos de corrupção, desvio de verbas públicas e abuso de poder econômico.

¹ Exemplo disso é a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos que foi declarada inconstitucional com o julgamento do HC 82959.

² Diz o artigo 220 da CF.: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ocorre que, nem sempre, a mídia exerce esse importante papel de serviço aos princípios democráticos. Muitas vezes ela fomenta um sentimento falso de impunidade, além de macular princípios jurídicos penais como a presunção de inocência, a intimidade, a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa, dentre outros.

Quando se trata da comunicação de massa, a situação é ainda mais grave, já que diante de um sem número de informações, as pessoas menos esclarecidas tendem a acreditar piamente na “verdade” emitida pelos meios de comunicação, sem qualquer viés crítico, o que gera condenações antecipadas e falsos juízos de valor.

Como aduz Joel Eliseu Galli:

“Portanto, ao que tudo indica, a opinião da massa de acossamento forçando os limites do julgamento técnico/estatal em situações de vultosa animosidade social enfraquece, de maneira comprometedora, os critérios do próprio julgamento, transformando-o, por conseguinte, na renovação simbolizada do matar de outrora.

Dito de outro modo, o forte apelo popular formado nos bastidores dos julgamentos célebres (Nardoni, Lindemberg Alves, entre outros tantos) obscurece a verdade cuja captura é indispensável à manifestação de um julgamento racionalizado e objetivo, privilegiando-se a paixão nascida do acossamento que culmina por identificar os acusados no grupo dos maus e os emissores de opinião no grupo dos bons. A partir de então, o fato perde a importância, corrompendo-se em meio a um emaranhado de opiniões com o potencial de sobrepor-se à realidade.

No que toca à função da mídia enquanto elemento veiculador e catalisador desse fenômeno de opinião substitutivo do antigo resultado oriundo da formação da massa de acossamento (a morte da vítima), possível notar a inclinação a um sacrifício da verdade em benefício do potencial lucrativo derivado da audiência ou da demanda por novas opiniões aptas a reforçar os objetivos da massa de acossamento virtual, situação que faz recordar a expressão de Hobbes reproduzida por Hannah Arendt, sustentando que somente a verdade que não se apõe ao lucro e ao prazer humano é desejada”³.

Ao contrário, quando há uma absolvição ou ausência de provas quanto à autoria de crime, nunca há a mesma divulgação na mídia, pelo menos com o objetivo de tentar recuperar a imagem e honra dos envolvidos⁴.

Portanto, cabe a imprensa, como verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito e instrumento de controle social, exercer sua real função de fiscalização e informação, fundamentada na liberdade de expressão sim, mas preocupada com a defesa da honra, da intimidade, e de outros princípios constitucionais e, principalmente, levar ao cidadão informações juridicamente verdadeiras, para que haja um julgamento justo sem a perniciosa influência das massas, o que exige uma mudança radical de comportamento nos meios midiáticos.

³ GALLI, Joel Eliseu. “A opinião das massas substituindo os critérios de verdade: a transformação do julgamento criminal em acossamento”. Disponível em: (<http://www.ibccrim.org.br>). Acesso em 22 de março de 2013.

⁴ Lembremos do caso da Escola de Base em São Paulo, quando os proprietários foram acusados de abuso sexual e “condenados” pela imprensa, provando-se depois sua inocência, sendo que de longe foi dada a mesma repercussão na mídia. Veja recente notícia sobre o caso em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/55481/passados+18+anos+professora+da+escola+base+ainda+nao+sabe+quando+vai+receber+indenizacao.shtml>.

IV – O caso especial do Facebook

O facebook é um site e serviço de rede social, o qual permite o usuário utilizar de diversas modalidades de serviços, além de poder criar sua conta ou sua fan page, tendo espectro mundial, devido aos sucessivos compartilhamentos e ligações⁵.

Ao nos divertimos com as postagens inseridas pelos usuários, não temos ideia da dimensão que os mesmos podem atingir, já que milhões de pessoas ao redor do mundo podem visualizá-los, em virtude da rede de contatos existentes.

Como podemos observar na nota supra, o Facebook atingiu em 2012 a marca expressiva de usuários, isto é, qualquer membro com um número razoável de amigos, pode multiplicar a informação postada para milhares de pessoas.

Assim, sem dúvida alguma, o Facebook é uma forma de comunicação em massa e, portanto, pode gerar efeitos positivos e negativos na seara penal.

O problema é que, por mais que haja políticas de proteção e privacidade no site supramencionado, a verdade da informação passa a ser não controlada, principalmente, quando se trata de matéria penal.

Vemos protestos interessantes por nobres causas no Facebook, mas também vemos ofensas irrestritas à honra, à intimidade, condenações sem processo e manifestações calcadas em mentiras⁶, o que pode incitar a população ao cometimento de condutas irracionais e violentas, com base em falsas premissas e muitas vezes juridicamente inviáveis como a pena de morte em tempo de paz no Brasil.

Com efeito, no mais das vezes, os usuários do Facebook, talvez por falta de conhecimento técnico e premidos pela emoção de determinados fatos sociais, fomentam e pulverizam o movimento de lei e ordem, isto é, pregam a busca incessante de um Direito Penal baseado na punição excessiva, na ausência de direitos dos acusados e, principalmente, no tratamento do criminoso ou do suposto criminoso como réu condenado, em afronta total aos mais mezinheiros direitos constitucionais.

De todo o exposto, tendo em vista a evolução jurídica em relação aos direitos surgidos da era eletrônica, há que se pensar uma forma de evitar e responsabilizar os

⁵ Segundo Wikipédia: “Facebook é um site e serviço de rede social que foi lançada em 4 de fevereiro de 2004, operado e de propriedade privada da Facebook Inc..[3] Em 4 de outubro de 2012 o Facebook atingiu a marca de 1 bilhão de usuários ativos.[4] Em média 316.455 pessoas se cadastram, por dia, no Facebook, desde sua criação em 4 de fevereiro de 2004. Os usuários devem se registrar antes de utilizar o site, após isso, podem criar um perfil pessoal, adicionar outros usuários como amigos e trocar mensagens, incluindo notificações automáticas quando atualizarem o seu perfil. Além disso, os usuários podem participar de grupos de interesse comum de outros utilizadores, organizados por escola, trabalho ou faculdade, ou outras características, e categorizar seus amigos em listas como “as pessoas do trabalho” ou “amigos íntimos”. O nome do serviço decorre o nome coloquial para o livro dado aos alunos no início do ano letivo por algumas administrações universitárias nos Estados Unidos para ajudar os alunos a conhecerem uns aos outros. O Facebook permite que qualquer usuário que declare ter pelo menos 13 anos possa se tornar usuário registrados do site”. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>, acesso em 22 de março de 2013.

⁶ Recente caso ocorreu em relação às críticas ao benefício previdenciário de auxílio-reclusão, o que gerou um sem número de protestos, sob o falso fundamento de que é um prêmio para aquele que está preso. Como bem salientaram Márcio Evangelista e Cristina Zackseski em artigo publicado recentemente sobre o tema auxílio-reclusão nas redes sociais: “A informação parcial e errônea divulgada é formadora de opinião e produziu um sentimento de indignação (desejo de convocação de plebiscito), ou seja, a partir de uma visão setorializada e não fundamentada se configura uma imagem negativa do benefício”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

usuários de redes sociais que propalam ofensas reiteradas a princípios constitucionais, muitas das vezes, passando de manifestantes indignados a criminosos⁷.

Não é a toa que nos crimes contra a honra tipificados no Código Penal Brasileiro, em caso de calúnia, não se pune somente o agressor direto, mas também aquele que propala ou divulga o falso fato definido como crime, nos termos do art. 138, § 1º, CP.

Cabe a nós, técnicos do Direito, exercer um papel de esclarecimento, inclusive nas redes sociais, para que as falsas informações penais lançadas às redes não prevaleçam sobre a verdade real e garantam aos acusados o mínimo de imparcialidade no julgamento. E aos magistrados e jurados, espera-se que não se deixem levar por notícias sensacionalistas lançadas aos montes nos diversos meios de comunicação social.

Também não menos importante, é o papel dos provedores de internet ou responsáveis pela manutenção desses serviços ou redes sociais, já que devem retirar imediatamente tais informações, mediante monitoramento ou em casos de denúncias feitas pelo próprio usuário⁸.

V – Onde estão os princípios jurídico-penais?

Como dito alhures, a mídia e as redes sociais têm diuturnamente afrontado os princípios jurídico-penais esculpidos na Constituição cidadã, diante de informações incompletas ou falseadas pelo incessante sensacionalismo.

O que se pretende aqui não é fomentar qualquer tipo de censura ou tolher o direito de informação da população brasileira. O objetivo é muito mais óbvio, qual seja: respeitar a Constituição Federal.

Com efeito, malgrado seja livre a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, a própria Carta Magna limita seu uso, para que não haja exercício absoluto de direito.

O que temos visto é exatamente o contrário, ou seja, um massacre exaustivo de informações sobre fatos de grande repercussão nacional, sem qualquer preocupação com a verdade real, com a imagem e a intimidade das pessoas envolvidas⁹.

Logo, cabe a imprensa ao exercer seu papel de instrumento de controle social, ao prestar uma informação de caráter penal, dizer abertamente em linguagem simples que:

- a) Ninguém pode ser considerado culpado, antes que o processo judicial seja concluído;
- b) Abertura de inquérito policial contra determinada pessoa não significa que ela é criminosa, já que está apenas sendo investigada.
- c) Todos têm direito de defesa e de serem ouvidos antes de serem acusados.

⁷ Recentemente tivemos a divulgação de imagens de um menor de idade no Facebook, autor de ato infracional grave, que culminou na morte de um rapaz, quando da prática de um roubo de telefone celular. Para maiores informações sobre o caso, acesse o link <http://globotv.globo.com/rede-globo/jornal-hoje/v/menor-confessater-assassinado-estudante-paulistano-apos-roubo-de-telefone/2511205/>.

⁸ O STJ tem reconhecido a responsabilidade civil do provedor, se notificado não retirar a página ou ofensa em tempo razoável, hoje fixado em 24 horas após a notificação. Exemplo disso é o AgRg no AREsp 137944 / RS.

⁹ Há pouco tempo atrás uma famosa atriz teve sua vida íntima exposta aos quatro ventos na rede mundial de computadores, o que inclusive levou o legislador a editar a Lei 12.737/2012, a qual dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- d) Processo judicial não equivale a condenação.
- e) Prisão antes da condenação só pode ocorrer em casos excepcionais.
- f) A presunção é de inocência e não de culpa.
- g) As pessoas têm direito a honra e a intimidade.
- h) A opinião pública não é detentora do martelo dos inquisidores.

Portanto, faz-se necessário resgatar os princípios jurídico-penais visto que, todos nós, inclusive a mídia, somos adeptos do movimento de lei e ordem, até o dia que o Direito Penal entra na nossa casa.

Nenhum tipo de autoritarismo ou excesso é bom para o Estado Democrático de Direito, nem mesmo aquele advindo dos meios de comunicação de massa, ainda mais porque esses meios também estão submetidos aos ditames do ordenamento jurídico, ou queremos uma ditadura da imprensa em nome da liberdade de expressão? Pensemos, mas como se o Direito Penal estivesse na nossa casa e com base nos ditames constitucionais, duramente conquistado ao longo de anos.

VI – O “labelling approach”

A mídia também pode se tornar responsável pelo etiquetamento do criminoso padrão, o que influencia sobremaneira na criminalização primária e secundária, gerando preconceitos infundados não só quanto a determinadas pessoas com certas características físicas, mas também que vivem em determinadas regiões marcadas pela criminalidade.

Como aduzem Zaffaroni e Pierangeli:

“O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar (‘teoria do etiquetamento ou labelling theory’) e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização”¹⁰.

Nesta esteira, os meios de comunicação de massa, como o já citado Facebook, incute na mente das pessoas a figura do criminoso- padrão, o que pode gerar uma seletividade do sistema penal, principalmente direcionado às classes sociais menos favorecidas.

Trata-se de um processo de estigmatização direcionada a determinadas pessoas e classes sociais, responsável por direcionar o comportamento social, para que controle socialmente os menos abastados financeiramente, como ocorre no Brasil de hoje, principalmente com importante fomento da imprensa e mídia em geral.

Ao privilegiar e destacar crimes patrimoniais e casos de homicídio, a mídia não só cria uma sensação de insegurança na população, como traz informações inverídicas e, não raro, irreais sobre as estatísticas criminais, alimentando a seletividade do sistema

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 320. Para aprofundamento sobre a teoria do labelling approach, cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. MANNHEIM, Hermann. Criminologia comparada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. II. MOLINA, Antonio García-Plabos; GOMES, Luiz Flávio Gomes. Criminologia. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

penal, a fim de que se mantenha a dominação cultural e econômica sobre as classes sociais ditas inferiores, a ponto de surgir um sentimento de guerra contra o criminoso, o que dá ensejo ao que chamamos na técnica de Direito Penal do Inimigo¹¹. Agora, portanto, temos o inimigo da mídia, sendo que esta tem grande poder de definição de quem são os criminosos¹².

VII- Conclusão

A questão da liberdade de expressão e manifestação do pensamento em cotejo com outros direitos individuais consagrados na Constituição gera a sempre conturbada análise do conflito de princípios jurídico-constitucionais, o qual deve sempre ser solucionado à luz da proporcionalidade, dos critérios da elasticidade e da preservação do núcleo essencial¹³.

No entanto, no caso do Direito Penal das mídias sociais, a solução passa não só pela resolução material dos conflitos de princípios, mas também pela assunção do papel dos diversos atores sociais envolvidos, bem como a definição das respectivas responsabilidades daí advindas, sejam administrativas, cíveis ou penais.

Neste diapasão é mister que haja um giro cultural nas mídias sociais, para que tenhamos:

- a) Responsabilidade do provedor em não divulgar informações falsas ou ofensivas a terceiros, fixando-se prazo para a sua retirada, bem como a veiculação na mesma fonte do direito de resposta ou desagravo;
- b) Criação de monitoramento e sistema de denúncias mais efetivos nos sistemas de mídia, para coibir ação de usuários criminosos;
- c) Cooperação dos provedores na apuração de crimes, mormente, crimes contra a honra, evasão de divisas, crimes financeiros, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e outros;
- d) Emissão de mensagens de alerta aos usuários que propalam ou divulgam ofensas individuais na rede mundial de computadores, principalmente em redes sociais como o Facebook;
- e) Respeito aos princípios jurídico-penais, especialmente, o princípio da presunção de inocência, exigindo que as informações sejam completadas com linguagem coloquial sobre a real situação do acusado, do processo ou da condenação;

¹¹ Para aprofundar sobre o tema, ver JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

¹² Diz Baratta ao se referir ao poder de definição: “Este problema conduz às leis, aos mecanismos e às estruturas sociais objetivas que regulam o poder de definição, a sua distribuição, as modalidades de seu exercício em um dado contexto social, enquanto outros indivíduos e grupos sociais estão submetidos a este poder de definição”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Pág 110.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- f) Criar canal aberto entre o usuário e os diversos canais de mídia, por meio de “ouvidores”, para que tornem efetivos os processos de reparação de danos ocorridos por meio da mídia, principalmente, eletrônica.
- g) Abertura dos diversos canais de mídia, mormente os de grande inserção social, para que os operadores do Direito possam divulgar as reais funções do Direito Penal e da pena, na busca de uma intervenção mínima e efetiva;
- h) Campanha de conscientização dos usuários, mormente no que tange às ofensas proferidas contra a honra nas redes sociais;
- i) Fortalecimento dos meios de coerção administrativos e cíveis, a fim de evitar o uso do Direito Penal, na esteira do princípio da subsidiariedade.

Só assim, se garante o correto uso das novas ferramentas tecnológicas e ao mesmo tempo, se preserva os direitos e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição da República.

IX – Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BERGEL, Jean-Louis. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EVANGELISTA, Márcio e ZACKSESKI, Cristina. *O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais*. Boletim IBCCRIM, nº 243, fevereiro de 2013. Págs. 14 e 15. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

MOURA, Grégore Moreira. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro, 2006.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ABOLICIONISMOS NA AMÉRICA LATINA: (DES)CONSTRUINDO MUNDOS COM SOCIABILIDADES E POTENCIALIDADES LIBERTÁRIAS. IMAGINAÇÃO NÃO-PUNITIVA, PARA ALÉM DO DIREITO PENAL, IMAGINÁRIOS PUNITIVOS E CULTURAS REPRESSIVAS.

Guilherme Moreira Pires

Advogado. Doutorando em Direito Penal (UBA). Autor dos livros: “Desconstrutivismo Penal: uma análise crítica da expansão punitiva e dos mutantes rumos do direito penal” (2013); “O Estado e seus inimigos: Multiplicidade e alteridade em chamadas” (2014) e “Os amigos do Poder: ensaios sobre o Estado e o Delito a partir da Filosofia da Linguagem”(2014). Co-autor do livro “Brasil em Crise” (2015). Co-fundador do Instituto Capixaba de Criminologia e Estudos Penais (ICCEP). Abolicionista e anarquista.

A prisão é uma política. Quando se fala de prisão ou de suas implicações, como a tortura, sempre se tem em mente um grande sistema, uma máquina gigantesca cheia de tentáculos. De fato, a prisão é uma máquina de moer carne humana, é um depósito de pessoas-lixo, um triturador de corpos, corações e mentes - um aniquilador de existências. Mas ela começou bem antes; antes, ela existe como princípio moral e prática ordinária, para depois ser um prédio. É nesse sentido que a prisão é uma política. E desta maneira, não se enfrenta o problema das prisões olhando apenas para seus prédios e para as leis que a regulam (AUGUSTO, 2013, p. 15).

Abolicionismos: ativadores de complexidades, potencialidades, sociabilidades libertárias.

Me refiro, todavia, aos abolicionismos não encarcerados em limites dogmáticos, partidários e mesmo científicos, e principalmente aos que não se embasam em castigos e controles, ainda que distintos, com "novas" formas e nuances, forjados mediante múltiplos discursos legitimantes residuais cotidianamente moldados, colados e replicados, soldados, imersos até o magma em sofisticações e aperfeiçoamentos reformistas.

Como nômade participe desses percursos e construções cujas visibilidades se multiplicam exponencialmente, me soa bem-vindo comentar um pouco sobre o ano de 2015, e sobre iniciativas, movimentos, experiências e interações abolicionistas em geral.

Foi ampliando minhas leituras, relações e conexões (sobretudo) na Argentina que me dei conta das possibilidades (seriamente consideradas) de se promover fissuras e abalos gradativos, sobremaneira reais, mesmo em lugares extremamente engessados e supressores da crítica; ou, pior, em lugares onde discursos legitimantes residuais monopolizam os espaços da crítica, colocando-se como crítica que orbita em rasas (e falsas) dicotomias de *front*. Também fora quando melhor visualizei a multiplicação dessas experiências e o potencial libertário inclusive da juventude, potencial suprimido, dilacerado, obliterado, roubado, encarcerado.

Isso dito, ao menos nesse escrito, o que pretendo é mesclar algumas breves experiências pessoais com os fluxos e influxos desses percursos e iniciativas, os

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

impactos de uma contagiante imaginação não-punitiva, expansora de horizontes e ativadora de complexidades, novas linguagens e mundos, para além dos arames farpados limítrofes brutalmente destrutivos, para além dos limites violenta e insanamente (im)postos, para além das culturas repressivas multiplicadoras de danos e dores, produtoras de sofrimento estéril e *nonsense*, para além do poder punitivo, do senso comum, do Direito Penal, das prisões naturalizadas, incorporadas e reproduzidas na regência de nossas categorias cognitivas.

Transcendência do cárcere, e dos carcereiros, eis que o fim das prisões não nutrirá grande sentido enquanto não cessarmos, nós mesmos, de sermos carcereiros.

Assim, muitas iniciativas foram realizadas no Espírito Santo, e não graças a quaisquer condições positivas especiais dessa região, mas sim ao esforço, energia e pretensão de companheiros que se empenharam em realizar façanhas inovadoras em um estado marcado por tantos problemas, amplificados pelo crescente conservadorismo e visões reacionárias associadas à expansão do poder punitivo e energização das culturas repressivas.

Se nossa história não tem sido boa, é mais motivo para não nos vincularmos aos dejetos sedimentados, postos e apresentados como única realidade possível, espécie de faceta inescapável.

Quando usamos outra linguagem, ensinamos esta linguagem a outras pessoas. Nós as convidamos, de uma certa maneira, para também abolirem a justiça criminal (HULSMAN, 2003, p. 213).

Desafortunadamente, certas linguagens nos ensinam a ver beleza nesses dejetos; nos ensinam mesmo a gostar, demandar e aplaudir o sofrimento de seres humanos. Essa é a linguagem que aprendemos; fomos nela adestrados e a reproduzimos, atuando dentro de seus lindes e escassas possibilidades. Por isso, conforme Hulsman e Warat, precisamos de novas linguagens libertadoras das velhas linguagens, para assim efetivamente pensarmos com a complexidade que nos exigem as singularidades e multiplicidades da vida.

Dentre as várias iniciativas em diferentes cidades no Espírito Santo, vale mencionar um marco histórico: a I Semana Latino-Americana do Abolicionismo Penal, proposta que se baseou em um conjunto de atividades e eventos sincronizados em diversos estados e países, tendentes a maximizar nossas interações, reflexões e questionamentos acerca de como o sistema penal não soluciona nossos conflitos, interagindo com a questão do poder punitivo, dos abolicionismos e temáticas interligadas.

A cada nova iniciativa, pessoas de distintas regiões que acompanhavam percebiam a possibilidade de também impulsionarem reflexões em suas regiões; assim, passam a interagir e multiplicar tais construções, introduzindo suas singularidades e complexidades. Os interesses e ânimos cruzam, se tocam, se moldam.

Com isso, ocorrem eventuais problemas decorrentes desse contato, mas também transformações extraordinárias. Alunos de graduação que se formavam e começavam a atuar no sistema penal sem nunca antes cogitarem ou mesmo ouvirem as palavras "abolicionismo penal" já sabem da existência de um conteúdo antes secreto, trancafiado, desconhecido, repellido inclusive com a argumentação de que isso não interessa aos alunos, de que eles não querem saber disso.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Uma existência que, uma vez tensionada (em um determinado espaço), não mais pode ser escondida completamente, cessando de restar encapsulada, oculta; uma existência que, precisamente por essa impossibilidade de supressão total, passará a figurar gradativamente mesmo nos espaços mais congelados e brutalizantes, o que em muito depende das novas gerações de criminólogos, mas também das pessoas em geral, não devendo o *status* de especialista ser determinante em nossas possibilidades libertárias de se pensar com criticidade e complexidade, não só a questão criminal, como o mundo.

Os catedráticos apoiadores do poder punitivo sugerem que abolicionismos não interessam, como amontoados de professores reféns de seus mundos sedimentados. Minhas atuais experiências vêm demonstrando exatamente o oposto, como também percebera Hulsman. Por onde viajeje pesquisei, e nesse instante acabo de retornar da Bolívia, pessoas se interessavam por abolicionismos tão logo percebiam que não estavam situados no emburrecedor *front* cotidiano; que existe alguma coisa diferente, ainda não muito bem compreendida, mas que desperta curiosidade. Novos referenciais, novas linguagens. Potencial.

Muitas vezes, um livro por acaso lido, uma palestra assistida numa noite, um ou dois professores que passam por nossas vidas, por vezes uma única e rápida experiência, cada uma dessas coisas e todas juntas, comporta(m) um potencial emancipatório colossal, ativador de complexidades, transformações e movimentos sem os quais tudo seria diferente.

Quando não se existe mínimas aberturas nos espaços habituais das pessoas, como nas famílias, nas escolas e universidades, o emergir das críticas muitas vezes é questão de sorte, é como ganhar na loteria. A regra aplicável à maioria das pessoas persiste sendo o condicionamento às grades de uma determinada morada instituída, cujos lindes bloqueiam toda a linguagem e imaginação tendente a superá-los, transcendê-los.

Não podemos construir novos mundos sem novas linguagens.

O que desejo, dentre muitas coisas, é que a potência libertária não seja encarcerada pelo acaso, condicionada a um jogo de azar (mais que de sorte, diga-se de passagem), o que não deixa de ser uma estratégia de poder extremamente bem sucedida. Não me encanta esse jogo de azar, e nem desejo jogar dentro desse jogo, conforme suas regras e limites brutalizantes e mordazes. O que nos interessa é destruir o jogo de azar, e que cada um tenha possibilidades de decidir quem e o que deseja ser.

Cumpra (des)construir linguagens, mundos e sistemas, externos e internos, se conhecer melhor, (re)pensar interações e relações com todas as pessoas, mesmo as de afeto e amor.

Ativar complexidades. Sermos complexidade. Vivemos complexidades.

Por alguns períodos, pairaram dúvidas acerca das interações latino-americanas, dúvidas e questionamentos sobre o quão reais eram algumas interações, que logo foram contrastadas com uma ampla gama de aspectos positivos: pessoas que se conheceram e firmaram vínculos, iniciativas conjuntas compartilhadas e energizadas, experiências e ideias amplificadas e difundidas, amadurecimento não só do pensamento criminológico, mas do pensamento crítico em geral, tendo em vista que abolicionismos não se restringem ou resumem em "criminologia", nem mesmo "ciências", ainda que alguns abolicionistas valorizem bastante isso, observando-se toda uma variedade de marcos e

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

referenciais. Divergências metodológicas, várias, mas em diálogos que se estimulam e expandem, buscando minimizar distorções, limitações, contradições e mesmo efeitos indesejáveis.

Abolicionismos gradativamente desvelados, a ponto de tornarem-se visíveis e concretamente figurarem no conjunto de pensamentos apresentados aos estudantes, assim ampliando horizontes e rasgando lindes profundamente limitados, há muito estagnados, inermes e praticamente imóveis, que até pouco tempo atrás ditavam as margens do permitido, do dizível e do imaginável, do efetivamente introduzido e validado, sempre negligenciando abolicionismos, confinando críticas que poderiam - por que não? - emergir, mas que restavam trancafiadas.

De fato, grades curriculares. Cercas de controle de saberes, muros hierárquicos praticamente intransponíveis edificadas de modo a repelir fissuras e questionamentos, e assim programados. Um dever-ser programacional, nutrido por poderes que corrompem, desfiguram, emburrecem, e por vezes transbordam.

Todavia, desejem ou não, inexistente controle pleno, o controle total. Figuram-se resistências, ainda que em potencial. Fissuras e rotas de fuga. Zonas em que uma mínima abertura é vislumbrada. Brechas construídas. Fluxos antagônicos. Resistências não apenas estáticas, mas resistências-movimento. Imaginação, muita. Oposição enérgica. Potência libertária. Desobediência. Sem complacência, respiram os cultivadores de uma dissidência vívida, aqueles que valorizam a complexidade do mundo e das muitas vidas que finitamente por ele passam, como nômades.

Não identifico abolicionismos como assuntos de doutores, ou mesmo uma temática cientificamente asfíxiada e imposta, comportando em si supressão de profundidades, senão que ativadores de complexidades múltiplas e potentes; de uma potência inclusive das juventudes, das crianças, que representam fissuras nos mundos caducos instituídos, aqueles que os adultos validam, ensinam, impõe, sobre e para o qual disciplinam e adestram as vidas livres e espontâneas das crianças, então achatadas em padrões que não são seus, mas que gradativamente vão se tornando.

Felizmente, as crianças também exercem e são resistências.

Mas, em que pese essa constatação, o controle é tamanho, que as resistências vão sendo gradativamente engolidas e sobrepujadas pelos mundos caducos incutidos. Potências e vidas livres suprimidas, dilaceradas, obliteradas, rasgadas e apagadas. Transformadas. Metamorfoses várias. Sequestro das crianças livres, de energia contagiante e vívida, sublime e mágica. Sequestro da vida, do tempo, do ser, agrilhoados entre confiscos terríveis.

A sociedade se move no sentido da supressão das fissuras com potencial emancipatório, e, adivinhe(m), as crianças representam esse potencial. As crianças, não a ciência. Esses filhotes não adestrados são temidos, comportam em si mudanças e transformações indesejáveis, detentoras de um potencial capaz de rasgar os limites instituídos. Domar esses jovens, essas fendas em potencial, é incumbência dos representantes do velho, a serviço dos interesses, programações e mundos caducos que pretendem preservar; referenciais e mundos insanos.

A criança diante dos especialistas escancara a decisiva presença do imprevisto. Ela é uma potência de liberdade assustadora; é a imagem que mete medo em cada autoridade escolar, antes de qualquer coisa pela capacidade em reavivar na

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

memória a tristeza da liberdade e da espontaneidade perdidas [...] (PASSETTI, AUGUSTO, 2008, p. 25).

Frise-se: conter essa potência é serviço dos velhos e da própria sociedade, e são eles que temem a existência de crianças e jovens livres, capazes de destronar as arbitrariedades, abalar sistemas, instituições, imaginários, significações, sentidos e mundos estabelecidos, sedimentados, e sem adaptações, inserções, complacências e reproduções, com muita imaginação, resistência e movimento.

Resistência-movimento, imaginação-resistência. Essa juventude e potência pode varrer mesmo os resquícios mais remotos das ruínas dos mundos caducos, pode destronar seus deuses; é temida pelos abalos que pode ocasionar se não for contida, se esses filhotes audazes não forem adestrados, brutalmente disciplinados, controlados de alguma forma; eis que não só carregam novos mundos novos em si, como são novos mundos.

A sociedade teme esses jovens, teme seus potenciais e possibilidades que carregam consigo. Treme de medo das incertezas e complexidades da vida. Teme o contato humano, se amedronta com o outro. Se relaciona a partir de muros, e pensa a partir de muros, também tornando-se muro. Não desejo novos muros, senão que novos caminhos.

Enquanto existirem crianças, ainda existirão potencialidades transformadoras.

Enquanto existirem adultos-crianças, que não se esqueceram de tudo isso, essa potência não se perderá.

Esse é o poder das crianças e jovens. Eles não são apenas o futuro. São o presente.

Desconstroem mundos senis, trazendo consigo mundos gentis.

Isso dito, num contexto em que as interações abolicionistas se maximizam, múltiplas regiões energizam e compartilham experiências no Brasil, moldam e constroem imaginações não-punitivas, expandindo horizontes. Seja no aboliSamba no Rio de Janeiro, nas excelentes contribuições do Nu-Sol, com seus brilhantes pesquisadores, ou em muitas outras iniciativas que nesse instante emergem no Brasil, vislumbra-se a possibilidade de mundos não regidos pelo castigo e pelo controle, imaginações que não se mostrem obedientes às múltiplas formas de controles e punições que perpassam nossas interações. Pelo fim de todas as prisões. Todas!

Na Argentina, a Universidad de Buenos Aires é palco de inovações, com a primeira cátedra abolicionista introduzida oficialmente, sacudindo o pensamento latino-americano e promovendo efeitos no continente, com a crescente e contagiante interação entre pensadores, vários, que não medem esforços nessa construção e complexa transformação.

Regiões e grupos antes dispersos em toda a América Latina começam a tomar conhecimento das suas respectivas existências e potências, descobrem mundos e se descobrem, se relacionam e passam a coexistir situando-se em outras regiões e espaços, para além dos lindes em que estavam acostumados a passivamente se confinarem, reprimidos e encolhidos, discursivamente e em vários sentidos.

Nesse sentido, entre tantas ideias e propostas, exemplifico apresentando um pouco do Curso Abolicionismo Penal Latinoamericano (2015 - APP), ainda embrionário e em andamento, compartilhando minhas experiências como aluno.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Logo no vídeo de apresentação, percebe-se que a dinâmica do curso difere drasticamente dos engessados e brutalizantes programas com os quais, desafortunadamente, muitos de nós fomos acostumados.

Inicia-se com o diretor do curso, Maximiliano Postay, sentado em um sofá, entre livros e um simpático cão. Maxi identifica-se como abolicionista e poeta, desde já situando-se não nas estruturas pedagógicas, não no positivismo, não entre burocratas catedráticos, mas no território da sensibilidade, marcado por emoções compartilhadas, pela poesia (como fundamental), pelo pensamento crítico, pelo compromisso político, pela construção conjunta, pela construção livre.

Uma profundidade libertária, portanto.

Uma não acorrentada nem mesmo pelos grilhões da "Ciência".

Uma que fale de abolicionismos a partir de abolicionismos, e não exatamente enquanto posições doutrinárias, jurídicas ou criminológicas, atrelada a uma maneira de compreender a existência, uma forma de viver, em constante renovação e oposição à cultura repressiva.

Sobre a bibliografia mencionada na introdução (em espanhol): "Ideas y creencias" de Ortega y Gasset, "Rizoma" de Gilles Deleuze y Félix Guattari y el libro "Poesías" de Isidore Ducasse ("disparadores epistemológicos centrales de nuestra mirada abolicionista penal").

Convites abolicionistas, incluindo transcurros pela poesia (e da poesia); feita por todos, não por um (Lautréamont), com pessoas compartilhando ideias e juntas construindo o pensamento, em contraposição à rigidez hierárquica do autoritário modelo do professor-detentor-do-saber, senhor e dono do conhecimento a ser transmitido aos discípulos obedientes, perspectiva reducionista e nada libertária, brutalizante e limitante.

Oposições radicais ao poder punitivo, à cultura repressiva, ao Direito Penal. Construção do pensamento libertário, perpetrando a permutação de categorias, referenciais, significações, construções e arquétipos arbitrários pelo novo, um novo atrelado e agrilhado não às correntes (in)visíveis do presente, mas vinculado à contagiante imaginação não punitiva, crítica, sublime, potente!

Isso dito, dadas as proximidades e relações que emergem em meus pensamentos, menciono o "Curso livre de abolicionismo penal", com escritos de Edson Passetti, LoukHulsman, Maria Lúcia Karam, Nilo Batista, Salete Oliveira, Thiago Rodrigues e Vera Malaguti Batista (Nu-Sol/PUC-SP), em que, conforme explanado por Passetti, no início da obra e desde a contracapa: "O curso livre propicia possibilidades de contatos, aproximações, trocas de experiências, invenções de práticas, amizades, amores intensos, refeições divertidas. O curso livre é mais e menos do que professor, aluno e sala de aula, com uma específica bibliografia. Promove associabilidades. O abolicionismo penal é uma prática anti-hierárquica que não se limita ao sistema penal. Trata da demolição de costumes autoritários difundidos na cultura ocidental, ancorados na autoridade central de comando com o direito de dispor dos corpos."

É, assim, muito mais que visar o mero fim do Direito Penal e das prisões de pedra, externas às pessoas, abrangendo as prisões inclusive de carne, as internas, naturalizadas e incorporadas, e não se restringindo nisso.

Dentre tantas simplificações, singularidades, coros e fluxos unívocos artificialmente delineados pelo poder punitivo e culturas repressivas, pairam os abolicionismos:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

potencialidades libertárias acoplando e resgatando a complexidade, problematizando a sociabilidade autoritária que constitutivamente perpassa e (de)forma o Ocidente, caracterizando mundos descaracterizados, adotando como referenciais linguagens liberadoras das universalidades e ficções retóricas alçadas à condição de verdades inescapáveis e única realidade possível.

Imprescindíveis os esforços precursores de transformações sociais rizomáticas, dilacerando as concepções e realidades concretas de controle, subordinação e hierarquia, ativando potencialidades, interações, incidências e dissidências, a partir de múltiplas vias e formas, abrangendo subsolos energizadores do cárcere, imaginários, *backgrounds* simbólicos.

Reflexões possíveis a partir das implicâncias do "pensamento rizomático" (Deleuze e Feliz Guatari), considerando a perspectiva de "rizoma", que tem uma morfologia completamente aleatória, repleta de elementos cuja complexa interação não pressupõe ou estabelece subordinações, fluxos unívocos e simplórios, ressonâncias e velocidades facilmente controláveis, senão que aludem à complexidade de todos os pontos. Transformação cultural, sem ponto final, sem tal pretensão sacrificial.

Abolicionismos criticamente pensados, não simplesmente (re)produzidos, exportados. Não se trata de renegar pensamentos, construções e percepções doutras realidades, mas exercer um esforço no sentido de pensá-las além dos recortes europeus, clássicos ou o que for, sem, todavia, incorrer na armadilha de edificar uma espécie de nacionalismo continental, repleto de fascínios, incongruências e sacrifícios de elementos que poderiam ser aproveitados ao invés de desperdiçados.

Essa observação mostra-se pertinente ao pensarmos nas especificidades de nossos marcos latino-americanos, eis que não se deseja incorrer nos mesmos equívocos totalizantes de uma experiência ocidental e colonial, senão que elaborar rotas de fuga dessas reentrantes armadilhas que parecem sugar e atrair os fascinados pela transformação social.

Quem almeja transformações tão significativas provavelmente necessita ter em mente que transformar a si próprio também se faz uma considerável parte da ruptura paradigmática aludida.

Por vezes, mudar o mundo pode ser tão difícil quanto aprender novas linguagens, desconstruir antigas e mudar a si mesmo, que não deixa de ser um mundo.

Abolicionismos, ou ao menos o abolicionismo do qual parto e no qual me insiro, não ignora(m) tais dificuldades, senão que a(s) considera(m) profundamente, o que representa fissuras nas frouxas tessituras dos que subestimam nossas potencialidades, atados às formas do castigo, do sacrifício, do controle e da dor.

Desafortunadamente, operando em antítese à proposta de desconstrução, colisão e rota de fuga das arbitrariedades aludidas, vale destacar o péssimo hábito concretamente verificável na América Latina no que concerne à insistência de se homenagear opressores, erigindo símbolos que lhes coroem e reafirmem.

Maxi Postay certamente ilumina a ostentação de imponentes construções monumentais, cuja configuração arquitetônica, estrutural e própria noção de arte não se mostram acessíveis para todos, senão que contemplam poucos em detrimento de muitos, coroando elementos arbitrários do passado e presente, inclusive figuras tiranas, cujos

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

nomes são impressos nessas formas de arte cujo recorte arbitrário energiza e reflete a cultura repressiva da qual tanto falamos.

Reafirmação das elites aristocráticas, das regalias de poderosos, do machismo, fascismo, toda sorte de arbitrariedades e opressões cravadas no cerne de museus, teatros, esculturas, tribunais etc.

Desigualdade, sacrifício, privação, opulência e imponência são reflexos de ideários estranhos desde perspectivas abolicionistas, que se recusam a energizar, incorporar, naturalizar e aceitar a cultura repressiva enquanto tal, enquanto a catalisadora de sofrimentos estéreis e inócuos que é, valorizando, em contrariedade a isso, sociabilidades e potencialidades, complexas, vívidas, plurais, para além de uma melancólica sobreposição histórica associada ao castigo, que culminaria num temerário aprimoramento de estruturas repressoras com múltiplas nuances, atreladas exemplificativamente à expansão territorial e posteriormente econômica; "aprimoramentos" que em verdade não cessaram de amoldar-se e movimentar-se.

É lamentável que se vislumbre tão facilmente na América Latina o coroamento da exploração dos nossos povos originários, matança, barbárie, genocídio.

O que fez a América Latina frente aos seus holocaustos? Homenageou muitos de seus opressores, imprimindo-lhes menção em nomes de ruas, templos, salas, teatros, tribunais e construções monumentais. Erigiu torres e centros de opulência, imensos e luxuosos, sacralizando e submetendo-se aos seus opressores.

Culturas repressivas opressoras e supressoras das nossas potencialidades permanecem demandadas, evocadas, instrumentalizadas e aplaudidas, e fora precisamente a partir do século 15, 16 e adiante, que esse estupor legitimado alcançou dimensões totalizantes; é dizer, nesse percurso o universo ocidental viu-se lamentavelmente governado por esta maneira simplória de se ver o mundo, produzindo cínicos discursos totalizantes justificadores de poderes insanos.

Seria interessante vermos mais resistências histórias às culturas repressivas e imaginários punitivos presentes no nosso dia-a-dia, mas parece existir um fascínio maior para com a consolidação, inclusive institucional, de um fluxo de ideias sintonizadas a essas culturas repressivas.

Estudando filósofos e pensadores em geral, o surgimento, instauração e aprimoramento das primeiras universidades, perscrutando pelas origens do sistema penal moderno, dos "Estados", do capitalismo: perpetrando tudo isso em conjunto e muito mais, conseguimos entender melhor o que são as culturas repressivas das quais nos referimos, o que elas são e representam, que impactos exercem no mundo; assim, começamos a compreender melhor o que fazemos, e ao que fazemos referência quando falamos de culturas repressivas.

Por vezes, compreendamos melhor o mundo quando nos compreendemos melhor, afinal. Abolicionismos ativam complexidades, inclusive do "eu" imerso no "nós". Assim, não se restringem ao questionamento e problematização da ponta do iceberg, do Direito Penal, o que seria de uma absoluta simplificação, senão que trata de ativar e gerar pensamentos um tanto mais complexos, profundos, subterrâneos, múltiplos, enérgicos, intensos.

Resistências vívidas que transcendem a mera resistência apática e estática reformadora e/ou contencionista sugerida pelo que denomino "discursos legitimantes

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

residuais", que colonizam, regem e governam os discursos jurídicos, consoante intencionalidades diversas: políticas, econômicas e socioculturais.

Assim, os abolicionismos dos quais nos referimos - e isso merece ser lançado com insistência - não apostam no castigo e no controle, e repetimos sobretudo para que as pessoas não se afundem nos "novos" discursos legitimantes residuais, reciclados e amoldados, que conservam a legitimação dos castigos, ainda que doutras formas, com a vantagem (e não raro com o oportunismo) de se dizerem marginais, hereges, críticos, esclarecidos; uma espécie de abolicionismo *cool*, superficial, que ironicamente busca formas de controle e castigo, e tudo isso enquanto questiona e se opõe aos castigos e controles da prisão.

Discursos problemáticos que dizem lutar contra formas de castigo, sem questionarem profundamente o imaginário punitivo relacionado à legitimação de tais (re)produções naturalizadas, que seguem regendo as estruturas de pensamento e energizando culturas repressivas.

Que controle e castigos adotaremos no lugar da prisão é uma pergunta equivocada repetida por muitos; não pretendemos perscrutar por formas de controle.

Há os que assim pensam, sugerindo castigos e controles para além das prisões, e que ensinam se resumir a isso "o abolicionismo" (como dizem). Nada muito diferente, exemplificativamente, das limitações e contradições de anarquistas punitivistas, que questionam formas de controle, mas não conseguem se desvencilhar do controle enquanto referencial.

Cada vez mais, a existência de abolicionismos (no plural!) deve ser considerada, sobretudo por quem tenta simplificar isso, e não como uma defesa a quem simplifica, não soando prudente que instrumentalizemos uma crítica ativadora de complexidades como uma blindagem de críticas.

Insistimos, portanto: não buscamos novas formas de controle e de castigo, como não buscamos democratizar o sofrimento, fascinados por manusear o poder punitivo redirecionando-o para os alvos desejados; não se trata de desativar e encapsular complexidades enquanto se ativa gatilhos arbitrários; nessa esteira, não se trata de perpetrar novas violências legitimadas, energizando e pensando complacentemente obediente aos lindes semânticos das culturas repressivas, nelas construindo morada expansiva, senão que desconstruí-las, com imaginação não punitiva e muita potência libertária.

Se aceitarmos pura e simplesmente a abolição das prisões sem nos opormos ao castigo, ao sofrimento estéril, às hierarquias e controles em todas as nuances da vida, e sem nos opormos à defesa e busca de novas formas "substitutivas"/"alternativas" de controle e castigo, então não haverá reviravoltas libertárias a se esperar do que seriam limitadas reformas, ainda reféns do castigo e da punição enquanto referenciais.

Rasos simulacros de transformação, sustentados por ávidos entusiastas de uma mera reorganização dos núcleos de poder ancorada em interações brutalizantes; apoiadores ainda fascinados pelo controle sobre os fluxos e influxos do poder, ávidos por manuseá-lo, redirecioná-lo, exercê-lo; ainda entusiastas do controle e do castigo, que dizem se opor a algumas de suas formas, enquanto celebram e perscrutam por outras, assim mantendo intactos os pilares das culturas repressivas.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Que o presente escrito ressoe em quem com ele se identificar, mas que também possa suscitar sublimes e potentes reflexões mesmo ante aqueles que não acreditam na possibilidade de um mundo não regido no limite pelo controle austero, que nos remete também a uma receita (re)produzida com maestria por arquétipos de Estado pautados na segurança de conteúdos arbitrários, salvaguardados mediante sacrifício de fissuras aos projetos das configurações e programações regentes, com suas coesões violentamente perseguidas, não respeitando nem sequer as vidas humanas e a felicidade das pessoas, jamais lidas como todas iguais pelos Estados, inclusive quando se trata de proteção.

Esse texto não converge e tampouco fora escrito apoiando quem deseja meramente alçar e perpetrar controles e castigos para além do Direito Penal; assim, a postura abolicionista e anarquista minha (sintonizada com a de muitos companheiros) não está nem um pouco interessada numa defesa de um "abolicionismo" atrelado à punição, ao castigo, ao controle, especialmente quando se coloca como "o abolicionismo".

E de tal postura limitada não nos interessa a defesa, porque essa defesa seria um ataque ao que acreditamos e buscamos, uma prisão para nossa potência, militância e imaginação.

O fim dos carcereiros também não nutriria grande sentido enquanto não cessarmos, nós mesmos, de sermos carcereiros. Não por acaso, seguimos questionando as próprias ideias de castigo e controle, e nos questionando nesse processo, que não é exatamente um processo e tampouco possui um ponto final.

Referências Bibliográficas:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos e Abolicionismo: a Crise do Sistema Penal entre a Deslegitimação e a Expansão*. Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. In: POSTAY, Maximiliano (compilador). *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación punitiva y militancia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012.

AUGUSTO, Acácio. *Política e polícia: Cuidados, controles e penalizações de jovens*. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2013.

BAKUNIN, Mikhail. *Deus e o Estado*. Trad. Plínio Augusto Coelho. Ano de publicação original: 1882. Ano de digitalização: 2002.

BARATTA, Alesandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal - introducción a lasociología jurídico-penal*. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2011.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A Bravura Indômita da Justiça Penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória/Florianópolis: FDV/Boiteux, 2010, p. 311-338.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

FEYERABEND, Paul K. *Against method*. London: NLB, 7 Carlisle Street, Londres WI, 1975.

FREIRE, Paulo. *Conscientização; teoria e prática da libertação; uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. São Paulo: Cortez e Moraes, 1979.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*. In Revista Verve, São Paulo, v. 3, 2003, pp. 190-219.

KARAM, Maria Lucia. La efectivización de los derechos fundamentales, la profundización de la democracia y la consecuente abolición del sistema penal. In: POSTAY, Maximiliano (compilador). *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012.

KROPÓTKIN, Piotr. *As Prisões*. Tradução e diagramação: Barricada Libertaria. Campinas, 2012.

MÜLLER, Jean-Marie. *O Princípio de não-violência*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PASSETTI, Edson. AUGUSTO, Acácio. *Anarquismos & Educação*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

PASSETTI, Edson. Ensayo sobre un abolicionismo penal. In: POSTAY, Maximiliano (compilador). *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012.

PIRES, Guilherme Moreira. Coletânea de Textos do autor. Empório do Direito, 2015, ISSN 2446-7405. Disponíveis em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/guilherme-moreira-pires/>>. Último acesso em: 09/09/2015.

PIRES, Guilherme Moreira. *Desconstrutivismo Penal: uma análise crítica da expansão punitiva e dos mutantes rumos do Direito Penal*. Vitória-ES, Aquarius, 2013.

PIRES, Guilherme Moreira. *O Estado e seus inimigos: Multiplicidade e alteridade em chamadas*. Buenos Aires: Libertaria, 2014.

PIRES, Guilherme Moreira. *Os amigos do Poder: ensaios sobre o Estado e o Delito a partir da Filosofia da Linguagem*. Buenos Aires: Libertaria, 2014.

ROSA, Pablo Ornelas. *Juventude Criminalizada*. Florianópolis: Insular, 2ª ed. rev. 2013.

TEDESCO, Ignacio. *El acusado en ritual judicial: ficción e imagen cultural*. 1ª ED Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdade Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III - O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Manifestos para uma Ecologia do Desejo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

WARAT, Luis Alberto. O Saber Critico do Direito e Um Ponto de Partida Para Uma Epistemologia das significações. *Revista de Ciências Sociais de Valparaíso*, v. 23, n.2, p. 270-285, 1983.

WARAT, Luís Alberto. *Os Problemas da Metodologia do Ensino – Metodologia Jurídica* – UBA: Buenos Aires, 1972.

WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boietux, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimacion y DogmaticaJuridico-Penal. Buenos Aires: Ediar, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Palabra de los Muertos*. Conferencias de Criminologia Cautelar. Prólogo de Juan Gelman. Buenos Aires: Ediar, 2012.

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y LOS SABERES NEUROCIENTÍFICOS

Reflexiones desde el Derecho argentino

Gustavo A. Arocena

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina). Profesor de Derecho Penal. Codirector del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (C.I.I.D.P.E.).

*Al Dr. Edmundo Hendler,
con especial afecto y respeto*

Sumario: I. Pensamientos de partida. II. Las neurociencias y el castigo penal. III. Meditaciones de cierre. Bibliografía.

I. Pensamientos de partida

En los últimos años, las **neurociencias** se han convertido –si se nos permite la expresión *posmoderna*– en un recurrente “*trending topic*” en el ámbito de la investigación científica.

También en el terreno del Derecho penal ha hecho aparición este fenómeno, captando de tal modo la atención de los juristas que, como acertadamente expresa Sánchez-Ostiz, bien se puede hablar ya de un “*neuroderecho penal*”¹.

Las reflexiones sobre las posibles vinculaciones entre las disciplinas que estudian el funcionamiento del cerebro y el Derecho criminal comienzan a rendir sus primeros frutos ya en las obras pioneras de Gerhard Roth (*Fuhlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Suhrkamp, Francfort d.M., 2001) y Wolf Singer (*Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Suhrkamp, Frankfurt d.M., 2003), a las que se añaden la de carácter divulgativo editada por el periodista Christian Geyer e intitulada *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente* (Suhrkamp, Francfort d.M., 2004), y la editada por Brent Garland bajo la atrayente denominación *Neuroscience and the Law. Brain, Mind and the Scales of Justice* (Dana Press, Nueva York, 2004).

No obstante, la propia literatura científica sobre neurociencia, desde un inicio, se empeña en destacar sus **importantes problemas epistemológicos**. En esta orientación, Álvarez González, Trápaga Ortega y Morales Valiente enfatizan que “...la investigación en neurociencias plantea dificultades extraordinarias debido a dos tipos de problemas: los inherentes a la complejidad del funcionamiento cerebral y los que impone un campo que, por su naturaleza, es interdisciplinario”². Y el diálogo entre

¹ Cfr. Sánchez-Ostiz, Pablo, “Obras generales sobre Derecho penal y neurociencias”, en InDret, 1/2014, p. 19.

² V. Álvarez González, Miguel Ángel - Trápaga Ortega, Miriam - Morales Valiente, Claudia, *Principios de neurociencias para psicólogos*, 2ª edición, Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 63.

disciplinas como, por ejemplo, la neuroanatomía, la neurofisiología, la farmacología, la neurocirugía, la psicología y, aun, el Derecho, resulta verdaderamente difícil en razón de que estas especialidades tienen un *diferente grado de desarrollo*, a la vez que trabajan con categorías de muy *variados niveles de abstracción*.

Más allá de esto, la necesidad de que el Derecho penal pose su mirada en los avances de las neurociencias parece inocultable si –como anota Nieva Fenoll– se repara en que la conclusión más inquietante de los neurofilósofos es la siguiente: si resulta que el cerebro parece “pensar” por sí sólo, dado que la reacción que se detecta en el cerebro de un sujeto parece ser previa a la sensación de voluntad de dicho sujeto a la hora de ejecutar una acción, en realidad **el ser humano no sería responsable**. “El individuo no sería más que una marioneta en manos de su cerebro, preconditionado por él mismo y sus decisiones independientes”³. Esto colocaría en severa crisis a los fundamentos del juicio de reproche que reside en la base de sustentación teórica del Derecho penal, y éste, en cuanto tal o, al menos, como lo conocemos hasta ahora, **se acabaría**.

Como puede advertirse, la trascendencia del tema es capital, toda vez que, en último término, se vincula con las posibles respuestas a un interrogante central para la teoría penal y filosófica, a saber: **¿Es el hombre –o puede serlo– responsable de sus acciones?** Es que uno de los problemas que muchos neurocientíficos creen haber desentrañado es, justamente, el del libro albedrío, que es un elemento que se ubica en la base de la gran mayoría de las teorías de justificación del castigo penal, e incluso de la responsabilidad moral. Se trata, pues, de volver a reflexionar sobre el crucial asunto de la responsabilidad –penal y, todavía, moral– individual.

Desde luego que no habremos de cometer la imprudencia de expedirnos aquí, en tan breve espacio, sobre un asunto tan intrincado como el concerniente a la capacidad de influencia que, sobre las teorías penales, pueda predicarse respecto de las investigaciones y constataciones de las neurociencias. Con todo, sí diremos, permitiéndonos un gesto igualmente imprudente, que la información con la que contamos demuestra que los experimentos de estas últimas disciplinas no parecen *todavía* suficientemente sólidos como para minar “...la creencia de sentido común de que las acciones tiene lugar porque hemos decidido realizarlas”⁴.

De cualquier manera, el tiempo y las nuevas indagaciones neurocientíficas nos dirán –probablemente en un futuro no muy lejano– si el *work in progress* que constituyen los estudios en estos terrenos logran superar las limitaciones de sus conclusiones actuales y consiguen acreditar científicamente la tesis de que el ser humano no actúa en forma

³ Vid. Nieva Fenoll, Jordi, “Presentación”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, 2013, p. 13.

⁴ Cfr. González Lagier, Daniel, “¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, 2013, p. 28, donde el autor añade: “Parece razonable exigir para que una hipótesis quede bien establecida que ésta se apoye en datos empíricos obtenidos de manera fiable, que provea una adecuada explicación de los mismos, que elimine otras hipótesis alternativas igualmente plausibles con tales datos empíricos y que se inserte de manera coherente con el resto de conocimientos. Pues bien, al parecer ni los experimentos «tipo Libet» son altamente fiables (persisten problemas de medición del tiempo y no se ha logrado un alto porcentaje de predicciones acertadas, ni explican adecuadamente todos los datos empíricos (la consciencia de la toma de decisión queda como un epifenómeno al que es difícil encontrar un sentido), ni eliminan hipótesis alternativas plausibles (como que los resultados sólo sean válidos para acciones sencillas que no requieren deliberación); y desde luego chocan frontalmente con creencias muy arraigadas” (v. González Lagier, “¿La tercera humillación?”, pp. 28 y 28).

libre y voluntaria, sino que está determinado en sus procesos de decisión por un **“potencial de preparación del cerebro”**⁵ que consisten en cambios eléctricos producidos en determinadas áreas cerebrales que preceden a la ejecución de una acción futura. Conforme sostuvimos antes, si así sucediera, el Derecho penal, en particular, y el Derecho todo, en general, deberán mutar hacia algo muy distinto de lo que son hoy. Si, por el contrario, las aportaciones de las neurociencias no alcanzaran una definitiva acreditación de la ausencia de la libertad de acción del ser humano, su contribución a nuestra disciplina no sería menor, puesto que, en definitiva, el “neuroderecho”, aun con las conclusiones provisionales a la que ha llegado hasta la fecha, ha tenido como magnífica consecuencia la necesidad de **revisión**, por parte de la doctrina penal, **del concepto jurídico-penal de culpabilidad y de su alcance normativo actual**.

Para nosotros, los modernos estudios neurobiológicos y, como consecuencia de ellos, los conocimientos que la investigación cerebral ha obtenido sobre el (auto)gobierno de la conducta del ser humano imponen **una nueva lectura de las tradicionales categorías que integran la justificación del reproche – primordialmente, la de la culpabilidad- y el castigo penal** en la que –se trata sólo de nuestra modesta opinión- **parece tan inconveniente aislarse de los aportes de las neurociencias, como reconstruir todo el Derecho penal a partir de una traslación acrítica de las indagaciones derivadas de las disciplinas biológicas**⁶.

En palabras de Mobbs, Lau, Jones y Frith: “The goals of science and of law are different. However, important legal questions such as moral blameworthiness, culpability, responsibility, and the likelihood of recidivism depend to some degree on improved understandings of human behaviour. Therefore, biological advances in understanding human brain architecture and function may overlap in important ways with legal inquiries. New studies of the criminal brain are likely to shape moral views on responsibility and free will, with possible impacts on how legal systems punish and treat criminals”⁷.

⁵ La “teoría del potencial de preparación” (“*readiness potential theory*”) se basa en los experimentos realizados en la década de los ochenta del siglo pasado por Benjamin Libet, que demostraron que el instante señalado por los participantes de tales experiencias como el instante de la decisión consciente de realizar un movimiento simple como el de mover un dedo tiene lugar unos 200 milisegundos antes de la realización del mismo, es decir, más o menos 350 milisegundos después de que empezara a registrarse el “potencial de disposición”, lo que, quizás, podría significar que el cerebro había tomado la decisión “por su cuenta”, antes de que los intervinientes del experimento fueran conscientes de ella (no es ésta, sin embargo, la conclusión a la que arriba Libet, aunque sí otros investigadores de igual prestigio como, por ejemplo, Wolfgang Prinz: v. Prinz, Wolfgang, “*Freiheit oder Wissenschaft*”, en AA.VV., *Freiheit des Entscheidens und Handelns. Ein Problem der nomologischen Psychologie*, Mario von Cranach y Klaus Foppa -eds.-, Heidelberg 1996, p. 99). Para una descripción del experimento hecha por el propio neurólogo estadounidense, v. Libet, Benjamin, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, en *The Behavioral and Brain Sciences*, 8 (1985), pp. 529 a 539.

⁶ Debemos señalar que esta conclusión la tomamos de las coincidencias advertidas, en distintas charlas y discusiones, con un amigo entrañable y jurista notable de nuestro país: el Dr. José Daniel Cesano.

⁷ Cfr. Mobbs, Dean – Lau, Hakwan C. – Jones, Owen D. – Frith, Christopher D., “Law, Responsibility, and the Brain”, en *PLoS Biology*, abril 2007, vol. 5, issue 4, p. 699. Traducimos: “Los objetivos de la ciencia y del derecho son diferentes. Sin embargo, importantes preguntas legales tales como la culpa moral, la culpabilidad, la responsabilidad y la probabilidad de reincidencia dependen en algún grado de los conocimientos mejorados sobre el comportamiento humano. Por lo tanto, avances biológicos en la comprensión de la arquitectura del cerebro humano y su función pueden superponerse de importantes maneras con preguntas legales. Los nuevos estudios del cerebro criminal probablemente configuren visiones morales sobre la responsabilidad y el libre albedrío, con posibles impactos sobre cómo los sistemas legales castigan y tratan a los criminales”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

El enorme valor de las polémicas que ha generado la reflexión sobre los posibles aportes de las “ciencias del cerebro” a la “cuestión criminal” radica, justamente, y entre otros aspectos, en la preocupante conclusión a la que podríamos vernos obligados a arribar, a saber: que el **Derecho criminal**, no obstante el **enorme grado de abstracción y sofisticación que ha alcanzado en sus bases teóricas**, ha apoyado las bases fundacionales de la responsabilidad penal en conceptos de plausibilidad discursiva, dogmática o, incluso, “científica”, **de dudosa consistencia**.

Como aduce Balcarce: “La responsabilidad aparece como de dificultosa, por no decir imposible, acreditación empírica, con un tinte de constructo social, basado en las creencias intersubjetivas populares, relativa culturalmente, con un visible carácter normativo y de contornos pocos definidos positivamente.

“El ataque neurocientífico a las bases del libre albedrío ha demostrado, es mi ver, la escasa consistencia que tienen las distintas posiciones acerca de la teoría de la culpabilidad, como así también su carácter de presunción *iuris tantum*, en abierta contradicción con la presunción de inocencia ya en el proceso penal.

“No sé cuál será el futuro de las neurociencias; sí sé que el concepto de culpabilidad ha mostrado su lado flaco”⁸.

En lo personal, no podríamos estar más de acuerdo con la sentencia.

Pero, más allá de este dato –que seguramente a poca gente importará–, no se nos podrá negar el **carácter turbador del aserto**: durante años, los penalistas hemos fundamentado la sanción penal sobre la base de un concepto de culpabilidad que hoy, en función de esclarecedores conocimientos científicos “duros”, aparece carente de suficiente sustento teórico y, preponderantemente, empírico.

El mencionado jurista argentino enfatiza: “Entiendo que el Derecho penal no se encuentra ajeno a los conocimientos provenientes de las ciencias duras, sin que meras aproximaciones incipientes puedan modificar las bases jurídicas actuales. No obstante la mera hipótesis determinista permite avizorar cuál sería la consecuencia para las regulaciones penales”⁹, y –para dejar clara la referencia– agrega: “...si la ciencia diera un paso más y llegara al consenso de que los seres humanos no sólo estamos determinados en el plano neurológico más elemental sino que nuestra conducta es psicológicamente compulsiva y estamos programados desde nuestra fecundación o desde nuestro nacimiento; lo que se ha designado como *pandeterminismo* o *fatalismo*, pues todas las elecciones se encontrarían predeterminadas por una fuerza superior; tendríamos que tratar a los seres humanos de manera meramente instrumental. La legislación penal desaparecería ineluctablemente como así también la ética y la religión. Las bases políticas del Estado deberían reverse”¹⁰.

Al parecer, los penalistas tenemos una *buena razón* para preocuparnos. Así lo pensamos porque el debate “neurociencias / Derecho penal” es, en definitiva, sólo una discusión de tiempos sobre la racionalidad de los discursos, pero que no cambiará fundamentalmente el modo de ver al ser humano por el Derecho; pero un imperativo categórico es, sin lugar a dudas, reparar en lo siguiente: “...un dilema epistemológico

⁸ Cfr. Balcarce, Fabián I., *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 100 y 101.

⁹ Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, p. 101.

¹⁰ V. Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, pp. 102 y 103.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

debería resonar en la mente de quienes detentan el poder. Resulta horroroso, en una sociedad pluralista, que a los que no creen en otra vida (o más aún, no la quieren) se les imponga, en base al «como si fuera», una privación de la libertad que, para él, no es ni más ni menos que la muerte en vida durante el tiempo de la condena”¹¹. Y esto, además, nos hace pensar si no habrá mucho acierto en el dictamen de Greene y Cohen: “For the law, neuroscience changes nothing and everything”¹².

II. Las neurociencias y el castigo penal

1. Hemos señalado que, en nuestra opinión, los relativamente recientes estudios neurobiológicos y los conocimientos que la investigación cerebral ha obtenido sobre el (auto)gobierno de la conducta del ser humano reclaman una nueva lectura, no sólo de la culpabilidad penal, sino también del castigo penal, *e incluso –y en especial- de su ejecución*. Sobre esto último versará específicamente esta contribución.

2. Si se pretenden estudiar seriamente las posibles contribuciones de las neurociencias a la configuración del tratamiento penitenciario, resulta imprescindible formular algunas *estipulaciones previas*.

En este sentido, es conveniente recordar que las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas por el **artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional argentina**¹³ traen normas que consagran distintos derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de todo recluso a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la **reforma y la readaptación social** del condenado (artículo 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.¹⁴; artículo 5, apartado 6°, C.A.DD.HH.¹⁵).

Asimismo, estos tratados internacionales establecen que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la **dignidad inherente al ser humano** (artículo 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; artículo 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.).

A este conjuntos de normas se añade, finalmente, la **ley nacional argentina n° 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad** (B.O. 16/7/1996)¹⁶, que sienta las reglas a que debe ajustarse la ejecución de esta especie de pena, en todas sus modalidades.

Pues bien, esta ley complementaria del Código Penal establece ciertos “**Principios básicos de la ejecución**” en su **Capítulo I**, cuyo artículo 1° prescribe que la ejecución

¹¹ Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, p. 117.

¹² V. Greene, Joshua – Cohen, Jonathan, “For the law, neuroscience changes nothing and everything”, en *Philosophical Transactions of The Royal Society, Biological Sciences*, 2004, vol. 359, n° 1451, pp. 1775 a 1785. En lengua española: “Para el Derecho, la neurociencia cambia nada y todo”.

¹³ Mediante la regla del artículo 75, inciso 22, C.N. quedó zanjada la vieja discusión relativa a la posición jerárquica de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (O.N.U., 1966).

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”- (O.E.A., 1969).

¹⁶ En adelante, L.E.P.P.L.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de dicha especie de pena tiene por finalidad lograr que el condenado logre su **adecuada reinserción social**.

Para concluir, y acercarnos un poco más a nuestro específico objeto de estudio, es pertinente remarcar que, a partir de la interpretación sistemática de los **artículos 1º, 5º y 6º de la ley nacional n° 24.660** se extrae con meridiana claridad que uno de tales principios establece que la reinserción social del condenado debe lograrse mediante un **régimen progresivo, con un tratamiento interdisciplinario, programado e individualizado** que resulte **apropiado para la finalidad enunciada**.

El ordenamiento jurídico, pues, no se conforma con que la ejecución de la pena privativa de la libertad procure la adecuada reinserción social del condenado, sino que exige, además, que tal cometido se desarrolle **por medio de determinadas herramientas**, a saber: un **régimen penitenciario** y un **tratamiento carcelario** que reúnan determinadas condiciones.

El **régimen penitenciario** es el conjunto de normas que regulan todos los aspectos de la vida de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena; en particular, los relativos a la convivencia, la disciplina y el trabajo.

En cambio, el **tratamiento penitenciario** es el conjunto de actividades terapéutico-asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado.

Es un distingo importante, porque el ordenamiento jurídico establece que serán **obligatorias** “las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo”, y que toda otra actividad que integre el tratamiento “tendrá **carácter voluntario**” (**artículo 5º L.E.P.P.L.**).

La **obligatoriedad del régimen penitenciario** se justifica en la pretensión de asegurar un **desarrollo ordenado de la vida carcelaria**.

Por su lado, el carácter facultativo del **tratamiento penitenciario** se explica en la **vigencia del derecho a la dignidad personal del interno –de jerarquía constitucional: (artículo 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; artículo 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.)-**, que presupone el respeto irrestricto a su **capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones** sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, esto es, a su **aptitud de autodeterminarse respecto de sus propios intereses sin injerencias externas**.

Pero, además de este fundamento dogmático-jurídico de la naturaleza voluntaria del tratamiento, existe una **justificación utilitarista** –si es que cabe la expresión- de este rasgo.

En efecto, la eficacia de cualquier tratamiento penitenciario presupone, como **elemento necesario**, la **adhesión voluntaria y activa del penado** a la intervención terapéutico-asistencial de la agencia penitenciaria, esto es, su libre, genuina y, aun, colaboradora sujeción a tal injerencia estatal. Es que, cualquier cambio psicológico, cualquier cambio de comportamiento que se pretenda en el condenado sólo podrá aspirar a un grado plausible de eficacia si el recluso **asume voluntaria y decididamente** un tratamiento penitenciario dirigido a tal fin.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A este respecto, Roxin aduce que "...hasta la mejor terapia carece de sentido si el condenado no la acepta. Los esfuerzos terapéuticos **sólo pueden tener éxito si el recluso coopera voluntariamente** en el desarrollo resocializador de su personalidad"¹⁷.

Mas esa **adhesión voluntaria** del preso al tratamiento penitenciario, para ser admitida como tal, debe ser **genuina**, esto es, producto de una decisión adoptada por el recluso con discernimiento, intención y libertad (**artículo 260 C.C.y.C.N.**¹⁸). Y, como es sabido, la violencia es un vicio de la voluntad, por lo que la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto (**artículo 276 C.C.y.C.N.**).

En razón de todo ello, entonces, ha de quedar claro que las actividades terapéutico-asistenciales que conforman el tratamiento penitenciario sólo pueden implementarse en procura de la adecuada reinserción social del recluso cuando éste se somete a tal intervención de la agencia penitenciaria del Estado, por virtud de una decisión genuinamente voluntaria. La educación, el trabajo remunerado –no ya las labores generales del establecimiento carcelario–, el asesoramiento psicológico individual y la terapia de grupo, entre muchas otras actividades que integran el tratamiento penitenciario, deben continuar proveyéndose a los condenados, pero sobre una base **exclusivamente voluntaria**. No debe haber indicación alguna de que la liberación de un preso puede acelerarse debido a su participación en tales programas, ni de que puede postergarse a causa de su omisión de tomar parte.

3. Las neurociencias tienen por objeto **conocer el funcionamiento del cerebro**.

Ante esto, parece innegable que la configuración de un tratamiento penitenciario orientado a que el recluso -una vez recuperada su libertad- opte por acomodar su comportamiento a las exigencias de la legalidad, *debe tener en cuenta los aportes que puedan llevar a cabo aquellas disciplinas*.

Lo aseverado es de tal forma, puesto que el delito es, en la concepción que nosotros defendemos, un *conflicto social* que produce una lesión jurídica, que es provocado por una decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se puede reprochar y que puede explicarse en función de "**factores de riesgo**" de delincuencia vinculados con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad delictiva¹⁹; y entre estos factores de riesgo delictivo podrían ubicarse **ciertos rasgos y características biológicas que determinarían o, al menos, predispondrían al sujeto a cometer delitos**.

En esta última sede de análisis es, en definitiva, donde podrían mostrar su mayor capacidad de rendimiento las contribuciones de las neurociencias al estudio y desarrollo de los tratamientos penitenciarios de reclusos. La configuración del cerebro de

¹⁷ V. Roxin, Claus, "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura – Lerner, Córdoba, 2001, p. 224, con negrita agregada.

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

¹⁹ Estos "factores de riesgo" delictivo, concebidos como aquellas circunstancias que se enlazan con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad criminal de una persona, pueden ser clasificados en "estáticos" y "dinámicos", conforme su mayor o menor posibilidad de modificación. Ejemplo de la primera categoría es la psicopatía de una persona, mientras que sus cogniciones o el consumo de drogas pueden emplazarse entre los factores dinámicos de riesgo criminal. Sobre todo esto, v. Redondo Illescas, Santiago – Andrés Pueyo, Antonio, "La psicología de la delincuencia", en *Papeles del Psicólogo*, vol. 28(3), 2007, p. 149.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

determinadas personas podría erigirse, según algunos postulados neurobiológicos, en “factor de riesgo” delictivo –**de carácter claramente estático**– que ayudaría a comprender la etiología del fenómeno delictivo.

Podrán avizorarse ya las derivaciones ulteriores de estas tesis: ante una persona determinada en sus acciones por la particular configuración de su cerebro, todo tratamiento penitenciario dirigido a lograr que el recluso adquiriera *herramientas* que le permitan desarrollar sus competencias sociales para una vida lícita y, con ello, preferir opciones de vida emplazadas en el marco de la legalidad, **no tendría ninguna justificación ni razón de ser**. Las medidas de seguridad se impondrían, pues, como alternativa única ante un tal sujeto biológicamente determinado en su comportamiento peligroso para terceros.

Con todo, y como hemos señalado previamente, la información neurocientífica hoy disponible demuestra que los experimentos de las “ciencias del cerebro” no resultan *todavía* suficientemente sólidos como para echar por tierra la “intuición” de que las acciones tienen lugar porque hemos decidido realizarlas.

Ante esta –al menos, por ahora– provisional estrechez de las conclusiones neurobiológicas, podemos aseverar que los **aportes de las ciencias del cerebro en relación con la diagramación del tratamiento penitenciario** habrán de apreciarse, especialmente, en los siguientes ámbitos:

a. En la determinación de las características individuales de tipo neurobiológico que, en el caso de cada recluso singular, se erijan en **factores estáticos de riesgo delictivo**, que contribuyen al riesgo actual de inicio o mantenimiento de la actividad delictiva, pero que son de difícil o, en algunos supuestos, imposible modificación.

En este espacio, las constataciones neurobiológicas en modo alguno deben conducir a una nuda aceptación de una suerte de “manifestación *tardomoderna*” del positivismo criminológico decimonónico –y su figura del *delincuente nato* producto de características o anomalías corporales o mentales de los individuos–, sino a la identificación, por vía de exclusión, de las circunstancias que, por su carácter dinámico, **deben ser especial, específico y preponderante objeto de trabajo** de los profesionales encargados de la implementación del tratamiento carcelario orientado a la reinserción social del delincuente.

El descubrimiento de los rasgos específicos de la configuración neurobiológica del individuo posibilitara que el tratamiento penitenciario se centre adecuadamente en aquéllos aspectos, **que justamente son las aristas distintas de los aspectos concernientes a la particular disposición cerebral de cada ser humano**, susceptibles –atento su carácter “dinámico” o *sustancialmente modificable*– de beneficiarse con una injerencia estatal adecuada para reducir la vulnerabilidad de un individuo que culminó en su prisionización por la comisión reprochable de un hecho delictivo²⁰.

²⁰ Con referencia a la eventual existencia de rasgos del cerebro del delincuente que determinan su conducta antisocial, cabe señalar que los neurocientíficos, partiendo de la premisa de que el hombre se encuentra biológicamente determinado, proponen el control del delito a través del *tratamiento neurológico*; pero éste, como veremos luego en el texto principal, es pasible de consistentes reproches, entre los que se encuentra, como objeción “de partida”, la aparentemente ineludible falta de legitimidad de la posibilidad de que el Estado imponga intervenciones de tales características en contra de la voluntad de personas “autónomas”. La vulneración al “principio de autodeterminación” del ser humano, derivado de la “regla de reserva” del artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, parecería palmaria en esta hipótesis.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Los tratamientos penitenciarios, en lo que a su componente psicológico se refiere, consisten en actividades cuyo objetivo es reducir los factores de riesgo dinámicos que se asocian a la actividad delictiva, entendida esta como fenómeno complejo, multicausal y, por ello, necesitado de múltiples y diversas intervenciones. Ahora bien, es dable aseverar que la actividad delictiva se origina y se mantiene por diversas circunstancias, entre las cuales se incluyen, *no sólo posibles rasgos biológicos* (p. ej., baja actividad del lóbulo frontal), sino también, y acaso especialmente, la **interacción del sujeto con el contexto, la ruptura de sus vínculos sociales y su vulnerabilidad**.

En este sentido, corresponde subrayar que una elemental caracterización de dicho **estereotipo del sujeto cuya desmañada comisión de delitos** –que se evidencia en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia- **lo lleva a la condena y, con ésta, a la cárcel** puede extraerse de los informes correspondientes a las estadísticas oficiales en materia de criminalidad y funcionamiento del sistema de justicia de la República Argentina²¹, de las que surge que tal arquetipo puede sintetizarse en el perfil de un **hombre joven, soltero, con escasa instrucción, desocupado y sin capacitación laboral, que comete delitos contra la propiedad**, en su mayoría, robos, hurtos o conatos de estos ilícitos, y que está emplazado en el grupo de la población **pobre o indigente**.

Ante este estado de cosas, las alternativas de tratamiento penitenciario que *a priori* se muestran más adecuadas o, si se quiere, con mayor idoneidad potencial para procurar la adecuada reinserción social del condenado son los **modelos cognitivo-conductuales, de aprendizaje social y cognitivo-sociales**, en los que la finalidad de la injerencia de los servicios penitenciarios es entrenar a individuos con déficits en habilidades, cogniciones y emociones prosociales, en competencias imprescindibles para la vida social. Este entrenamiento en herramientas indispensables para la inserción legal del condenado en el ambiente social se lleva a cabo por medio de estrategias tales como, por ejemplo, el **desarrollo de nuevas habilidades, el desarrollo del pensamiento, la regulación emocional y el control de la ira**. También el **modelado de conductas alternativas, la discusión de dilemas, el desarrollo de autoeficacia en respuestas asertivas en lugar de agresivas, y el entrenamiento atribucional sobre claves sociales**. En orden al desarrollo de nuevas habilidades, parece evidente que el arquetipo de las personas alojadas en las cárceles argentinas demanda que el tratamiento ofrezca a esos jóvenes con escasa instrucción, desocupados y sin capacitación laboral **instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida lícita en contexto de libertad**; y las características de los reclusos que acaban de citarse aportan “buenas razones” para sostener que, para estas personas, las herramientas apropiadas para su reinserción social vienen dadas por proceso de formación de su personalidad que comprende la **instrucción del individuo y su capacitación laboral**; ellas le permitirán contar con herramientas prosociales para ser “competentes” en el tráfico social y laboral-. Sin perjuicio de todo esto, también resulta imprescindible que el condenado aprenda **nuevas habilidades y hábitos de comunicación no violenta, de responsabilidad familiar y laboral, y de motivación de logro personal**, entre otros,

²¹ Sobre esto, v. Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP), Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina), “Informe Anual 2012”, disponible en World Wide Web: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2012/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf> (accedido el 20 de octubre de 2015).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

los que sentarán las bases para que el recluso advierta la utilidad del tratamiento y acepte el cambio que se quiere alcanzar con el mismo.

Por otro lado, es claro que el estereotipo de persona cuya torpe comisión de delitos la lleva a la cárcel *no se agota* en estos **hombres jóvenes que cometen delitos contra la propiedad**, a los que antes nos hemos referidos, o, incluso, en sujetos temerarios o que cometen delitos por convicción. Estos mismos individuos de sexo masculino, solteros, poco instruidos, sin ocupación ni capacitación laboral llenan, en las estadísticas, un importante lugar en tanto autores de delitos contra las personas y delitos contra la integridad sexual. De aquí que aspectos tales como, por ejemplo, los **componentes compatibles con los trastornos de personalidad psicopáticos de tipo antisocial, límite o paranoide**, o con la **perversidad o la estructuración parafilica del psiquismo del sujeto**, materializan aristas a tener particularmente en cuenta a la hora de desentrañar –para el diseño de un tratamiento penitenciario adecuado a las mismas– las causas que hacen que el poder punitivo se concrete en vinculación con una persona determinada.

b. Pero las aportaciones de las neurociencias en orden a la diagramación del tratamiento penitenciario se muestran útiles también en la **acreditación de casos de personas con daños cerebrales** que no han tenido incidencia alguna en la capacidad de culpabilidad del sujeto, pero no obstante **han influido en la generación de comportamientos violentos, sádicos, sexualmente desviados o equivalentes a estos**.

En esta dirección, es dable afirmar que, si existe evidencia científica que compruebe acabadamente que hay relación entre déficits neurológicos y perpetración de delitos –o, al menos, de *cierta clase* de delitos–, parecería en principio razonable que se indague sobre las posibilidades de las injerencias neurológicas para remover las causas de esa índole que inciden en la aparición de conductas como las mencionadas.

Con todo, esta posibilidad ha de colisionar con atendibles objeciones, no sólo de corte jurídico (como la que hemos adelantado al hacer referencia a los riesgos de lesión al principio de autodeterminación y al derecho a la dignidad de la persona), sino también de tipo “empírico”, derivados de un tratamiento neurológico que pueda *modificar la estructura cerebral del delincuente*.

Sentado esto, déjesenos que profundicemos este apartado en forma ordenada y analítica.

i. A título preliminar, corresponde subrayar aquí que **no deben descartarse las técnicas cognitivo-conductuales –ni los modelos de aprendizaje social, ni los modelos cognitivo-sociales–** para el universo de casos que ahora examinamos, pues también el tratamiento de la hétero –agresión o la perversión en personas con lesiones cerebrales responde positivamente a este tipo de estrategias. Es que, aun cuando los individuos con un mayor riesgo en factores estáticos (históricos y personales, no modificables) requieren intervenciones más intensivas, el comportamiento violento, sádico o perverso de personas con lesiones cerebrales –pero capaces de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones– no parece nunca impulsado *únicamente* por tales daños anatómicos, sino también por elementos dinámicos de riesgo criminal cuyo abordaje **reduce la “idoneidad criminógena”** (*sit venia verbo*) **de aquéllos**. El daño sufrido en el córtex prefrontal del cerebro **predispone pero no determina totalmente** a la persona a cometer actos delictivos, conforme lo prueba el hecho de que existen sujetos que tienen esa zona lesionada, mas no han cometido ningún delito. De

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

tal suerte, en estas hipótesis, el trabajo sobre distorsiones cognitivas, el desarrollo de la empatía con las víctimas, la mejora de la capacidad de relación personal, la disminución de actitudes y preferencias sexuales hacia la agresión o hacia los niños, la prevención de recaídas, el autorregistro de emociones de ira, la desensibilización sistemática y la relajación, el modelado de comportamientos no violentos, el reforzamiento de respuestas no violentas, el entrenamiento en comunicación y la reestructuración cognitiva de creencias sexistas y justificadoras de la violencia constituyen **ingredientes terapéuticos eficaces para limitar el “catálogo” general de factores de riesgo de una persona violenta, sádica o perversa**, e incluso limitar, como sostuvimos, la incidencia criminógena del daño en el cerebro del sujeto.

Por lo demás, el valor de dichas técnicas para estos supuestos se extrae igualmente de una circunstancia que debe ser mencionada, a saber: la neurociencia no nos puede decir que el cerebro piensa, cree, sabe, tiene la intención o toma decisiones; las personas en su conjunto son los objetos de aplicación de tales conceptos. Y las personas no sólo poseen un funcionamiento cerebral determinado, sino también **procesos deliberativos** que le permiten **escoger entre distintas alternativas en función de complejos juicios morales, valorativos o de índole equivalente**. De aquí que la naturaleza de la subjetiva y la conciencia *deben interpretarse y explicarse incluyendo*, además de los datos biológicos o naturales, **los elementos sociales y culturales en los aquéllas se apoyan**, o sea, datos de carácter intersubjetivo.

ii. Los daños cerebrales a los que nos referimos son las llamadas “**lesiones limitadas**”, o sea, lesiones ubicadas en zonas particulares y exactamente localizadas de la corteza cerebral, que **no tienen incidencia en la disminución de la imputabilidad penal, pero sí en la generación del comportamiento agresivo**.

Sin perjuicio de que las lesiones limitadas pueden producirse en uno u otro de los cuatro lóbulos del cerebro, nuestra atención descansa específicamente en los daños localizados **en los lóbulos frontales**, porque estas lesiones **tienen una influencia profunda en la personalidad del sujeto**. Las personas que padecen lesiones en el córtex prefrontal tienen dificultades a la hora de estabilizar su conducta, careciendo de un propósito general en sus acciones. Se producen en estos individuos **fallas en las respuestas afectivas y emocionales al momento de adecuarse a las situaciones ambientales**, probablemente como consecuencia de una pérdida de la influencia moduladora ejercida por el neocórtex sobre los mecanismos límbicos –a través del lóbulo frontal-, y aquéllos usualmente exhiben drásticos cambios de humor y carácter, como euforia y falta de iniciativa. Nos detenemos en estos casos, en definitiva, porque las lesiones en los lóbulos frontales de una persona **afectan el centro de toma de decisiones**, que además aporta la comprensión fundamental para que sintamos por nosotros mismos y tengamos empatía con otros, y la **capacidad de elegir –en función de emociones y razones- las opciones más favorables para nuestra supervivencia social** en una comunidad jurídicamente organizada. Y hay *buenas razones*, e **incluso estudios de campos que así lo demuestran**, para hallar en los daños de los lóbulos frontales de un sujeto factores determinantes o condicionantes, no sólo de su comportamiento social *genéricamente errático*, sino conductas agresivas, violentas o sádicas.

Junto a estos déficits cerebrales pueden apreciarse asimismo **modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuromoduladores dopamina y serotonina**,

que **juegan un papel muy importante en el control de los impulsos**. Si bien los déficits en el sistema de la serotonina **están condicionados en buena medida genéticamente**, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc.).

Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia. Se advierte, en definitiva, la identificación de factores tanto biológicos como *externos* a la configuración cerebral de las personas o *ambientales* –*sit venia verbo*–, que condicionan la conducta agresiva o sexualmente antisocial. No reparar en uno u otro de estos aspectos nos haría incurrir en el yerro de una posible “antropología omnicompreensiva” que hace que importantes factores psíquicos, sociales y culturales que contribuyen a condicionar los fenómenos psicocerebrales queden fuera de nuestra consideración.

iii. El tratamiento neurológico que, *conjuntamente* con las terapias cognitivas o de aprendizaje social, puede resultar idóneo para tratar estas lesiones cerebrales con influencia en el comportamiento hétero-agresivo de un ser humano, debe hallarse teniendo siempre en cuenta el “programa constitucional” de la ejecución de la pena privativa de la libertad que rige en nuestro país, **en cuanto exige que la realización del encierro carcelario persiga una finalidad preventivo especial positiva y que lo haga respetando la dignidad del recluso**.

En función de esto, parece posible pensar en la admisibilidad de **intervenciones psicofarmacológicas** para tratar la agresividad del condenado. Esto lo afirmamos reparando más en **los aspectos bioquímicos del comportamiento antisocial agresivo**, que en la anatomía del cerebro *-de una persona con daños en la corteza prefrontal o cualquier otro sector decisivo en la toma de decisiones morales y sociales, o incluso de un sujeto sin una estructura cerebral lesionada-*, la “neurogenética” de la agresión o los factores ambientales condicionantes. Es que, en general, las investigaciones experimentales indican que la **disminución de la serotonina aumenta la conducta agresiva**, a la vez que **el incremento de serotonina disminuye esta clase de comportamiento**.

Con solidez científica, Gallardo-Pujol, Forero, Maydeu-Olivares y Andrés-Pueyo señalan: “...a pesar de los espectaculares avances que se han producido recientemente en las técnicas de neuroimagen, se precisan también aproximaciones complementarias para el estudio del cerebro de los sujetos violentos para apreciar no sólo cómo son estructuralmente, sino para ver **cómo funcionan bioquímicamente**. En este sentido, sobresalen los estudios de Virkunnan *et al*, quienes relacionaron la función serotoninérgica con trastornos relacionados con el control de los impulsos (...). Con posterioridad, el grupo de Coccaro ha relacionado con bastante éxito la función serotoninérgica con comportamientos del espectro antisocial (...), como por ejemplo la agresión impulsiva. La serotonina (5-HT) no ha sido el único neurotransmisor implicado en el comportamiento antisocial, aunque sí el más importante. Concretamente, se ha demostrado que niveles bajos de 5-HT se asocian a niveles más elevados de impulsividad y agresividad, e incluso las manipulaciones que reducen los

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

niveles de 5-HT incrementan posteriormente los niveles de impulsividad y agresividad (...).

“También se han visto implicados otros neurotransmisores, como la dopamina. Así, parece que el comportamiento agresivo requiere que las neuronas dopaminérgicas mesocorticolímbicas permanezcan intactas (...), aunque estas neuronas también están implicadas en aspectos motivacionales en otros comportamientos. El ácido γ -aminobutírico (GABA), la noradrenalina, el óxido nítrico o la monoaminooxidasa (MAO), entre otros, se han relacionado de una forma u otra con aspectos del comportamiento antisocial (...)”²².

En función de esto, es dable postular la admisibilidad, acaso conveniencia²³, de incluir, **dentro del tratamiento penitenciario que voluntariamente acepte realizar el recluso** condenado por la comisión dolosa de un delito violento, **intervenciones psicofarmacológicas** que se valgan de sustancias que, como por ejemplo la fluoxetina, inhiben la recaptación de serotonina (que incrementa sus niveles), mediante una clara y comprobada acción antiagresiva en sujetos con conducta violenta e impulsiva.

Así y todo, la finalidad preventivo especial positiva que el ordenamiento jurídico argentino atribuye a la ejecución de la pena privativa de la libertad y, más aun, el principio constitucional de respeto a la dignidad personal del interno demandan que **dicha aceptación voluntaria del tratamiento carcelario** se exprese, en específica relación con esta clase de terapias farmacológicas, **a través de un consentimiento libre e informado**, que el individuo deberá prestar expresamente luego de haber sido impuesto de los efectos, posibles reacciones colaterales y todo otro aspecto relevante de las mismas, como así también de la absoluta e incondicionada facultad de retirar su conformidad cuando lo estime pertinente.

Por lo demás, es evidente que la legitimidad del tratamiento neurológico farmacológico para la remoción de las determinantes neurológicas del comportamiento agresivo **se encuentra absolutamente subordinada a la existencia de evidencia científica suficiente en orden a las sustancias que se pretendan utilizar**, su composición, sus efectos, sus posibles derivaciones colaterales, sus contraindicaciones y toda otra información de trascendencia.

Para quien pueda pensar que este tipo de injerencia farmacológica resulta más **agresiva** o, si quiere, más **invasiva** que las técnicas cognitivo-conductuales, del aprendizaje social o cognitivo-sociales, diremos que se trata de un posible reproche carente de sustento. Lo afirmado es de tal forma, porque **no sólo los tratamientos neurológicos de índole farmacológica** inciden en el **funcionamiento –e incluso la estructura– del cerebro**, sino que **también las terapias cognitivas tienen ese efecto**.

²² Cfr. Gallardo-Pujol, D. - Forero, C.G. - Maydeu-Olivares, A. - Andrés-Pueyo, A., “Desarrollo del comportamiento antisocial: factores psicobiológicos, ambientales e interacciones genotipo-ambiente”, en Revista de Neurología, 2009, 48 (4), p. 193.

²³ En esta orientación, ya hay autores que, desde la neuroética, aseguran que los avances neurocientíficos pueden tener un destacado papel en el ámbito jurídico, mediante el uso –al que nos venimos refiriendo en el texto principal, y cuyo posible empleo siempre *lo subordinamos a la legitimidad derivada del respeto irrestricto a los límites materiales* (resocialización del recluso como fin de la pena, respeto a la dignidad del condenado y consideración de este como verdadero sujeto de derecho, entre otros) que *definen* la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico- de técnicas o neurofármacos como medidas asociadas a la pena o a la rehabilitación de transgresores (cfr. Capó, Miguel *et al*, “Neuroética. Derecho y neurociencia”, en Ludus Vitalis, vol. XIV, n° 25, 2006, p. 173).

Sea una u otra de estas alternativas terapéuticas la que se utilice, si ella resulta eficaz y consigue el efecto de resocialización es porque a través del tratamiento se ha conseguido modificar las conexiones neuronales –las estructuras cerebrales-, y ello a través de modificaciones bioquímicas en el propio cerebro; solo así se modifican las pautas de conducta del individuo²⁴.

Esto es así, como vimos, en razón de los efectos que tiene la adversidad ambiental sobre el desarrollo del comportamiento antisocial: los factores ambientales -insistimos- interactúan con los genéticos, transformándolos, e inciden conjuntamente en la variabilidad de la agresividad y de los trastornos de conducta de los seres humanos. Se trata, en síntesis, de la comprobada relación directa entre el efecto del entorno en combinación con determinados genes, a los que aquél modifica, influyendo en la generación de conductas antisociales agresivas o violentas.

iv. En específica vinculación con los casos de sujetos cuya agresividad responde a **lesiones cerebrales en el córtex prefrontal**, conviene añadir que existen estudios que comprueban contundentemente que no sólo **psicofármacos antidepresivos o anticonvulsionantes** como la citada fluoxetina (u otros como, por ejemplo, la sertralina, la fluvoxamina o el citalopram) poseen certificada **acción antiagresiva**. También producen este efecto los **ansiolíticos** como, verbi gratia, la benzodiacepina. Sin lugar a dudas que corresponderá a la ciencia trabajar sobre *protocolos de comprobación de resultados de los efectos de los distintos psicofármacos* que se muestren consistentemente sustentados por evidencia efectiva y confiable, y se amplíe así el listado de sustancias que puedan ofrecerse al recluso que libre e informadamente consienta que se le suministren agentes que incidan positivamente sobre los **determinantes bioquímicos de la conducta antisocial agresiva**.

III. Meditaciones de cierre

Para culminar, diremos que, para nosotros, la diagramación de un sistema de justicia penal, e incluso de un programa de ejecución de la pena privativa de la libertad orientada a lograr la adecuada reinserción social del delincuente, no debe, a esta altura del desarrollo de los conocimientos *multidisciplinarios*, evitar acriticamente que se conjuguen las aportaciones de los neurocientíficos con las de los psicólogos, los investigadores clínicos y los científicos sociales, con el objetivo de que el jurista construya una dogmática penal que no prescinda de una estructura conceptual de las interacciones entre el cerebro, el comportamiento y el contexto social, que llegue a tener

²⁴ Vid. Pérez Manzano, Mercedes, “Fundamentos y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en InDret, Barcelona, abril de 2011, p. 30. En el mismo texto, la jurista española añade: “La diferencia reside en que las terapias psicológicas y educativas tradicionales parecen seguir un método indirecto y más lento de incidencia en el cerebro que los tratamientos neurológicos más modernos, de modo que éstos pueden ser más aflictivos y acabar afectando la identidad personal. Ni la velocidad con la que se produce el efecto deseado ni el carácter directo de su incidencia en el cerebro convierte en ilegítimos los tratamientos neurológicos, sólo los hace más peligrosos si sus efectos fueran negativos o afectan a la propia identidad personal; por ello se ha de exigir un mayor control por la comunidad científica para admitir que los tratamientos han sido contrastados de forma suficiente y un mayor control por las instituciones jurídicas en la autorización de las terapias individuales como respuesta al delito” (cfr. Pérez Manzano, “Fundamentos y fines del Derecho penal”, pp. 30 y 31).

impacto en la ley, en la política social y también en el campo del funcionamiento de la administración de justicia criminal²⁵.

Hay quienes, como Ryan, aseguran: “Una Nueva Rehabilitación ha surgido de recientes avances científicos en la farmacología, la genética, y la neurociencia. Esta Nueva Rehabilitación se diferencia en la forma de la rehabilitación que era popular antes de los años 1970. Ella se enfoca en el comportamiento de delincuente más que en su carácter, y, por consiguiente, es más propicia para alcanzar la reforma de delincuente por transformaciones bioquímicas en vez de cambios de los caracteres de los delincuentes. Reconocer el papel significativo de la ciencia en la consecución de esta Nueva Rehabilitación es esencial para comprender su nuevo carácter. Y la comprensión de este nuevo carácter es importante para la determinación del papel que esta Nueva Rehabilitación debería jugar en nuestro sistema de justicia criminal”²⁶.

Parte de cuanto hemos expresado en el presente texto quizás transite en la dirección señalada por la jurista norteamericana, pues hemos procurado demostrar cómo los conocimientos de las neurociencias pueden contribuir a la configuración del tratamiento penitenciario, por ejemplo –y en otras formas–, a través del establecimiento de las bases de intervenciones psicofarmacológicas que logren comprobados efectos antiagresivos en sujetos con conducta violenta e impulsiva que hayan consentido libre e informadamente ingerir tales psicofármacos.

Ahora bien, no coincidiremos con Ryan, en cuanto a que las demandas constitucionales de la dignidad humana “...sugieren que los esfuerzos en la rehabilitación debieran tratar los caracteres de los delincuentes más que solamente sus comportamientos, que pueden ser más superficiales en su naturaleza. Una mayor apreciación de la importancia de la farmacología, la genética, y la neurociencia, puede ayudar a funcionarios con poder de decisión a guiar a este nuevo movimiento de rehabilitación en la dirección correcta”²⁷. Para nosotros, un **Estado democrático de Derecho y basado en el principio de la autonomía individual**, como el argentino, exige que la adecuada reinserción social del delincuente que persigue la ejecución de la pena privativa de la libertad se logre en función de un modelo de **“resocialización para**

²⁵ V., *mutatis mutandis*, Pozuelo Pérez, Laura, “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, en *InDret*, Barcelona, abril de 2015, p. 21.

²⁶ Cfr. Ryan, Meghan J., “Science and the new rehabilitation”, en *Legal Studies Research Paper Series*, Southern Methodist University, Dedman School of Law, No. 97, 2013, p. 51. En el original se lee: “A New Rehabilitation has emerged from recent scientific advances in pharmacology, genetics, and neuroscience. This New Rehabilitation differs in form from the rehabilitation that was popular prior to the 1970s. It focuses on offender behavior rather than offender character, and, as a result, is more hospitable to achieving offender reform through biochemical transformations instead of changes in offenders’ characters. Recognizing science’s significant role in bringing about this New Rehabilitation is essential to understanding its new character. And understanding this new character is important to determining the role that this New Rehabilitation should play in our criminal justice system” (la traducción es nuestra).

²⁷ V. Ryan, “Science and the new rehabilitation”, p. 51, donde textualmente se lee: “Constitutional demands of human dignity suggest that rehabilitative efforts ought to treat offenders’ characters rather than just their behaviors, which may be more superficial in nature. A greater appreciation for the importance of pharmacology, genetics, and neuroscience, may help decisionmakers to shepherd this new rehabilitative movement in the right direction” (la traducción nos corresponde).

la legalidad” o **paradigma resocializador mínimo**²⁸, que se oriente exclusivamente a lograr que el condenado adecue su **comportamiento externo** al marco de la ley, y no que interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse. Es que esto último importaría, sin más ni más, una **intolerable violación del derecho a la dignidad humana**, que –como hemos visto- ha sido específicamente consagrado por el artículo 10, apartado 1, del P.I.DD.CC.PP., y por el artículo 5, apartado 2, 2ª disposición, de la C.A.DD.HH., respecto de toda persona privada de libertad: este derecho a la dignidad personal reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal- sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea.

Bibliografía:

Álvarez González, Miguel Ángel - Trápaga Ortega, Miriam - Morales Valiente, Claudia, *Principios de neurociencias para psicólogos*, 2ª edición, Paidós, Buenos Aires, 2013.

Arocena, Gustavo A., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

Balcarce, Fabián I., *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

Capó, Miguel *et al*, “Neuroética. Derecho y neurociencia”, en *Ludus Vitalis*, vol. XIV, n° 25, 2006.

Gallardo-Pujol, D. - Forero, C.G. - Maydeu-Olivares, A. - Andrés-Pueyo, A., “Desarrollo del comportamiento antisocial: factores psicobiológicos, ambientales e interacciones genotipo-ambiente”, en *Revista de Neurología*, 2009, 48 (4).

González Lagier, Daniel, “¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenill (dirs.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, 2013.

Greene, Joshua – Cohen, Jonathan, “For the law, neuroscience changes nothing and everything”, en *Philosophical Transactions of The Royal Society, Biological Sciences*, 2004, vol. 359, n° 1451.

Libet, Benjamin, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, en *The Behavioral and Brain Sciences*, 8 (1985).

Mobbs, Dean – Lau, Hakwan C. – Jones, Owen D. – Frith, Christopher D., “Law, Responsibility, and the Brain”, en *PLoS Biology*, april 2007, vol. 5, issue 4.

²⁸ Sobre la distinción entre paradigmas de “resocialización para la moralidad” y de “resocialización para la legalidad”, v. Arocena, Gustavo A., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 71 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Nieva Fenoll, Jordi, “Presentación”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, 2013.

Pérez Manzano, Mercedes, “Fundamentos y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en InDret, Barcelona, abril de 2011.

Pozuelo Pérez, Laura, “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, en InDret, Barcelona, abril de 2015.

Prinz, Wolfgang, “Freiheit oder Wissenschaft”, en AA.VV., *Freiheit des Entscheidens und Handelns. Ein Problem der nomologischen Psychologie*, Mario von Cranach y Klaus Foppa -eds.-, Heidelberg, 1996.

Redondo Illescas, Santiago – Andrés Pueyo, Antonio, “La psicología de la delincuencia”, en Papeles del Psicólogo, vol. 28(3), 2007.

Roxin, Claus, “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura – Lerner, Córdoba, 2001.

Ryan, Meghan J., “Science and the new rehabilitation”, en Legal Studies Research Paper Series, Southern Methodist University, Dedman School of Law, No. 97, 2013.

Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP), Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina), “Informe Anual 2012”, disponible en World Wide Web: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2012/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf> (accedido el 20 de octubre de 2015).

MÍDIAS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A PROPAGAÇÃO DO IDEÁRIO PUNITIVISTA

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do IBCCrim/Uniritter. Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá.

Marcelo Buttelli Ramos

Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas reflexões dos autores relativamente ao papel desempenhado pelas redes sociais, bem como pelos seus usuários nesse contexto de ampla e franca expansão de uma mentalidade punitiva. Trata-se, pois, de uma relação que merece ser ampla e detidamente estudada por todos aqueles que se (pré)ocupam com a elaboração de planos de ação que venham a mitigar os danos provocados pela mentalidade punitiva em nossa já esfacelada tessitura social. Estabelecidas e justificadas, pois, as premissas que embasam, desde o ponto de vista teórico, a preocupação dos autores relativamente ao rumo que tem tomado o debate sobre a questão criminal no Brasil, parte-se para a análise (e consequente problematização) dos discursos que, explicita ou implicitamente, aparecem estampados nos “post’s” elencados em página do *facebook* intitulada “quem não gosta de polícia é bandido”. Nesse sentido, resta o seguinte diagnóstico: a dinâmica célere do processo de interação social propiciada (e mesmo estimulada) pelo ciberespaço parece suscitar, na atual conjuntura político-criminal, debates ao mesmo tempo superficiais e efêmeros, que representam verdadeiros retrocessos no que tange à consolidação de uma cultura de respeito aos direitos humanos, mormente de respeito aos direitos dos acusados/apenados. De qualquer modo, depreende-se que a investigação do tom do debate sobre a questão criminal no âmbito das redes sociais pode servir aos investigadores interessados como uma espécie de termômetro a revelar as tendências, preferências e direções do punitivismo contemporâneo.

1. Introdução

Vivemos em uma época de urgências, onde a velocidade da vida, disposta no centro deste turbilhão informacional que representa a era da alta tecnologia, acentua-se vertiginosamente. As experiências cara-a-cara vão sendo paulatina, porém rapidamente substituídas. Rearranjadas, enfim, pela fugaz dinâmica do dia-a-dia, as relações humanas desenvolvem-se mediatizadas pela tela de inúmeros dispositivos eletrônicos.¹

Com efeito, existe um sentimento de imediatez nos ares do ciberespaço. Em busca constante por uma (re)afirmação identitária no âmbito deste espaço de sociabilidade denominado “redes sociais”, expomos cada vez mais os nossos

¹ BAUMAN, Z. Amor Líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2004, p. 10.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sentimentos através do virtual. Miramos, aparentemente, um único objetivo: alcançar a interatividade real.² No entanto, em tempos onde *terabytes* circulam na velocidade de um piscar de olhos, algo fundamental parece se perder, a saber, o espaço para reflexão.

Efetivamente, basta o toque de um botão para que os nossos pensamentos sejam divididos com um número incontável de usuários da rede. Na *web 2.0*, todos somos potenciais jornalistas, especialistas em direito, analistas e cientistas políticos, sociólogos, criminólogos, etc.. Decerto, todos têm algo a dizer sobre tudo aquilo que sucede na atualidade.

Nesse espaço aparentemente plúrimo e democrático, onde a todos é dada a oportunidade de manifestar “what’s on your mind”³, verificamos que a formação de consciências descartáveis no espaço de discussão cibernético constitui consequência lógica e direta da própria dinâmica de funcionamento das redes sociais, onde a necessidade de reafirmação identitária, como dito, imposta pelo constante e impetuoso processo de atualização informacional, suscita situações nas quais o irrefletido, elevado à condição de “trending topic”, reveste-se de certa credibilidade, razão pela qual muitas vezes é difundido.

Quanto mais espontâneo, melhor. Quanto mais rápido, também. Porém, entre “send’s”, “(dis)like’s”, “share’s” e “comment’s”, direitos que por séculos foram lapidarmente construídos podem ser irremediavelmente relativizados, notadamente neste cenário em que a violenta ideologia punitivista afirma-se como a gênese dos discursos que dão a tônica do debate sobre a questão criminal na *world wide web*.

Feitos estes registros, torna-se importante esclarecer que o presente texto visa, senão, discutir as prováveis consequências advindas da afetação da cultura punitiva contemporânea às redes sociais. Uma migração inevitável, por um lado, mas que por outro precisa estar consciente dos seus próprios limites; limites que se situam, provavelmente, para além da fácil (re)produção de uma ética baseada na vingança.

2. Redes Sociais e Vigilância

Os meios de comunicação contribuem, via de regra, para a difusão do medo e da insegurança, já que expõem - de forma teatral - uma sociedade visceral e claramente desordenada. Alguns programas de televisão divulgam, cotidianamente, imagens e sons violentos, como forma de chocar e representar, quando não constituir, uma espécie de realidade tangível, fundamentalmente compreensível. Como se todos aqueles fatos violentos ocorressem continua e sistemática, em todos os lugares do país. Destarte, a banalização do mal faz com que a violência ganhe um *status* de “destino nacional”.

É nesse contexto, pois, que se desenvolve o quadro de pânico moral que acomete a toda a sociedade e que reclama a responsabilidade pela (re)produção de estereótipos que encerram um perigo fantasmagórico, latente, permanente e decisivo que necessita ser vigiado e combatido a todo o momento.

Essa espécie paranóia coletiva que se aninha em torno da idéia de (in)segurança pública, em voga desde o advento da idéia de sociedade do risco (Ulrich Beck), tem

² Ibidem.

³ Texto de referência que permanece, constante, na epígrafe da página inicial do perfil da rede social “facebook”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

reclamado das sociedades contemporâneas uma espécie de vigilância constante, o que, por sua vez, acaba provocando uma alta sugestionabilidade sobre essas prováveis vítimas que assumem e racionalizam, com certa facilidade, a legitimidade (quicá a necessidade) do extermínio sumário e preventivo destes supostos, porém muitas vezes não comprovados agressores.⁴

Mas não são apenas os veículos tradicionais de informação que fazem reverberar pela tessitura social uma discursividade violenta. Atualmente, existe uma intensa crise patrocinada pela Internet, que, de acordo com Ramonet, faz-se “semelhante àquela que fez desaparecer os dinossauros”, razão pela qual “tem provocado uma mudança radical de todo o ‘ecossistema midiático’ e a extinção massiva e progressiva dos jornais da imprensa escrita”.⁵

Provavelmente, continua Ramonet⁶, a mídia da era industrial não irá desaparecer. No entanto, a circulação das notícias não se dá mais em “unidades controladas, bem corrigidas e formatadas (notas de agências, jornais diários, impressos, boletins radiofônicos, telejornais)”. Está em curso, pois, o deslocamento dessas mídias para a chamada “web 2.0”, onde todo ator pode “completar cada informação, acrescentando a ela uma precisão, um comentário, uma citação, uma foto ou um vídeo, num trabalho de inteligência coletiva”.⁷

Neste sentido, se por um lado, os oligopólios midiáticos foram fortemente abalados pelo fator *Internet*, que amplificou as possibilidades de manifestações e interpretações sobre a violência urbana, toda essa conectividade pode, em alguma medida, ensejar pré-julgamentos inaceitáveis e, assim, retrocessos incomensuráveis no que tange ao debate sobre a afirmação dos direitos do homem encarcerado.

Nos dizeres de Mendonça Pinto:

A difusão do medo tem sido um mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo torna-se fator de tomadas de posição estratégicas seja no campo econômico, político ou social. Os meios de comunicação de massa geram a ilusão de eficácia da pena e alertam a percepção de perigo social, deslocando a atenção, em regra, para a criminalidade violenta. Nem se discutem a idoneidade e a desnecessidade da sanção penal, ou de sua exacerbação. Tem-se nos discursos de combate ao crime e do aumento das penas a valorização simbólica do direito penal como solução única e miraculosa para a violência social⁸.

⁴ PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 237-267.

⁵ RAMONET, Ignacio. A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 16.

⁶ RAMONET, Ignacio. A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, pp. 16-18.

⁷ Idem, p. 17.

⁸ PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 238.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Todo este quadro poderá, então, nos leva a dizer que “uma das manifestações mais cruéis da violência simbólica exercida pelas mídias é identificada no processo de ‘etiquetamento’, de rotulação e na criação do *estereótipo criminoso*”.⁹

Conforme leciona Rui Cunha Martins, a tarefa daqueles que persistem entrenchados lutando contra a avassaladora expansão do punitivismo contemporâneo se torna especialmente difícil frente à atividade desenvolvida pelos *media*; **isso porque**, ao tratar a informação/notícia como um mero produto, rentável e ao mesmo tempo descartável, eles funcionam como “temíveis redutores de complexidade”.¹⁰

Seguindo esse ponto de vista, de que existe um padrão na veiculação de notícias sobre o crime e a violência sempre tendente à estigmatização da habitual clientela do sistema penal, acrescente-se o argumento de Ramonet:

[...] o único meio de que dispõe um cidadão para verificar se uma informação é verdadeira é confrontar os discursos dos diferentes meios de comunicação. Então, se todos afirmam a mesma coisa, não resta mais do que admitir esse discurso único¹¹.

Ilustremos tais argumentos com os seguintes argumentos: segundo pesquisa realizada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência Nacional (SECOM) no final de 2010¹², aproximadamente 52,2% da população entrevistada na Região Sul do país afirmava ler jornais habitualmente. Em que pese a pouca confiabilidade atribuída aos meios de comunicação em geral (71,9%), o jornal aparece em terceiro lugar na lista dos veículos mais confiáveis para a obtenção de informações (11%), perdendo apenas para a televisão (57,7%) e o rádio (11,4%).

Ainda, de acordo com a pesquisa, os telejornais são os programas mais assistidos pela população entrevistada (36,9%), com uma pequena margem de vantagem sobre o segundo lugar, cuja posição é atualmente ocupada pelas telenovelas (31,5%). Precisamente, estes dados demonstram que, independentemente do veículo de informação eleito - se a nova ou a velha mídia - parte considerável dos debatedores do cotidiano baseiam os seus discursivos a partir de repertório argumentativo induzido, isto é, um repertório alimentado por uma série de dados não-originais derivados das manifestações e/ou impressões gestadas pelos e nos editoriais dos grandes veículos de informação.

É justamente neste contexto pós-moderno, marcado pelos sentimentos de insegurança e incerteza e, também, pela alta fluidez informacional, que somos todos chamados a opinar sobre a questão criminal.

A fim de ilustrar o argumento, convidamos o leitor a pensar sobre a situação do nosso dócil tele-espectador brasileiro. Este sujeito “de bem” que, orientado por toscas emulações da realidade suscitadas por pautas jornalísticas altamente sensacionalistas,

⁹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

¹⁰ MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68.

¹¹ RAMONET, Ignácio. A tirania da comunicação. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 45.

¹² SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Hábitos de informação e formação de opinião da população brasileira II. 2010. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/pesquisas/2010-12-habitos-ii/2010-12-habitos-de-informacao-e-formacao-de-opinio-da-populacao-brasileira-ii-sul.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

avoca para si o poder/saber de discutir as causas da criminalidade, o que, por via de consequência, lhe autoriza apontar e catalogar - *com uma incrível facilidade* - os responsáveis pela violência urbana, a quem querem encarcerar e neutralizar.

De fato, os signos da violência retratados diariamente pela maioria maciça dos veículos de informação em atuação no país, temperam amargamente o debate que se realiza em torno da (des)funcionalidade do sistema de justiça criminal brasileiro.

Decorrência direta dessa seleção de pautas, onde a artificialmente violência naturalizada passa a ter como destino o silêncio¹³, é a fixação de um doentio e desonesto senso comum no imaginário social.

Nessa perspectiva algo que caótica, identificamos o surgimento dos seguintes panoramas: i) acirrados debates são travados entre aqueles que - na contramão do discurso punitivo - buscam argumentar a prevalência dos direitos individuais, e os adeptos da teoria da nova defesa social¹⁴; ii) imagens de suspeitos são publicadas sem qualquer preocupação quanto à fonte (e, mais importante, sem qualquer respeito ou consideração no que toca a dignidade daquele que se envolve numa situação problemática); iii) a cada descoberta de um crime violento, setores bastante específicos da sociedade convulsionam – numa serie sucessiva de espasmos histéricos – clamando por “justiça”; iv) a escalonada da violência é explicada, à direita e à esquerda, pelo velho argumento da “impunidade”, que se pretende suficiente para fins de legitimar o perene endurecimento do sistema jurídico-penal; v) atualmente e por fim, a “pena” projetada/desejada como “solução” é, senão o linchamento, a morte.

Sobre a tormenta punitiva que é a política criminal brasileira, assevera Passetti:

(...) para se combater o investimento de dinheiro e suor públicos em prisões para pobres e subversivos, pois sabemos quanto é mais *barato* responder à vítima com indenização e quanto é estúpido retribuir uma infração com crime, direito penal e teatro-tribunal, com sentenças e prisões podres que renovam os presídios e os ilegalismos em empresas capitalistas, mais ou menos humanizadas. E nisto não há e nunca houve perversão ou banalização do mal; somente funcionamento empresarial que procede de práticas de campos de concentração, máfias e Estado acopladas à crença em *tolerância zero*, democracia participativa e representativa, vigilâncias e seguranças em fluxos que caracterizam esta época de *neconsevadorismo moderado*¹⁵.

Como resultado final do “funcionamento” desse verdadeiro moinho de gastar gente, resta o seguinte cenário: mais crimes, mais penas, mais submissão inútil de dor.¹⁶

Paradoxalmente, o direito penal de orientação liberal - lido no curso dos discursos sobre a questão criminal como a primeira proposta histórico-teórica de limitação da intervenção do Estado sobre a liberdade dos indivíduos - apesar dos seus 300 anos de história, não logrou firmar-se como um programa político concreto de administração (e

¹³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. A violência vende... mas quem está comprando? A vida tarifada nas mídias da sociedade do espetáculo. Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/15/a-violencia-vende-mas-quem-esta-comprando-a-vida-tarifada-nas-midias-da-sociedade-do-espetaculo/> Acesso em 22 de Jan. de 2015.

¹⁴ Lastro teórico que representa o núcleo duro do punitivismo no hodierno.

¹⁵ PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. São Paulo em Perspectiva, v. 13, n. 3, p. 77-78, 1999.

¹⁶ No sentido trabalhado por Nils Christie em: CHRISTIE, Nils. Los limites del dolor. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

contenção) das (excessivas) violências engendradas pelo sistema de justiça criminal. O direito penal de Beccaria (1764) persiste sendo, neste preciso sentido, uma ilusão, uma promessa perseguida, porém distante no horizonte.

A propósito, interessante observar, nos dias de hoje, o carisma inato dos projetos (legislativos) que reivindicam o endurecimento do sistema jurídico-penal, uma curiosa postura política que faz convergir, numa mesma direção, dois espectros ideológicos historicamente antagônicos: direita conservadora e esquerda revolucionária.¹⁷

Nesse espetacular consenso consagrado pelo ideário punitivista, o aparato repressivo estatal segue agigantando o seu corpo e, no curso deste processo, empilhando vítimas.

As propostas usuais da política criminal brasileira denotam, pois, o fracasso retumbante dos mecanismos de controle penais na resolução e no abrandamento da conflitividade social. Mesmo o programa criminológico minimalista, precisa ser (re)lido frente a essa desalentadora conjuntura, onde as (ínfimas) proteções oferecidas pelo sistema de justiça criminal mostram-se insuficientes, frágeis e facilmente reversíveis.

Perceba o leitor que, em nosso país, a atuação de algumas organizações de representação da sociedade civil, se dá justamente no sentido da apologia ao discurso punitivo (e.g. Movimento “Brasil Sem Grades”). O paradoxo discursivo opera na medida em que a “grade” rechaçada diz respeito àquela que cerca a propriedade privada, aparentemente sitiada pelos inimigos do Estado.

Com maior precisão e coerência, certos teóricos, como Louk Hulsman¹⁸, defendem a derrubada de todas as grades, de toda e qualquer barreira que nos impeça de viver e exercer a liberdade, pressuposto mínimo e essencial que é à realização da condição humana.

Outro sintoma identificado na discursividade objeto de nossa análise: dentre as mais estilísticas e sintomáticas expressões que figuram no atual vocabulário punitivo, destacamos a fórmula “direito dos manos”. Uma (lamentável e preconceituosa) ironia dirigida aos defensores dos “direitos humanos”, designadora, pois, numa dimensão não tão explícita, do abismo que ainda hoje separa os segmentos sociais mais abastados dos setores economicamente subalternizados.

O compromisso com a defesa efetiva dos direitos humanos e, notadamente, com a redução dos danos decorrentes da própria intervenção jurídico-penal, exige que todos, independentemente da cor, do gênero, da religião e, também, do crime cometido, sejam considerados sujeitos de direito e, conseqüentemente, merecedores de uma tutela jurídica qualificada.

Difícil, no entanto, é o senso comum mediatizado vislumbrar, para além do miasma punitivo, a necessidade de novas políticas sociais e a urgência em rever as velhas políticas criminais, um exercício emancipador que permitirá entender, finalmente, que “o sistema penal somos nós.”¹⁹

¹⁷ A propósito do tema, é indispensável à leitura do artigo “A esquerda punitiva” de Maria Lucia Karam, publicado na revista “Discursos Sediciosos” do Instituto Carioca de Criminologia (ICC).

¹⁸ Cf. HULSMAN, Louk. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, 8, p. 246-275, 2005; HULSMAN, Louk. Entrevista à Nilo Batista em Discursos Sediciosos n. 5-6, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 10.; e HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 3. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1999.

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas Mãos da Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 140.

3. A (contra)instrumentalização das mídias ágeis na era do punitivismo: como a velocidade das redes sociais pode representar um retrocesso no debate sobre os direitos do homem aprisionado

A *world wide web* sempre representou, em maior ou menor medida, um espaço fértil para a toda a sorte de manifestação contracultural.

Talvez o mais representativo símbolo deste admirável mundo virtual seja a resiliente tendência de compartilhamento de dados e informações, um comportamento que desafia a lógica expropriatória dos grandes conglomerados do entretenimento mundial.

Mas não é só a atividade de compartilhamento e disseminação da propriedade intelectual que caracteriza o ciberespaço. Fundamentalmente, todos os grandes movimentos sociais contemporâneos têm sido articulados em torno e a partir das redes sociais. Ilustrativamente²⁰: a Primavera Árabe, o Occupy Wall Street, as periódicas marchas contra a homofobia, a favor da legalização da maconha, em favor da redução das tarifas de transporte público, etc. Apesar de serem múltiplas e distintas as reivindicações, tais organizações convergem (ou convergiram) no seguinte aspecto: todas elas partem (ou partiram) de uma mobilização virtual de natureza nitidamente contestatória, cujo mote discursivo é (foi) a crítica ao “establishment”, ao letárgico e contraprodutivo estado de repouso em que se encontra - aparentemente anestesiado - o senso crítico social.

Não obstante os inegáveis e incontáveis méritos das redes sociais - cuja capacidade de mobilização e difusão informacional tem contribuído sobremaneira para corroer o monopólio estabelecido pelos tradicionais veículos de informação - parece-nos fundamental problematizar este novo lugar de fala, afirmando, para tanto, que ele encerra um potencial latente, um porvir ainda não suficientemente pesquisado ou explorado pelo saber criminológico.²¹

A primeira hipótese que sustentamos em torno da implicação negativa das redes sociais nos debates que versam, pontualmente, sobre a relação que se acredita existir entre a violência urbana, o crime e as suas formas de controle, é a de que estes espaços virtuais pretensamente plúrimos e democráticos tornaram-se, em larga medida, grandes confessionários, onde os indivíduos são constantemente instados a proclamar rapidamente (quando não instantaneamente) as suas impressões sobre cada um dos fenômenos sociais anteriormente elencados.

É dizer, mesmo antes de constituírem espaços abertos e dialéticos de conversação e confrontação de idéias, as redes sociais têm representado - em relação à discussão sobre a questão criminal - um espaço que propicia (quando não estimula) a proliferação de certos discursos que anunciam a violência estatal como medida justa e adequada para a

²⁰ ZIZEK, Slavoj. O ano em que sonhamos perigosamente. 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2012. p. 87.

²¹ Optamos pela criminologia cultural por ser ela, na correta expressão de Salo de Carvalho o discurso criminológico que se propõe a fazer este tão necessário debate sobre as formas e os momentos nos quais a questão criminal emerge no âmbito dessa experiência de hiperexposição feita cristalizada no *cyber território* das redes sociais (CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

realização daquelas promessas institucionais que versam sobre a manutenção da segurança, da paz e da ordem públicas.²²

Que o leitor meça, então, a pertinência dessas conclusões a partir da análise do perfil intitulado “Quem não gosta de polícia é bandido”, ainda ativo junto ao “facebook”.²³

A fim de evidenciar a dinâmica a partir da qual opera o moderador da página, iremos transcrever algumas de suas confissões/impressões sobre a questão criminal, problematizando, logo após, o seu conteúdo.

Com efeito, enunciando as suas proposições sob o olhar atento do “Capitão Nascimento²⁴” - símbolo representativo desse fenômeno social consistente na “glamourização da violência policial²⁵” - o administrador do aludido perfil faz reverberar, a cada “post”, o que de melhor tem a oferecer o fundamentalismo punitivo que se espalha, como visto, também pelas redes sociais.

Todo o ardor punitivo do morador da página aparece estampado em sentenças marcadas por uma espécie de ironia ululante: “Você é um defensor dos direitos humanos? Participe do projeto: leve um bandido para casa.”²⁶

Prestando clara e inequívoca homenagem às infelizes manifestações subscritas por membro do Ministério Público do estado de São Paulo, ressalta-se na página: “Bandido que dá tiro para matar, tem que tomar tiro para morrer”.²⁷

Mais uma vez, mesmerizado pela violência institucional “glamourizada”, o moderador colaciona a seguinte mensagem, que tem por fundo uma imagem de guarnição do batalhão da ROTA, a emblemática tropa de elite da polícia militar do estado de São Paulo: “A população trabalhadora jamais usa a expressão ‘violência policial’. Não se pode enfrentar bandidos com flores. PM’s/SP: FAÇAM O QUE DEVE SER FEITO”.

²² A crença na violência policial como um caminho necessário, senão inexorável, à obtenção da paz resta estampada no dizer que caracteriza o intróito da página e que diz: “admiradores da polícia”.

²³ Acessível em: <https://www.facebook.com/QuemNaoGostaDePoliciaeBandido?fref=ts> Acesso em 12. Jan. 2015.

²⁴ Cuja imagem resta estampada no plano de fundo da página. Acesso em 11. Ago. 2013.

²⁵ BATISTA, Vera Malaguti. Memórias das Milícias – Boletim IBCCRIM. Ano 21 – n° 244 – março/2013. p. 3.

²⁶ “Post” (postagem) lançado no dia 9 de maio de 2013. Existem alguns exemplos concretos, por outro lado, no Rio Grande do Sul o de Maria Ribeiro da Silva Tavares poderiam ser considerados bastante promissores, no entanto. A pelotense, formada em serviço social, iniciou seus trabalhos no sistema prisional a partir da tentativa de ajuda à mãe de um preso recolhido na Casa de Correção de Porto Alegre, na década de 40 do século passado. A ideia do senso comum (“Tá com pena? Leva para casa”) não se aplica à Maria que, em 1940, com autorização do Juiz Coriolano de Albuquerque, levou para sua própria casa 36 presos da referida casa de correção, inclusive apenados com condenados a mais de 100 anos, se responsabilizando por eles. (TAVARES, Maria Ribeiro da Silva. Estudo e Sugestões sobre o Reajustamento de Delinquentes. Porto Alegre: Orquestra, 2013.)

²⁷ Em função dos Protestos do primeiro semestre de 2013, o referido membro do Ministério Público, realizou inflamada manifestação em seu Perfil da rede “Facebook”, ofendendo aos manifestantes que estavam o impedindo de avançar no trânsito e incitando os policiais militares que acompanhavam as marchas a praticar atos de violência. Após, justificou o rompante, afirmando estar preocupado com seu atraso em pegar o filho (ainda criança) na Escola. O fato repercutiu enormemente e ensejou investigação pela Corregedoria do Ministério Público paulista. (ROVER, Tadeu. MP vai investigar promotor sobre incitação à violência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-10/mp-sp-investigar-promotor-incitou-violencia-manifestantes> Acesso em 01. Ago. 2013.)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Concernentemente à prisão do adolescente acusado de ter ateado fogo no corpo de dentista ainda no estado de São Paulo²⁸:

Ateou fogo na dentista e foi "apreendido", olhem o sorriso de preocupação dele por estar indo para 'CASA'. Ele é "di menor", não pode ir no guarda preso e nem ser algemado, isso fere a sua inocência. Esse é o sorriso da impunidade, da falta de humanidade, do crime para VOCÊ.

Relativamente à questão da maioridade penal, o perfil em comento - reforçando antigos e amplamente difundidos estereótipos - adverte: “Maioridade penal: se tem idade para ser bandido... Tem idade para estar na cadeia”.

O ensandecimento punitivo(ista), parece fazer questão de atribuir alguma dimensão de legitimidade/validade a essa verdadeira aporia consistente na segmentação do campo social em dois pólos, um representado pelos “cidadãos de bem”, o outro povoado pelos “inimigos da sociedade”, neste sentido:

Não aguento mais tanta bandidagem, tantos crimes e as leis só favorecem os BANDIDOS, sem contar os Direitos Humanos dos Vagabundos que sempre está lá pra proteger o Meliante..... Chega não aguentamos mais.... we go to war!

Cada uma das proposições transcritas, compartilhadas centenas de vezes e acessadas, certamente, outras milhares de vezes, sugere a possibilidade de utilização das redes sociais como ferramentas formidavelmente amplas para a difusão de uma espécie de moralidade que tende a condensar, por vezes em cento e quarenta caracteres (v.g. caso do *Twitter*), uma esfacelada (in)compreensão de toda a conflitividade social que subjaz a questão criminal.

A dinâmica “democrática” instituída pelo ciberespaço fomenta, inclusive, a realização de inesperadas e improváveis digressões criminológicas. Neste contexto, renomados técnicos de voleibol manifestam, sem embaraço, a sua opinião sobre a atual conjuntura político-criminal brasileira:

Chega de impunidade, ha de se enrigecer(sic) contra esse(sic) covardes (sic)queimam, estupram e matam por nada. Direitos humanos para os humanos!!!!.

Cada um destes “post’s” parece representar, em verdade, uma ferramenta individual de (re)afirmação identitária a partir da qual o usuário da rede social tende a se manifestar, convenientemente, no sentido de reforçar uma idéia preconcebida, facilmente reconhecida, já confirmada pela maioria e por isso mesmo legitimada perante toda uma comunidade de desconhecidos. Essa (crescente) busca por meios rápidos de

²⁸ A situação ensejou (re)discussão sobre a menoridade penal, típica demanda de recrudescimento de política criminal. Três adolescentes e dois homens teriam jogado álcool no corpo do dentista, em seu consultório, para forçá-lo a mostrar os locais em que guardava o dinheiro da clínica. De acordo com depoimentos, o fogo teria sido ateado por acidente. (SANTOS, Bárbara Ferreira. Polícia prende dois acusados de assaltar e atear fogo em dentista em São José dos Campos. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,policia-prende-dois-acusados-de-assaltar-e-atear-fogo-em-dentista-em-sao-jose-dos-campos,1047694,0.htm> Acesso em 01 Ago. 2013.)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

confirmação de valores, crenças e reafirmação identitária constitui sintoma típico do homem pós-moderno e seu arquétipo solipsista, conforme sustenta Zymunt Bauman.²⁹

Destarte, pudemos perceber, através dessa breve incursão no perfil “Quem não gosta de polícia é bandido”, que as discussões sobre a violência institucional produzida e reproduzida diariamente pelas instâncias oficiais de controle penal são simplesmente deixadas de lado; recusa-se, igualmente, a discussão que precisa ser feita em relação à abolição do maior de todos os males da pós-modernidade, o ressentimento, que brota do medo e que aniquila a liberdade.

Veja-se que as postagens anteriormente relacionadas celebram a transfiguração do compatriota em inimigo, do humano em besta marginalizada.

Neste sentido, nos parece que o fato do indivíduo se posicionar a favor do recrudescimento das práticas punitivas em geral, antes de representar uma autêntica opção ideológica, representa uma espécie de impulso mimético que visa, senão, afirmar certos signos de conformidade para com aquilo que se acredita ser a “consciência social”. Em outras palavras, fazer reverberar pelas redes sociais mensagens cujo mote é a banalização dos direitos do homem encarcerado, parece constituir, na atualidade, uma espécie de estratégia (cínica) de dignificação do Eu: não sou (e jamais serei) o objeto da minha crítica.

Pois bem, acreditamos que as engrenagens que fazem funcionar a ideologia punitiva nem sempre são institucionais. Os tentáculos do punitivismo estão para-além dos mecanismos de intervenção que compõem o sistema formal de controle penal administrado pelo Estado. Pois, na era das discussões virtuais no âmbito das redes sociais, novas formas de manifestações reivindicam espaço no debate sobre a questão criminal.³⁰

Este medo cotidiano semeado através publicação diária e ininterrupta de imagens e dizeres que banalizam os direitos do homem aprisionado “serve de alerta em relação não só à passionalização do debate, mas, sobretudo, à internalização de uma repulsa social que é permissiva e favorecedora das políticas de exclusão social”.³¹

4. Considerações Finais

Os contundentes exemplos ilustrados afirmam a proficuidade do ciberespaço como terreno/objeto de intervenção da crítica criminológica.

As proposições apostas pelo moderador do perfil “Quem não gosta de polícia é bandido” (e endossadas por milhares de pessoas) podem representar, com efeito, a gênese de uma nova e revigorada mentalidade punitiva com potencial para consagrar políticas legislativas contingenciais e antidemocráticas. Não só, tais idéias também servem para polarizar o debate político criminal a partir de um dualismo

²⁹ BAUMAN, Zymunt. Medo líquido. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008. p.93.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2007, p.10.

³¹ CHIES, Luiz Antônio Bogo; PASSOS, Rodrigo Azevedo. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo. Textos e Contextos (PORTO ALEGRE), V. 11, N. 2, AGO/DEZ.2012, p. 286.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

essencializador: cidadão “de bem” e bandido, um sofisma que interdita qualquer possibilidade de diálogo.

Compreendemos, assim, que o tom do debate sobre a questão criminal no âmbito das redes sociais pode servir como uma espécie de termômetro a revelar as tendências, preferências e direções do punitivismo contemporâneo.³²

Análise da discursividade nas redes sociais permite, por fim, permite problematizar (e quase sempre por em xeque) a sempre injusta crítica que se faz àqueles que persistem entrincheirados e engajados na luta contra o desenvolvimento de uma cultura violenta que insiste em lançar, numa mesma vala, direitos e garantias individuais, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa da sociedade (qual sociedade?), a existência de um verdadeiro estado penal de exceção.³³

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *A violência vende... mas quem está comprando? A vida tarifada nas mídias da sociedade do espetáculo*. Disponível em:

<http://justificando.com/2015/01/15/a-violencia-vende-mas-quem-esta-comprando-a-vida-tarifada-nas-midias-da-sociedade-do-espetaculo/> Acesso em 22 de Jan. de 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. Memórias das Milícias – *Boletim IBCCRIM*. Ano 21 – nº 244 – março/2013. p. 3.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido* – sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; PASSOS, Rodrigo Azevedo. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo. *Textos e Contextos*. Porto Alegre, V. 11, N. 2, P. 273-291, AGO/DEZ.2012.

CHRISTIE, Nils. *Los limites del dolor*. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988.

HULSMAN, Louk. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. *Revista Verve*, 8, p. 246-275, 2005.

HULSMAN, Louk. Entrevista à Nilo Batista em *Discursos Sediciosos* n. 5-6, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

³² MATHIENSEN, Thomas. Juicio a la prisión: una evaluación crítica. Buenos Aires, Ediar, 2003. p. 51.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 785.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 3. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia v.1, n.1, JAN/JUN/1996.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATHIENSEN, Thomas. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Buenos Aires, Ediar, 2003.

PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 77-78, 1999.

PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

RAMONET, Ignacio. *A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias*. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

RAMONET, Ignácio. *A tirania da comunicação*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROVER, Tadeu. *MP vai investigar promotor sobre incitação à violência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-10/mp-sp-investigar-promotor-incitou-violencia-manifestantes> Acesso em 01. Ago. 2013.

SANTOS, Bárbara Ferreira. *Polícia prende dois acusados de assaltar e atear fogo em dentista em São José dos Campos*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,policia-prende-dois-acusados-de-assaltar-e-atear-fogo-em-dentista-em-sao-jose-dos-campos,1047694,0.htm> Acesso em 01 Ago. 2013.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Hábitos de informação e formação de opinião da população brasileira II*. 2010. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/pesquisas/2010-12-habitos-ii/2010-12-habitos-de-informacao-e-formacao-de-opinio-da-populacao-brasileira-ii-sul.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

TAVARES, Maria Ribeiro da Silva. *Estudo e Sugestões sobre o Reajustamento de Delinquentes*. Porto Alegre: Orquestra, 2013.

ZIZEK, Slavoj. *A Visão em Paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZIZEK, Slavoj. *O ano em que sonhamos perigosamente*. 1º ed. – São Paulo: Boitempo, 2012.

PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN. EL CASO DEL NUEVO ART. 125 BIS CÓDIGO PENAL ARGENTINO¹

Javier Augusto De Luca

Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Penal.
Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal.
Profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Buenos Aires, na Cátedra De Luca, Departamento de
Derecho Penal y Criminología.

Valeria A. Lancman

Especialista en Derecho Penal. Professora de Derecho Penal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal.

1 - La figura legal.

El art. 125 *bis*, CP (texto según ley 26.842) dispone:

“El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

2 – Antecedentes legislativos.

Históricamente, existieron distintas formas que castigaban el delito de promoción o facilitación de la prostitución ajena que, en la mayoría de los casos, fue contemplado junto al de corrupción.

En esos proyectos, la promoción o facilitación de la prostitución de una persona mayor de dieciocho años exigía que el autor se hubiera valido de fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de cualquier otro medio de coerción. Había presunciones *iuris tantum* de autoría para los regentes de una casa de prostitución pública o clandestina donde se encontrara alguna víctima de los delitos previstos en los artículos anteriores, y también se sancionaba a quien, por algún medio coercitivo, hubiera detenido, facilitado, o permitido la detención de una persona, aunque fuera mayor, contra su voluntad, y aun por causa de deudas, en casa de prostitución, o la hubiera obligado a entregarse a la prostitución. Luego se castigaba la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediara el consentimiento de la víctima, y también la acción de promover o facilitar la corrupción o prostitución de mayores de edad.

Otros proyectos castigaban a quien, para satisfacer la lasciva ajena, promoviera la prostitución o corrupción de una persona menor de edad o en estado de enfermedad o deficiencia psíquica. Bajo el título “Proxenetismo”, en el proyecto de 1960 se preveía la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de edad. El Proyecto no incluía la

¹ El texto, con modificaciones, fue preparado para el Código Penal Comentado de la revista Pensamiento Penal. Ver <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>

promoción o facilitación de la corrupción de mayores de edad. En uno de los períodos de gobiernos militares se contempló el delito de promoción o facilitación de la prostitución que reprimía a quien, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de sexo ni edad, previendo una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años. Se advierte aquí un claro antecedente de la redacción actual de la ley, aunque ésta ya no exige elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Hoy en día se sabe que en la Argentina la ley 25.087 modificó el título de los delitos, que pasó a ser la **integridad sexual**, y reguló en dos artículos la promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores.

Pero en cuanto los mayores no se estableció delito para el caso en que en la explotación de la prostitución ajena mediare consentimiento del/la prostituto/a (vieja redacción del art. 125 bis).

Actualmente, el art. 125 bis fue modificado por la ley 26.842 –que, a su vez, modificó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas– y pasó a contemplar como sujeto pasivo a cualquier persona, aunque mediare consentimiento y sin efectuar distinciones en cuanto a su edad. Reservó solo a una agravante en caso de que la víctima fuera menor de edad. El tipo básico le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima y ya no exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular –*engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad, o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*–, que quedaron previstos en la figura agravada del art. 126.

3 – Bien Jurídico.

El título del Código penal en el que se inserta el art. 125 bis, los debates parlamentarios² y su texto indican que las acciones allí descriptas reclaman una ofensa al bien jurídico integridad sexual, término que, por su imprecisión, debe ser identificado con la libertad sexual, que consiste en el derecho de disponer del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir “no” a diversas expresiones de contenido sexual³.

Tradicionalmente se entendió que el proxenetismo ofendía las buenas costumbres y la moralidad sexual⁴, o incluso la salud pública⁵.

Actualmente, en función de reforma introducida por la ley 26.842, resulta más adecuado hacer referencia a la libertad sexual como el bien jurídico cuya lesión exige la figura comentada.

² Versión Taquigráfica, Cámara de Senadores, 10ma. Reunión, 8va. Sesión ordinaria del 31 de agosto de 2011 y, Cámara de Diputados, Reunión 23ra., sesión del 19 de diciembre de 2012.

³ De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio, *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, 1ra. Edición, 2009, Buenos Aires, p. 28.

⁴ Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen VI, reimpresión de la sexta edición, ed. Temis, Bogotá, 2001, § 2923, aunque también advierte las críticas de tal posición, ob. cit., § 2938 y 2939.

⁵ Nuñez, Ricardo C., ob. cit., pág. 369

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

No obstante, el concepto merece algunas precisiones, porque el tipo penal quedará perfeccionado *aunque mediere el consentimiento de la víctima*. Es decir, la ley ya no alude a la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad. Esta siempre fue una cuestión independiente de su demostración pero, sin embargo, ese asunto generó gran confusión en la doctrina y la jurisprudencia al requerir la prueba de la falta de consentimiento en casos donde el sujeto pasivo era explotado y, de esa manera, no tener en cuenta que nadie puede consentir jurídicamente su propia explotación. En fin, ahora se aclara expresamente que la conducta es delito aunque mediere consentimiento de la víctima, lo cual nos ubica en una figura difícil de contextualizar dentro de aquellos supuestos de hecho que deben lesionar o poner en peligro este bien jurídico, que no debe ser confundido con la moral o decencia pública.

La situación de las víctimas menores quedó contemplada en la figura agravada, prevista en el artículo siguiente, lo cual sí guarda lógica con el sistema de estos delitos, en tanto la ley descarta la validez del asentimiento de los menores de edad, en un contexto de protección de los niños, en el ámbito del desarrollo hacia la madurez sexual.

Recordemos que el anterior texto del art. 126 sólo reprimía la conducta de quien promoviera o facilitara la prostitución de mayores de dieciocho años por alguno de los medios allí previstos —*engaño, abuso de una relación de dependencia o poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción*—, que resultaban elementos constitutivos del tipo penal. El problema de los medios comisivos para vencer el consentimiento pasaba, entonces, por interpretar qué se entendía por consentimiento y concluir de buena fe cuándo éste no existía, aunque con la expresión “cualquier otro medio de intimidación o coerción” se encubrían las formas más sutiles de viciarlo.

Sin duda, la nueva redacción de la ley ha implicado un cambio de paradigma en la concepción de este delito, porque la promoción y/o facilitación de la prostitución ajena pasó a estar concebida como una forma de explotación. Así quedó plasmado en el inc. c) del art. 2° de la ley de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas⁶, y condujo, como lógica consecuencia, a restarle validez al consentimiento de las personas mayores de edad objeto de esas prácticas.

De modo que, si bien en nuestro Código Penal la prostitución no contiene una punición autónoma, existirán situaciones en las que todo indica que, para la ley, su ejercicio no es enteramente libre. Se reprime tanto la promoción y facilitación de la prostitución (art. 125 *bis*), su explotación económica (art. 127), como el ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogimiento de personas con esos fines (art. 145 *bis*) sin exigirse ninguna clase de torcer la voluntad de los sujetos pasivos. Además, siguen estando prohibidas las casas o locales donde de ejerce la prostitución, llamadas casas de tolerancia, y reprimidos quienes las sostienen, administran o regentean (cfr. arts. 15 y 17 de la ley 12.331, referida a la profilaxis antivenérea) y, finalmente, en algunas

⁶ El art. 2° de la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas con las reformas introducidas por la ley 26.842, establece que “*A los fines de esta ley, se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: [...] c) Cuando se promoviére, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos*”, aclarándose luego que “*El consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores*” (art. 2, *in fine*).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

jurisdicciones se encuentra contemplada, pero como contravención, la conducta de quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados, como por ejemplo, en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires⁷.

En el art. 125 *bis*, el foco está puesto sobre quien promueve o facilita la prostitución de otro, y atrapa más supuestos que el clásico lenón, proxeneta o alcahuete. Al hablar de promover o facilitar, el autor ya no se circunscribe a un agente intermediario en la prostitución⁸, que concierne una relación amorosa⁹, y se aleja del que explota la prostitución ajena, porque esa situación está contemplada en otra figura. Aquí no es necesario que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material, como lo exigía la vieja redacción del art. 126 para el caso de víctimas mayores de edad. En este punto, cabe repetir que la figura se distingue de la prevista en el art. 127. La primera sanciona a quien promueve o facilita la prostitución; la segunda, a quien explota las ganancias que la otra persona obtiene con ese ejercicio.

La problemática del “lenocinio” o “rufianismo”¹⁰ es muy profunda y en ella se entremezclan situaciones de violencia y coerción, pero también de poder de hecho sobre la voluntad del sometido, pero sin violencia, por causas sentimentales, económicas, culturales y de todo tipo, las cuales difícilmente se den en forma aislada en cada caso particular¹¹.

La ley quiso concentrarse en la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana. Si se quiere, puede considerarse que son formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual.

Ya al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque le place o con un consentimiento informado y libre. No son casos de violencia sexual ni de

⁷ La conducta está prevista en el art. 8, que prevé una sanción de uno a cinco días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos a cuatrocientos pesos. Por otra parte, en la Cláusula Transitoria del mismo código se establece que “*Hasta tanto se apruebe la autorización a la que se hace referencia en el artículo 81, no se permite la oferta y demanda ostensible de servicios de carácter sexual en espacios públicos localizados frente a viviendas, establecimientos educativos o templos o en sus adyacencias*”, entendiéndose por tales una distancia menor de doscientos metros de las localizaciones descriptas. Por último, se aclara que “*En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales*”.

⁸ Carrara, Francesco, ob. cit., pág. 53, § 2960, quien al describir al lenocinio en su primera forma más general explica que éste se manifiesta castigando cualquier intervención de un tercero, como incitación, instigación o ayuda de toda especie, por la cual ese tercero facilite un acto carnal o cualquier otro acto impúdico entre dos personas.

⁹ Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, primera acepción del término “lenón” (www.rae.es).

¹⁰ Ambos conceptos son utilizados en sentido genérico como sinónimos. Al respecto, explica Carrara, Francesco, ob. cit., pág. 51, § 2958, que la palabra lenocinio tiene un sentido vulgar muy extenso, que expresa toda manera, aun honesta, con que se induce a otros a satisfacer nuestros deseos. Pero, en sentido jurídico esa palabra expresa un acto deshonesto, y con más precisión, todos los modos con que un tercero se entromete entre dos personas para hacer que una acceda al deseo carnal de la otra, o para facilitar sus recíprocos deseos. Y en su nota, se aclara: se trata, naturalmente, de la connotación que tiene en italiano, idioma en el cual la voz lenocinio, además de significar rufianería, proxenetismo, alcahuetería, denota también encanto, seducción, artificio, atractivo, o señuelo.

¹¹ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 170.

aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple otros.

Esta concepción se inspira en la idea que no existe la “prostituta feliz”, que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa cuando quiere. Pone de manifiesto el verdadero problema, éste es, que generalmente no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones. No se trata de una violación, sino de prostitución, donde no hay violación porque existe consentimiento en el trato sexual individual, pero ello no significa que, desde otra mirada, exista un consentimiento libre en prostituirse, porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad. Lo mismo sucede con otras situaciones, como los trabajos denigrantes, matrimonios serviles, etcétera. Se trata de dos consentimientos distintos: uno es el de la disponibilidad de tradicionales bienes jurídicos en igualdad de partes contratantes; el otro, el que se da dentro de una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro. La línea es sutil, pero la ley obliga a trazarla¹². Si no lo hacemos, caeríamos en la sencilla tarea de ver en esta figura un ataque a la decencia pública, a la moral pública o algo similar, y difícilmente pueda sortearse el escollo constitucional de nuestro artículo 19 CN, en tanto se trata de acciones llevadas a cabo entre adultos, que no afectan derechos de terceros.

Corresponde aclarar que valerse u obtener un beneficio de esas situaciones de vulnerabilidad no se refiere a los clientes de la prostitución, porque no son facilitadores ni promotores, sino parte necesaria de la prostitución misma, como situación. También debe advertirse que, al momento en que esto se escribe, existen proyectos legislativos para reprimir al cliente, lo cual volvería a cambiar el paradigma de todos estos delitos.

Aquí estamos en el ámbito de quienes ejercen la prostitución por cuenta propia y con pleno dominio de la situación o autonomía. Esto deberá ser analizado en cada caso, pero cuidando de razonar en el sentido que conduce a la tipificación de una inmoralidad. No debe olvidarse que detrás de todo esto existe una desgracia, donde aparece una persona que debe sustentarse a través del trato sexual ejercido no con quien le place (en el sentido afectivo y erótico del término), sino con quien le pague¹³.

En definitiva, la única forma de interpretar constitucionalmente estas dos modalidades delictivas del art. 125 *bis* del Código Penal, será considerar que la simple promoción o facilitación de la prostitución ajena configura una especie particular y menor de explotación que el legislador consideró que merecía ser sancionada, aun cuando mediere el consentimiento de personas adultas y libres.

De esta manera, no cualquier promoción o facilitación en el sentido literal de las expresiones, será apta para habilitar castigo penal. Por ejemplo, la de quien le facilita a un/a amigo/a el teléfono de un/a prostituto/a mayor de edad y “cuentapropista” para que se contacte por su cuenta y arregle el trato sexual; o la del carpintero que arregla la cama donde se concretan los tratos sexuales; o la de quien diseña un volante o tarjetas personales de propaganda para que el/la prostituto/a distribuya en la vía pública o donde sea; o quien lo deja entrar y estar en un bar o local bailable, a sabiendas de que esa

¹² El tema se encuentra desarrollado por De Luca, Javier A., al comentar los arts. 145 bis/ter, CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Directores, Terragni, Marco A., coordinador, Tomo 5, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2008, pág. 442.

¹³ De Luca, Javier A., y López Casariego, Julio, ob. cit. pág. 170.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

persona allí contacta los clientes, etcétera. Todas estas conductas, de no restringirse la interpretación del texto a verdaderos ataques a la libertad sexual (aunque sean más remotos), serían punibles.

Es que cabe cuestionar la conveniencia del empleo de una fórmula tan amplia, comprensiva de cualquier forma de promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores. Es muy sencillo caer en la trampa de ver en ello sólo una ofensa a las buenas costumbres o la moral. Como decía CARRARA *“la cuestión se vincula con el tema general de la prostitución, contra la cual han sido tan variables las opiniones de los filósofos y de los publicistas, pues unos las rechazan como peste social, y otros la defienden como un mal necesario que debe preferirse a los graves desórdenes que, gracias a ella, se impiden en las repúblicas [...] La solución de ese problema debe llevarnos a un dilema inevitable, en el caso presente: si os parece oportuno arrojar de las ciudades a las prostitutas, sois lógicos en castigar a sus ayudantes; pero si os parece conveniente tolerarlas, es una estupidez concentrar vuestra persecución sobre sus sirvientes. Y creo que esta conclusión es irrefutable”*¹⁴.

Con el texto anterior esto no ocurría, porque la promoción o la facilitación, lo eran a situaciones donde existía violencia, intimidación, fraude, aprovechamiento de situaciones de sometimiento, etcétera, con lo cual quedaba claro el ataque a la libertad sexual entre adultos, y porque además, el autor debía conocer la situación a la que contribuía con su promoción o facilitación (dolo).

4 – Los sujetos.

Sujeto activo de la promoción y facilitación de la prostitución puede ser cualquier persona de uno u otro sexo, pues la ley no efectúa limitación alguna. Sin embargo, si se tratara de alguna de las personas unidas con la víctima por alguna relación particular – *ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima*– o si ésta fuere un *funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad policial o penitenciaria*, la conducta se subsumirá en el tipo agravado (incisos 2º y 3º del art. 126).

De igual modo, *sujeto pasivo* de este delito puede ser cualquier persona, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años (art. 126, *in fine*).

5 – Tipo objetivo.

A - La prostitución.

La prostitución es considerada un estado, que se logra mediante un trato sexual venal, múltiple e indeterminado¹⁵. Se trata de una actividad que, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a personas indeterminadas, a cambio de una prestación de contenido económico.

¹⁴ Carrara, Francesco, ob. cit.,pág. 63, § 2966.

¹⁵ Nuñez, ob. cit. pág. 341; Soler, ob cit., pág. 340, Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, actualizado por Ledesma, Guillermo A. C., Tomo V, Parte Especial, 4ta. edición actualizada, ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. 121.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La mayoría de la doctrina entiende que los tres requisitos –entrega carnal indeterminada, habitual y por precio–¹⁶ son necesarios para que se configure la prostitución, de modo tal que la realización de un solo acto sexual, aun cuando se realice por dinero, no encuadra en el tipo. Tampoco es suficiente la entrega sexual a una o a varias personas determinadas, pues a la venalidad y multiplicidad de personas habrá de agregarse la entrega indiferenciada.

La nota característica es que las capacidades sexuales de esa persona deben estar a la venta, sin que se derive del concepto de “venta” una obligación de yacer con todo aquel que pague el precio, porque el sujeto pasivo se reserva la potestad de elegir entre sus clientes y, aun así, habrá prostitución¹⁷.

El concepto exige una mayor exactitud, porque el hecho de que se trate de un estado conduce al problema de determinar si éste se alcanza luego de una determinada cantidad de prácticas, o si es prostituto/a la persona que ya ha puesto a la venta sus servicios sexuales pero aún no ha concretado ninguno¹⁸.

Lo cierto es que la prostitución, en sí misma, no es un comportamiento delictivo¹⁹, sino que se requiere que el sujeto activo la promueva o facilite. En consecuencia, al igual que sucede con el delito de corrupción, por tratarse de un delito de peligro, no es necesario que la víctima haya alcanzado un “estado” de prostitución o que finalmente se haya prostituido, sino que se sancionan aquellas conductas tendientes a alcanzarlo. Nuevamente, véase la gravedad de alejarse tanto del núcleo de lesión al bien jurídico integridad sexual.

B- Las acciones de promover o facilitar.

Dentro del tipo objetivo, las acciones que la ley castiga son la promoción y la facilitación de la prostitución.

Promueve quien engendra en el otro la idea del ejercicio de la prostitución, lo impulsa a que se mantenga en ella, o lo persuade para no abandonarlo²⁰, de modo que también una persona ya prostituida puede ser sujeto pasivo de este delito. En todos los casos la iniciativa parte del autor.

Facilita quien pone a disposición del sujeto pasivo la oportunidad o los medios para que se prostituya, como el hecho de procurar el lugar para el ejercicio de la actividad, o colaborar con publicidad para el negocio y la captación de clientes²¹. No es el caso del cliente que paga el precio y tiene trato con el/la prostituto/a, pues el pago es un presupuesto de la prostitución²². De lo contrario, se llegaría a la paradójica conclusión

¹⁶ En contra, Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, ed. Astrea, 5ta. ed., 1996, pág. 218, quien cuestiona el requisito del lucro por entender suficiente depravación la entrega habitual a sujetos indeterminados.

¹⁷ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 161.

¹⁸ Idem.

¹⁹ A esta altura, habrá que decir, “por ahora”.

²⁰ Fontán Balestra, ob. cit., págs. 113 y 122.

²¹ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 162.

²² Ello, por ahora, porque existen proyectos legislativos para castigar al cliente. Y dicho, además, sin perjuicio de que el hecho pueda encuadrar en la contravención prevista en el art. 81 del Código Contravencional de la CABA, en caso de que se demande o se ofrezca en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de castigar al/la prostituto/a porque también facilita o promueve su propia prostitución. En otras palabras: como para el ejercicio de la prostitución se requieren al menos dos sujetos, pues nadie puede prostituirse en soledad, el que facilita o promueve no puede ser uno de esos dos²³.

En la facilitación, a diferencia del supuesto anterior, el sujeto pasivo ya se encuentra decidido a ejercer la prostitución, pero ello no significa que deba ser éste quien convenza a otro para que le facilite la continuación o mantenimiento de tal actividad, pues de ser así se estaría tratando al sujeto pasivo como un codelincuente no punible o provocador de la situación de la que se lo intenta proteger. Por eso, para la facilitación basta con una persona ya iniciada en la prostitución²⁴.

Finalmente, entendemos que la prostitución no puede promoverse ni facilitarse por medio de una omisión, dado que ambas acciones exigen conductas activas. Y si bien muchas situaciones de facilitación se componen de conductas complejas que pueden comprender acciones y omisiones, ello no puede conducir a sostener que la prostitución pueda ser cometida por una pura omisión²⁵.

6 – Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso. En consecuencia, el autor debe conocer y querer que la realización de su conducta promueva o facilite la prostitución de la víctima.

Además, en el caso de las modalidades agravadas, previstas en los artículos siguientes, el autor debe conocer y querer dichas circunstancias, ya sean referidas a los medios empleados, al vínculo que lo une con la víctima o a su edad.

El error sobre la edad de la víctima, en la figura agravada, puede traer aparejado una distinta consecuencia cuando, por ejemplo, el autor supone que la víctima es mayor de dieciocho años. En tales casos, se excluirá la figura agravada, pero podrá aplicarse el tipo básico previsto en el artículo que se analiza, dado que éste no contempla un límite mínimo de edad a partir de la cual sea punible la promoción o facilitación de la prostitución.

Como se dijo previamente, la figura no reclama elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, como el ánimo de lucro o la satisfacción de deseos ajenos, que en su momento fueron exigidos por la vieja redacción de la ley –en el caso de víctimas mayores– y que tantas discusiones habían generado en la doctrina.

Anteriormente se requería que el lenón, proxeneta o alcahuete procurara obtener para sí una ganancia o provecho material, que podía o no consistir en una suma de dinero, resultando indiferente, a los fines de la consumación del delito, la obtención efectiva de esa ganancia, pues bastaba que hubiera integrado los planes del autor²⁶. Estos supuestos están contemplados en los artículos subsiguientes, pero no en éste.

²³ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 162/163; en contra, Tenca, Adrián M., *Delitos sexuales*, ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 168, quien considera que la conducta del cliente promueve la prostitución.

²⁴ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 149/150 y 162.

²⁵ Ídem.

²⁶ Donna, Edgardo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 147/148; Nuñez, ob. cit., pág. 351, Fontán Balestra, ob. cit., pág. 125; De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 175.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En cuanto a la satisfacción de deseos ajenos, se entendía que eran aquellos de naturaleza sexual, pero resultaba indiferente que dicha satisfacción fuera alcanzada²⁷.

En la actualidad el tipo penal no exige tales elementos.

7 – Consumación y tentativa.

Como se trata de un tipo penal de peligro, no es necesario que la víctima se prostituya para lograr la consumación, sino que basta la realización de actos idóneos tendientes a lograrlo. También se sostiene que, en general, se trata de un delito plurisubsistente, que supone actos plurales y variados, cuya consumación se prolonga en el tiempo como los delitos permanentes, pero esta exigencia puede resultar contradictoria con lo que acaba de decirse anteriormente, en tanto no es necesario que la prostitución que se promueve o facilita comience a ejecutarse. En todo caso, lo que se exige es que se promueva o facilite una actividad que, de no haber comenzado, en el futuro tendrá la característica de ser reiterada.

Como las acciones típicas consisten en promover o facilitar la prostitución, y no en lograr dicho estado, se torna sumamente dificultoso distinguir en los casos concretos los actos preparatorios de los ejecutivos, con lo cual la tentativa resulta prácticamente inconcebible en función del principio de lesividad (art. 19, CN)²⁸.

8 – Autoría y participación.

El tipo penal no posee limitación alguna en cuanto a las formas de participación. No obstante, como la prostitución no es un delito en sí mismo, sino que las acciones típicas consisten en promoverla o facilitarla, se presentan algunas características especiales, porque es justamente la víctima quien ejercerá tal actividad. De este modo, cualquier impulso o colaboración que tradicionalmente constituirían supuestos de instigación o complicidad, en este caso serán de autoría.

El autor tendrá el dominio del hecho sólo con promover o facilitar las condiciones para que el sujeto pasivo se prostituya. Otras figuras penales contemplan supuestos similares, por ejemplo, la instigación o ayuda al suicidio (art. 83), la inducción a un menor para que se fugue de la casa de sus padres (art. 148) y la instigación a cometer delitos (art. 209).

Por otra parte, la figura del facilitador, que es una forma de participación autónomamente tipificada, no esta concebida sólo como si se tratase de un caso de colaboración en el accionar de la víctima, sino también incurre en facilitación quien ayuda a un promotor de la prostitución.

La redacción del tipo penal, al tratar como autor tanto al promotor como al facilitador de la prostitución, genera que éste último también puede colaborar con el primero para prostituir al sujeto pasivo.

²⁷ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 176.

²⁸ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 157/158 y 163. Por su parte, Donna, ob. cit., pág. 145, sostiene que se trata de un delito de mera actividad, en el cual la realización del tipo coincide con el último acto y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella, coincidiendo la tentativa acabada con la consumación del delito.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sin embargo, nuevamente corresponde efectuar algunas aclaraciones, pues pareciera que de acuerdo a la redacción literal de la ley cualquier forma de colaboración con la prostitución ajena podría quedar abarcada por el tipo. Los ejemplos se multiplican. Así la situación del titular de un inmueble que lo alquila a personas adultas, donde luego éstas ejercen la prostitución, la del encargado de ese edificio o a la de quien se dedica a la limpieza del lugar, el administrador del consorcio, etcétera. Entendemos que el legislador no se ha referido a estos sujetos que, claramente, solo cumplen roles banales, cotidianos o inocuos. En estos casos, entendemos que la banalidad del rol tornará típicamente irrelevante el aporte de quienes podrían llegar a considerarse partícipes, o bien, permitirá establecer una prohibición de regreso respecto de la imputación por complicidad.

A CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR E NÃO COMO FUNDAMENTO DA PENA

João Marcos Buch

Juiz de Direito (SC), Pós-graduado em Direito Contemporâneo (UNC), Pós-graduado em Criminologia e Política Criminal (ICPC/UFPR), Mestre em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

RESUMO: O conceito de culpabilidade evoluiu com o passar dos tempos, sob intermináveis discussões acadêmicas, com nítidas divisões, terminando pela melhor e mais atual doutrina que a define como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto. O objetivo deste artigo é conceituar e caracterizar a culpabilidade através de seus pressupostos de imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa, dentro do conceito de elementar do fato punível, para com isso concluir que ela deixou de ser fundamento da pena, passando a ser isto sim um limitador do poder de punir. O método de pesquisa é o indutivo e o do relato, o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade. Tipo de Injusto. Imputabilidade, Consciência da Antijuridicidade. Exigibilidade de Conduta Diversa. Limitação do Poder de Punir.

ABSTRACT: The concept of culpability has evolved from our past, with endless academic discussions, with clear divisions, finally coming from the best doctrine which defines it as the element of crime, beside the type of fault. The objective of this article is to characterize and conceptualize the culpability behind its presumptions of imputability, conscience of being unlawful and demanding diverse behaviour, within the concept of the elementary of the punishment fact. And then, reaches the conclusion of culpability, which is no longer fundamental of the penalty, but on the other hand, limits of the power of punishment. The research method used is inductive and the report is deductive.

KEY-WORDS: Culpability. Type of fault. Imputability. Conscience of unlawfulness. Demanding diverse behaviour. Limited power to punish.

INTRODUÇÃO

A atualidade exige dos atores jurídicos uma visão crítica da culpabilidade, posto que na modernidade é entendida como componente do fato punível, que por sua vez na seara criminal envolve o fenômeno da violência, com todos seus fatores políticos e sociais.

Atualmente a conduta humana definida como fato punível, especificamente como crime, é baseada em três predicados, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

A culpabilidade teve uma evolução conceitual muito complexa, iniciando no campo puramente objetivo, passando a incluir a subjetividade e finalmente deixando os conceitos naturalísticos e descritivos, substituídos por conceitos normativos e valorados, ou seja, pela reprovabilidade da conduta típica.

Nesta senda, entendimento dominante na doutrina brasileira é de que a culpabilidade é pressuposto da pena. Porém, esta orientação vem sendo ultrapassada pela inclusão dela na teoria do delito, ou seja, como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Trabalhando-se assim na evolução do conceito de culpabilidade, nos seus pressupostos (imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa), tendo-a como integrante da teoria do delito, no mundo de hoje não se tem como fugir da culpabilidade também como mais um limitador do poder punitivo, abandonando-se de vez seu conceito de fundamento da pena.

Este artigo, registre-se, não pretende exaurir a matéria, mas apenas lançar perguntas e novas formas de pensar o fato punível. Com plena consciência de que o fenômeno da violência e da tipificação das ações como delitos são profundamente complexas, por uma questão metodológica e necessária aquilo que se propõe, este artigo trabalha o fato punível sob o enfoque crítico da culpabilidade.

O método de pesquisa é o indutivo e o do relato, o dedutivo. Está o artigo dividido em três capítulos, o primeiro trazendo a evolução do conceito de culpabilidade, o segundo seus pressupostos e o terceiro o indicativo de que ela é um limitador do poder punitivo.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Nem sempre a culpabilidade teve a concepção que hoje é disseminada nos meios jurídicos. Inicialmente vista de forma objetiva, foi ela evoluindo com o passar dos tempos, objeto de acirradas e intermináveis discussões acadêmicas, levando ao ponto de formar nítidas divisões doutrinárias e jurisprudenciais.

Citado por Bitencourt¹ “*Von Lizt destacava que ‘pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal’.* E essa afirmação é absolutamente correta, pois destaca um dos pontos centrais da ciência jurídico-penal, a culpabilidade”.

Batista², de forma ímpar traz a concepção da culpabilidade na antigüidade, registrando, *in litteris*:

Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento ‘modernizado’ desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade objetiva e difusa.

Com o tempo porém a culpabilidade deixou o campo unicamente objetivo e difuso. Ou seja, a subjetividade da ação realizada adentrou no contexto psicológico.

¹ (BITENCOURT, Cezar Roberto. *In*: Tratado de Direito Penal. V. 1., p.407),

² (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p.102)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Da mesma forma, a culpabilidade passou a ser identificada como um aspecto subjetivo da conduta delituosa (força moral ou elemento subjetivo do crime). A culpa era assim o nexó *psicológico* que ligava o agente ao evento, restringindo-se ao dolo e à culpa *stricto sensu* como suas espécies (teoria psicológica). O conceito destarte de culpabilidade era puramente naturalístico, esgotando-se no dolo e na culpa *stricto sensu*. As falhas desta teoria eram de fácil constatação, uma vez que se a culpa se esgotava no nexó psicológico então o inimputável (menor de 18 anos e doente mental) também agia culpavelmente. Isto sem mencionar a coação irresistível.

No início do século XX então surgiu a *teoria normativa da culpabilidade*, onde os conceitos naturalísticos e descritivos foram substituídos por conceitos normativos e valorados. A culpabilidade passa a ser entendida como *reprovabilidade* da conduta típica, contendo o dolo e a culpa *stricto sensu* como um dos elementos do seu conceito.

Porém, a evolução deste conceito acaba por excluir da culpabilidade os elementos psicológicos, transferindo o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo subjetivo de injusto, finalizando por distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (teoria finalista da ação). A culpabilidade portanto acaba encontrando uma estrutura fundada em a) capacidade de culpabilidade. b) conhecimento real ou possível do injusto e c) exigibilidade de comportamento conforme a norma.

Esta estrutura tem na capacidade de culpabilidade o fator biológico e psicológico, fixando-se em idade mínima para entender o caráter ilícito da conduta, bem como na integridade mental do agente, muitas vezes afetadas por doenças ou oligofrenias. O conhecimento real ou possível do injusto significa que o agente além do dolo (consciência e vontade em realizar o ilícito) precisa ter conhecimento de que aquele fato é contrário à norma e definido como crime. Por sua vez a exigibilidade de comportamento conforme a norma em nada mais se concentra se não na verificação de caso a caso sobre o agente ter ou não possibilidade de evitar a ofensa à norma e agir conforme o direito.

Este conceito, baseado na teoria finalista da ação (ação como realização de uma atividade final de um projeto), majoritariamente adotado pelos doutrinadores pátrios, dentre eles, levou à concepção da culpabilidade como pressuposto da pena.

Porém, para Bitencourt³,

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. Não nos convence o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo o qual a culpabilidade, no atual estágio, deve ser tratada como um pressuposto da pena, e não como integrante da teoria do delito. Assumindo essa orientação, Damásio de Jesus, pioneiramente, passou a definir o crime como a ação típica e antijurídica, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto da pena.

A seguinte afirmação de Ariel Dotti teria levado Damásio de Jesus a mudar seu entendimento sobre a matéria: 'O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente'. Essa afirmação de Dotti leva-nos, inevitavelmente, a fazer algumas reflexões: a)

³ (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. p. 408-409)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

seria possível a imposição de sanção a uma ação típica, que não fosse antijurídica? b) poder-se-ia sancionar uma ação antijurídica que não se adequasse a uma descrição típica? c) a sanção penal (penas e medidas) não é uma consequência jurídica do crime?.

Seguindo nessa reflexão, perguntamos: a tipicidade a antijuridicidade não seriam também pressupostos da pena? Ora, na medida em que sanção penal é consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade, são pressupostos da pena, que é sua consequência.

(...)

Essa construção deixa claro que, por exemplo, se do exame dos fatos constatar-se que a ação não é típica, será desnecessário verificar se é antijurídica, e muito menos se é culpável. Cada uma dessas características contém critérios valorativos próprios, com importância e efeitos teóricos e práticos igualmente próprios. Ora, é de uma clareza meridiana, uma ação típica e antijurídica somente se converte em crime com o acréscimo da culpabilidade.

(...)

Concluimos, com a afirmação irrefutável de Cerezo Mir: ‘Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável’.

Entrementes, a melhor e mais atual doutrina, capitaneada por Santos⁴ passou a compreender a culpabilidade como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto, concentrando nestas elementares todos os elementos da definição analítica de crime.

O impactante resultado disso, conforme adiante se destrinchará, é que a culpabilidade passa a ser vista não como fundamento da pena mas sim como mais um limitador do poder de punir do Estado.

2 PRESSUPOSTOS DE CULPABILIDADE

2.1 IMPUTABILIDADE

Muito embora a lei não apresente definição de imputabilidade, pelo que se extrai dos arts. 26 e seguintes do CP, a contrário *sensu* pode se concluir que *“A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento.”*⁵

Com efeito, para que o sujeito seja capaz de suportar o juízo de censura é preciso que tenha atingido um grau de desenvolvimento biopsíquico e, em razão disso, ser considerado capaz de entender a ilicitude da conduta.

Tendo isto em conta que a imputabilidade passou a ser tratada como pressuposto da culpabilidade e não um simples elemento seu.

⁴ (SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível)

⁵ (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. p. 203)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Para Leal⁶,

O que fundamenta a imputabilidade é a idéia de que o homem, ao atingir certo grau de desenvolvimento, tem liberdade de decisão e, por isso, deve suportar a reprovação jurídico-penal, se decidiu escolher a prática do crime. (...) A imputabilidade é, assim, mais do que simples elemento da culpabilidade; é seu pressuposto. Sem ela não se pode pensar em culpa jurídico-penal.

Em resumo, o fundamento da imputabilidade assim reside na capacidade que o maior de 18 anos tem de entender a antijuridicidade do seu comportamento, fundada na sua liberdade de decisão, devendo arcar com a reprovação jurídico-penal caso decida-se pela prática do crime.

2.2 CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE (ERRO DE PROIBIÇÃO)

A consciência da antijuridicidade define-se na consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Esta consciência é igualmente um pressuposto da culpabilidade. E isso porque a reprovabilidade da conduta não depende unicamente de ter o agente capacidade genérica para compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. É imprescindível que tenha ele compreendido ou pelo menos pudesse compreender a ilicitude de sua ação.

Para Fragoso⁷,

Normalmente, quem realiza uma ação punível tem consciência de que age ilicitamente, pois as ações delituosas respondem, em regra, a fatos intensamente reprovados pela consciência da comunidade, ou da generalidade das pessoas (furto, estupro, homicídio etc.).

Dentro deste quadro, encontra-se o erro sobre a ilicitude do fato, ou seja, o erro de proibição.

Em primeiro plano, *ex vi* do art. 21, do CP, o desconhecimento da lei é irrelevante para afastar a culpabilidade, podendo apenas ser considerado uma atenuante (art. 65, II, do CP). Porém, o mesmo art. 21, uma vez incluído como pressuposto da culpabilidade, confere relevância ao erro sobre a ilicitude do fato, ressaltando que se for ele inevitável, isenta de pena; e se evitável, pode ser causa de sua diminuição.

Para esclarecer melhor a celeuma causada pela aparente antinomia da norma, Santos⁸ observa que o erro de proibição resta identificado em três modalidades: a) erro de proibição direto: recai na existência, validade e significado da lei; b) erro de permissão: recai sobre uma suposta porém inexistente justificação ou sobre limites jurídicos de sua existência; e c) erro de tipo permissivo: recai em situações justificantes.

Destarte, o art. 21, do CP, traz uma regra (desconhecimento da lei é inescusável), logo seguida das exceções limitadoras, consubstanciadas pelo erro de proibição inevitável (exclui a culpabilidade) e evitável (apenas atinge a graduação da pena).

Citado por Santos a teoria dominante sobre o objeto da consciência do injusto situa-se no argumento de que o conhecimento da danosidade social ou na “imoralidade” do

⁶ (LEAL, João José. Curso de Direito Penal. p. 265)

⁷ (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. p. 211)

⁸ (SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. p. 237-238)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

comportamento (teoria tradicional) não é suficiente, assim como conhecer a punibilidade do fato (teoria moderna) seria desnecessário. “*O objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto*”.⁹

Exemplo típico das ensinanças supra colacionadas podem ser encontradas nos tipos penais previstos nas leis ambientais e tributárias. Frequentes são os casos em que o agente muito embora conheça a lei acaba por realizar a conduta típica (cortar uma árvore ou deixar de recolher um tributo) simplesmente porque a orientação técnica assim instruiu ou porque na sua concepção aquele bem não se encontrava dentro da previsão legal proibitiva da ofensa.

Com efeito, em suma, a consciência da antijuridicidade nada mais é do que o conhecimento real do valor que possibilita ao autor imputável saber, concretamente, o que faz, afastada ou reduzida nos casos de erro de proibição.

2.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Conforme se viu, a culpabilidade pressupõe a imputabilidade e a consciência da antijuridicidade. Porém, isto não é o suficiente. Necessário ainda que as circunstâncias do fato possibilitem ao agente a realização de outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico.

Como lembra Santos ¹⁰ o homem é responsável porque vive em sociedade e esta sociedade é marcada pelo espaço de outrem. Ou melhor, o *ego* existe como *alter* – o *ego* deve respeitar o *alter* pois este respeito sustenta a existência do próprio *ego*.

Tendo isto em conta, conhecida pelos alemães como *andershandelnkönnen* – poder de agir diferente, a exigibilidade de conduta diversa resulta no fato de que não há reprovabilidade e por conseguinte culpabilidade se o agente se encontrava em situação que não se lhe podia exigir comportamento diverso.

De outro visio, não se pode esquecer que a conclusão de que o agente podia agir de modo diferente, conforme a norma, pressupõe “liberdade de vontade” e, neste ponto, há que se reconhecer a dificuldade de comprovação deste “livre arbítrio”.

Além do que, modernamente se percebeu que o cérebro humano vive em constante conflito, para não dizer guerra, onde o córtex-frontal, responsável em geral pela razão, incansavelmente ocupa-se em limitar o sistema límbico, responsável em geral pela emoção e pulsões, pronto para em qualquer instante aplicar algum golpe de estado.

Segundo ensina Jescheck, citado por Amaral¹¹,

Não se sabe se da liberdade do homem enquanto espécie se pode inferir a liberdade do autor do fato na situação concreta, devida às constantes alterações que se passam na mente do ser humano sobre as condições em que se produz a decisão, efetivamente indemonstráveis empiricamente; nem se sabe de que forma o homem consegue resistir aos impulsos criminais que o tentam. Apesar disso, é possível que o fato concreto seja somente o resultado da relação de forças

⁹ (SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. p. 229)

¹⁰ (SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível, p. 210)

¹¹ (AMARAL, Cláudio do Prado. Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade. p. 203-204)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

existentes entre os impulsos psicológicos, e que na irrepetível situação ao autor tenham faltado as forças necessárias para determinar-se conforme o direito. Por isso, a reprovação de culpabilidade é dirigida ao autor que ‘na situação em que se encontrava, houvera podido atuar de outra forma, no sentido de que, com base na experiência comum sobre a essência do homem, outro em seu lugar poderia ter atuado de outro modo nas concretas circunstâncias, empregando a força de vontade que possivelmente faltou ao autor’.

Já para Leal¹²:

“Tratando-se de um elemento normativo, caberá ao juiz decidir se, considerando as condições pessoais do agente e as circunstâncias objetivas em que a conduta típica foi praticada, era razoável exigir-se-lhe um comportamento conforme a ordem jurídica”.

Observa-se assim que a exigibilidade de agir conforme a norma refere-se e deve ter em conta sempre a situação particular do agente, suas características e peculiaridades. Ou seja, por ocasião da ação, pressupõe-se que há um agente *normal*, com características normais referentes à maturidade e sanidade psíquica.

Uma situação de anormalidade tanto pode ser considerada em seu desfavor como em seu favor. Exemplificando: em um delito de trânsito, é razoável exigir maior acuidade e conduta de acordo com a norma de um exímio piloto de fórmula um do que de um recém habilitado no trânsito.

O mesmo se diga em uma briga de rua envolvendo ora pessoa pacata, introspectiva e que nunca se envolveu em discussões e ora envolvendo um campeão de luta livre. Não é razoável exigir-se o mesmo comportamento de um e de outro, pois o campeão de luta livre possui melhores condições de avaliar a maneira de se conduzir e a intensidade de seus atos.

Concluindo, só há culpabilidade quando o agente, devendo e sendo capaz de agir de acordo com a ordem jurídica, atua de forma diferente, contrária à norma.

3 A CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR E NÃO COMO FUNDAMENTO DA PENA

É de fundamental importância analisar a natureza da culpabilidade, precipuamente entre a dicotomia limitação do poder de punir em confronto ao fundamento da pena. E isso porque os efeitos disso são graves para toda a teoria do crime, desde os elementos gerais do direito penal às particularidades do processo penal.

Esta análise, por outro lado, não pode fugir da perspectiva da Justiça Política, ou seja, de uma perspectiva ética sobre direito e estado.¹³

Dotti ¹⁴ defende que a culpabilidade deve ser considerada um pressuposto da pena e não um requisito ou elemento do crime, merecendo análise dentro daquele quadro e não na seara da teoria geral do delito. Esclarece ainda que:

O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de

¹² (LEAL, João José. Curso de Direito Penal. p. 276)

¹³ HÖFFE, Otfried. Justiça Política. *Uma filosofia da justiça política que discute, desde o princípio da liberdade, a legitimação e a limitação de uma ordem do direito e do estado*” (pág.22).

¹⁴ (DOTTI, Ariel. O incesto. p. 173)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

reprovação que uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.

Entretanto, segundo leciona Santos¹⁵, a questão básica da culpabilidade reside em seu fundamento, sedimentado pela definição de culpabilidade como reprovabilidade (aptidão de livre decisão do agente). Neste ponto, para este doutrinador, acertadamente, a tese de *livre decisão* é impossível de se demonstrar e, em assim sendo, a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena. Esclarece ele que:

Por esta razão, o juízo de culpabilidade deixou de ser um conceito antológico, que descreveria uma qualidade do sujeito, para constituir um conceito normativo, que atribui uma qualidade ao sujeito. Hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual. Como se pode observar, essa substituição não representa simples variação terminológica, mas verdadeira mudança de sinal do conceito de culpabilidade, com conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem pode existir qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos.

Observa-se portanto, com indisfarçável satisfação, que esta concepção de culpabilidade (limitadora do poder de punir do Estado), concorre para a redefinição da dogmática penal, consistente num sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, chegando à capacidade inclusive de reduzir e até mesmo excluir a sua intervenção no status de liberdade.

Aliás, acolher a culpabilidade simplesmente como pressuposto da pena é emprestar a esta unicamente a finalidade de prevenção geral (ou especial) do crime, numa corrente utilitarista, cujos limites residem na sua eficiência funcional. Abandona-se por esta via o papel humanístico e garantidor da culpabilidade, com riscos nítidos de involuções.

Do contrário, acolhendo-se a culpabilidade como limitação do poder punitivo do Estado talvez seja um dos divisores de água da recente história do direito penal. A partir do momento em que os operadores do direito (juízes, advogados e promotores) passarem a conceber esta concepção, por certo o levitã opressor e iníquo se verá enfraquecido pela real cidadania, garantida pelos fundamentos humanísticos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão da culpabilidade na teoria do delito, como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto, abandonando a idéia de pressuposto da pena, fez o que o conceito normativo e valorado da culpabilidade (reprovabilidade da conduta típica) já havia feito com seu conceito naturalístico e descritivo, ou seja, superou-o.

Neste momento histórico a visão crítica da culpabilidade é de fundamental importância para o alcance do conceito garantista do próprio direito penal.

¹⁵ (SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 205-206)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A evolução do conceito de culpabilidade, que se viu complexo, começou no campo exclusivamente objetivo, passou a incluir a subjetividade e finalmente deixou os conceitos naturalísticos e descritivos, vendo-se substituídos por conceitos normativos e valorados - reprovabilidade da conduta típica.

A partir do estudo dos pressupostos da culpabilidade – A imputabilidade como a capacidade do sujeito de suportar o juízo de censura, a partir de um grau de desenvolvimento biopsíquico que, por isso, é capaz de entender a ilicitude da conduta. A consciência da antijuridicidade como a consciência (compreensão) que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. A exigibilidade de conduta diversa, a partir do que não há reprovabilidade e por conseguinte culpabilidade se o agente se encontra em situação que não se lhe pode exigir comportamento diverso, dentro de um contexto particular e de normalidade da situação – chegou-se à superação do conceito normativo e valorado.

Pelo conceito e pressupostos da culpabilidade, tratados sob seara fundada em uma justiça política, ou seja, com uma perspectiva ética sobre direito e estado, consegue-se chegar ao melhor conceito e por conseguinte aos efeitos mais benignos à sociedade organizada.

Assim, conforme a política criminal, a culpabilidade, vista dentro da teoria do delito, abandona sua função metafísica de legitimação da pena e passa à função política de garantia da liberdade individual.

Este novo conceito de culpabilidade, de limitação do poder de punir é um “divisor de águas”, pois para além da alteração semântica, a mudança traz consequências radicais em sede de política criminal. Em síntese, deixa-se a culpabilidade como fundamento da pena, que legitima o poder do Estado, do Leviatã, e recebe-se-a como limitação da pena, que garante a liberdade do cidadão. Se não há culpabilidade não há fato punível. Se não há fato punível não há pena. E se não há pena não há intervenção estatal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *In: Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

DOTTI, Ariel. *O incesto*. Curitiba: Guignone.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Petrópolis: Vozes, 1991

LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Blumenau: Furb.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

GARANTISMO PENAL, DELAÇÃO PREMIADA & BLITZKRIEG

Juliano Keller do Valle

Mestre em Ciência Jurídica UNIVALI/CPGD. Professor de Processo Penal da Univali e da Especialização em Ciências Criminais do CESUSC. Associado ao IBCCRIM. Articulista do sítio Empório do Direito. Advogado Criminal.

1. Limites Democráticos para a Delação Premiada

A imposição de limites ao Poder Estatal, é uma técnica desenvolvida pela Teoria do Garantismo, advinda da inspiração iluminista¹ e do uso alternativo do Direito, como forma não só de se controlar o excesso hipotético ou não cometido pelo Estado, mas o de também definir, através da racionalidade constitucional, o critério fundamental para tanto.

A teoria, portanto, fixa “quem” e “como” se deve decidir, e segundo Ferrajoli, estabelece critérios que deixam de ser meramente formais, para serem com efeito, substanciais na perspectiva de que, em assim sendo, o exercício do poder passa necessariamente pela franquia da validade² ou não, da sua legitimidade ou deslegitimidade.

É a partir da Constituição brasileira que se estabelece o ponto central do ordenamento jurídico e da expressão máxima da vontade popular, pois é através desta a delimitada previsibilidade razoável do direito e dos rumos permitidos por toda a coletividade para a supremacia do Estado Democrático de Direito³.

Nesse sentido, inarredável é a condição imposta, sem qualquer concessão de que os direitos fundamentais positivados na Constituição não se devem decidir, sejam ele os deveres “de” (liberdade) ou “ser” (sociais), nem pela maioria, questão crucial para os limites que devem ser impostos a uma concessão para a delação premiada:

[...] A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deve decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites

¹ Além do mais “[...] o iluminismo é uma tendência transepocal, que cruza transversalmente a história da humanidade, não estando limitada a qualquer período específico. Não se extingue, portanto, no século XVIII. A filosofia ilustrada possibilita ao homem o reconhecimento de sua capacidade criativa e contestatória, e por isso o marco do pensamento jurídico garantista aparece fundamentalmente no interior do saber penal, local onde a luta pelo reconhecimento e tutela dos direitos frente ao irracionalismo das teses inquisitivas indica maior necessidade crítica [...] daí porque, hoje, o discurso garantista corresponde a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado pelos argumentos hiper criminalizadores presentes nos movimentos de Lei e Ordem potencializados pelas ideologias, tanto positivistas (movimentos) quanto negativistas (consensos sobre o fenômeno criminal), de Defesa Social”. CARVALHO, Salo. Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81-82.

² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 791.

³ ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e Legitimação do Direito Penal. NUNES, José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. p. 52.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for a ele ilimitado⁴.

Contudo, urge trazer à discussão o que seria efetivamente a Democracia dentro de um sistema de Estado Democrático de Direito, para que, através da sua concepção, se poderia entender o indicativo medular do objetivo, das limitações impostas ao Estado e do desenho constitucional executado pela totalidade da sociedade.

O direito fundamental de igualdade, por exemplo, é, sem dúvida, um elemento formador da Democracia no Estado Democrático de Direito por uma simples razão: dá a condição indispensável do direito ao gozo dessa igualdade de direitos, sem que a lei seja capaz de cercear esse mesmo fundamento, nem sob o argumento falacioso da maioria, haja vista que, se são atribuídos a todos os cidadãos são, portanto, fundamentais e, em assim sendo, impossíveis de serem discriminados⁵:

A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos por meio daquilo que no parágrafo 26.4 chamei de “incorporação limitativa”, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos invioláveis, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto, mas limitado e condicionado⁶.

A Democracia, como se conhece no Brasil – vacilante se analisada na perspectiva garantista – utiliza o argumento da maioria, como forma de legitimação para uma mudança, ou de uma nova ordem, sabendo-se, evidentemente, que a mesma carece de base jurídica, e é preenchida muitas vezes, com a perversidade da força estatal⁷.

É através, portanto, das dez máximas latinas: *nulla poena sine crimine, nullum crime sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitae, nulla necessitae sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, e nulla probatio sine defensione*⁸, que os ditos aforismas que constituem o sistema garantista (SG) norteado por Ferrajoli consistam em uma:

[...] principiologia adequada para legitimação/deslegitimação de toda atuação penal, fornecendo mecanismo de avaliação da norma penal, da teoria do delito e da teoria da pena, bem como da teoria processual penal. Tais princípios correspondem às “regras do jogo” do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado o fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais⁹.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 792.

⁵ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. p. 41.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 793.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 794.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 91.

⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. p. 26.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ferrajoli dessa forma, batiza a democracia de “democracia substancial”, sendo aquela que é constituída de efetivas garantias¹⁰ e que passa, através desse marco teórico, à prática da legitimação da defesa substancial dos direitos fundamentais que a compõem – principalmente pela igualdade de direitos – que os limites penais e processuais democráticos irão a sua raiz estabelecer quais serão os futuros limites da Delação Premiada.

2. O caminho para a verdade processual dentro de um sistema penal garantista

A busca pela verdade dentro do processo é, sem dúvida, questão crucial na temática da delação premiada, vez que obviamente, a palavra do delator deverá ser investigada no cotejo das demais provas produzidas ou amealhadas nos autos (e fora dele, porque pode implicar outros, noutros autos), obedecendo, portanto, a uma estrita legalidade¹¹, como já visto no capítulo primeiro.

A verdade no processo e a sua busca, como dogmaticamente conhecemos, é, nas palavras de Ferrajoli, uma verdade formal, condensada pela “camisa de força” imposta por regras precisas e permeadas por fatos ou circunstâncias penalmente relevantes¹², dentro do processo, de face dogmática e positivista.

Justamente nesse ponto reside o seu problema, haja vista que esta pretensa verdade está, de fato, formalmente domesticada nos procedimentos do processo, à garantia da defesa, a sua probabilidade e não a sua certeza irretorquível, aos rituais da técnica da produção da prova¹³, dentre outros aspectos.

De fato, e a toda evidência, trata-se de uma pretensão em perfeita correspondência à previsão legal dos fatos concretos e da prova produzida e conhecida nos autos, mas que, em verdade, se aquele ator jurídico saísse da sua própria ilha, para que assim, tal qual

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 799.

¹¹ Se faz aqui o cotejo da relevância da estrita legalidade, como forma de prevalência desta garantia fundamental dentro do processo penal: “À idêntica finalidade corresponde o conjunto de dispositivos de garantia que integram a atual disciplina constitucional do processo; antes, os que regulam o estatuto do juiz; e, antes ainda, o mesmo princípio de legalidade, que em matéria penal deve ser entendido de maneira particularmente exigente, como estrita legalidade. Uns e outros estão idealmente orientados a assegurar que a verificação do caráter eventualmente delitivo de uma conduta possa fazer-se com o menos custo para as pessoas afetadas. E dentro de certos limites, cujo respeito é dondício de validade dos atos. Por outro lado, o processo de aquisição de conhecimento sobre ações de pessoas concretas que se desenvolve no marco de procedimento criminal, responde ao paradigma do contraditório. Ou o que é o mesmo, se realiza através de uma atividade controvertida e dialógica, que os sujeitos implicados nela protagonizam, e perante um observador imparcial que é quem a tem que decidir. Isto ocorre com o fim de assegurar que a imposição da pena legal seja consequência necessária nos casos em que resta comprovado que um sujeito tenha sido realmente o autor de uma ação descrita na lei como delito. Portanto, é algo que singulariza a sentença penal como ato de poder do Estado, a pena tem que haver sido precedida de uma atividade de caráter cognoscitivo, de um *standard* de qualidade tal que permita ter como efetivamente produzido na realidade o que se afirma como tal nos fatos que se dizem provados. Quer dizer, é verdade que Fulano realizou a ação pela qual está sendo condenado”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 48.

¹³ A encruzilhada que é imposta através da prova e a eterna busca pela verdade equivocadamente talvez acreditada através desta técnica é questionada por Carnelutti: “É necessário partir, para entender, da parcialidade do homem. Cada homem, dissemos, é uma parte. Precisamente por isto nenhum homem chega a alcançar a verdade. Aquela que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela[...]”.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do Processo Penal. São Paulo: Conan, 1995, p. 37.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

nas palavras de Saramago, transcendesse a si mesmo para que desse modo, pudesse se ver¹⁴ – aí, nesse momento, enxergaria muito além do senso comum teórico, chegando à conclusão de ser “uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico”¹⁵ a verdade real contida nos “manuais” de processo penal.

A par disso, grande parte da doutrina brasileira insiste em crer que o processo penal é balizado na verdade material, sem que se tenha em conta que a forma como é conduzida, de fato, não corresponde “à” verdade, pois:

[...] não se dá conta que esta ideia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não de “uma verdade”, não são poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar. Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito¹⁶.

Com efeito, o uso da linguagem como ferramenta epistemológica para se chegar à atribuição ou não do que seja verdadeiro passa a ter papel essencial a um processo que se pretende seja cognoscitivo, a começar pelo texto produzido pelo legislador¹⁷.

Quanto maior for o rigor descritivo da linguagem do legislador, maior será a forma com que o rigor se transportará também para a atividade processual – e na busca da verdade pela prova -, ao passo que, em não havendo termos descritivos precisos, se passará de juízo de fato para um juízo de valor, sujeito, assim, a um decisionismo infectado por uma atribuição de qualidade, que ficará apenas entre a verdade e a falsidade, ou seja, fatalmente no limbo¹⁸.

E é, de certa forma, que, nesse limbo, se perpassam também os sistemas penais admitidos e existentes dentro do processo penal brasileiro, quais sejam: o inquisitório e

¹⁴ SARAMAGO, José. O conto da ilha desconhecida. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 22.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 49.

¹⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Disponível em: <www.direitofranca.br/download/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005.doc. Acesso em 24 de jun. 2007>.

¹⁷ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. p. 132.

¹⁸ Assim é: “Quando o Código Penal se serve de enunciados assertivos (por exemplo, ‘o que mata’, para definir o homicídio), cujo conteúdo é um suposto de fato de caráter inequivocamente empírico, possibilita, de uma parte, a investigação observacional das condições da morte concreta que é objeto do processo, através do exame dos elementos processuais obtidos pelas distintas fontes de prova; e, depois, a adequada verbalização e comparação dos resultados desse exame. Em vista desses, se poderá chegar a afirmar, com (expressão do) fundamento probatório, que é verdade que ‘Fulano matou intencionalmente a Cicrano’; fazê-lo sem risco prático de erro para o interlocutor sobre o sentido da assertiva; e concluir que essa é a conduta tipificada naquele preceito. Sempre se dá essa precondição de rigor descritivo na linguagem legislativa, se faz possível, inclusive se facilita e se promove, de maneira eficaz, o emprego desse mesmo *standard* de rigor nos demais momentos do desenvolvimento da atividade processual. Em troca, se no ponto de partida desta situam-se termos não descritivos (por exemplo, ‘a finalidade de subverter a ordem constitucional’, quer dizer, a atribuição da qualidade de subversivo, ou seja, um termo valorativo, como elemento qualificador de determinados atos), o resultado é justamente o oposto. Porque o lugar do fato o ocupa um juízo de valor, e a determinação da concorrência ou não desse elemento, sobretudo em certos casos, implica no confronto de puras valorações e o mesmo enunciado no qual se expressa a decisão final implicará uma atribuição de qualidade compatível ou incompatível, mas, em si mesma, nem verdadeira, nem falsa”. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. p. 133.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

acusatório, e que diante da dinâmica do direito, modelos outros adquiriram parcialmente a característica de um ou outro, sendo os sistemas mistos, sem que haja, contudo, um terceiro gênero¹⁹.

As garantias penais (SG) colocadas por Ferrajoli são, neste momento, aliadas às garantias processuais (acusação, prova e defesa) que, em seu conjunto, são denominadas de “verdade processual”²⁰, que se apresenta tanto em um quanto em outro sistema²¹.

Historicamente, o juiz inquisidor se encarregava de acusar e julgar, mantendo-se numa posição de superioridade - e por lógico, de desigualdade - perante o acusado, sendo o procedimento secreto, escrito e obviamente, sem contraditório²².

A motivação do juiz no sistema inquisitório é mais evidente na medida em que ele “congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção”²³, ou seja, conduz o processo de forma personalista²⁴, enquanto que, em regra, no sistema acusatório, a passividade se impõe no perfil do juiz, separado do acusador e da defesa²⁵, passando ao largo - em tese - de um impulsividade (pré) determinada:

No modelo Inquisitório: a) o julgador é permanente; b) não há igualdade de partes, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal. p. 134.

²⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal. p. 134.

²¹ Sobre os dois sistemas, vale trazer à colação: “A distinção atual entre sistemas processuais penais tem despertado muita discussão, desde os elementos conformadores de um sistema, até à ideia de que não existe sistema processual penal genuíno, puro. A dificuldade conceitual origina-se do próprio princípio ontológico de sistema na área do processo, na medida em que não é possível aplicar-se os conceitos luhmanianos de sistema. Pode-se aliar a esta dificuldade a ausência de uma teoria geral do processo penal, a carência de desenvolvimento científico, o utilitarismo e funcionalismo do processo penal como instrumentos do poder político para o controle social, bem como o surgimento da concepção moderna de Estado Democrático de Direito que consolidou um sistema de garantias penais e processuais. O antigo e secular traço fundamental que delimita os sistemas – acusatório e inquisitório – através da separação da figura do órgão acusador e julgador está completamente superado. Em nenhum Estado de Direito pode-se admitir que o mesmo órgão que julga possa promover a acusação. Sob este aspecto, o sistema inquisitório estaria extinto na atualidade, todavia não é isto o que ocorre na maioria dos países ditos democráticos, que ainda se utilizam do modelo inquisitório. Vários elementos devem ser levados em conta para configurar-se um sistema processual penal: delimitação do campo acusatório, direito de refutação da imputação, tratamento dispensado ao réu durante a instrução, considerando a dignidade da pessoa humana, direito de defesa ampla, autodefesa, direito à última palavra (ser interrogado ao final da instrução), direito de refutação da imputação, contraditório, juiz natural, poderes instrutórios conferidos ao juiz na busca da malfadada verdade real, sistema probatório, fundamentação da decisão judicial, entre outros”. THUNS, Gilberto. O mito sobre a Verdade e os Processuais; Carvalho, Salo de (org.). Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 153.

²² NICOLITT, André Luiz. As subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 72.

²³ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal. p. 135.

²⁴ A forma pessoal como o juiz pode conduzir o processo e a gestão da prova, é colocada como a evidência de uma situação de afronta às garantias, habilmente demonstrado por Prado: “[...] convém assinalar que, no modelo inquisitório, o princípio é justamente o oposto, refletindo a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma remarca Gomes Filho, como a liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório, e não na sua real e histórica dimensão de valoração desvinculada de regras legais, mais incidente sobre um material constituído por provas admissíveis e regularmente incorporadas ao processo”. PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

²⁵ NICOLITT, André Luiz. As subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal. p. 73.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

superioridade sobre o acusado; c) a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta; d) é escrito, secreto e não contraditório; e) a prova é legalmente tarifada; f) a sentença não faz coisa julgada; e g) a prisão preventiva é a regra. Já no modelo Acusatório: a) o julgador é uma assembléia ou corpo de jurados; b) há igualdade das partes, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória; c) nos delitos públicos, a ação é popular, e nos privados, de iniciativa dos ofendidos; d) o processo é oral, público e contraditório; e) a análise da prova se dá com base na livre convicção; f) a sentença faz coisa julgada; e g) a liberdade do acusado é a regra²⁶.

O limite democrático, na linha exposta que divide o perfil de cada sistema acima, é condição indispensável na busca das garantias, sejam as de direito (SG) ou as que devam existir dentro do processo, no caso, também da fronteira que irá definir o uso da delação premiada.

O cotejo de toda a persecução criminal, seja dos indícios suscitados na fase policial investigatória, ou ainda naquela prova submetida obrigatoriamente ao crivo do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, entre outros princípios processuais não menos importantes, deverá ser sempre a mola mestra da aplicação da sanção com a admissão primeira da prevalência dessas garantias, pontuada por Ferrajoli:

[...] pode-se chamar acusatório todo o sistema penal que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa²⁷.

O discurso da verdade do modelo garantista e a sua incessante busca nos meandros do processo deverá ser sempre antecedida, de uma análise para constatação se efetivamente as partes estão no mesmo plano de igualdade²⁸.

Condensada deve ser a prova com outros elementos de conhecimento dentro do processo, e, no caso, o teste do delator não deverá ser analisado isoladamente, mas no conjunto de outras provas – aí é que reside a igualdade e o equilíbrio processual -, eis que não poderá ser aceito sem o rigor da investigação de sua ou não credibilidade:

La credibilidad de un testigo tampoco es una verdad tautológica, sino algo que admite discrepancias respecto a su valoración que, em última instancia, es el resultado de la experiencia, del conocimiento psicológico, de factores personales y profesionales, del nivel intelectual o moral Del testigo; todo ello valorado por el juzgador em un determinado contexto, teniendo en cuenta también las declaraciones por otras fuentes de información, etcétera²⁹.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal. p. 135.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 799.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 106.

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. p. 110.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

E nesse diapasão que não se pode olvidar que a busca da verdade do modelo garantista encontra o seu freio no Estado Democrático de Direito: em nenhum caso, se deve pretender o alcance da verdade a qualquer custo³⁰, pois deve essa mesma verdade estar associada sempre à estrita legalidade optada pelo garantismo.

Ferrajoli sustenta que é através da estrita legalidade que se consubstancia o outro marco teórico, e que através dela se pode alcançar um tratamento legítimo da gestão da prova, um mínimo de sustentação processual das garantias:

[...] só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos. [...] uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais³¹.

A legitimidade com que o magistrado busca essa verdade, não na forma daquela velha máxima “dai-me os fatos que lhe dou o direito”, mas, sim, a contínua interrogação de como se deram os fatos para se conhecer do direito, passa a ser o parâmetro de um sistema penal garantista³², limitando-se sempre a “elucidar, de maneira unívoca e precisa, o significado do termo ‘verdadeiro’, como predicado metalinguístico de um enunciado”³³.

E é dentro de um poder discricionário que avilta tais garantias, a desigualdade e a desproporcionalidade das partes em um processo, juntamente com o decisionismo presente na prática judicial, força através do garantismo, que se busca a verdade garantista aliada à cautela na prática epistemológica processual, estabelecendo, dessa forma, critérios seguros de racionalidade na sua aplicação:

Assim, faz parte do sentido e do uso comum afirmar que uma testemunha disse a verdade ou mentiu, que é verdadeira ou falsa a reconstrução de uma situação proporcionada pela acusação ou por uma alegação da defesa e que uma condenação ou uma absolvição é fundada ou infundada, segundo seja verdadeira ou falsa a versão dos fatos nela contida e sua qualificação jurídica. O conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais puramente decisionistas, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional³⁴.

Não se pode olvidar que a busca da verdade, no caso em comento, é, na verdade uma “verdade forense”³⁵, aquela que, em razão da sua formalidade já dita, não se coaduna com a realidade dos fatos, tornando-se, portanto, uma meia verdade, uma verdade incompleta, ou até uma não verdade ao se admitir que há, de certa forma, um simbolismo arraigado na lei penal, no processo, materializado na interferência do braço estatal e no uso abusivo de leis inválidas vigentes, como forma de açodar os direitos fundamentais.

³⁰ CONDE, Francisco Muñoz. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. p. 112.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 38.

³² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 49.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 52.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p. 50.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. p. 112.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Há que se ter, sem embargo desses direitos fundantes e constitucionalmente positivados, a busca pela verdade material de face garantista, com assunção suprema na sua inalienabilidade e irrenunciabilidade, sendo, portanto, o preço que se irá pagar por um processo penal que respeita todas as garantias que são a face de um Estado Democrático de Direito³⁶:

El proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido³⁷.

No caso em particular, da delação e a valoração da prova na forma da confissão do delator, é como se sabe um açoite às garantias:

[...] Quanto ao valor da prova, contudo, um sintoma – sim, na verdadeira acepção da palavra – tem-se demonstrado cada vez mais freqüente: a utilização do instituto da delação premiada, sob o frágil argumento – porque é fundado na premissa de uma investigação deficiente – de que é mais fácil extrair o *modus operandi* de uma organização criminosa do que esperar seja ele revelado pela vontade espontânea de algum suposto membro: para isto, é inegável, algum benefício deve ser oferecido em troca. “Prêmios” pela delação e confissão não são incomuns na legislação e podem ser encontrados facilmente, e suas origens remontam, à evidência, a uma ideia de expiação pelo mal cometido³⁸.

Por fim, os limites democráticos impostos por um Estado Democrático de Direito são correspondentes à verdade material que se pretende frente a uma verdade formal sujeita ao paulatino desgaste das garantias fundamentais prometidas na Constituição.

A sua observação e submissão traduzem, indelevelmente, o sentimento de legitimidade da atuação do juiz, no caso, na gestão da prova e no seu uso predominantemente racional, haja vista o risco do excesso sempre eminente da discricionariedade, ainda mais em se tratando de declarações concedidas espontaneamente ou não – o que é ainda pior – no ápice de uma pressão pública a dar respostas “eficientes” na troca por meios não-democráticos e não garantistas de perseguição criminal, suprimindo a omissão e o desinteresse investigativo do Estado, na atribuição da delação como solução de economia processual³⁹, ou mesmo um “fast-food” para a conclusão de sua responsabilidade⁴⁰.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. p. 112.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. p. 117.

³⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. p. 93.

³⁹ Miranda Coutinho afirma: “Como em toda luta, há uma relação economicista entre custo-benefício, na qual é sintomático que as garantias dos acusados se mostram com o maior empecilho na pronta prestação jurisdicional, na ‘eficiência’ da justiça criminal”. MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. p. 92.

⁴⁰ O cuidado na gestão da prova pelo juiz, é fielmente associado por Ferrajoli como elemento relevante no trato de sua busca, sob pena de sua subversão, e, portanto, sujeito à injustiças: “A imagem proposta por Beccaria do juiz como ‘investigador imparcial do verdadeiro’ é, sob este aspecto fundamentalmente ingênua. Não é uma representação descritiva, mas uma fórmula prescritiva que equivale a um conjunto de finalidades externas à investigação do verdadeiro, a honestidade intelectual que, como em qualquer atividade de investigação, deve encerrar o interesse prévio na obtenção de uma determinada verdade, a atitude ‘imparcial’

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

É comum, portanto, o processo penal brasileiro ainda possuir o *ranço inquisitório* do nosso mofado Código de Processo Penal de 1941 que influencia até hoje decisões em todo o país nos mais diversos tipos penais.

De igual forma e em muitas situações, o *prende e solta* destacado por setores midiáticos não deixam de denunciar tanto a precariedade da prova produzida no inquérito, como posicionamentos de tribunais superiores que reformam despachos/sentenças arbitrárias aplicadas ao arrepio das garantias constitucionais mínimas aceitáveis, o que é extremamente grave.

3. *Blitzkrieg* e Delação Premiada no Brasil

O Império Nazista criou uma formidável estratégia militar vencedora de guerras que combinava velocidade, surpresa e medo, a *Blitzkrieg* (literalmente “guerra-relâmpago”). Referida tática envolvia unidades de tanques leves, apoiadas por aeronaves e infantaria, abrindo caminho através das linhas inimigas e rumando rapidamente para capturar objetivos antes que o inimigo tivesse tempo de reagrupar-se. O sucesso nos primeiros anos da guerra foi imediato⁴¹.

Os três pilares da técnica concebida por Hitler – velocidade, surpresa e medo – pode ser perfeitamente associada ao presente texto se analisarmos a forma, justificativa e o resultado do instituto da delação premiada recentemente aplicada para casos ligados ao combate à corrupção no Brasil.

Já havia publicado em 2011 uma versão atualizada e expandida de minha dissertação de mestrado sobre delação premiada⁴², momento em que pude demonstrar as reflexões ao modelo extremamente controvertido ainda mais quando analisado atualmente pelo horizonte do processo segundo a *teoria dos jogos (dilema do prisioneiro)*⁴³, proposto naquela obra de Alexandre Morais da Rosa.

a respeito dos interesses das partes em conflito e das distintas reconstruções e interpretações dos fatos por elas sustentadas, a independência do juízo e a ausência de preconceitos no exame e na valoração crítica das provas, além dos argumentos pertinentes para a qualificação jurídica dos fatos por ele considerados provados. Todas essas atitudes são certamente indispensáveis para dar vida ao modelo de processo que Beccaria denominava ‘informativo’ (e que aqui tenho chamado de ‘cognitivo’), em oposição ao que ele chamava de ‘ofensivo’, onde, ‘o juiz se torna inimigo do réu’ e ‘busca apenas o delito no encarcerado. Vale-se de artifícios e acredita ter perdido se não alcança o seu intento, em prejuízo daquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas’. Mas aquelas não bastam para excluir por completo a subjetividade do juízo. Mais além das alterações desonestas e partidárias do verdadeiro, na realidade são possíveis e em certa medida inevitáveis as deformações involuntárias, devidas ao fato de que toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e adescuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente um certa dose de preconceito”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. p. 59.

⁴¹ CAWTHORNE, Nigel. *Blitzkrieg: o plano estratégico de Hitler para conquistar a Europa*. São Paulo: M. Books, p.6.

⁴² VALLE, Juliano Keller do. *Crítica a Delação Premiada: uma análise através da Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A comparação do uso das prisões temporária e preventiva (*velocidade e surpresa*) como táticas de aniquilamento e seus mecanismos de pressão cooperativa (*medo*) no campo das delações brasileiras com a *Blitzkrieg* é inevitável.

Entendo modestamente que a forma (contrária ao processo penal democrático pós 1988), a justificativa (política e midiática) e o resultado (prisões cautelares conjugada com um suposto apoio popular) de inúmeras delações apresentadas por indiciados/acusados sem o devido *filtro das garantias* podem contaminar de forma irreversível não só o sistema acusatório que ainda não alcançamos na totalidade, mas desviar o eixo democrático que ainda vivemos.

Se a reprodução dos fatos no processo na forma tradicional como conhecemos já é problemática, o que diremos da ‘verdade’ apontada por aquele que é pressionado a delatar?

É bom lembrar que (ainda) existe revisão criminal.

Aprendemos na universidade que *juiz não é parte* e que a prova produzida de ofício o faz muito mais próximo do inquisidor - de triste memória -, do que do *juiz garante*, assim como qualquer quebra as regras do *jogo processual*, o torna nulo.

Biltzkrieg, Delação Premiada e Juiz ‘Batman’ de um lado e eu(réu) do outro. Afinal, quem ‘me salva da bondade dos bons’?

A CRISE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Leandro Gornicki Nunes

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado.

RESUMO: O presente texto tem por objetivo demonstrar a total crise das medidas de segurança na legislação penal brasileira, a partir de um marco crítico-constitucional, apresentando as modificações legais necessárias para o devido tratamento da matéria relacionada aos indivíduos incapazes de culpabilidade ou inimputáveis, sem as influências da ideologia de defesa social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Capacidade de Culpabilidade – Medida de Segurança – Crise.

ABSTRACT: The present text has for objective to demonstrate the total crisis of the measures of security in the Brazilian criminal legislation, from a critical-constitutional landmark, presenting the necessary legal modifications for the adjusted treatment of the substance related to the individuals incapable of culpability or non-imputables persons, without the influences of the ideology of the social defense.

KEY-WORDS: Criminal Law – Capacity of Culpability – Measured of Security – Crisis.

RIASSUNTO: Questo lavoro ha per oggetto dimostrare la totale crisi delle misure di sicurezza nella legislazione penale brasiliana, da un marco critico-costituzionale, presentando le modificazioni legali necessarie per il giusto trattamento della materia relativa agli individui incapaci di colpevolezza o dei inimputabili, senza le influenze dell'ideologia di difesa sociale.

PAROLE-CHIAVI: Diritto Penale – Capacità di Culpabilità – Misura di Sicurezza – Crise.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A impossibilidade de tratamento das medidas de segurança no âmbito do Direito Penal. 3. “Futurologia” e a ideologia de Defesa Social: o charlatanismo e o curandeirismo estatal. 4. O novo modelo assistencial em saúde mental e os seus reflexos nas medidas de segurança estacionárias no Brasil. 5. A incoerência lógica na fixação do prazo de duração das medidas de segurança. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Escola Clássica (século XVIII), a pena vem sendo vista como uma reação ao crime. Porém, com a Escola Positiva (século XIX), surgem as *medidas de segurança*, apoiadas na *periculosidade*, não só dos agentes com problemas mentais, mas, também daqueles dissidentes religiosos¹. Isso revela a importância do tema que, aparentemente, perdeu prestígio perante a mídia, mas que ganha relevância quando ouvimos discursos postulando a ampliação do espectro dessas medidas, representando uma grande ameaça às garantias individuais e à liberdade.

¹ BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 211.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Analiticamente, o *crime* ou *fato punível* é definido pela literatura penal ocidental como sendo a *conduta típica, antijurídica e culpável*. Portanto, a *culpabilidade* é um elemento constitutivo do conceito *analítico* de fato punível, de modo que a sua ausência implica, logicamente, inexistência deste. A conduta humana (ação ou omissão de ação) somente dará ensejo à aplicação de *penas criminais* quando, dentre outros requisitos, o agente que a praticar for *capaz de culpabilidade* (imputável). Em caso contrário, tal conduta não será reprovável e, portanto, não será passível de punição por meio de uma *pena criminal*. Nos casos em que o agente delituoso é *incapaz de culpabilidade*, a legislação penal brasileira determina – retoricamente – que sejam aplicadas *medidas de segurança*², em face da sua *periculosidade criminal*. Em síntese, havendo *culpabilidade*, aplica-se *pena criminal*; ao contrário, havendo *periculosidade criminal*, aplica-se *medida de segurança*. Trata-se do sistema *dualista alternativo*³.

Costumeiramente, afirma-se que a *pena criminal* é uma sanção intimidatória e aflitiva para reprimir o crime cometido, e, a *medida de segurança* consiste numa sanção preventiva para impedir uma futura ação delituosa. Por isso, a *pena criminal* é aplicada em uma quantidade fixa (que não pode ser superada durante a execução), enquanto que a *medida de segurança* tem apenas uma duração mínima, podendo perdurar indefinidamente, desde que persista a *periculosidade* do sujeito⁴.

Partindo-se dessas premissas, o presente ensaio irá trabalhar a (im)possibilidade de se dar tratamento penal aos fatos puníveis praticados por agentes *inimputáveis*, em face de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que, ao tempo da ação ou omissão, eram *inteiramente* incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26). Além disso, o trabalho irá explorar os fundamentos metodológicos das medidas de segurança, demonstrando a sua inconsistência e inconstitucionalidade: inconsistência pela simples razão de não existir qualquer método científico capaz de permitir a previsão do comportamento dos indivíduos (in)imputáveis, e, ainda, por não terem a capacidade de promover uma transformação nas condutas antissociais dos inimputáveis para os padrões da *normalização* (Foucault); inconstitucionalidade, porque ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Também serão objeto de apreciação as modificações no modelo assistencial em saúde mental e os seus reflexos na execução das medidas de segurança *estacionárias* no Brasil. A incoerência na fixação do *prazo mínimo* das medidas de segurança será o último aspecto de alta indagação a ser abordado no presente ensaio, onde se demonstrará a carência lógica no tratamento legal e na apreciação do tema por parte dos Tribunais do país.

² Algumas legislações no mundo fazem uma distinção entre medidas de segurança pessoais e patrimoniais. É o caso de Itália. Porém, neste ensaio, trabalharemos apenas as medidas de segurança pessoais.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 637.

⁴ PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008. p. 342.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Analiticamente⁵, o fato punível ou crime, pode ser definido como uma conduta, típica, antijurídica e culpável⁶, ou seja, um comportamento humano, definido como criminoso na legislação penal, praticado sem qualquer justificação e, reprovável, merecendo o agente uma punição. Segundo a dogmática penal, o fato punível é composto por duas categorias básicas: o tipo de injusto e a culpabilidade. O tipo de injusto é composto por conduta humana, tipicidade e antijuridicidade. Por outro lado, a culpabilidade, dependeria da capacidade de culpabilidade/imputabilidade, do conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta conforme o direito. Assim, a culpabilidade é, sem dúvida, um elemento constitutivo do fato punível⁷. Ocorre que, no Brasil, provavelmente, fruto de uma errônea tradução de trabalhos estrangeiros, alguns autores entendem que a culpabilidade seria mero “pressuposto da pena”, evidenciando uma confusão entre culpabilidade e punibilidade⁸. De qualquer modo, a ausência de um dos elementos apontados como constitutivos do conceito analítico de fato punível, inclusive a culpabilidade, implica inexistência de punibilidade.

O art. 26, caput, Código Penal (com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, há incapacidade de culpabilidade nesses casos.

Dessa forma, quando os autores de um tipo de injusto são inimputáveis, não haverá crime, não havendo qualquer razão para a manutenção das medidas de segurança no âmbito do Direito Penal. Cabe frisar que isso não implica eliminação do devido

⁵ Segundo Juarez Cirino dos Santos, as definições de *fato punível* podem ser: a) *Real*: explica a sua gênese social, delimitando o objeto de estudo da criminologia; b) *Material*: indica a gravidade do dano social do fato punível; c) *Formal*: o fato punível é visto como mera violação da norma legal, acompanhado de uma pena; d) *Analítica*: identifica os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas. In SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... p. 71-72.

⁶ Muitos penalistas ainda falam da *punibilidade* como um elemento integrante do conceito analítico de fato punível, uma vez que há *condições objetivas de punibilidade* (p. ex.: CP, art. 7º, §2º; art. 122) e *fundamentos excludentes da pena* (p. ex.: CP, art. 121§5º; art. 348, §2º; art. 181). Porém, somos filiados ao pensamento de Mir Puig, segundo o qual tais condições objetivas de punibilidade ou fundamentos excludentes da pena não impedem a antijuridicidade e a culpabilidade do fato punível, mas, tão-somente, impediriam, por razões de política criminal, a punição (In MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 150).

⁷ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956; MAURACH-ZIPF. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994; MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penal*: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006; PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸ Ver: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1. p. 113-114; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. V. 1. p. 84; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1. p. 149.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

processo legal para a necessária apuração da (in)sanidade mental do acusado ou da presença de eventuais causas de exclusão da antijuridicidade (cf. *infra* conclusão).

Em relação aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único), por ser aplicável pena criminal – diminuída –, não haveria qualquer modificação no tratamento da matéria, permanecendo ela nos lindes das ciências criminais.

3. “FUTUROLOGIA” E A IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL: O CHARLATANISMO E O CURANDEIRISMO ESTATAL

Carl Stoos, ao desenvolver o Anteprojeto de Código Penal suíço de 1893, formulou de modo completo um sistema de medidas de segurança anexo ao sistema de penas, sendo que, desde o início, os riscos e incertezas de uma reação penal associada, exclusivamente, à personalidade do delinqüente, eram manifestos em relação aos princípios básicos de um Estado de Direito⁹.

O mecanismo delineado para as medidas de segurança está fundado numa *presunção de periculosidade*, fato que representa uma violação da cláusula pétrea de *presunção de inocência* (CR, art. 5º, LVII), evidenciando a crise das medidas de segurança, por falta de instrumentos idôneos para a formulação em sede judicial de um prognóstico de *periculosidade*.

Welzel afirmava que a função de proteção jurídica da pena está limitada pela retribuição justa à violação do direito pelo autor que age de modo culpável, não contemplando a *periculosidade* de certos delinqüentes, que superam a *culpabilidade* individual. Em tais hipóteses, segundo o penalista alemão, a pena deve ser completada com medidas de segurança, cuja base não é a *culpabilidade*, senão a *periculosidade*, cabendo a elas a promoção de segurança à comunidade, em face das violações ulteriores do direito, já esperadas da parte desses indivíduos. Assim, o fato cometido assume um valor puramente de conhecimento e de sintoma da *periculosidade* comum ao autor, não servindo para classificar ou delimitar as medidas de segurança. Tais funções caberão à *periculosidade* do agente¹⁰. Trata-se de um discurso que se aproxima do *paradigma positivista lombrosiano*¹¹ e da *ideologia de defesa social*¹².

Marinucci e Dolcini afirmam que a *periculosidade social* é a probabilidade (e não a mera possibilidade) de um sujeito cometer no futuro novos crimes, devendo ser articulada pela análise da *personalidade do sujeito* e de um *prognóstico criminal*,

⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. V.1. p. 528-529.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 240-241.

¹¹ Segundo Baratta, a *criminologia positivista*, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, é fruto da Escola Positiva italiana, cujos principais representantes são Lombroso, Ferri e Garofalo, criou teorias patológicas da criminalidade, fundadas em características biológicas e psicológicas que diferenciam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, negando o livre-arbítrio mediante um rígido determinismo. Assim, pretendia tal escola penal individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). In BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 29-40.

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 41-48.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

formulado a partir daquela¹³. Tal construção doutrinária, embora criticável, está baseada na exegese dos arts. 133 e 203, ambos do Código Penal italiano¹⁴, que faz referência aos critérios para o estabelecimento da *periculosidade social*.

No Brasil, apesar de terem surgido no Projeto Sá Pereira com o nome de “medidas de defesa social”¹⁵, as medidas de segurança ingressaram no cenário legislativo somente no ano de 1940 e – embora os legisladores não tenham consciência da questão –, *acertadamente*, não há qualquer disposição legal definindo o que é *periculosidade social* ou *criminal*, sendo a expressão utilizada indiscriminadamente por nossos doutrinadores, a partir da *probabilidade* de comportamentos futuros perigosos¹⁶.

O acerto na ausência de um conceito ou de critérios definidores da *periculosidade social* e *criminal* em nossa legislação decorre, com todo respeito ao pensamento contrário, do fato de não haver como defini-la cientificamente, ainda mais se o seu ponto de partida for a *personalidade do sujeito*, algo indefinível para a psicologia e para a psicanálise, a partir de Freud e Lacan e da descoberta do *inconsciente*, essa categoria do psiquismo humano cujos limites e contornos são desconhecidos¹⁷. Pontualmente, é perfeita a crítica de Carlos Castilla Del Pino:

Un abuso extremo de esta hipervaloración del diagnóstico se lleva a cabo cuando, no habiendo lugar para un diagnóstico clínico – es decir, la detección de síntoma de una psicosis –, se recurre al diagnóstico de la personalidad. Aquí la ambigüedad es tal que conviene decir que el uso del sustantivo “diagnóstico” es completamente inapropiado para la definición de una “personalidad” (es sintagma *diagnóstico de personalidad* tiene otro sentido: se usa cuando, a través de pruebas proyectivas, se barajan distintos parámetros de la personalidad; y aun así, y con toda la laxitud de que se es consciente que adolece, cada vez se emplea menos). Pretender que se hace un diagnóstico cuando se habla de “personalidad esquizoide”, pongamos por caso, para traerlo a colación a propósito de

¹³ MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale...*, p. 576-577.

¹⁴ ITÁLIA. *Regio Decreto* n. 1398, de 19 de Outubro de 1930: “133 *Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena*. Nell’esercizio del potere discrezionale indicato nell’articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell’azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale familiare e sociale del reo”; “203 *Pericolosità sociale*. Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell’articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell’art. 133”.

¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. V. 1. p. 297.

¹⁶ Ver: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1959. V. 1, T. 2. p. 594 e 603; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, p. 300; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1. p. 626; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1. p. 746; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal...*, p. 535-536. Fernando Capez, afirma que a “periculosidade é a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental (In CAPAZ, Fernando. *Curso de Direito Penal...*, p. 429). Porém, todos os seres humanos, (in)imputáveis têm potencial para a prática de ações lesivas, não sendo característica específica dos doentes mentais. Pensar o contrário é concretizar um imperdoável preconceito.

¹⁷ Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 562-563.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

determinada actuación, es una falacia. Ningún psiquiatra serio daría validez a calificaciones de este tipo, como no se le dan a las de “temperamento sanguíneo”, “flemático” y afines, que la precedieron en el tiempo, y que son tan absolutamente acientíficas como las de esquizoide, cicloide, epileptoide, etcétera”¹⁸.

Em outras palavras, não há uma base epistemológica que permita a definição de periculosidade e, consequentemente, para a sustentação das medidas de segurança.

Numa análise prática da questão, é facilmente demonstrável que os juízes não possuem conhecimentos de psicologia, antropologia ou psiquiatria para definirem a personalidade dos agentes, sendo as sentenças, via de regra, recheadas por recursos retóricos vagos e imprecisos, encobridores de idiosincrasias e preconceitos; nulas, por não permitirem a *refutação das hipóteses*, ferindo o princípio do *contraditório* (CR, art. 5º, LV), e, finalmente, por desprezarem a *secularização* do direito e o respeito à liberdade (CP, art. 5º, II)¹⁹. Cabe ressaltar, também, que a nossa legislação infraconstitucional, ao deixar de definir critérios para a realização do *diagnóstico da periculosidade* e da *prognose criminal*, impede que os juízes realizem essa tarefa, sob pena de violação ao princípio da *legalidade* ou *reserva legal* (CR, art. 5º, XXXIX).

Não se pode delimitar a periculosidade. Por isso, o Estado não pode difundir uma crença de cura que ilude os incautos. Não há legitimidade e, historicamente, sabe-se que tal ferramenta serve aos interesses daqueles que exercem poder²⁰.

Com efeito, Thomas Szasz, explica que

O que denominamos Psiquiatria contemporânea e dinâmica não é um progresso notável com relação às superstições e práticas das caças às bruxa, segundo a interpretação dos propagandistas da Psiquiatria contemporânea, nem um retrocesso com relação ao humanismo do Renascimento e ao espírito científico do Iluminismo, tal como pensam os românticos tradicionalistas. Na realidade, a Psiquiatria Institucional é uma continuação da inquisição. O que mudou foi apenas o vocabulário e o estilo social. O vocabulário se ajusta às expectativas intelectuais de nossa época: é um jargão pseudocientífico que parodia os conceitos da ciência. O estilo social se ajusta às expectativas políticas de nossa época: é um movimento social pseudoliberal que parodia os ideais de liberdade e racionalidade”²¹.

Compete ao Estado, utilizando-se dos conhecimentos da psiquiatria, tão-somente, responder se, ao tempo da ação ou omissão delituosa, havia alguma doença mental ou oligofrenia responsável pela inteira incapacidade do agente em reconhecer o caráter ilícito da sua conduta ou de portar-se conforme esse entendimento (CP, art. 26).

A partir do reconhecimento da completa *ilegitimidade* do fundamento das medidas de segurança (leia-se: da periculosidade), e da completa *falibilidade* dos meios curativos

¹⁸ CASTILLA DEL PINO, Carlos. El Informe Psiquiátrico Penal. *Jueces para la Democracia*. Madrid, a. 13, n. 2, p. 55-61, maio 1991.

¹⁹ CARVALHO, Lumen Juris, 2004. p. 53-61.

²⁰ V. FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.

²¹ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento de saúde mental*. Trad. Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976, p. 56.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

propostos, podemos afirmar que a aplicação dessa sanção penal decorre daquilo que chamaremos de “futurologia”, ou seja, apesar de não existirem meios capazes de apurar se um *inimputável* irá (ou não) praticar algum *tipo de injusto*, o Estado permanece trancafiando essas pessoas em masmorras muito mais insalubres que aquelas do medievo, propalando uma periculosidade, sob os auspícios da defesa social, cuja maneira de agir representa, literalmente, a prática de crimes contra a saúde pública: o charlatanismo²²(CP, art. 283) e o curandeirismo (CP, art. 284).

Tratando desses crimes, Magalhães Noronha ensina que o *charlatanismo* tem como núcleo do tipo a ação de inculcar (indicar, propor, recomendar com elogio, aconselhar, apregoar) ou anunciar (divulgar ou difundir) uma cura por meio secreto ou infalível, tudo envolto em termos científicos, ludibriando os incautos. Em relação ao *curandeirismo*, esclarece que o curandeiro é “em regra o indivíduo boçal e místico, entregando-se a práticas grosseiras, cuja clientela, em sua maior parte – entenda-se – é composta de gente rude, ignorante e analfabeta que o respeita e teme, preferindo-o ao médico mais competente da localidade”²³.

Ainda que possam ser considerados *charlatões inconscientes*²⁴, o fato é que os agentes estatais que procuram definir os contornos da periculosidade de um inimputável ou que almejam estabelecer curas para determinadas doenças mentais estão agindo – *objetivamente* – de modo similar aos tipos penais previstos nos arts. 283 e 284, ambos do Código Penal, não configurando crime por simples ausência do tipo subjetivo: o dolo.

A situação fica pior quando a *incapacidade de culpabilidade* decorre de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como, por exemplo, a tríade oligofrênica: idiotia, imbecilidade e debilidade mental. É que, nessas hipóteses, a medicina demonstra que não há qualquer tratamento curativo, de modo que os agentes que praticam um *tipo de injusto* e, em face do problema mental, são, ao tempo da ação ou omissão, *inteiramente*, incapazes de entender o caráter ilícito do fato, jamais terão uma sentença reconhecendo a cessação de periculosidade (CP, art. 97, §1º), em face da completa ausência de perspectiva de cura. Infelizmente, aqui, forçoso é reconhecer a procedência do vaticínio de Flamínio Fávero: “Sem dúvida, o cogumelo precisa do terreno. O charlatão não surge sem a imbecilidade do meio”²⁵.

À guisa de arremate, como bem destacado por Paulo Queiroz, muito embora seja corrente tal posicionamento na doutrina, a *periculosidade* não serve como fundamento para a aplicação de medidas de segurança, pois, em atenção ao princípio da igualdade, em nenhuma hipótese será cabível tal providência se, na mesma situação, não couber a aplicação da pena por qualquer motivo (ausência de conduta, atipicidade da conduta, ausência de ilicitude ou culpabilidade). Em caso contrário, estar-se-á dando ao *inimputável* “um tratamento injusto, desigual e ofensivo aos princípios penais, os quais

²² Segundo Magalhães Noronha, “a expressão vem do italiano *ciarlare*, que significa falar muito, tagarelar, palrar etc. É o crime do ‘conversa fiada’, do que, com lábia, ilude os incautos, fazendo-os crer em curas milagrosas, em processos infalíveis etc”. In NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 4. p. 62.

²³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, p. 63-65.

²⁴ A expressão foi cunhada pelo Dr. Eugênio Cordeiro, na sua tese de doutoramento, defendida na Faculdade Nacional de Medicina, em 1917.

²⁵ FÁVERO, Flamínio. *Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Martins, 1945. V. 1. p. 198.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

devem ser aplicados com maior força de razões a tais pessoas, dado o maior grau de vulnerabilidade em que normalmente se encontram (a lei penal como a lei do mais débil)”²⁶.

4. O NOVO MODELO ASSISTENCIAL EM SAÚDE MENTAL E SEUS REFLEXOS NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ESTACIONÁRIAS NO BRASIL

A Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, trouxe significativas alterações no sistema de medidas de segurança, notadamente em relação às chamadas medidas de segurança *estacionárias* (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico).

Teleologicamente, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico deixa de ser um instrumento precípua de *proteção social* (natureza *preventiva*) e passa a ser permanentemente um instrumento de *terapia individual* (natureza *assistencial*), representando um avanço legal e um enfraquecimento da ideologia de defesa social. É que o tratamento a partir da referida lei “visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (Lei n. 10.216/2001, art. 4, §1º).

Em face das alterações promovidas pela referida lei, a internação psiquiátrica *compulsória*, que é determinada judicialmente (medida de segurança estacionária), somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (Lei n. 10.216/2001, art. 6º, III). Ocorre que a internação (voluntária, involuntária ou compulsória) só será realizada “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Lei n. 10.216/2001, art. 4, *caput*). Dessa forma, por ser uma disposição posterior e especial, pode-se afirmar que o art. 97, *caput*, do Código Penal, que determina a internação do agente inimputável, está *derrogado*. Afinal, independentemente do fato previsto como crime ser punível com pena de reclusão ou detenção, a internação somente poderá ocorrer de forma excepcional. Porém, quando o fato previsto como crime for punível com pena de detenção, jamais haverá internação, ou seja, preserva-se o disposto na segunda parte do art. 97, *caput*, do Código Penal.

Os direitos do internado não serão mais aqueles (não) previstos no art. 99, do Código Penal, mas, todos aqueles entabulados no art. 2º, da Lei n. 10.216/2001: a) acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde; b) tratamento humanitário e respeitoso, no interesse exclusivo de beneficiar a sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; c) proteção contra qualquer abuso e exploração; d) garantia de sigilo nas informações prestadas; e) atendimento médico a qualquer tempo para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; f) livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; g) recebimento do maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; h) tratamento em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; i) tratamento, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Para finalizar, cumpre lembrar que a nova lei proíbe a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características *asilares*, ou seja, aquelas desprovidas de serviços médicos, de assistência social, de recursos psicológicos,

²⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 437.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ocupacionais, de lazer e outros indispensáveis à integral assistência dessas pessoas (Lei n. 10.216/2001, art. 4º, §3º). Assim sendo, considerando a caótica situação dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico existentes no Brasil, que, apesar de não serem mais chamados de manicômios judiciais, continuam com a mesma estrutura física do século XX, violadora da dignidade humana (CR, art. 1º, III), inclusive, com superlotação, não deverão ser aplicadas e executadas tais formas de tratamento previstas na legislação penal. É preciso acabar com esse duplo espaço de *exclusão* e *violência*.

5. A INCOERÊNCIA LÓGICA NA FIXAÇÃO DO PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Se acolhidas as considerações apresentadas acima, indubitavelmente, seria despidianda a discussão em torno do *prazo de duração* das medidas de segurança. Entrementes, enquanto essas considerações não são incorporadas na legislação e na jurisprudência, ainda devemos tecer fundadas críticas às disposições do Código Penal.

Segundo o art. 97, §1º, do Código Penal, “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”. Referido dispositivo legal também determina que “o prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”. Extrai-se desta disposição legal que o agente capaz de culpabilidade (reprovável) terá uma pena cuja duração é estabelecida na sentença condenatória, enquanto que, o agente incapaz de culpabilidade (não-reprovável) não terá qualquer certeza a respeito do prazo máximo da medida de segurança que venha a lhe ser imposta. Tudo dependerá, nos termos da lei, da cessação de periculosidade.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal sustenta que deve existir uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75 e 97, ambos do Código Penal, e, artigo 183, da Lei de Execuções Penais, considerando-se a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. Dessa forma, a medida de segurança fica jungida ao período máximo de *trinta anos*²⁷. Nota-se que o Excelso Pretório faz incidir o disposto no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição, às medidas de segurança. O Superior Tribunal de Justiça, também contrário ao possível caráter perpétuo das medidas de segurança, fundamenta-se na inconstitucionalidade da indeterminação do respectivo prazo, em face da violação ao princípio da isonomia, determinando que o prazo máximo de duração destas medidas seja *igual ao máximo da pena cominada* para o fato previsto como crime praticado pelo inimputável²⁸. Portanto, segundo as Cortes Superiores do país, o art. 97, §1º, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.219/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 16 ago. 2005. DJ 23/09/2005.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para a sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento. Habeas Corpus n. 126.738/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, j. 19 nov. 2009, DJe 07/12/2009.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Finalmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo que o prazo máximo das medidas de segurança aplicada deve coincidir com a *pena criminal aplicável* no caso concreto, se o autor fosse capaz de culpabilidade²⁹.

Para se apurar a (in)coerência lógica do art. 97, §1º, do Código Penal, e do conteúdo das decisões dos Tribunais do país é preciso, inicialmente, responder a seguinte indagação: medidas de segurança e penas criminais são a mesma coisa? Mesmo ontologicamente, apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário³⁰, a resposta é negativa.

Em sua origem, fruto do trabalho da Escola Positiva, as medidas de segurança eram aplicáveis aos imputáveis, de modo cumulativo com as penas criminais, e sua natureza era idêntica a destas últimas, em que pese o artifício retórico dos seus defensores, denunciado por Basileu Garcia³¹. Afirmavam tais penalistas que a pena criminal visava retribuir o crime (caráter repressor), enquanto que a medida de segurança buscava proteger a sociedade de ações futuras dos inimputáveis (caráter preventivo). Porém, sabe-se que, desde a Escola Clássica (Beccaria, Bentham, Feuerbach), a pena vem assumindo um caráter preventivo, como ocorre com as medidas de segurança. Dessa forma, a diferenciação ontológica entre penas criminais e medidas de segurança acabou sendo alvo de críticas.

Ocorre que, no Brasil, com a nova parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), foi extinto o sistema *dualista cumulativo* ou *duplo binário*, de modo que as medidas de segurança não mais são aplicáveis aos imputáveis; somente aos *inimputáveis*. Quis o legislador trazer “autenticidade ao sistema”, passando as medidas de segurança a terem um “caráter meramente preventivo e assistencial”³². Além disso, o art. 4º, da Lei n. 10.216/2001, traz como fins teleológicos do tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais a *terapia individual* e a *excepcionalidade da internação*, ou seja, a finalidade preventiva – se admitida – somente existirá mediatamente.

Em relação ao entendimento jurisprudencial a respeito do prazo das medidas de segurança, é possível afirmar que representam um avanço constitucional. Mas, seus fundamentos são uma abordagem *sintática* da linguagem jurídica, vinculada à teoria do

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. “- É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança. - A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios liberais ao poder punitivo estatal) impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos. - A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se a comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo”. Apelação Criminal n. 70018989988, 5ª Câmara Criminal. rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 18 abr. 2007, *RJTJRS* 264/105.

³⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*.... p. 446; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*..., p. 298.

³¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*..., p. 591-593.

³² BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §87.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

direito, que, no final, acaba *pragmaticamente* equiparando as medidas de segurança às penas, o que é incorreto, embora os resultados sejam vantajosos.

A melhor solução é a abolição das medidas de segurança, em conformidade com a política antimanicomial do Ministério da Saúde, malgrado a resistência do legislador pátrio³³.

Apresentados os argumentos que justificam o afastamento da indeterminação do prazo *máximo* das medidas de segurança, ainda resta tratar da questão vinculada ao prazo *mínimo* delas. Conforme esclarecido, o Código Penal determina que o prazo mínimo das medidas de segurança será de um a três anos (CP, art. 97, §1º). Certamente, não sendo a medida de segurança uma pena, não há como se estabelecer um prazo mínimo. Afinal, o próprio Código Penal sustenta que a duração das medidas de segurança está condicionada à persistência da periculosidade do inimputável. Assim, tão logo seja verificada a cessação da periculosidade, deve o agente ser desinternado do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou liberado do tratamento ambulatorial, conforme o caso.

Importante frisar que o art. 176, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) autoriza – *a qualquer tempo* – ser apurada a cessação de periculosidade, evidenciando que as medidas de segurança não são penas e, principalmente, não deve haver um prazo mínimo para elas. Ainda que antes do término do prazo mínimo definido na sentença absolutória imprópria, uma vez verificada a cessação de periculosidade, devem ser rescindidos os efeitos da decisão judicial, sem que isso represente qualquer ofensa à *coisa julgada* (CR, art. 5º, XXXVI), que, no processo penal, sempre pode ser mitigada *em favor do acusado*³⁴. E, finalmente, deve a sentença *sempre* fixar o mínimo indicado em lei: *um ano*. Dessa forma é possível apurar o quanto antes a cessação de periculosidade, diminuindo o risco de se manter uma pessoa curada num ambiente que, conforme já indicado, não contribui para a manutenção ou recuperação da higidez mental de ninguém.

Por tudo isso, está configurada a incoerência lógica da nossa legislação ao fixar prazo mínimo e deixar de fixar prazo máximo para a execução das medidas de segurança (estacionárias ou ambulantes).

6. CONCLUSÃO

“Há sempre alguma loucura no amor.

Mas há sempre um pouco de razão na loucura”.

Friedrich Nietzsche

É lógico concluir que, sendo a culpabilidade um elemento constitutivo do conceito analítico de crime, os casos penais relacionados com agentes incapazes de culpabilidade não devem ser tratados no âmbito penal. Sem dúvida, o *devido processo legal* (*democrático e acusatório*) deve ser instaurado para a verificação da (in)capacidade de

³³ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §91.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 401-411.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

culpabilidade do agente apontado como autor ou partícipe de um *fato punível*. Entretanto, resolvida essa questão na fase de investigação criminal, por intermédio de perícia técnica (incidente de insanidade mental), requerida pelas partes e autorizada somente pelo *juiz das garantias*³⁵ (cláusula de reserva de jurisdição), ficando demonstrada a ausência de crime por *incapacidade de culpabilidade*, deve o caso ser remetido a outras instâncias do Poder Judiciário, mediante uma legislação especialmente desenvolvida para o tratamento da questão, afastando a matéria da seara penal e, deixando-a apenas no âmbito do processo penal, por questões de *garantia* do acusado. Nesta hipótese, o processo penal somente deverá ser mantido para a apuração da presença de alguma causa de *justificação* ou *exculpação*.

Por outro lado, o fundamento da periculosidade dos inimputáveis não se sustenta cientificamente e, por isso, não encontra qualquer respaldo na Constituição, que, expressamente, determina que todas as pessoas sejam presumidas inocentes, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Importante frisar que ainda vigora o princípio segundo o qual uma pessoa pode se defender legitimamente de uma injusta agressão, de modo que a qualquer um é dado o direito de adotar, nos moldes do art. 25, do Código Penal, medidas para se defender de um eventual ataque injusto de uma pessoa inimputável. O que jamais deve ser autorizado é a presunção de periculosidade, cuja base epistemológica não existe, sendo utilizada arbitrariamente para legitimar um sistema de total descaso com os inimputáveis.

Deve-se buscar a *abolição* das medidas de segurança, ainda que para se adotar uma *medida tutelar*. As estatísticas do Ministério da Justiça demonstram que o número de agentes submetidos às medidas de segurança é muito baixo, se comparado ao número de criminosos imputáveis³⁶, comprovando que não há justificativas materiais ou concretas para a colocação de pessoas com doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em hospitais, manicômios ou qualquer outra designação terminológica eufemística que se pretenda dar a esses estabelecimentos infernais, cuja semelhança com a descrição poética exposta pela pena de Dante Alighieri é incontestável.

Apesar de autores como Paulo Queiroz sustentarem que as medidas de segurança teriam funções preventivas ao pretenderem evitar que o inimputável volte a praticar um tipo de injusto, ou, que reações públicas ou privadas arbitrárias contra ele sejam

³⁵ Segundo a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado (Novo Código de Processo Penal): “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

³⁶ Segundo os dados consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária, produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, em dezembro de 2010, havia – em todo o Brasil – um total de 3.370 homens (3.120) e mulheres (250) submetidos à medida de segurança de *internação*, ou seja, muito menos de 1% (um por cento) da população carcerária nacional (496.251).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

adotadas como forma de vingança, o fato é que isso não se sustenta. Em primeiro lugar, não há como prever o futuro – salvo para os “futurólogos”, “charlatães” e “curandeiros”. Em segundo lugar, reações violentas (v.g., linchamentos), contra o inimputável seriam praticadas logo após o fato, enquanto que a medida de segurança somente será executada após o devido processo legal, ou seja, muito tempo após a realização do tipo de injusto e do eventual clamor social. Por fim, o referido autor sustenta que as medidas de segurança impedem que o Estado adote intervenções puramente “administrativo-curativas”, por tempo indeterminado, em situações nas quais o inimputável não tivesse praticado qualquer tipo de injusto, e, sem o devido processo legal. É totalmente procedente a preocupação do penalista. Porém, a eventual abolição das medidas de segurança jamais implicará abolição do devido processo legal para apurar a incapacidade de culpabilidade do inimputável.

Com isso, retira-se um “tijolo” dessa nefasta construção estatal denominada Direito Penal, utilizada vorazmente pelo poder hegemônico para controlar toda a sociedade, sem qualquer preocupação humanística, reforçando-se a luta antimanicomial.

Não basta iniciativas legislativas como a Lei n. 10.216/2001. É necessário dar efetividade aos seus comandos. Iniciando-se por uma correta interpretação das disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal vinculadas às medidas de segurança. Assim, conclui-se que a imposição de um prazo mínimo não tem mais amparo legal.

Destacamos que todas essas considerações estão em conformidade com as linhas políticas desenvolvidas pelo Ministério da Saúde para o tratamento da questão, não sendo, portanto, um discurso revolucionário³⁷.

Para finalizar, não se pode deixar de mencionar que há um grave problema atrás dessa discussão: a desestruturação dos sentimentos que dão unidade à família e, na maioria dos casos, por preconceito ou outras razões, os inimputáveis se encontram em situação de completo abandono, fato que contribui para a manutenção dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (instituições totais), além de revelar a face hipócrita de setores da sociedade que, cinicamente atacam o Estado, mas, em suas relações cotidianas são – conscientemente – omissos no tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1.

BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.
- CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. El Informe Psiquiátrico Penal. *Jueces para la Democracia*. Madrid, a. 13, n. 2, p. 55-61, maio 1991.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Martins, 1945. V. 1.
- FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1959. V. 1, T. 2.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penal*: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- MAURACH-ZIPF. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsich e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. V. 1.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. V. 1.
- PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento de saúde mental*. Trad. Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. V.1.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 195

DOS ROLEZINHOS NA CIDADE PARTIDA: A RALÉ BRASILEIRA E OS SUJEITOS DE DIREITOS VIRTUAIS VISTOS PELAS AGÊNCIAS DE PERSECUÇÃO PENAL

Leonardo Costa de Paula

Doutorando em Direito Público pela UFPR. Mestre em Direito Público pela UNESA-RJ. Coordenador executivo da pós-graduação Processo Penal e Garantias Fundamentais da ABDConst-Rio. Coordenador regional no Rio de Janeiro do IBRASPP.

RESUMO: As premissas para a estrutura do presente artigo se dão a partir da identificação do sujeito de direitos virtuais trabalhado por Michel Mialle, e a partir da identificação da Ralé Brasileira, de Jessé Souza, que formam, de certa forma, o mesmo grupo de indivíduos apesar de marcos teóricos distintos. Com isso, a partir do conto de Zuenir Ventura que demonstra a divisão da cidade do Rio de Janeiro em uma cidade partida entre Zona Sul e o resto, pode-se perceber a adequação dos dois conceitos anteriores neste verdadeiro apartheid que se destacam em eventos que ficaram conhecidos como ‘rolezinhos’, nos quais pessoas de baixa renda se reuniram em shopping centers, espaço originalmente destinado para os sujeitos de direito efetivos, ou os que não são ralé brasileira. Todas essas identidades podem se perceber na adequação dos dominadores em uma sociedade capitalista e na sua forma clássica de enfrentar os supostos problemas que julga existir, ou seja, através da criminalização de qualquer movimento social que possa vir a atrapalhar a divisão espelhada no Rio de Janeiro, esta forma, está clara, é a utilização das agências de criminalização, com amparo aqui na criminologia crítica, de etiquetar os rolezinhos como algo em essência criminoso, o que permite que tais agências atuem de forma a negar melhores níveis da vida àqueles que se encontrem na situação de ralé brasileira, sujeitos de direitos virtuais.

Palavras Chaves: Sujeito Virtual De Direito; Ralé Brasileira; Rolezinhos; Agências De Criminalização

*Rio 40 graus
Cidade maravilha
Purgatório da beleza
e do caos.
Fernanda Abreu*

INTRODUÇÃO

O problema do presente artigo se volta para a maneira como a instância jurídica enfrenta eventos, marcados através da *web*, auto denominados ‘rolezinhos’. Pode-se perceber que para os incluídos da sociedade, a classe média e alta, que são os destinatários mais interessantes para os serviços e produtos comercializados nos *shopping centers*, os encontros de pessoas de baixa renda nesses espaços públicos devem ser tolhidos ou controlados.

Certo que para perceber como a cidade do Rio de Janeiro pretende responder aos ‘rolezinhos’ deve-se fazer uma digressão por sua história e demarcação social. É possível notar que a cidade é dividida em dois hemisférios: o do asfalto e o da favela,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que não necessariamente precisa ser uma favela plantada em morros. Também é perceptível a divisão entre a zona sul e o suburbano, quando pejorativamente tratado.

Essa divisão entre o lado A e o lado B espelha nada mais do que uma realidade que o sociólogo Jessé Souza chama atenção em seus trabalhos quando trata da ralé brasileira. Mas, é certo que dentro de uma sociedade capitalista, também se percebe esta distinção no como a instância jurídica lida com aqueles sujeitos que não são consumidores e, por isso, são sujeitos de direitos virtuais, como alerta Michel Mialle e será tratado adiante.

Depois de contextualizada a cidade do Rio de Janeiro, passou o presente estudo a compreender o que vem a ser o evento nominado de 'rolezinho', que foi taxado pela parte da mídia de direita como algo bárbaro ou derivado da barbárie das pessoas que vieram de fora da cidade incluída, do lado de lá da cidade partida.

Ao final do trabalho se mostra que a divisão da cidade é conveniente para o discurso segregacionista, efetiva um *apartheid* real, e permite que os incluídos não tenham contato com determinados indivíduos que pela história da cidade foram colocados de fora, já que não corresponde aos destinatários dos serviços e produtos oferecidos no grande obelisco do capitalismo, o *shopping center*. E mais atualmente, as praias da zona sul da cidade do Rio de Janeiro.

1 A CIDADE PARTIDA

Qualquer alienígena que, em regra, desça na cidade do Rio de Janeiro, pelo aeroporto internacional do Galeão, logo no caminho para a área nobre da cidade pode perceber uma clara divisão entre os dois lados da cidade. O lado da esquerda, que ostenta uma vista bonita, o Cristo Redentor que abençoa a cidade incluída, o bondinho do Pão de Açúcar, entre inúmeros outros pontos turísticos, sem ignorar a praia. Sim, a praia. Ela é o determinante para que a cidade tenha se estruturado em termos imobiliários, do lado esquerdo o paraíso prometido na visita ao Rio e no lado Direito, o desconhecido.

Aos olhos menos atentos, o desconhecido, o lado direito para quem vem do Aeroporto do Galeão, não se nota muita coisa, isso por que existe hoje um corredor acústico¹ construído com a função precípua de, de acordo com o prefeito à época, minimizar o barulho. Esta seria a principal motivação para a construção dos muros. Mas, José Mariano Beltrame foi incontestemente em dizer que o principal objetivo dos muros de três metros de altura, em aço, concreto e acrílico será de proteger os motoristas dos bandidos que, em tese, se aproveitam de engarrafamentos para cometer crimes.²

Ora, como diria Jorge da Silva³, o muro dá, na verdade, corpo ao que se nominou de cidade partida, termo este que se tornou conhecido pelo livro de Zuenir Ventura⁴, que

¹ O Globo. *Linha amarela e vermelha vão ganhar paredes de proteção acústica*. Matéria de 11 de outubro de 2009. Disponível em <<http://extra.globo.com/noticias/rio/rio-transito/linhas-amarela-vermelha-vaio-ganhar-paredes-de-protecao-acustica-347251.html>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

² O Globo. *Linha amarela também poderá ganhar muros*. Matéria de 20 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://extra.globo.com/noticias/rio/rio-transito/linha-amarela-tambem-podera-ganhar-muros-240835.html>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

³ SILVA, Jorge. *Olimpíadas no Rio, oportunidade de integração social*. Disponível em <<http://www.jorgedasilva.blog.br/?m=200910>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

⁴ VENTURA, Zuenir. *Cidade Partida*. São Paulo: Companhia das letras, 1994.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

trata da chacina de Vigário Geral em que, por retaliação, alguns milicianos resolveram executar 21 pessoas.

Não foi o evento de Vigário Geral que concretizou a cidade partida, “na verdade já existiam então ‘duas cidades’ ou uma cidade partida, mas a convivência amena, a obediência civil, a falta de antagonismos de classe e a despreocupação com os problemas sociais nem sempre deixavam perceber que havia um ovo de serpente chocando no paraíso.”⁵

Há, pois, uma clara divisão na cidade maravilhosa. Talvez, pode-se dizer que de um lado existe a cidade maravilhosa, de outro, a cidade que deve ser ocultada aos olhos dos turistas, que pousam no Rio de Janeiro para que não contamine a sua maneira de olhar para a maravilha.

De fato, como se noticiou acima, a cidade do Rio é mundialmente conhecida pelas suas praias, e é justamente a partir daí que um documentário da década de noventa que salta aos olhos a divisão da cidade. Notícia o documentário a via *crúcis* pela qual devem passar os que não fazem parte do lado da cidade maravilhosa para poder frequentá-la no final da década de oitenta e início dos 90.

Assusta o vídeo já que o discurso excludente e, pelas legendas usadas na própria reportagem, racista, de um dos entrevistados: “Eu venho a praia na Barra porque botaram uns ônibus horrorosos que saíam as pessoas completamente horrível (sic) de dentro dos ônibus que vão lá sujar a praia”. E, minutos à frente complementa a mesma entrevistada: “Gente suja, você olha para elas e tem vontade de fugir entendeu. (...) Eu tenho horror de olhar para essas pessoas e sacar que são do mesmo país que eu, entendeu, são brasileiros, que horror. Isso não é brasileiro não cara, isso é sub-raça.”⁶ E, entre estas entrevistas, um carioca da gema se manifesta: “Eu não sou contra pobre nem nada mas eu venho a praia do Pepeu porque aqui eu tô junto dos meus”.

Se destaca a grande divisão entre o lado de lá e o lado de cá. De certo que as pessoas do lado direito, de quem vem do aeroporto, são *personas* não gratas aos olhos de quem acha que é da parte da cidade maravilhosa, aqueles não seriam os seus, ou pela outra entrevistada, apenas uma sub raça.

O asfalto, nas vozes de uma das entrevistadas do vídeo citado⁷ fala em alto e bom tom: “Não é cobrando pedágio que vai impedir das pessoas virem, tem que dar um meio um divertimento para elas para elas não virem à praia.”

A partir desta narrativa introdutória sobre o Rio de Janeiro que pode aparentar anacrônica, em 2002 o asfalto teria ouvido o apelo seja dos da favela e daqueles do asfalto. Ou seja, inaugura-se o “Piscinão de Ramos”, em 16 de setembro de 2002.⁸ Com direito a festa de *réveillon* e tudo o mais, no que parece que todo o pleito da

⁵ *Idem*, p. 11.

⁶ Rede Manchete. *Os pobres vão a praia*. Minutos destacados, entrevistas em 15’20’’ e 17’36’’. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=dScOfGOXdA8>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

⁷ *Idem*. 16’00’’. Esta entrevistada mudou de opinião anos depois após fazer formação em filosofia, Angela Moss, que pode ser verificando no link disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150923_angela_moss_video_internet_rb>, acesso em 26 de outubro de 2015.

⁸ MONKEN, Mario Hugo. *Público elogia réveillon no piscinão de Ramos no Rio*. Matéria de 09 de janeiro de 2002. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/turismo/noticias/ult338u1496.shtml>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

entrevistada, ou seja, de se criar divertimento para os que não fazem parte do asfalto, nesta cidade partida, tenha vindo à tona.

2 OS SUJEITOS DE DIREITOS VIRTUAIS E A RALÉ BRASILEIRA

No contraponto, ou na verdade, na complementação da identificação da cidade partida, há que se destacar a identidade do sujeito de direitos virtuais e a ralé brasileira, O primeiro de confecção de Michel Mialle e o segundo de lavra de Jessé de Souza.

É certo que o Direito cria diversos fetiches para estruturar a sua própria compreensão da ficção em que vive. Essa ficção passa por uma realidade que só se perpetua para aqueles que são ditos sujeitos de direitos.

A definição do sujeito de direitos é tão solene que o Direito interioriza de tal forma essa compreensão e nunca mais a coloca em xeque. Basicamente a visão que o Direito tem do próprio sujeito de direito se estrutura a partir do como ele enxerga o cidadão. O Cidadão, como leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁹, só nasce no momento em que o príncipe, corporificando aí o Rei e o Estado, se submete ao princípio, que também dá ao cidadão a liberdade de ser submetido somente a um princípio básico, qual seja, o da Legalidade, para o primeiro, o princípio da legalidade aqui como sinônimo de conformidade, já que o soberano só pode fazer tudo aquilo que está previsto em lei e como está previsto em lei, enquanto o cidadão só se vincula à face da compatibilidade do princípio da legalidade, sua ação será compatível com a lei já que pode fazer tudo aquilo que não proibido nela.

Sujeito de direito, para o Direito é aquele que comporta a compreensão do Direito Subjetivo, ou seja, entra na divisão entre Direito Subjetivo e Direito Objetivo, basicamente, o segundo é composto pelo ordenamento jurídico, do Direito que viria objetivado nas normas individualizadas. Estas normas passariam a compor o Direito Subjetivo, caso se enquadrasse e houve, nas palavras de Goffredo Telles Jr. o autorizamento através do Direito de poder persegui-lo, essa pessoa que recebe o autorizamento é um sujeito de Direito, que nas suas palavras é “o titular de direitos e obrigações”.¹⁰

Ora, isso não é suficiente, quando muito nem raso pode ser chamado, pois não há qualquer profundidade na compreensão do que vem a ser, então, o sujeito de direito. Mialle¹¹ informa que a “teoria do sujeito de direito permite precisamente ocultar o carácter artificial desta noção e, ao mesmo tempo, a sua função no seio da sociedade burguesa”.

O pensamento de Mialle se estrutura, de certo, por uma visão do Direito a partir da identidade de classes sociais, perpetrada pelo marxismo, e que é de muita valia para nossos estudos.

A partir desta maneira de enxergar o fenômeno jurídico, é possível estabelecer que o Direito nada mais é do que uma instância jurídica, esta instância é um meio de

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Conceitos jurídicos indispensáveis*. Palestra proferida na EMERJ< disponível nos links parte 1: <<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuWSHFbI>>, parte 2: <<http://www.youtube.com/watch?v=EYkaqijPC1E>> e parte 3:

<<http://www.youtube.com/watch?v=g7swmwbjCCg>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

¹⁰ TELLES JR. Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

¹¹ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 114.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

comunicação entre a base e a superestrutura. O fenômeno Direito não pode ser definido pelas suas consequências ou institutos verificáveis somente no interior do próprio Direito. Ou seja, a identidade de ser e dever ser, sanção etc., essas identificações demonstram um erro metodológico grave, já que se coloca, em último grau, o Direito como norma e a norma como sanção.

Na verdade, o Direito, ou seja, a instância político-jurídica é “o sistema de comunicação formulado em termos de normas para permitir a realização de um sistema determinado de produção e de trocas econômicas e sociais”.¹²

O próprio estabelecimento do princípio reitor que se crê no Direito, o da igualdade, é permeado por um discurso muito mais sombrio se analisado de forma mais coerente. Se define a igualdade como tratar a todos de forma igual perante a lei. Suplantou esta visão para uma igualdade mais distributiva, neste sentido passou a se considerar o princípio da igualdade como tratar os iguais de forma iguais e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade.

“Declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si.”¹³ A crença de que todo homem seja sujeito de direito só se enquadra na sociedade capitalista de forma hipotética, já que uns não são tão iguais assim.

O capitalismo só comprou esta identidade, erigida a tal ponto a partir da narrativa fictícia de liberdade para que, depois da queda das sociedades escravocratas, o indivíduo comesse a crer que seria livre para dispor do próprio trabalho como lhe convier.

Neste ponto, uma das premissas do trabalho pode ser apresentada, a de que os sujeitos de direito, são, no máximo, sujeito de direitos virtuais.¹⁴ Nas palavras de Mialle:

Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais, perfeitamente abstractos: animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente, de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito. Mas este acto não é uma renúncia a existir, como se ele entrasse na escravatura; é um acto livre, que ele pode revogar em determinadas circunstâncias. Só uma ‘pessoa’ pode ser a sede de uma atitude destas. A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista.

Apesar de historicamente verificável o nascimento da noção de sujeito de direito, a partir do modo de produção capitalista, não quer dizer que essa concepção não é libertadora. Apesar de serem direitos virtuais, inacessíveis ao cidadão não incluído, o que se pretende aqui é que essa noção não esteja somente no plano virtual, mas que se transforme em algo palpável para os que não vem sendo tratados como indivíduo, pessoa, cidadão ou, principalmente, sujeito de direito. Relembrar é viver, as palavras da entrevistada nas praias do rio: “Gente suja, você olha para elas e tem vontade de fugir entendeu. (...) Eu tenho horror de olhar para essas pessoas e sacar que são do mesmo

¹² MIAILLE, *op.cit.*, p. 96.

¹³ MIAILLE, *op.cit.*, p. 117.

¹⁴ MIAILLE, *op.cit.*, p. 118.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

país que eu, entendeu, são brasileiros, que horror. Isso não é brasileiro não cara, isso é sub-raça.”¹⁵

Justamente aqui, há a viabilidade de fazer a interlocução com a definição do que a citada entrevistada acima estabelece como sub-raça, seu sentimento percebe a existência de seres que não compõem, como trabalhado aqui, aqueles sujeitos de direito, ou, os que estão no asfalto, no lado esquerdo da vinda do aeroporto, mas os que estão no lado obscuro da cidade partida, que é, a ralé brasileira.

É evidente que ao trazer em discussão a obra do sociólogo Jessé Souza como premissa, se deve fazer as ressalvas necessárias dos possíveis conflitos teóricos na identidade da sociedade a partir do marxismo. Não se adota aqui a identidade de que os sujeitos de direitos virtuais seriam somente a classe dominada, longe disso, até por que, nem Miaille se propõe a afirmar isso, afirma, inclusive, que esta compreensão se amolda ao capitalismo, como já tratado, mas não nega que aquele que vende sua força de trabalho, em certo grau compõe um sujeito de direito, principalmente no que se refere às obrigações precípuas a tal atividade.

O que se infere aqui é que o sujeito de direitos virtuais é um conceito que dialoga em grande medida com o conceito de ralé brasileira.

De certo que o marco teórico economicista, como bem explica Jesse Souza, “constroem e permitem um padrão de desigualdade que é o único possível no contexto de desigualdade formal e de democracia aberta típicos da moderna sociedade capitalista”.¹⁶ O que se deve enfrentar aqui é que a condição de desigualdade não é somente fator atribuído ao menos favorecido, ou ao não sujeito de direito.

Jessé Souza chama a atenção de que se crê que o progresso econômico seria a panacéia que poderia retirar países como o Brasil dos problemas da desigualdade, da marginalização e da questão da subcidadania.¹⁷ O que não é realizável no plano da realidade.

Não se vem aqui afirmar que a percepção das disparidades atuais se dá como se percebe no economicismo liberal ou no marxismo tradicional. Isso esconde e torna invisível os fatores e “precondições sociais, emocionais, morais e culturais que constituem a renda diferencial, confundindo, ao fim e ao cabo, causa e efeito.”¹⁸ A ralé brasileira, ou na nossa premissa em conjunto, os sujeitos de direitos virtuais, não são somente produto e não se resolvem a partir do problema da renda ou da economia, tão somente.

Até por que, a partir da premissa economicista o problema da ralé, ou da sub-raça, pela banhista entrevistada, não é uma situação que se resolve de forma econômica, as pessoas que se encontram nesse estágio não estão por força de um bilhete premiado ou do talento inato. Já que o próprio mérito individual está associado à própria

¹⁵ Rede Manchete, *op.cit.*, no 16''00'. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=dScOfGOXdA8>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

¹⁶ SOUZA, Jessé, O casamento secreto entre identidade nacional e “teoria emocional da ação” ou por que é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 74.

¹⁷ SOUZA, Jessé. Apresentação. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 14.

¹⁸ SOUZA, Jessé. Introdução. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 18.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

possibilidade de ter nascido na classe social certa. Essas habilidades e capacidades são transmitidas “de pais para filhos por mecanismos de identificação afetiva por meio de exemplos cotidianos, assegurando a reprodução de privilégios de classe indefinidamente no tempo”.¹⁹

A “‘ralé’ se reproduz como mero ‘corpo’, incapaz, portanto, de atender às demandas de um mercado cada vez mais competitivo baseado no uso do conhecimento útil para ele”.²⁰ É, mero corpo no sentido de ser somente força muscular e desse modo que ocorrerá a exploração de massas. Isso é perceptível pelos trabalhos como de empregadas domésticas, que no fim colocou a senzala dentro do apartamento. Na verdade é impressionante que países que não o Brasil é inconcebível ter aposentos como ‘quarto de empregada’ dentro do apartamento. E isso é perceptível em quase todo imóvel com mais de 20 anos na cidade do Rio de Janeiro.

Como Jessé Souza narra: “Se pensarmos nas empregadas domésticas, temos uma idéia de como a classe média brasileira, por comparação com suas similares europeias, por exemplo, tem o singular privilégio de poupar o tempo das repetitivas e cansativas tarefas domésticas”.²¹ Ocorre, aí, a reprodução a partir da herança afetiva que a ralé se reproduz e naturaliza a desigualdade, produz gente, de um lado, e de outro, subgente.

Destaca-se, ainda, que a política não se faz pelos seus burocratas. Isso é reprodução direta também de discursos supostamente científicos, que ao falar o que perpetua o estado de distanciamento da ralé brasileira para a sociedade não-ralé é aceita pela população.

Não se pode esquecer que o Direito é uma instância político-jurídica, ou seja, o Direito é fruto direto da Política e com ela mantém relações insalubres e promíscuas. E dessa relação se perpetua a desigualdade, a situação da ralé brasileira, e se reproduz, incansavelmente, sujeitos de direitos virtuais. Tratam a ralé como ralé, que vêem seus direitos apenas em estado virtual e obrigações em estado real.

3 O QUE É ROLEZINHO?

Manuel Castells analisa as transformações nos movimentos sociais, desde a Tunísia, desde a revolução egípcia, até o *occupy Wall Street*, dentre outros, todos estes movimentos estão conectados em rede de múltiplas formas. O próprio autor identifica que tais movimentos são virais, se espalham pela internet como um vídeo ou coisa do gênero. Há, em todos eles, uma centelha de indignação que é compartilhada por várias pessoas da população. Ocorre, em certo grau, “a passagem da indignação à esperança realiza-se por deliberação no espaço da autonomia.”²²

Esses movimentos, em regra, são movimentos sem liderança. Há, de certa medida a rejeição à liderança justamente porque não se aceita mais a delegação de poder, estes se sentiram manipulados, traídos, pela experiência com a política instituída. É certo que a

¹⁹ *Idem*, p. 23.

²⁰ *Idem*, p. 23.

²¹ *Idem*, p. 24.

²² CALSTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro, Zahar, 2013, p. 199.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

horizontalidade da rede favorece este tipo de cooperação e solidariedade e reduz a necessidade de liderança formal.²³

Não se está aqui, de plano, afirmando que os ‘rolezinhos’ são uma espécie de movimento social desta monta. Na verdade, há que se destacar o momento histórico atual que o país enfrenta, para que se tenha exata medida do tipo de enfrentamento da classe dominante em relação aos dominados.

Em junho de 2013, a sociedade brasileira reagiu nos moldes dos movimentos sociais identificados por Manuel Castells, originados por força de contestação ao aumento das tarifas de ônibus. Estes movimentos eclodiram em várias cidades e reivindicavam, primeiramente, a redução das tarifas.²⁴

Nestas manifestações sempre ocorrera truculência policial, feridos, mortos, e uso excessivo de armas com baixo potencial lesivo. De manifestantes a repórteres, várias pessoas foram hospitalizadas. Além das prisões que nesses eventos seguem uma verdadeira política de encarceramento. Evidentemente, todas essas respostas violentas do Estado não foram suficientes para diminuir a força dos protestos que se seguiram por meses a fio. Manifestantes, em ato icônico chegaram a invadir a Esplanada dos Ministérios.²⁵

Manuel Castells²⁶ narra que “de forma confusa, raivosa e otimista, foi surgindo por sua vez essa consciência de milhares de pessoas que eram ao mesmo tempo indivíduos e um coletivo pois estavam (...) sempre conectadas em uma rede e enredadas na rua, mão a mão, tuítes a tuítes, post a post, imagem a imagem.”

A resposta dos governantes vieram, no Rio partido, no dia 20 de junho as passagens voltaram a seu valor anterior.²⁷ Mas as manifestações se seguiram. Vozes se levantaram para dizer que o gigante, Brasil, teria acordado. Justamente, por esta falta de liderança que manifestações como estas se apegam, as manifestações passaram a se mostrar acéfalas. Muitos reivindicavam lado a lado teses opostas ou reivindicações genéricas, como o fim da corrupção.

Em qualquer medida, essa contextualização se dá para permitir que haja a congruência para a percepção do que veio a ser visto como o ‘rolezinho’ nos *Shopping Centers*, espaço este de confinamento exclusivo para os que moram no asfalto, enxergam tal evento como manifestação e um enfretoamento ao consumo dos incluídos.

²³ *Idem*, p. 163.

²⁴ Terra Notícias. *Brasil acorda com protestos em todo o país*. Matéria de 17 de junho de 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-acorda-com-protestos-em-todo-o-pais,01ffe4e19ce4f310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>> , acesso em 9 de fevereiro de 2013.

²⁵ CARDOZO, Daniel et. all. *Manifestação pacífica dá lugar ao vandalismo na esplanada dos ministérios*.

Matéria de 20 de junho de 2013. Disponível em

<<http://www.jornaldebrasil.com.br/noticias/cidades/477523/manifestacao-pacifica-da-lugar-ao-vandalismo-na-esplanada-dos-ministerios/>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

²⁶ CASTELLS, Manuel. *op. cit.*, p. 178 a 182. Também disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/166103806/Redes-de-Indignacao-e-Esperanca>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

²⁷ O Globo. *Paes recua e anuncia que passagens voltarão a custar R\$2,75*. Matéria de 19 de junho de 2013.

Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/paes-recua-anuncia-que-passagens-voltarao-custar-275-8746258>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Em 2000, um grupo de manifestantes se organizou para a ocupação de um grande *Shopping Center*, na Zona Sul do Rio, o asfalto propriamente dito.²⁸ A polícia estava presente em massa no Rio Sul. As lojas tentaram fechar suas portas para impedir os manifestantes de entrar.

Ivana Bentes, entrevistada no documentário *Hiato*, narra que quando pessoas de um grupo social enfrenta a parede invisível da área de grupo social distinto produz cenas de pânico, de medo, como neste no caso do narrado primeiro rolezinho. Um grande retrato da cidade partida. A própria polícia tentou impedir a entrada da população, por força da presença da mídia os policiais se intimidaram e permitiram a entrada dos manifestantes.²⁹

Com um salto de 13 anos, após as manifestações de junho de 2013, no natal, surgem através das mídias sociais, os ‘rolezinhos’. Diminutivo de rolê, e como informa o dicionário priberam que o verbete é de origem brasileira e informal, significa volta ou passeio para lazer. Ao que se nota, tem vínculo direto com o vernáculo rolar, fazer girar, daí o vínculo direto com dar uma volta.³⁰

Em qualquer das hipóteses, o ‘rolezinho’ que chamou atenção da mídia, dos *shoppings* e do Direito é derivado de eventos marcados através da rede social *facebook*. Nos quais permitem o agendamento de um evento e que se convida inúmeras pessoas para participarem do evento. No ‘Rolezinho’ no *Shopping Leblon*, que fica no bairro que tem o metro quadrado mais caro do Rio de Janeiro, 8 mil participantes confirmaram a presença, através da mídia social, que fariam parte do evento, mas apenas cerca de 50 apareceram.

A mídia declaradamente de Direita insurge-se contra o ‘rolezinho’ como se este fosse meramente algo que demandasse uma espécie de inveja. Nomina os ‘rolezeiros’ de bárbaros. Com a clara análise de que lugar de ralé não é em *shopping centers* luxuosos. O blogueiro que se deu o trabalho de narrar tais eventos desta forma, traz um vídeo no qual jovens dançam no estacionamento de um dos ‘rolezinhos’, chama isso de arrastão, mas nenhuma pessoa sendo roubada, furtada, ameaçada, agredida nem nada do gênero.³¹ A não ser os próprios ‘rolezeiros’ quando da chegada dos seguranças do estabelecimento.

Agora, se jovens são proibidos de dançar no asfalto, porque não seria arrastão um grupo de incluídos do asfalto invadir o espaço da cidade partida, do lado direito da vinda do aeroporto, para dançar nos bailes *funks*, nos blocos de carnaval ou nas escolas de samba? Porque quem determina o grupo que não deve se infiltrar no outro, na verdade, é do asfalto.

²⁸ Diário do Centro do Mundo. *O primeiro rolezinho: minidocumentário sobre a invasão a shopping da Zona Sul do Rio em 2000*. Disponível em: <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/o-primeiro-rolezinho-minidocumentario-sobre-invasao-a-shopping-da-zona-sul-do-rio-em-2000/>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014. Notícia sobre o documentário *Hiato*, quando sem tetos se organizaram para ir ao Rio Sul, disponibilizado no mesmo link.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Priberam. Verbetes role, disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/role>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

³¹ Blog da Veja. *O “rolezinho” da inveja. Ou: a barbárie se protege sob o manto do preconceito*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/cultura/o-rolezinho-da-inveja-ou-a-barbarie-se-protege-sob-o-manto-do-preconceito/>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Contraponto à visão dos ‘rolezeiros’ serem bárbaros, Juremir Machado³² demonstra que na verdade essa analogia se faz muito peculiar para a casta que quer excluir o acesso da ralé aos prazeres somente reservados aos ricos, ou reservados aos sujeitos de direitos virtuais de forma não substancial. Os *shoppings*, servem como uma atualização dos castelos medievais e é espaço inacessível para a Ralé.

O próprio Jessé Souza concede entrevista sobre este fenômeno.

Apenas estudos empíricos poderiam dar conta da questão da origem de classe desses jovens. Contudo, a fronteira entre nossos desclassificados sociais - que eu chamo provocativamente de "ralé" - e a nova classe trabalhadora precária, mal rotulada entre nós de "nova classe média", é muito fluida. O que nos permite falar de classes populares em sentido geral. Esses fatos são mais um reflexo do *apartheid* brasileiro que separa, como se fossem dois planetas distintos, o espaço de sociabilidade dos brasileiros "europeizados", da classe média verdadeira, e os brasileiros percebidos como "bárbaros", das classes populares. Desde que a barbárie fique restrita ao mundo das classes populares, ela não é um problema real.³³

A palavra adequada à reação que se tem é de *apartheid*, só que real e não legal como ocorrera na África quando recebeu destaque a Luta de Nelson Mandela. Dentro da identidade da cidade partida, a favela não pode invadir o lado dos dominadores, os bárbaros têm que ser mantidos e controlados, até melhor, isolados, em seu *habitat*. No espaço reservado para os seus próprios problemas, só passa a ser problema da classe média de tempos em tempos para fingirem se importar.³⁴

Vários estabelecimentos comerciais utilizaram a via judicial para poder controlar a ação dos ‘rolezinhos’ e, dessa forma, impedir o acesso dos mesmos aos *shopping centers*. Em pesquisa no sítio eletrônico do Rio de Janeiro, 9 processos foram propostos figurando como pólo passivo da relação jurídica processual a palavra “rolezinho”, desses somente 3 tiveram as liminares deferidas para impedir esbulho possessório do espaço físico dos *shopping centers*. Caso houvesse qualquer turbação ou esbulho da posse se aplicariam em todos os 3 casos uma multa de dez mil reais.³⁵

Apesar do placar entre as medidas coercitivas na esfera judicial estatal apresentarem 3 a 6 liminares deferidas *versus* indeferidas. Todos os nove processos foram incontestes em requisitar reforço policial para garantir a integridade física dos consumidores dos estabelecimentos em que ocorreriam os passeios, ou seja, utilizar-se da maneira pela qual as classes média e alta compreendem como forma de contenção da ralé brasileira. Ora, a discussão não é de que é um espaço privado? Deveria se reforçar, então, a segurança privada dos estabelecimentos.

³² MACHADO, Juremir. *Em defesa dos rolezinhos*. Disponível em:

<<http://www.correiopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=5540>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014.

³³ MARSIGLIA, Ivan. O Rolê da ralé. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,o-role-da-rale,1120064,0.htm>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014. Contém entrevista com o Sociólogo Jessé Souza sobre os rolezinhos.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Processos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de competência cível números: 0001918-07.2014.8.19.0208; 0005032-76.2014.8.19.0038; 0007266-31.2014.8.19.0038; 0033184-51.2014.8.19.0001; 0000523-80.2014.8.19.0207; 0006820-39.2014.8.19.0002; 0013540-25.2014.8.19.0001; 0002236-26.2014.8.19.0002.

4 DA REAÇÃO AO ROLEZINHO – MAIS UMA CRIMINALIZAÇÃO DO EXCLUÍDO

Juarez Cirino³⁶ dos Santos chama atenção de que há a “predominância da especificidade sobre a generalidade da forma legal, através de leis emergenciais, casuísticas e autoritárias, é parte essencial do processo de unificação dos objetivos do capital monopolista” esta política tende a um Estado fascista, que converge para “o domínio totalitário do poder Econômico sobre as classes trabalhadoras” o que produz uma espécie de escravidão social.

Assim, tudo o que se embasou nos tópicos anteriores começa a tecer a malha complexa que demonstra que o modo de enfrentamento dos ‘rolezinhos’ pelas classes privilegiadas, média e alta, da sociedade se apresenta como a única resposta, supostamente racional, possível, para eles.

Mesmo que não conscientemente a cidade partida rotula os jovens que não fazem parte da vida do asfalto de ralé brasileira, ou melhor, sub-raça, é certo que o próprio acesso à cultura e lazer, a partir da herança afetiva, emocional e da realidade desses jovens é visto com maus olhos pelas classes dominadoras.

No sistema penal o que há na realidade não é o criminoso, mas sim a criminalização. A criminalização primária, a normativa, é feita de forma seletiva, até por que o legislador não é suicida³⁷, por isso ele direciona sua atuação legiferante para quem identifica como criminoso, o outro, o submisso. Com isso perpetua a dominação e mantém o controle social.

Começa a ser compreensível, porque quando se busca a esfera judicial para tentar impedir os ‘rolezinhos’ esta esfera do poder se presta a convocar as agências de criminalização secundária para realizar a concreta atuação das agências penais e, com isso, preservar a criminalização seletiva para o grupo de jovens que entenderem que devam comparecer ao evento.

Zaffaroni³⁸ esclarece que o discurso jurídico-penal fica a cargo de órgãos do executivo sem a efetiva participação dos órgãos judiciais. Como se percebeu, das nove decisões de casos envolvendo ‘rolezinhos’, judicializados na região do Grande Rio, todas convocaram a polícia para exercer o controle arbitrário. Já que “a lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro e estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares, etc. que se exercem cotidiana e amplamente, à margem de qualquer ‘legalidade’ punitiva contemplada no discurso jurídico-penal.”

O controle social aos não privilegiados de estarem no asfalto é feito por uma “expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população (...) por ser substancialmente configurador da vida social.”³⁹

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC, 2008, p. 68.

³⁷ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 22.

³⁹ *Idem* p. 23.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A resposta que os excluídos quando da tentativa de abalar a configuração da vida social recebem é a repressão através das agências de criminalização. Pode-se observar isso a partir da manifestação reacionária em blogs: “Selvagens que cospem na civilização não são manifestantes coisa alguma”.⁴⁰

É possível notar o discurso ideológico para esse tipo de jornalista com suposto discurso imparcial sob o manto da mídia conservadora. O próprio ato de ser contratado em uma revista declaradamente de Direita torna patente o local de fala de personagens que classificam como selvagem a ralé não domesticada.

São os órgãos do sistema penal que regulam os setores mais carentes da sociedade sobre os dissidentes mais incômodos ou significativos a partir do “poder militarizador e verticalizador-disciplinar”. O exercício deste poder configurador tem a intenção, para além da repressão, de regular e interiorizar a disciplina trazida por este poder para os destinatários destas ações repressivas.⁴¹

Mas, entre rolezinhos e manifestações, o Congresso se adianta para legislar o que convencionou chamar de crime de terrorismo, através do projeto 499/2013⁴². Com o tal projeto passa a ser crime “infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa” com pena de 15 a 30 anos. O projeto prevê, ainda, aumento de pena de um terço caso ocorra o ato de terrorismo em locais com grande aglomeração de pessoas, além de que se pretende com o projeto também tipificar a conduta de “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante dano a bem ou serviço essencial”, com a pena de oito a vinte anos.

Numa clara tentativa de conter as manifestações e incluindo-se aí, facilmente, os ‘rolezinhos’, com penas absurdamente altas, quer mesmo a Comissão Mista destinada a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivo da Constituição Federal dar uma resposta legislativa à possibilidade de pessoas se manifestar livremente. Uma vez que todos os bens jurídicos previstos neste projeto já recebem proteção penal anterior.

O próprio professor Dr. Juarez Tavares indica que “Tal como está redigido, o texto implicará não apenas a possibilidade de incriminar movimentos sociais, mas também violará diretamente o princípio da legalidade.” e, complementa: “Para que uma lei penal seja legítima, é preciso que ela defina de forma iniludível a conduta criminosa. Não basta dizer simplesmente que constitui crime infundir terror ou medo coletivo, porque esses conceitos são muito fluídos e incapazes de serem absorvidos pelos cidadãos”⁴³.

Zaffaroni é incontestável em afirmar que “deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão

⁴⁰ Blog da Veja, *op.cit.*

⁴¹ ZAFFARONI, *op.cit.*, p. 24.

⁴² Senado Federal. *Projeto 499/2013*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141938&tp=1>> acesso em 12 de fevereiro de 2014.

⁴³ Entrevista de Juarez Tavares ao Correio Brasiliense: ALMEIDA, Amanda. *Senado prepara lei antimanifestações com penas de até 30 anos de prisão*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2014/02/12/interna_politica,412390/senado-prepara-lei-antimanifestacoes-com-penas-de-ate-30-anos-de-prisao.shtml>, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

legislativo deixa fora do discurso jurídico penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo”.⁴⁴

Tanto isso é verdade que o Coordenador de Direitos Humanos da OAB/SP, informa que a leitura a partir das medidas judiciais deferidas na cidade de São Paulo permitiria que os seguranças dos *shoppings* poderiam escolher que determinadas pessoas podem ou não podem entrar no shopping, o que de certo ele não concorda.⁴⁵

Não faltaram acadêmicos que se posicionaram, a partir do manto de suposta cientificidade da classe privilegiada⁴⁶ destacar que:

Levando ao extremo os argumentos daqueles que defendem os direitos de acesso irrestrito a shopping centers, indago: os mendigos, por exemplo, podem entrar nos shopping centers? Uma marcha de mendigos? Qual o motivo para a negativa? Ora, obviamente não é do interesse nem dos comerciantes, nem dos donos desses estabelecimentos, que mendigos frequentem shopping centers. Apenas um exemplo extremo para demonstrar que, apesar de chocante, a desigualdade existe e pode refletir-se em posturas empresariais legítimas. É uma opção do comerciante abrir suas portas para aqueles com potencial de compra, com perfil ligado às finalidades institucionais do local. Não vejo discriminação ilícita nessa postura.

Muitos dirão que a desigualdade deve ser erradicada permitindo-se o acesso indistinto de pessoas a todos os locais. Nesse caso, as pessoas poderiam entrar com trajes de banho nos tribunais, ou quem sabe frequentar restaurantes de pijamas. Seria uma opção individual. Mas mesmo nos espaços públicos pode haver limites legítimos ao direito de ir, vir e ficar, e inclusive ao direito de reunião.⁴⁷

Acontece que, como não fazem parte dos destinatários diretos da reprimenda e do controle social, tanto os administradores dos *shopping centers* que se dignam a dar ordens de limitar o acesso às pessoas que não se coadunam com o consumidor padrão daquele espaço, que em tese é privado mas destinado ao acesso do público, esquecem as normas penais que podem se aplicar por um discurso como este.

Pode ser que a publicidade da lei não seja suficiente, mas em 1989 foi publicada a lei de nº 7.716, que define como crime pelo seu artigo oitavo: “Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos.”

Então, informar em público que um comerciante pode impedir o acesso de pessoas nesta situação, na verdade coaduna com várias condutas penalmente definidas, entretanto, pelo que se percebe a partir da criminologia crítica, é que, como quem pensa

⁴⁴ *Idem*, p. 25.

⁴⁵ Entrevista de Martin de Almeida Sampaio no vídeo disponibilizado no youtube por Veja SP. “*r0l3z1nh0*”. No 2”30’ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=X1mtOeJVAnU&feature=youtube_gdata_player>, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

⁴⁶ Compreensão de que a Ciência produzida numa sociedade como o Brasil pretende manter o aparato de exclusão. SOUZA, Jessé. Como o senso comum e a “brasilidade” se tornam ciência conservadora. In SOUZA, Jessé (org.). *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 49 a 71.

⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Rolê nos shopping centers*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193679,41046-Rolê+nos+shopping+centers>>, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que pode ser impedido o acesso de determinadas pessoas a estabelecimento comercial não são os destinatários da reprimenda penal e a efetivação das medidas penais disciplinadoras tem como alvo a ralé brasileira, as agências de criminalização não serão autofágicas, não serão suicidas. E por isso tais possíveis adequações fáticas às normas penais passam despercebidas.

Não é descuidado verificar o receio que, em uma bancada mais conservadora do que o de 1964⁴⁸ deverá ser votada uma suposta lei de prevenção contra práticas terroristas, mas, muito embora possa parecer ter isso, o país não tem crimes dessa natureza há mais de cem anos, pelo menos. E o que se quer efetivamente criminalizar com essa lei são os movimentos sociais.⁴⁹ Basta uma leitura que se perceberá para onde aponta a lei e o enfrentamento de um congresso conservador a manifestações de 2013 e posteriormente os rolezinhos, objeto do presente estudo.

Enquanto isso, no Rio de Janeiro ainda se passa a tolher, agora, o acesso a praia de jovens negros e pobres.⁵⁰ Atividade esta que passou a ocorrer de agosto de 2015 para cá. Como se alguém tivesse ouvido os banhistas do citado documentário e se implementasse uma política mais segregacionista ainda.

A lógica é tão perversa, os direitos virtuais desses sujeitos estão tanto no virtual, que o governador do Rio chega a dizer o indizível, após 150 jovens serem impedidos de ter acesso à praia se pronunciou no sentido de que a retirada desses jovens se dá para evitar crimes, como se a presunção de inocência tivesse sido revogado e o *minority report* já fora desenvolvido no Rio de Janeiro.⁵¹

A ralé brasileira, como quer Jessé Souza, ou os sujeitos de direitos virtuais devem ficar confinados no seu lado da cidade partida. Não cabe a eles o acesso à cultura, o acesso ao lazer, o acesso ao consumo, depois que a educação, igualdade de oportunidades, liberdade etc. lhes foram sufragados, a não ser de forma ordeira e não organizada em multirões. A estratificação da sociedade combalida por este *apartheid* real, que vem à tona pouco depois da morte de Mandela, deve permanecer, já que este é o interesse de quem detém o poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema capitalista é anoréxico, ele não se põe na condição de absorver todos na sociedade para dar um tratamento digno a qualquer um. Principalmente se verificado em países de modernidade tardia cujos níveis mínimos de vida digna são negados para parcela substancial da sociedade.

⁴⁸ SOUZA, Nivaldo e CARAM, Bernardo. *Congresso eleito é o mais conservador desde 1964*, afirma Diap. Dispo nível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>, acesso em 06 de agosto de 2015.

⁴⁹ LEMES, Conceição. *Lei antiterrorismo deve ser votada a toque de caixa: Terror contra os movimentos sociais*. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/lei-antiterrorismo-deve-ser-votada-nesta-quarta-a-toque-de-caixa-atentado-contra-os-movimentos-sociais.html>>, acesso em 06 de agosto de 2015.

⁵⁰ PORTAL FORUM. *Polícia impede jovens da periferia de irem à praia no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/08/policia-impede-jovens-da-periferia-de-irem-a-praia-no-rio-de-janeiro/>>, acesso em 26 de outubro de 2015.

⁵¹ CATRACA LIVRE. *Para Pezão, barrar adolescentes da periferia impede eventuais crimes nas praias*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/para-pezaao-barrar-adolescentes-da-periferia-impede-eventuais-crimes-nas-praias/>>, acesso em 26 de outubro de 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Cidades como a do Rio de Janeiro apresentam uma espécie de *apartheid*, real, na sua própria composição topográfica. De um lado, a cidade maravilhosa, de outro os que estão do lado de lá do muro acústico, balístico, excludente.

Talvez pelo fato de que o que os olhos não vêem o coração não sente, se coloca numa situação de exclusão social e não se pretende que os olhos da classe média e alta tenham que conviver percebendo a presença dos sujeitos de direitos virtuais entre eles. Deve, ainda, impor que esses sujeitos de direitos virtuais, tenham, somente, obrigações.

A ralé brasileira, como explica Jessé Souza, deverá, então, ficar escamoteada do seu lado da cidade, só sendo convocada e participando da vida da cidade maravilhosa quando interessar à classe dominadora, principalmente no que se refere fazer tarefas repetitivas e sujas do dia-a-dia.

Através da herança afetiva e emocional, a ralé vê sua situação de sujeito de direito ser realizada apenas na esfera da possibilidade, mas sempre negada. Como não são sujeitos consumidores relevantes para a ralé, estes não são perceptíveis como cidadãos e devem ser tratados pelas agências de criminalização, para que o poder disciplinador seja aplicado a eles.

Alguns chegam ao absurdo de afirmar que comerciantes podem impedir o acesso de determinadas pessoas por não ser de interesse deles, o que configura, inclusive, crime de racismo, em tese.

A agência de criminalização primária utiliza sua única forma de disciplinar a sociedade, que é apresentar um projeto com tipos penais abertos, que fere o próprio princípio da legalidade penal o que permitirá que se enquadre qualquer conduta como de terrorismo, principalmente, qualquer reunião de pessoas em espaço público.

Assim, o já etiquetado e excluído perpetuará sua situação de sujeito de direitos virtuais, ralé brasileira e terá negado mais um nível da vida, não podem consumir nem sequer aspirar consumir, apenas eventualmente e, se a democracia perder mais uma vez nem sequer manifestações políticas serão possíveis.

De certo que todo este tratamento não é compatível com a Constituição e com o tratamento adequado para se diminuir as disparidades sociais de um país com modernidade tardia em que os direitos entram na mera esfera virtual e as obrigações estão mais presentes do que é possível conceber. Assim, a cidade permanece como um purgatório e apesar da beleza negada aos subcidadãos não lhe resta nem o acesso à beleza, apenas ao caos como diria a música.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amanda. Senado prepara lei antimanifestações com penas de até 30 anos de prisão. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2014/02/12/interna_politica,412390/senado-prepara-lei-antimanifestacoes-com-penas-de-ate-30-anos-de-prisao.shtml>, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

Blog da Veja. O “rolezinho” da inveja. Ou: a barbárie se protege sob o manto do preconceito. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/cultura/o-rolezinho-da-inveja-ou-a-barbarie-se-protege-sob-o-manto-do-preconceito/>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

CALSTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro, Zahar, 2013.

CARDOZO, Daniel et. all. Manifestação pacífica dá lugar ao vandalismo na esplanada dos ministérios. Matéria de 20 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.jornaldebrasil.com.br/noticias/cidades/477523/manifestacao-pacifica-da-lugar-ao-vandalismo-na-esplanada-dos-ministerios/>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

CATRACA LIVRE. *Para Pezão, barrar adolescentes da periferia impede eventuais crimes nas praias*. Disponível em:

<<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/para-pezaao-barrar-adolescentes-da-periferia-impede-eventuais-crimes-nas-praias/>>, acesso em 26 de outubro de 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Conceitos jurídicos indispensáveis. Palestra proferida na EMERJ< disponível nos links parte 1:

<<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuWSHFbI>>, parte 2:

<<http://www.youtube.com/watch?v=EYkaqijPC1E>> e parte 3:

<<http://www.youtube.com/watch?v=g7swmwbjCCg>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

Diário do Centro do Mundo. O primeiro rolezinho: minidocumentário sobre a invasão a shopping da Zona Sul do Rio em 2000. Disponível em:

<<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/o-primeiro-rolezinho-minidocumentario-sobre-invasao-a-shopping-da-zona-sul-do-rio-em-2000/>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014.

LEMES, Conceição. *Lei antiterrorismo deve ser votada a toque de caixa: Terror contra os movimentos sociais*. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/lei-antiterrorismo-deve-ser-votada-nesta-quarta-a-toque-de-caixa-atentado-contra-os-movimentos-sociais.html>>, acesso em 06 de agosto de 2015.

MACHADO, Juremir. *Em defesa dos rolezinhos*. Disponível em:

<<http://www.correiopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=5540>>, acesso em 9 de fevereiro de 2014.

MARSIGLIA, Ivan. O Rolê da ralé. Disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,o-role-da-rale,1120064,0.htm>> , acesso em 9 de fevereiro de 2014.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MONKEN, Mario Hugo. Público elogia réveillon no piscinão de Ramos no Rio.

Matéria de 09 de janeiro de 2002. Disponível em

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/turismo/noticias/ult338u1496.shtml>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

O Globo. Paes recua e anuncia que passagens voltarão a custar R\$2,75. Matéria de 19 de junho de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/paes-recua-anuncia-que-passagens-voltarao-custar-275-8746258>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

O Globo. Linha amarela também poderá ganhar muros. Matéria de 20 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://extra.globo.com/noticias/rio/rio-transito/linha-amarela-tambem-podera-ganhar-muros-240835.html>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O Globo. Linha amarela e vermelha vão ganhar paredes de proteção acústica. Matéria de 11 de outubro de 2009. Disponível em <<http://extra.globo.com/noticias/rio/rio-transito/linhas-amarela-vermelha-vaio-ganhar-paredes-de-protecao-acustica-347251.html>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Rolê nos shopping centers. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193679,41046-Role+nos+shopping+centers>>, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

PORTAL FORUM. *Polícia impede jovens da periferia de irem à praia no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/08/policia-impede-jovens-da-periferia-de-irem-a-praia-no-rio-de-janeiro/>>, acesso em 26 de outubro de 2015.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Priberam. Verbete role, disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/role>>, acesso em 09 de fevereiro de 2014.

Rede Manchete. Os pobres vão a praia . Minutos destacados, entrevistas em 15'20'' e 17'36'', 16''00'. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=dScOfGOXdA8>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC, 2008

Senado Federal. Projeto 499/2013. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141938&tp=1>> acesso em 12 de fevereiro de 2014.

SILVA, Jorge. *Olimpíadas no Rio*, oportunidade de integração social. Disponível em <<http://www.jorgedasilva.blog.br/?m=200910>> , acesso em 09 de fevereiro de 2014.

SOUZA, Jessé. Introdução. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011

_____. Como o senso comum e a “brasileidade” se tornam ciência conservadora. In SOUZA, Jessé (org.). *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. O casamento secreto entre identidade nacional e “teoria emocional da ação” ou por que é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006

_____. Apresentação. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006

SOUZA, Nivaldo e CARAM, Bernardo. *Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, afirma Diap*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>, acesso em 06 de agosto de 2015.

TELLES JR. Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Terra Notícias. Brasil acorda com protestos em todo o país. Matéria de 17 de junho de 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-acorda-com-protestos-em-todo-o-pais,01ffe4e19ce4f310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>> , acesso em 9 de fevereiro de 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Veja SP. “r0l3z1nh0”. No 2”30’ Disponível em

<https://www.youtube.com/watch?v=X1mtOeJVAnU&feature=youtube_gdata_player>

, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

VENTURA, Zuenir. *Cidade Partida*. São Paulo: Companhia das letras, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

QUEM NOS SALVA DA BONDADÉ DO PROCESSO? UM BREVE DIÁLOGO SOBRE INSTRUMENTALIZAÇÃO PUNITIVA E REVITIMIZAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Leonardo Marcondes Machado

Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/ULCA/UNINTER e Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/IPAN. Professor de Direito Processual Penal na Academia de Polícia Civil/SC, no Centro Universitário Católica/SC e na Faculdade Censcista de Joinville/SC. Professor Convidado da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Professor Convidado da Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional/PR e de Ciências Criminais do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina.

RESUMO: O processo penal é garantia, mas também pode ser pena. As penas do processo não atingem apenas ao acusado, como tradicionalmente sustenta a doutrina; também a vítima sofre com essa submissão processual. A revitimização, decorrente de sua instrumentalização punitiva no sistema de justiça criminal, é tema que merece problematização crítica, desvelamento por um saber preocupado com o sujeito e a realidade social. É preciso denunciar essa multiplicação da violência e da dor, efeitos diretos da sobrevivitização (processual) - antes vítima do crime, agora vítima da justiça penal. A hipótese lançada é verificada a partir de duas situações bastante frequentes no sistema criminal: a desconsideração de vontade da vítima, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas ações penais (públicas incondicionadas) por crimes de lesão corporal “qualificada” pela violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a política judicial, inclusive com recomendação expressa do Conselho Nacional de Justiça, a respeito do chamado “depoimento especial” (antes intitulado “depoimento sem dano”). O questionamento final não poderia ser outro: afinal de contas, quem nos salva da bondade do processo?

Palavras chave: Direito Processual Penal. Vitimologia Crítica. Sobrevitização. Violência Doméstica. Testemunho Vulnerável. Depoimento Sem Dano.

INTRODUÇÃO

De antemão, embora seja óbvio, não custa afirmar que este singelo trabalho não tem qualquer pretensão de exaurimento do tema e sequer encerra as discussões em torno dele. Não traz, em verdade, fórmulas inovadoras ou conceitos extraordinários; apenas recupera obviedades. Mas obviedades que não podem cessar, porque estabelecidas como resistência democrática, fundadas na alteridade, em meio a um sistema processual contaminado pela desconsideração dos sujeitos e a correspondente instrumentalização punitiva.

As primeiras linhas deste artigo destacam a necessidade premente de um saber jurídico crítico e, portanto, transformador. Procura-se demonstrar, logo no início, as mazelas decorrentes de uma alienação jurídica, de viés conservador do *status quo*,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

especialmente no contexto processual penal brasileiro. No tópico seguinte, aborda-se o uso instrumental realizado pelo sistema de justiça criminal da figura da vítima, tida como objeto útil para o processo de infligir dor, e não como sujeito marcado pela dor. O tema da sobrevivitização (processual penal) é explorado, em outras duas seções, a partir das ações penais públicas incondicionadas por crimes de lesão corporal “qualificada” pela violência doméstica e familiar contra a mulher e do chamado “depoimento especial” (antes intitulado “depoimento sem dano”). Por fim, questiona-se o que tem sido feito com as vítimas em nome da “bondade” do processo penal.

1 POR UM SABER JURÍDICO CRÍTICO E TRANSFORMADOR

O direito é, inegavelmente, marcado pela produção de conhecimento. Necessário, contudo, que se trate de um lugar de conhecimento crítico e, portanto, desconfiado do *status quo*. A teorização meramente instrumental de categorias dogmáticas para a perpetuação da ordem neoliberal, estabelecida, de nada adianta. Um saber preocupado com a legitimação das estruturas importa a poucos, pouquíssimos em verdade, nunca a todos.

É justamente esta a relevante diferença quanto ao tipo de saber produzido (e sobre a qual não podemos silenciar): teoria tradicional X teoria crítica. A primeira está vinculada às comunidades hegemônicas e serve ao sistema dominante. A crítica, contudo, articula-se em nome dos oprimidos ou excluídos, de maneira a contestar o que é dado como realidade (finalidade negativa) e a desenvolver formulações alternativas positivas (“utopias possíveis”).¹ Logo, o que se deveria buscar não poderia ser outra coisa além de um conhecimento “a serviço dos direitos fundamentais do homem e da criação de formas autênticas de democracia econômica, social e política”.²

Sublinhe-se, como diria Jacinto Coutinho, que “não há pesquisa sem compromisso, inclusive para os eternos Pilatos. Afinal, os resultados sempre produzirão grandes efeitos, servindo ao avanço democrático ou à manutenção do *status quo*”.³

Nesse sentido, afirma Luiz Fernando Coelho⁴ que a cada jurista incumbe a importante decisão quanto ao projeto político a ser adotado, *in verbis*:

“A dialética da participação vai exigir do jurista a conscientização de seu real papel em meio aos conflitos sociais, e levá-lo a elaborar seu projeto político, segundo a tese fundamental, de que o direito não é o passado a condicionar o presente, mas o presente construindo o futuro”.

Segundo Wacquant,⁵ o pensamento crítico mais proveitoso é aquele que

¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 454.

² FALS BORDA, Orlando. *Ciencia propia y colonialismo intelectual*. México: Editorial Nuestro Tiempo, 1974, p. 25.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, p. 63

⁵ WACQUANT, Loic. *As Duas Faces do Gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo 2008, p. 133, 134.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

“promove o casamento da crítica epistemológica com a social, questionando de maneira contínua, ativa e radical as formas estabelecidas de pensamento e as formas estabelecidas de vida coletiva – ‘senso comum’ ou *doxa* (inclusive a *doxa* da tradição crítica) –, paralelamente às relações sociais e políticas que se estabelecem num momento particular numa sociedade particular (...) pensamento crítico é o que nos dá os meios de *pensar sobre o mundo* tal como ele é e *tal como poderia ser*”.

Veja que não se trata de apenas nomear o conhecimento enquanto crítico tampouco de uma crítica vazia, destituída de fundamento ou ponto de chegada. Não é a crítica pela crítica, e sim a revolução do saber e, consequentemente, da *práxis* por meio da abdicação do “senso comum teórico” ou da ruptura com o “saber jurídico institucionalmente sacralizado”.⁶ Crítico no sentido de mostrar o “invisível”, de preocupar-se com a “ciência do oculto”.⁷ Ou, como leciona Franco Bricola, de livrarmos da “fantasia dogmática”.⁸

Trata-se, portanto, de “desenvolvimento do *senso crítico*, do pensar autônomo, que só pode consolidar-se através da livre tomada de consciência dos problemas do homem e do mundo, e do engajamento profundo na tarefa de resolver esses problemas”.⁹

Os juristas, contudo, muitas vezes parecem não se dar conta, ou então, preferem não se dar conta do estado de alienação conservadora e da correspondente perversidade na adoção de uma “racionalidade meramente instrumental”, que os mantém “completamente encastelados em sua ‘torre de marfim’, felizes e saciados com os seus joguetes dogmáticos”, sem que sintam, “mediante esse cinismo, qualquer racimo de dor, angústia ou aflição”.¹⁰

Assim, o que não se admite, de forma alguma, é o “conforto das posturas neutrais!”.

¹¹ Um saber jurídico descomprometido com a realidade é o que convém à ideologia social imposta pelas classes dominantes.

Nessa seara, vale transcrever a contundente denúncia de Agostinho Ramalho Marques Neto¹² sobre um modelo de saber e de jurista acrílicos:

“Com efeito, estas (as classes dominantes) procuram efetivar, sob a máscara de uma pretensa universalidade, a consagração legal dos seus próprios interesses. Nada lhes é mais conveniente do que manter o jurista amarrado a uma formação dogmática que o transforme num dócil intérprete das leis – de preferência sob a ótica do sistema dominante –, e o impeça de formular juízos críticos que ponham

⁶ WARAT, Luis Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Revista *Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, pp. 48, 49, 1982.

⁷ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994, p. 21, 30.

⁸ BRICOLA, Franco. *Rapporti tra dommatica e politica criminale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, ano XXXI, fasc. 1, jan./mar., 1988, p. 5.

⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 163.

¹⁰ MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

¹² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 167.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

em xeque a estrutura, os fundamentos, e o funcionamento do sistema de poder estabelecido”.

A situação é ainda pior quando pensamos no campo específico das ciências criminais. Não seria exagero afirmar que esse tipo de apatia democrática substancial, cujas consequências negativas atravessam todo o saber jurídico, encontra no sistema de justiça criminal a sua face mais atroz. As mazelas flagrantes – e por todos conhecidas – do sistema penal brasileiro são resultado direto da falta de comprometimento político-ideológico, no sentido de respeito intransigente aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, por parte daqueles que atuam na área, inclusive em seu campo teórico (isto é: a doutrina). A falta de um saber crítico, marcado por um lugar de limitação da dor gerada no e pelo sistema criminal, é questão de base.

Com razão, afirma Zaffaroni¹³ que,

“se entregamos os instrumentos de navegação do poder jurídico de contenção das pulsões autoritárias – normais em todo Estado de direito real –, o poder jurídico fica privado de qualquer possibilidade de eficácia não somente tática, como também estratégica”.

Exatamente por isso a urgência em se (re)discutir a função das ciências penais e, particularmente, do processo penal em um Estado que se pretenda democrático e de direito. Espera-se, por óbvio, algo diferente e que supere o cenário atual, marcado pelo “reforço do dogmatismo, o isolamento científico e o natural distanciamento dos reais problemas da vida”.¹⁴

Nessa linha, Casara e Melchior¹⁵ afirmam que,

“diante de um despertar crítico, o processo penal surge (e só se justifica) como limite ao poder estatal, ao poder punitivo, como contrapoder jurídico, na redução do arbítrio e na tentativa de racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizados”.

Mesmo porque sabemos há muito que “o processo penal reflete os fatores constitucionais e políticos, econômicos e culturais de um determinado povo, exprimindo, assim, o grau de civilidade”.¹⁶ Entre nós, submetidos a um regime de subcidadania pela “naturalização da desigualdade periférica”,¹⁷ o problema penal faz questão.

2 AS VÍTIMAS DO CRIME E DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A vítima é o “principal envolvido desconsiderado” no sistema de justiça criminal. Embora atingida pelo crime, resta desprezada pelo próprio sistema. Giamberardino, citando Nils Christie e Howard Zehr, recupera as noções de vítima enquanto “duplas

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 13.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

¹⁵ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27.

¹⁶ GIANNITI, Francesco. *Prospettive criminologiche e processo penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 280.

¹⁷ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 179.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

perdedoras”¹⁸ e “notas de rodapé do processo criminal”¹⁹. De fato, a vítima pouco importa ao processo penal. Serve apenas como instrumental para viabilizar a punição do criminalizado; é vista como um objeto útil ao procedimento necessário para imposição de castigo.

Perceba que o seu lugar não é de sujeito, e sim de objeto. Não demarca espaço por aquilo que do crime sofreu, e sim por aquilo que pode oferecer ao sistema. Serve para infligir dor, e nunca pela sua dor. A sua posição é sempre de meio, ou seja, de instrumento, nunca de fim.

Segundo Hulsman,²⁰ “a primeira característica da organização social da justiça criminal é a posição extremamente débil ocupada pelas ‘vítimas’ neste modelo de referência”. A vítima é “*persona estranha*” ao duelo processual.²¹

Explica Maier²² que

“a vítima foi despejada desse pedestal, abruptamente, pela Inquisição, que expropriou suas faculdades ao criar a persecução penal pública e desconsiderar, por completo, a eficácia de sua vontade para o ajuizamento penal ao transformar todo o sistema penal em um instrumento de controle estatal direto sobre os súditos; já não importava aqui o dano real produzido, no sentido da restituição do mundo ao *status quo ante*, ou, quando menos, a compensação do dano sofrido; aparecia a pena estatal como mecanismo de controle dos súditos pelo poder político central”.

A própria vitimologia tradicional, muito embora tenha se destacado no século XX, com autores como Benjamin MENDELSON e Hans VON HENTIG, seguiu a linha etiológica e explicativa do crime, o que, por óbvio, não conduziu à devida (re)valorização da vítima no contexto processual penal. Mesmo porque existe algo anterior, que precisa ser compreendido, sem o qual nenhum avanço será possível. Neste particular, Zaffaroni é preciso (e enfático): “o poder punitivo não resolve os conflitos porque deixa uma parte (a vítima) fora de seu modelo. No máximo pode aspirar a suspendê-los”.²³

É do movimento feminista, a partir da década de 70, e da vertente abolicionista que têm surgido as principais contribuições no campo da vitimologia,²⁴ apesar de toda a

¹⁸ CHRISTIE, Nils. “Conflict as Property”. *British Journal of Criminology*, v. 17(1), 1977, p. 1-15. *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. 2014. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 27.

¹⁹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 31. *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. 2014. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 27.

²⁰ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.46.

²¹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 402.

²² MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*: parte general: sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 582, 583.

²³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41

²⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A Vítima de Crimes e Seus Direitos Fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013, p. 319.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

resistência sempre enfrentada por esses discursos, tipicamente contramajoritários. Fala-se, nessa linha, de uma nova vitimologia, de cunho crítico:

“Na ‘vitimologia crítica’, fortemente influenciada pelo pensamento feminista, busca-se trazer ao debate o papel da própria lei e do Estado nos processos de vitimização através da construção de determinados papéis e estereótipos, sobre os quais se haveria convertido a vítima de crimes em mais uma espécie de ‘consumidor’”.²⁵

Muitos temas, de extrema importância, poderiam ser abordados a partir da relação entre vítima e sistema de justiça criminal. No entanto, tendo em vista o apertado espaço deste singelo trabalho, optamos pela discussão, ainda que de maneira sucinta, a respeito do uso processual penal da vítima e o fenômeno da vitimização secundária.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUPREMA: DESCONSIDERAÇÕES E REVITIMIZAÇÃO NA LEI “MARIA DA PENHA”

Peço vênica para inaugurar este tópico com o relato de um caso concreto de violência doméstica (e suprema), o qual evidencia as mazelas penais e processuais penais no sentido de desconsideração da vítima. Trata-se de um atendimento, em regime de plantão policial, ocorrido na cidade de Joinville/SC. Vejamos.

Era de se imaginar que seria apenas mais um caso de “maria da penha”. O relato dos policiais era bastante corriqueiro. Testemunhas teriam visto o rapaz agredir fisicamente a noiva, em via pública, enquanto voltavam de uma festa. A moça, por sua vez, confirmou, aos policiais, ter sido vítima de agressões e mostrou as lesões nos braços. O motivo alegado? Ciúmes.

A resposta jurídica estava pronta. Prisão em flagrante do agressor independentemente de qualquer manifestação da própria vítima. Afinal de contas, tratava-se de uma lesão corporal leve, mas “qualificada” pela violência doméstica. Logo, conforme entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4424/DF), de iniciativa pública incondicionada.

A vítima, então, é cientificada de toda a burocracia penal e da lavratura do procedimento, inclusive dos seus “direitos” (?) previstos na Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. A sua resposta, no entanto, foi imediata.

Em meio a um choro tímido e com voz embargada pela tristeza, dizia sentir raiva de si mesma. Já que, apesar do ocorrido, tinha “pena dele”. Tudo era muito complicado e vergonhoso, afirmava. Não queria a prisão de ninguém tampouco “medidas protetivas”. Achava que o melhor mesmo, naquele momento, era “desistir”. Foi a sua palavra: “desistir”!

Não queria absolutamente nada (na esfera penal). Havia um grito oculto, porém flagrante, que clamava pela não intervenção estatal. Ela, definitivamente, não queria uma “solução” fictícia do Estado. Prisão ou falsas medidas de proteção não resolveriam, de fato, aquela questão.

²⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. 2014. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 29.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Inconformada com a total desconsideração de sua manifestação de vontade e com a supressão absoluta de sua autonomia para gerir os próprios conflitos, até os mais íntimos, passou a responder da mesma forma que fora tratada pelo Estado. Com sabotagem! Negou, em suas declarações oficiais, que fora agredida e se recusou a ser submetida a exame de corpo de delito. Em suma: tratou de sabotar o sistema que insistia em desconsiderá-la!

O citado caso evidencia a nossa incapacidade (suprema) de considerar o elementar, o imprescindível, a fonte: a vida humana concreta. Aquilo que deve ser “ponto de partida, o *antes* de tudo”: “a vida concreta de cada sujeito como modo de realidade”.²⁶

“A é o critério-fonte, condição de possibilidade de todo o mais. Esse critério é referência de todos os campos: do ético, do político, do econômico, do social, do jurídico e outros. É referência, também, de todo ato, norma, estrutura, sistema, subsistema, instituição etc. Assim, a premissa é que a vida humana em comunidade é o *modo de realidade* do sujeito. O *modo de realidade* consiste em considerar a vida humana como ela se apresenta a nós, nas situações concretas do mundo, na idade da globalização e da exclusão (...) O *modo de realidade* do vivente humano é mais do que propriamente *condição*, mais do que fundamento, para ser precisamente *fonte e conteúdo* de onde emana, inclusive, a racionalidade como momento de ser vivente humano”.²⁷

É claro que essa desconsideração ocorre por um sujeito que nada consegue perceber ou enxergar, pois imerso em um “punitivismo desmedido e ideológico”:

“No atual momento histórico o *punitivismo* – e seu excesso – tem marcado de tal forma as concepções ligadas ao campo criminal que ele aparece, antes de tudo, como sintoma de algo que se não faz presente nos fundamentos daqueles que o defendem ardorosamente. Como é evidente, *falta alguma coisa* em outra parte e, para supri-la, aponta-se para soluções que passam pelo *punitivismo* como panaceia. (...)”

Quem imagina que pelo *punitivismo desmedido* pode resolver alguma coisa não se dá conta que não vai resolver aquilo que aparentemente pretende e nem aquilo que está oculto”.²⁸

Fica claro, ainda, o desrespeito solene às normativas internacionais. A recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas no sentido de que a vítima seja tratada “com compaixão e respeito pela sua dignidade”²⁹ é letra morta. A vítima deve servir ao processo, e nada mais. É o que a prática brasileira tem demonstrado.

²⁶ LUDWIG, Celso Luiz. *Para Uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2 ed. São Paulo: Conselho Editorial, 2011, p. 144.

²⁷ Idem, pp. 144, 145.

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Punitivismo Desmedido e Ideológico (a posição de Jorg Stippel) in BUSATO, Paulo César (coord.). *Questões Atuais do Sistema Penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

²⁹ DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985. Resolução n. 40/34, de 29 de novembro de 1985. Assembléia Geral da ONU. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisoneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 01.03.2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O foco não está no conflito, na violência ou na vítima; muito menos em qualquer ideia de terapia ou composição. O centro gravitacional é sempre o castigo e, por via indireta, o meio necessário para se chegar até ele. O que importa, em suma, é a pena criminal e o processo penal.

Em sendo assim (e de fato é!), o único resultado efetivo é a multiplicação da violência (antes subjetiva ou particular; agora estatal ou institucional) e a evidente sobrevivitização (danos físicos, emocionais e psicológicos oriundos da submissão da vítima aos procedimentos, oficiais ou oficiosos, do sistema de justiça criminal). É o processo penal enquanto instrumento de dor, e não apenas aos acusados, como tradicionalmente afirma-se das penas do processo³⁰; mas também às vítimas!

Serve, também aqui, a discussão levantada por Slavoj Žizek sobre o paradoxo da violência.

“Os sinais mais evidentes de violência que nos vêm à mente são atos de crime e terror, confrontos civis, conflitos internacionais. Mas devemos aprender a dar um passo para trás, a desembaraçar-nos do engodo fascinante da violência ‘subjetiva’ diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável. (...) O passo para trás nos permite identificar uma violência que subjaz aos nossos próprios esforços que visam combater a violência e promover a tolerância”.³¹

De fato, é preciso dar um passo atrás e reconsiderar o quanto essa expropriação do conflito tem gerado de vitimização secundária:

“(…) os princípios elementares de respeito à dignidade da pessoa humana impõem um limite à utilização – e consequente coisificação – da pessoa humana: à utilização da pessoa do criminalizado para o exercício de um poder verticalizante; para tanto se usa a vítima mediante a expropriação (diríamos confisco) de seu direito lesado, resultando sempre excessivo, pois que a agência judicial também tolere que se use ainda mais a vítima, inflingindo-lhe um sofrimento com a intervenção do poder do sistema penal contra a sua vontade”.³²

A Lei n. 11.340/06, utilizando-se da força simbólica do nome “Maria da Penha” e partindo de uma suposta vulnerabilidade feminina, apresenta o poder punitivo como a solução, o “bem acolher” para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Decide por elas e independente delas; e, pior, tudo com ares de bondade. No entanto, distante da realidade, por falta de conhecimento ou puro cinismo, despreza o fato de que a maioria dessas mulheres não deseja a punição do marido, convivente, noivo etc, mas apenas que cessem as agressões e violências.³³

³⁰ Nesse sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965, p. 75; CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264.

³¹ ŽIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. Tradução Miguel Serras Pereira. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 242.

³³ CELMER, Elisa Girotti, et. all. Sistema penal e relações de gênero: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Rio Grande (RS/Brasil). In:_____. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (org.). *Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011 / MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado Especial Criminal à Lei Maria da Penha: Teoria e prática da vitimização*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Em verdade, o que se faz, em nome da vítima, neste caso, ao desconsiderar a sua vontade, não é outra coisa senão pura violência processual. Afinal de contas, como ensina Sônia Felipe,³⁴ “violento é, pois, o ato que aniquila ou elimina uma vida, um corpo, um interesse, uma vontade específica, quando poderia não ter sido praticado”. O que existiu, em síntese, foi uma violência suprema!

4 TESTEMUNHAS VULNERÁVEIS E DEPOIMENTO ESPECIAL: TUDO PELA INQUIRÇÃO, NADA PELA ESCUTA

A prova testemunhal, por si, é controvertida. O chamado “testemunho frágil” ou “vulnerável” com maior razão, ensejando, inclusive, a necessidade de uma proteção invertida: da tutela do processo à tutela das pessoas envolvidas no processo, como aponta Claudia Cesari.³⁵ Dentre inúmeros temas nesta seara, ganha destaque a problemática dos depoimentos infantis e as iniciativas da justiça penal em torno do, ora intitulado, “depoimento especial” (já chamado de “depoimento sem dano”).

O Conselho Nacional de Justiça não só aprova, como incentiva, ou melhor, recomenda o “depoimento especial” - intitulado formalmente de “escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais”. A Recomendação n. 33, de 23 de novembro de 2010, disciplina essa prática forense. Estimula, dentre outras medidas, “a implantação de sistema de depoimento vídeogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática”.³⁶

O depoimento especial, desde a sua origem, no sistema brasileiro, sob o título de “depoimento sem dano”, apresenta algumas características fundamentais: - normalmente realizado em espaço distinto da sala de audiência e por meio de sistema de transmissão e gravação audiovisual; - a criança ou adolescente, em geral, não tem contato direto com o juiz e as partes (acusação e defesa); - a fala da testemunha menor é, nesses casos, intermediada por um “profissional especializado”, na maioria das vezes psicólogo ou assistente social; - tem como objetivo declarado evitar a revitimização e os consequentes danos à criança e ao adolescente, principalmente em virtude da repetição de testemunhos ao longo da persecução penal.³⁷

feminina no sistema penal brasileiro. 2009. 247f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

³⁴ FELIPE, Sônia T.. *O Corpo Violentado: estupro e atentado violento ao pudor: um ensaio sobre a violência e três estudos de filmes à luz do contratualismo e da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Sônia T. Felipe, Jeanine Nicolazzi Philippi. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1998, p. 43.

³⁵ CESARI, Claudia. *Dalla Tutela Dei Diritti Nel Processo Alla Protezione Della Persona Dal Processo: La Tutela Del Testimone Fragile Nell'evoluzione Processualpenalistica*. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michelli. *Diritto individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 307-322.

³⁶ RECOMENDAÇÃO n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12114-recomendacao-no-33>>. Acesso em 27.02.2015.

³⁷ Nesse sentido: CARTILHA do Projeto “Depoimento sem Dano” do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < <http://wwwwh.cnj.jus.br/porta/images/programas/mutiroes-da-cidadania/depoimentosesano.pdf>>. Acesso em 28.02.2015. / CARTILHA do Projeto “Depoimento sem Dano” do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em < http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/depoimentossem_dano.pdf>. Acesso em 28.02.2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Sublinhe-se, de antemão, que os próprios Conselhos Federais de Psicologia³⁸ e Serviço Social³⁹ manifestaram expressa desconfiança em relação à política do “depoimento sem dano” ou “depoimento especial”, considerando falta ético-profissional a conduta meramente instrumentalizada daqueles que assumissem o papel de inquiridores criminais, em juízo, de crianças e adolescentes. É bem verdade que essas resoluções profissionais tiveram eficácia suspensa por decisões do poder judiciário país afora, porém isso em nada altera a posição demarcada por essas categorias especializadas.

Em verdade, ao que parece, o programa de depoimento especial está mais preocupado em assegurar a responsabilização criminal de alguém, tido como autor de uma violência, do que viabilizar algum procedimento de escuta terapêutica para as vítimas. Mais uma vez, fica claro que o centro não é a criança ou o adolescente (vítimas), e sim o autor da violência. O objetivo é sempre a punição, ainda que muitos sejam os discursos “de bem”.

A denúncia de Moraes da Rosa,⁴⁰ *in casu*, merece transcrição integral:

“A torcida do ‘Bem’ defende sem maiores discussões a prática do dito ‘Depoimento Sem Dano’, mecanismo importante criado para colher o depoimento de crianças, em tese, ‘vítimas de violência’ (sexual, simbólica, moral, etc.). Talvez a própria definição que antecede ao modelo – atendimento de crianças *a priori* vítimas – deixe antever que o ‘quadro mental paranóico’ de que fala Cordero tenha se instalado nesta prática. Dito de outra forma, de regra, a posição é a de que a criança ‘foi’ vítima da violência e que o meio de ‘sugar’ os significantes necessários à condenação precisam ser extraídos, de maneira ‘branda’, ou mais propriamente, na função de um ‘micro poder’ subliminar e sedutor de que nos fala Foucault. A postura infla-se de um inquisitorialismo cego pelo qual se busca, em nome do ‘Bem’, as provas do que se crê como existentes, dado que os lugares, desde antes, estão ocupados: ‘vítima e agressor’. O resultado é um jogo de cartas marcadas em que o processo como procedimento em contraditório se perde em relações performáticas de profissionais que se arvoram em ‘intérpretes/tradutores’ do discurso infantil”.

Além de toda a burla do *due process of law*, que se estabelece com um depoimento especialmente conduzido (e intermediado) em busca de condenações, embora sob o (poderoso) nome da proteção integral de crianças e adolescentes, sobrevivitiza o menor, uma vez que faz de tudo para inquirir, nada para escutar.

Bárbara Souza Conte,⁴¹ com primorosa didática, esclarece que

³⁸ RESOLUÇÃO CFP n. 010/2010 - Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Disponível em < <http://www.crpmg.org.br/CRP2/File/resolucao010%20de%202010.pdf>>. Acesso em 28.02.2015.

³⁹ RESOLUÇÃO CFESS n. 554/2009 – Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. Disponível em < http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf>. Acesso em 28.02.2015.

⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranóico” (Cordero) no Processo Penal. In: POTTER, Luciane Bitencourt.

Depoimento sem Dano: Uma Política Criminal de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴¹ CONTE, Bárbara Souza. Depoimento sem dano: a escuta da psicanálise ou a escuta do direito? In: *Psico*. Porto Alegre: PUCRS, v. 39, n. 2, abr./jun. 2008, p. 220, 221.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

“A demanda de validade na fala da criança, quando exposta a um depoimento, evidencia um paradoxo, pois precisa revelar e esconder. Revelar o solicitado quanto ao inquérito (a verdade objetiva) e esconder o acontecido (a vivência subjetiva de dor, vergonha e passivização). O discurso aparece como um sintoma, pois revela e esconde. Nem tudo está disponível no nível simbólico da palavra. Por isso, em um inquérito, há um hiato necessário entre o dito e o não dito. Quando não está respeitado o tempo do que não pode ser revelado – o não dito –, por não haver possibilidade de elaboração psíquica, o que ocorre é chamado de revitimização”.

É preciso compreender (e reconhecer) “que o testemunho tem os seus limites, e que, portanto, a integralidade do evento pode não ser recuperável tal como o aparato judicial pressuporia necessário”.⁴² Volta-se ao problema de sempre: nem todos se deram conta do giro linguístico e, portanto, insistem no processo penal enquanto método de busca pela verdade. Ainda no predomínio da filosofia da consciência, pretendem uma “verdade Toda (e única)”. Não se deram conta, entretanto, de que operamos “tão-só em uma parte dela. A parte (daí a parcialidade que move dita relação, sempre), todavia, *não é o Todo* e, portanto, *é de outra coisa que se trata*”.⁴³

Neste caso, a busca inquisitória pela verdade, tendo como objetos de exploração crianças e adolescentes, inquiridos *a forceps*, no exíguo tempo estabelecido pelo processo, e não da necessária escuta conforme a singularidade do sujeito, resulta inevitavelmente em mais violência e dor. A revitimização é certa!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Agostilho Ramalho Marques Neto,⁴⁴ em célebre e conhecida provocação, uma vez perguntou: “quem nos protege da bondade dos bons?”. De semelhante modo, questiono: quem nos salva da bondade do processo? Já que, como vimos, o discurso (oficial) de proteção da vítima pelo processo penal não passa, em muitos casos, de mera retórica para encobrir a (verdadeira) sanha punitiva.

Jacinto Coutinho,⁴⁵ ao desvelar os enunciados de “bondade” no processo penal, muito embora se referindo especificamente à “bondade do órgão julgador”, aponta que este é, na verdade, o lugar do “puro narcisismo”, de “gente lutando contra seus próprios fantasmas”. Parece-nos que a lição, aqui, é a mesma. Trata-se, como afirma Moraes da Rosa, do “lugar do canalha”.⁴⁶

⁴² COIMBRA, José César. Depoimento Especial de Crianças: um lugar entre proteção e responsabilização. In: *Psicologia: Ciência e Profissão*. Brasília, 2014, v. 34, n. 2, p. 373.

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

⁴⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994, p. 220, 221.

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

⁴⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2006, p. 225.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O que nos falta, portanto, é uma relação ética processual penal, fundada na alteridade, que considere “a/o outra/o mulher homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto, como epifania da corporalidade vivente humana”.⁴⁷ Se alguma salvação existe ao processo penal, que faça cessar a instrumentalização punitiva das testemunhas e a revitimização no sistema de justiça criminal, sem dúvida passa pela necessária aproximação ética. Talvez seja esse o conteúdo (material) de um devido processo penal e de uma república fundada, de fato, na dignidade da pessoa humana. O resto é apenas mais do mesmo: violência e dor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Vítima de Crimes e Seus Direitos Fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013.

BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, ano XXXI, fasc. 1, jan./mar., 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965.

_____. *Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004.

COIMBRA, José César. Depoimento Especial de Crianças: um lugar entre proteção e responsabilização. In: *Psicologia: Ciência e Profissão*. Brasília, 2014, v. 34, n. 2, p. 362 - 375.

CARTILHA do Projeto “Depoimento sem Dano” do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < <http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/programas/mutiroes-da-cidadania/depoimentosemsano.pdf>>. Acesso em 28.02.2015.

CARTILHA do Projeto “Depoimento sem Dano” do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/depoimentosem_dano.pdf>. Acesso em 28.02.2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CELMER, Elisa Girotti, et. all. Sistema penal e relações de gênero: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Rio Grande (RS/Brasil). In: _____. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (org.). *Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

CESARI, Claudia. *Dalla Tutela Dei Diritti Nel Processo Alla Protezione Della Persona Dal Processo: La Tutela Del Testimone Fragile Nell'evoluzione Processualpenalistica*. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michelli. *Diritto individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 307-322.

⁴⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 16.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

CHRISTIE, Nils. "Conflict as Property". *British Journal of Criminology*, v. 17(1), 1977, p. 1 - 15.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor.

CONTE, Bárbara Souza. Depoimento sem dano: a escuta da psicanálise ou a escuta do direito? In: *Psico*. Porto Alegre: PUCRS, v. 39, n. 2, abr./jun. 2008, p. 219-223.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002.

_____. Sistema Inquisitório e o Processo em "O Mercador de Veneza". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Mercador de Veneza", de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Punitivismo Desmedido e Ideológico (a posição de Jorg Stippel) in BUSATO, Paulo César (coord.). *Questões Atuais do Sistema Penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985. Resolução n. 40/34, de 29 de novembro de 1985. Assembleia Geral da ONU. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 01.03.2015.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

FALS BORDA, Orlando. *Ciencia propia y colonialismo intelectual*. México: Editorial Nuestro Tiempo, 1974.

FELIPE, Sônia T.. *O Corpo Violentado: estupro e atentado violento ao pudor: um ensaio sobre a violência e três estudos de filmes à luz do contratualismo e da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Sônia T. Felipe, Jeanine Nicolazzi Philippi. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1998.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. 2014. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

GIANNITI, Francesco. *Prospettive criminologiche e processo penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

LUDWIG, Celso Luiz. *Para Uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2 ed. São Paulo: Conselho Editorial, 2011.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*: parte general: sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado Especial Criminal à Lei Maria da Penha: Teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2009. 247f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranóico” (Cordero) no Processo Penal. In: POTTER, Luciane Bitencourt.

Depoimento sem Dano: Uma Política Criminal de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2006, p. 219-233.

RECOMENDAÇÃO n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12114-recomendacao-no-33>>. Acesso em 27.02.2015.

RESOLUÇÃO CFESS n. 554/2009 – Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. Disponível em <http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf>. Acesso em 28.02.2015.

RESOLUÇÃO CFP n. 010/2010 - Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Disponível em <<http://www.crpmg.org.br/CRP2/File/resolucao010%20de%202010.pdf>>. Acesso em 28.02.2015.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica*. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

WACQUANT, Loic. *As Duas Faces do Gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo 2008.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, pp. 48, 49, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. Tradução Miguel Serras Pereira. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MARGINALITY, ETHNICITY AND PENALITY: A BOURDIEUSIAN PERSPECTIVE ON CRIMINALIZATION

Loïc Wacquant

Professor de Sociologia na Universidade da Califórnia, Berkeley, e pesquisador do Centro Europeu de Sociologia e Ciência Política, Paris. Seus livros são traduzidos em cerca de vinte línguas e incluem a trilogia *Urban Outcasts* (2008), *Punishing the Poor* (2009), e *Deadly Symbiosis* (2014), bem como *The Two Faces of the Ghetto* (2013) e *Tracking the Penal State* (2014). Para mais informações, consulte loicwacquant.net

Prefatory note: This chapter draws an analytic map of the research programme pursued across my three books *Urban Outcasts* (2008), *Punishing the Poor* (2009), and *Deadly Symbiosis: Race and the Rise of the Penal State* (2014) in an effort to relate urban marginality, ethnicity as public (dis)honor, and penalization as a modality of government action entailing the conjoint deployment of legitimate material and symbolic violence: physical force and legal stigma.

To effect this triadic connection is to invite criminologists and penologists to alter their baseline analytics in two ways. The first entails broadening their empirical purview beyond the weary couple of “crime and punishment” to encompass changing forms of urban dispossession and concurrent modalities of state-crafting. For the stunning and unforeseen resurgence of the prison and its extensions in advanced society at century’s turn cannot be explained by stagnant or sagging rates of offending (or even increasing rates, for that matter): it partakes of a broader revamping of the state and its relation to the poor. The second alteration is to shift their explanatory focus from criminalization -- the multistep process whereby the authorities come to stipulate that certain conditions or conducts constitute crimes -- to *penalization as a socially selective response to lower-class offending* and its proximate social correlates, namely, destitution and disrepute (Irwin 1980). For “governing through crime” does not mechanically and automatically imply the expansion of punishment; it can just as well lead to the enlargement and elevation of the social or medical missions of the state, as it did in the period of Fordist-Keynesian consolidation (e.g., Gilbert 1988). It is precisely this *contingent political connection between crime and penal sanction* that we must put at the epicenter of our inquiries. The theories of Pierre Bourdieu provide muscular and flexible tools to effect this double move, and thus to reformulate root and branch the question of criminalization as state action.

In the trilogy, I disentangle the triangular nexus of class fragmentation, ethnic division, and state-crafting in the polarizing city at century’s turn to explain the political production, sociospatial distribution, and punitive management of marginality through the wedding of disciplinary social policy and neutralizing criminal justice. In this chapter, I explicate how I adapted and extended key notions from Bourdieu as well as coined new ones (territorial stigmatization and advanced marginality, punitive containment and liberal paternalism, hyperincarceration and negative sociodicy) as tools for the comparative sociology of the unfinished genesis of the post-industrial precariat,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

the penal regulation of poverty in the age of diffusing social insecurity, and the building of the neo-liberal Leviathan.

Bringing the study of the contemporary permutations of class, race and immigration, and the state into a single framework shows how the racialization, penalization, and depoliticization of the urban turbulences associated with advanced marginality reinforce one another in Western Europe as in the United States. It confirms that punishment is not just a key index of social solidarity, as Durkheim (1893] 2007) proposed over a century ago, but also a core capacity and key site for staging the sovereignty of the state as classifying and stratifying agency. And it reveals the deep kinship between race and judicial sanction as kindred forms of official dishonour that converge in the constitution of public outcasts.

*

I would like to start by extending my warm thanks to the participants of this conference –it is better to do so at its outset since we will likely have strong disagreements at its end. It is a paradox, but one of the main obstacles to advances in the social sciences nowadays resides in the social and temporal organization of research, with the uncontrolled invasion of schedules, the overload of work and the multiplication of missions without a matching expansion of the resources needed to carry them out. It explains that we hardly have the concrete incentives, nor even simply the time, to sit down and read in depth the works of other scholars, even those that we would need to digest to keep up with our own specialty areas. And we have even fewer opportunities to meet a group of colleagues coming from a variety of fields who have taken the trouble to dissect a body of writings in order to engage in a focused discussion about them liable to help each to advance further along his or her own research path. It is a rare occasion of this kind that we enjoy today, thanks to the energy and talent that Mathieu Hilgers deployed behind the scenes to organize this meeting. I am very grateful to him, as I am to the sociologists, geographers, criminologists and anthropologists who are joining in these discussions, and to the large audience that has come to listen and, better yet I hope, to contribute to our debates through its live questions and reactions.

What I would like to do today is, precisely, to serve as a human switchboard to activate communication among researchers who usually do not encounter one another and therefore do not talk to each another, or do so too rarely and from a distance, about the three subjects that anchor the three thematics of this study day. In the first corner, we have people who study *class fragmentation in the city* in the wake of the crumbling of the traditional working class issued from the Fordist and Keynesian era (that is, roughly the long century running from 1880 to 1980) under the press of deindustrialization, the rise of mass unemployment and the diffusion of labor precarity, at the intersection of what Robert Castel (1996) puts under the notion of the ‘erosion of the wage-earning society’ and Manuel Castells (2000) calls ‘the black holes’ of urban development in ‘the information age’. These researchers are concerned with employment and labour market trends and with their polarizing and ramifying impacts on social and spatial structures – leading in particular, at the bottom of the ladder of classes and places, to the *unfinished genesis of the post-industrial precariat* in the urban periphery at the dawn of the 21st century. But they scarcely engage in sustained discussion with their colleagues who, in the second corner, are studying the foundations, forms, and implications of ethnic cleavages.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Grounded in ethno-racial classifications in the United States (that is, in the institutionalization of ‘race’ as denegated ethnicity), in ethno-national classifications in the European Union (to wit, the ‘national/foreigner’ cleavage) and in a varying mix of the two in Latin America and a good part of Africa, (re-)activated by immigration and by the cultural differences of which migration can be the carrier, *ethnic division* is nonetheless essential to grasping the formation and deformation of classes. And conversely: how can one not see that those who are designated --indeed, defamed-- across Europe as ‘immigrants’ are foreigners of postcolonial origins and lower class extraction --others, of upper-class standing, are ‘expats’, whom everyone wants to attract and not drive out? And how can one ignore that the collective perception one has of them, their modalities of incorporation, their capacity for collective action, in sum, their fate, depend a great deal on their social position and trajectory, and therefore on shifts in the class structure in which they become ensconced? This domain of inquiry, which is experiencing an unprecedented boom across Europe, fueled by the fear of immigration and by the political and media fad over ‘diversity’, has grown largely autonomous (under the impetus of American-style ethnic studies programmes) and increasingly distant from – even opposed to – class analysis. Thus an artificial alternative has crystallized, which summons us to make a disjunctive choice between class and ethnicity, to grant analytical preference and political priority to either ‘the social question’ or ‘the racial question’ –I am thinking here, in the case of France, of Pap Ndiaye’s resounding study *La Condition noire* (2008), which aspires to found ‘black studies à la French’, which, in my view, is a double mistake, theoretical and practical, and of the book edited by the Fassin brothers, *De la question sociale à la question raciale?* (2006), which speaks volumes about the drift of the progressive ‘common sense’ of the moment. Now, it is abundantly evident, as Max Weber emphasized a century ago ([1922] 1978), that these two modalities of ‘social closure’ (*Schließung*), based respectively on the distribution of material and symbolic powers, are profoundly imbricated and must necessarily be thought together.¹

Finally, in the third corner, studiously isolated from the other two, we have a group that is very well represented amongst us today: criminologists and assorted specialists in *criminal justice* issues. They burrow away with zeal the closed perimeter of the ‘crime and punishment’ duet, which is historically constitutive of their discipline and continually reinforced by political and bureaucratic demand. Hence, they pay hardly any attention (not enough for my taste, in any case) to shifts in class structure and formation, the deepening of inequalities and the broad revamping of urban poverty, on the one hand, and to the dynamic, and historically variable, impact of ethnic divisions on the other (except under the narrow and limiting rubric of discrimination and disparity, typically conflated). In so doing, they deprive themselves of the means to grasp the contemporary evolution of penal policies, inasmuch as, as Bronislaw Geremek ([1978] 1987) showed in his master work *La Potence ou la pitié*, since the invention of prison and the emergence of modern states in the West at the close of the 16th century, these policies have aimed less at reducing crime than at curbing urban marginality. Better yet,

¹ I argued this point, a long time ago (Wacquant 1989), in the course of a reinterpretation of the political and scientific controversy stirred up in the United States by the masterwork of my Chicago mentor, William Julius Wilson ([1978] 1980), *The Declining Significance of Race*, as well as in an article calling for the elaboration of an ‘analytic of racial domination’ escaping the logic of trial which construes racialization as one among many competing modalities of the fabrication of collectives (Wacquant 1997a).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

penal policy and social policy are but the two flanks of the same politics of poverty in the city – in the double sense of power struggle and public action. Finally, always and everywhere, the vector of penalty strikes preferentially at categories situated at the bottom of both the order of classes and gradations of honour. It is therefore crucial to connect criminal justice to marginality in its *double dimension, material and symbolic*, as well as to the other state programs that purport to regulate ‘problem’ populations and territories.

I hope that my presence here can help us overcome – if only for the duration of this meeting– the isolation and even mutual ignorance in which the explorers of these three thematic regions hold one another, so that we may set in motion a dialogue among students of urban relegation as a product of class restructuring, of the reverberations of ethnicity, and of the transformations of the state in its different components targeted at dispossessed and dishonoured populations –first among them its penal arm (the police, courts, jail, prison, juvenile facilities, and their extensions). If there is a key argument that I want to lay out today, through my answers about each of the books that are the focus of our three sessions as well as in my concluding talk at this end of this day, it is that we urgently need to link these three areas of inquiry and get the corresponding disciplines to work together: urban sociology and economic analysis, the anthropology and the political science of ethnicity, and criminology and social work, with diagonal input from geography to help us capture the spatial dimension of their mutual imbrications, with, at the end our sight, the figure of a ‘Centaur state’, liberal at the top and punitive at the bottom, which flouts democratic ideals by its very anatomy as by its *modus operandi*.

I

I propose, by way of both prolegomenon to and frame for our debates, to sketch a rough analytic cartography of the research programme I have pursued over the past two decades at the crossroads of these three thematics, a program of which my books *Urban Outcasts*, *Punishing the Poor* and *Deadly Symbiosis* are both the product and summation. These books form a trilogy that probes the triangle of urban transformations with class, ethnicity and state as its vertices and paves the way for a properly sociological (re)conceptualization of neoliberalism. So much to say that they gain from being read together, sequentially or concurrently, insofar as they complement and bolster one other to outline *in fine* a model of the reconfiguration of the nexus of state, market and citizenship at century’s start, and a model that one can hope to generalize by means of reasoned transpositions across borders. This revisit is an opportunity to draw up a provisional and compact balance-sheet of these inquiries and to specify their stakes, but also to signpost how I adapted key notions from Pierre Bourdieu (social space, bureaucratic field, symbolic power) to clarify categories left hazy (such as that of the ghetto) and to forge new concepts with which to dissect the emergence of the urban precariat and its punitive management by the neo-liberal Leviathan.

Each volume of this trilogy shines light on one side of the ‘class-race-state’ triangle² and probes the impact of the third vertex on the relationship between the other two. And

² I use the term ‘race’ in the sense of *denegated ethnicity*: a principle of stratification and classification stipulating a gradation of honour (declensed according to ancestry, phenotype or some other sociocultural

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

each book builds on the other(s) as both empirical backdrop and theoretical stepping-stone.

1 - *Urban Outcasts* diagnoses the rise of *advanced marginality* in the city, in the wake of the collapse of the black ghetto on the American side and the dissolution of working-class territories in Western Europe, along the ‘class-race’ axis as angled by state structures and policies.

2 - *Punishing the Poor* charts the invention and deployment of *punitive containment* as technique for governing problem areas and populations along the ‘class-state’ axis stamped by ethnoracial or ethnonational divisions.

3 - *Deadly Symbiosis* disentangles the relationship of reciprocal imbrication between *penalization and racialization as kindred forms of dishonour* and reveals how class inequality intersects and inflects the ‘state-ethnicity’ axis.

Each of these books labors its own problematic and can therefore be read separately. But the arguments that link them together extend beyond each to make a broader contribution, firstly to a *comparative sociology of the regulation of poverty and the (de)formation of the post-industrial precariat* and, secondly, to a *historical anthropology of the neo-liberal Leviathan* (Wacquant 2012). They offer a way to rethink neo-liberalism as a transnational political project, a veritable ‘revolution from above’ that cannot be reduced to the naked empire of the market (as both its opponents and its advocates would have it) but necessarily encompasses the institutional means required to bring this empire into being: namely, disciplinary social policy (encapsulated by the notion of *workfare*) and the diligent expansion of the penal system (which I christen *prisonfare*), without forgetting the trope of *individual responsibility* that acts as the cultural glue binding these three aforementioned components together (Wacquant 2010a). I briefly summarize the key arguments made in each book before highlighting their common theoretical foundations and their interconnected implications.

1 - The political production of advanced marginality: The first book, *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*, elucidates the nexus of class and race in the districts of dispossession or *bas-quartiers* of the post-industrial metropolis in its phase of socio-spatial polarization (Wacquant 2008a). I describe the sudden implosion of the black American ghetto after the acme of the civil rights movement and attribute it to the turnaround of local and federal policies after the mid-1970s --a multisided shift that David Harvey (1989) captures well as a move ‘from the managerial city to the entrepreneurial city’, but one which assumed a particularly virulent form in the United States as it also partook of a sweeping racial backlash. This policy turnaround accelerated the historic transition from the *communal ghetto*, confining all blacks in a reserved space that both entrapped and protected them, to the *hyperghetto*, a territory of desolation that now contains only the unstable fractions of the African-American working class, exposed to all manners of insecurity (economic,

characteristic mobilized for the purpose of social closure, cf. Wacquant 1997) that purports to be based in nature; or else a paradoxical variety of ethnicity that claims to *not* be ethnic – a claim that, *infelicitely*, sociologists endorse every time they carelessly invoke the duet ‘race and ethnicity’ that anchors ethnoracial common sense in English-speaking countries.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

social, criminal, sanitary, housing, etc.) by the unraveling of the web of parallel institutions that characterizes the ghetto in its full-fledged form (Wacquant 2005a).

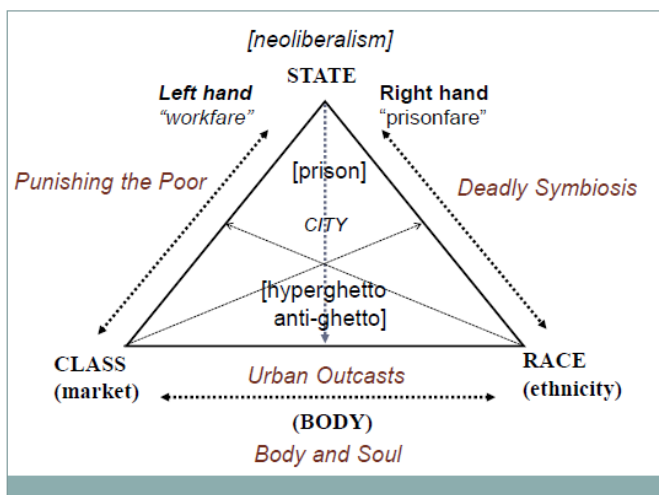


FIGURE 1: THE 'FATAL TRIANGLE' OF THE URBAN PRECARIAT

I then contrast this sudden crumbling with the slow decomposition of working-class territories in the European Union during the era of deindustrialization. I show that urban relegation obeys different logics on the two continents: in the United States, it is determined by ethnicity, modulated by class position after the 1960s, and aggravated by the state; in France and its neighbouring countries, it is rooted in class inequality, inflected by ethnicity (for which read: post-colonial immigration), and partially deflected by public action. It follows that, far from drifting towards the sociospatial type of the ghetto as instrument of ethnic closure (Wacquant 2011a), the dispossessed districts of European cities are moving away from it on all dimensions, so much so that one can characterize them as *anti-ghettos*.³

I thus refute the fashionable thesis of a transatlantic *convergence* of dispossessed districts on the pattern of the African-American ghetto and instead point to the *emergence*, on both sides of the Atlantic, of a new regime of poverty in the city, fuelled by the fragmentation of wage labour, the retrenchment of social protection, and territorial stigmatization. I conclude that the state plays a pivotal role in the social as well as the spatial production and distribution of urban marginality: the fate of the post-industrial precariat turns out to be economically underdetermined and politically overdetermined, and this is true in the United States no less than in Europe –yet another nick in what the historian and jurist Michael Novak (2008) has nicely called 'the myth

³ The predicament of lower-class postcolonial immigrants across Europe is that they suffer from the symbolic taint spread by the panic discourse of 'ghettoization', which overtly designates them as a threat to national cohesion in every society, without garnering the 'paradoxical benefits' of actual ghettoization (Wacquant 2010f), among them the primitive accumulation of social, economic and cultural capital in a separate life-sphere liable to give them a shared collective identity and an increased capacity for collective action, in the political field in particular.

of the “weak” American state’. So much to say that we must urgently place government structures and policies back at the heart of the sociology of the city (where Max Weber [1921, 1958] had properly put it) hanging and bearing over over the dyadic relationships between class and ethnicity at the foot of the spatial structure, as shown in **Figure 1** above.

2 - The punitive management of poverty as component of neo-liberalism: How will the state react and handle this *advanced marginality* that, paradoxically, it has fostered and entrenched at the point of confluence of the policies of economic ‘deregulation’ and social protection cutbacks? And how, in turn, will the normalization and intensification of social insecurity in territories of urban relegation contribute to redrawing the perimeter, programmes and priorities of *public authority* (I use this expression on purpose)? The twoway relationship between class transformation and state reengineering in its social and penal missions are the topic of the second book, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity* (Wacquant 2009a), which covers the left-hand side of the ‘deadly triangle’ determining the destiny of the urban precariat.

State managers could have ‘socialized’ this emerging form of poverty, by checking the collective mechanisms that feed it, or ‘medicalized’ its individual symptoms; they opted instead for another route, that of penalization. Thus was invented in the United States a new politics and policy of management of urban marginality wedding restrictive social policy – through the supersession of protective welfare by mandatory workfare, whereby assistance becomes conditional on orienting oneself toward degraded employment– and expansive penal policy –intensified by the concurrent drift from rehabilitation to neutralization as operant philosophy of punishment, and centered on declining and derelict urban areas (the US hyperghetto, dilapidating working-class *banlieues* in France, ‘sink estates’ in the UK, *krottenwijk* in the Netherlands, etc.) delivered to public vituperation by the discourse of territorial stigmatization in the dualizing metropolis. This policy contraption will then spread and mutate through a process of ‘treasonous translation’ across national borders, in accordance with the makeup of social space and the configuration of the politicaladministrative field particular to each receiving country.⁴

Punishing the Poor effects three breaks to roll out three major arguments. The first break consists of decoupling crime from punishment so as to establish that the irruption of the penal state, and thus the great comeback of the prison (which had been declared

⁴ Those who would doubt the relevance of the US workfare regime to non-Anglo-Saxon countries should consult Lødemel and Trickey’s book (2001), neatly entitled ‘*An Offer You Can’t Refuse: Workfare in International Perspective*’. Over a decade ago already, it documented the generalized drift of social policies from the rights to the obligations of recipients, the multiplication of administrative restrictions on access, and the contractualization of support, as well as the introduction of mandatory work programmes in six European Union of countries. In his meticulous review of two decades of programs of ‘social welfare activation’, Barbier (2009: 30) warns against sweeping generalizations and stresses cross-national as well as intra-national variations in architecture and outcomes; but he concedes that, aside from fostering ‘cost-containment’, these programs partake of ‘a deep ideological transformation’ that has fostered everywhere ‘a new “moral and political logic” articulated to a moralizing discourse of ‘rights and duties’.’ For a broader discussion of the political-economic roots and variants of the ‘workfare state’, see Peck (2001).

moribund and destined to disappear in short order around 1975),⁵ is a response not to criminal insecurity but to the social insecurity spawned by the precarisation of wage labour and to the ethnic anxiety generated by the destabilization of established hierarchies of honour (correlative of the collapse of the black ghetto in the United States and of the settlement of immigrant populations and advances in supranational integration in the European Union). The second break is to encompass in one and the same model the turnabout of penal policy and the permutations of social policy that are customarily kept separate, in both governmental and scholarly visions. For these two policies are mutually imbricated: they are aimed at the same populations caught in the cracks and ditches of the polarized sociospatial structure; they deploy the same techniques (case files, surveillance, denigration and graduated sanctions) and obey the same moral philosophy of behaviourist individualism; and the panoptic and disciplinary objectives of the former tend to contaminate the latter. To effect this integration, I enlist Bourdieu's (1993) concept of 'bureaucratic field', which leads me to revise Piven and Cloward's classic thesis ([1971] 1993) on 'regulating the poor' through welfare: henceforth, the Left hand and the Right hand of the state join together to effect the 'double punitive regulation' of the unstable fractions of the post-industrial proletariat.

The third rupture resides in ending the sterile confrontation between the advocates of economic approaches inspired by Marx and Engels, who construe criminal justice as an *instrument of class compulsion* deployed in linked relation with swings in the labour market, and the culturalist approaches derived from Émile Durkheim, according to which punishment is a *language* that helps to draw boundaries, revivify social *solidarity*, and express the shared sentiments which found the civic *community*. It suffices, thanks to the concept of bureaucratic field, to *bring together the material and the symbolic moments of any public policy* to realize that penalty can perfectly well fulfill both the functions of control and communication either simultaneously or successively, and thus operate in concert in the expressive and the instrumental registers. Indeed, one of the distinctive traits of neoliberal penalty is its teratological accentuation of its mission of figurative extirpation of danger and pollution from the social body, even at the cost of reducing rational crime control, as illustrated by the hysterical revamping of sex offenders sentencing and supervision in most advanced societies.

I conclude *Punishing the Poor* by contrasting my model of penalization as political technique for managing urban marginality with Michel Foucault's (1975) characterization the 'disciplinary society', David Garland's (2001) thesis of the emergence of the 'culture of control', and the vision of neo-liberal policy propounded

⁵ When Michel Foucault (1975) published *Surveiller et punir* (translated two years later as *Discipline and Punish*), the international consensus among analysts of the penal scene was that the prison was an obsolete and discredited institution. Confinement was unanimously viewed as a relic of a bygone age of punishment fated to be supplanted by alternative and intermediate sanctions in the 'community' (this was the peak of the so-called 'anti-institutional' movement in psychiatry and of mobilization in favor of 'decarceration' in penology). Foucault (1977: 358, 354, 359) himself stressed that 'the specificity of the prison and its role as seal are losing their *raison d'être*' with the diffusion of carceral disciplines 'through the entire thickness of the social body' and the proliferation of agencies entrusted with 'wielding a power of normalization'. Since then, against all expectations, the incarceration rate has boomed practically everywhere even as the overall incidence of crime (and especially violent crime) has stagnated or declined: it has increased fivefold in the United States and doubled in France, Italy and England; it has quadrupled in the Netherlands and Portugal and increased sixfold in Spain.

by David Harvey (2005). In doing so, I demonstrate that the expansion and glorification of the penal arm of the state (centred on the prison in the United States and led by the police in the European Union) is not an anomalous deviation from or a corruption of neo-liberalism but, on the contrary, one of its core constituent components. Just as at the end of the 16th century, the nascent modern state innovated conjointly poor relief and penal confinement to stem the flow of tramps and beggars then invading the trading cities of Northern Europe (Lis and Soly 1979, Rusche and Kirchheimer [1939] 2003), so at the close of the 20th century the neo-liberal state bolstered and redeployed its policing, judicial and carceral apparatus to stem the disorders caused by the diffusion of social insecurity at the bottom of the ladder of classes and places, and staged the garish spectacle of *law-and-order pornography* to reaffirm the authority of a government wanting in legitimacy due to having forsaken its established duties of social and economic protection.

3.– The transformative synergy between racialization and penalization: The crescendo of advanced marginality and the turn toward its punitive containment have both been powerfully stimulated and inflected by ethnic division, rooted in the ‘black/white’ opposition in the United States and centred on the ‘national/post-colonial foreigner’ schism in Western Europe (with certain categories, such as the Roma, treated as quasi-foreigners even in their home countries). This inflection operates indirectly, through the bisectrix of the ‘class-race-state’ angle shown in Figure 2 (and dealt with in Chapter 7 of *Punishing the Poor*, ‘The Prison as Surrogate Ghetto’), but also directly, through the two-way relationship between race-making and state-crafting. This relationships is figured by the right-hand side of the triangle and covered by the third book, *Deadly Symbiosis: Race and the Rise of the Penal State* (Wacquant, forthcoming with Polity Press).

The synergistic connection between ethnoracial cleavage and the development of the penal state is the most difficult issue of this plank of investigations, both to raise and to resolve, and this for several reasons.⁶ First, the study of racial domination is a conceptual quagmire and a sector of social research where political posturing and moral ranting too often take precedence over analytical rigour and the quality of empirical materials (Wacquant 1997). Next, the probability of slipping into the logic of the trial, which is the sworn enemy of sociological reasoning, already very high when one deals with the slippery and loaded notion of ‘racism’, is redoubled in the case at hand as we are tackling an institution, criminal justice, whose official mission is precisely to render judgements of culpability. Third, to understand the contemporary connection between race and public power, one must go back four centuries, to the founding of the American colony that would become the United States, without for that falling into the trap of making the present the inert and ineluctable ‘legacy’ of a shameful past that remains to be expiated. Finally, since ethnoracial division is not a thing but an activity (and a symbolic activity at that, a relation objectified and embodied), it is not congealed

⁶ The concept of synergy (descended from the Greek *syn*, together, and *ergon*, work) conveys very well the idea that racialization and penalization operate in unison to produce state outcasts, in the manner of two symbolic organs acting together upon the functioning of the social body. When Émile Littré inserted it into his *Dictionnaire de la langue française* [*Dictionary of the French Language*] (1872-77), he traced the notion to physiology and defined it as ‘cooperative action or effort between various organs, various muscles. The association of several organs to accomplish a function’.

and constant; it evolves by fits and starts throughout history, precisely as a function of the operative mode of the state as paramount symbolic power. These difficulties explain why I have twice taken this book back from my publisher to revise it top to bottom (and therefore why even now you can only evaluate it through the articles that offer provisional and preliminary versions of the main chapters).

Deadly Symbiosis shows how ethnoracial cleavage lubricates and intensifies penalization and how, in turn, the rise of the penal state moulds race as a modality of classification and stratification, by associating blackness with devious dangerousness and by splitting the African-American population alongside a judicial gradient (Wacquant 2005b). The demonstration proceeds in three stages which take us to three continents. In the first stage, I reconstitute the historical chain of the four ‘peculiar institutions’ that have worked successively to define and confine blacks throughout the history of the United States⁷: slavery from 1619 to 1865, the regime of racial terrorism in the South known as ‘Jim Crow’ from the 1890s to 1965, the ghetto of the Fordist metropolis in the North from 1915 to 1968, and finally the hybrid constellation born of the mutual interpenetration of the hyperghetto and the hypertrophic carceral system. I establish that the stupendous inflation in the confinement of *lower-class* blacks since 1973 (the black bourgeoisie has both *supported and benefited* from that same penal expansion, which suffices to invalidate the counter-evangelical thesis of the coming of ‘The New Jim Crow’) resulted from the collapse of the ghetto as ethnic container and the subsequent deployment of the penal net in and around its remnants. This carceral mesh was strengthened by two convergent series of changes which, on the one hand, have ‘prisonized’ the ghetto and, on the other, have ‘ghettoized’ the prison, such that a triple relationship of functional surrogacy, structural homology and cultural syncretism has coalesced between them (Wacquant 2001). The symbiosis between the hyperghetto and the prison perpetuates the socio-economic marginality and the symbolic taint of the black urban subproletariat; and it revamps the meaning of ‘race’ and reshapes citizenship by secreting a racialized public culture of denigration of criminals.

I then expand this model to encompass the massive over-incarceration of postcolonial immigrants in the European Union, which turns out to be steeper in most member states than the overincarceration of black Americans across the Atlantic --a revealing yet little-known fact that is either overlooked or denied by continental criminologists (Wacquant 2005c). The selective targeting and preferential confinement of foreigners issued from the West’s former empires take the two complementary forms of internal and external ‘transportation’, carceral expurgation and geographic expulsion (dramatized by the bureaucratic-cum-journalistic ceremony of the ‘charter flight’). These are complemented by the rapid development of a vast network of detention camps reserved for irregular migrants and by aggressive policies of detection and exclusion that incite informality among those migrants and normalize the ‘misrule of law’ across the continent as well export it to sending countries via the ‘externalization’ of programs of immigration and asylum control (Broeders and Engbersen 2007, Ryan

⁷ Recall that the social and legal assignment to the category ‘black’ in the United States relies on genealogical descent from a slave imported from Africa and *not* on physical appearance, and that it magically ‘erases’ ethnoracial mixture (which concerns the vast majority of persons deemed black) by strict application of the principle of ‘hypodescent’ according to which the offspring of a mixed union belong to the category considered inferior. This symbolic configuration, which prefigures the extreme spatial and social isolation of African Americans in their society, is virtually unique in the world (Davis 1991).

and Mitsilegas 2010). All these measures aim to trumpet the fortitude of the authorities and to reaffirm the boundary between ‘them’ and a European ‘us’ that is painfully crystallizing.⁸ *The penalization, racialization and depoliticization of urban turbulences* associated with advanced marginality thus proceed apace and reinforce one another in a circular nexus on the European continent as in the United States.

The same logic is at work in Latin America, which is where I last take the reader in order to scrutinize the militarization of poverty in the Brazilian metropolis as revelator of the deep logic of penalization (Wacquant 2008b). In a context of extreme inequalities and rampant street violence backed by a patrimonial state that tolerates routine judicial discrimination by both class and color and unfettered police brutality, and considering the appalling conditions of confinement, to impose punitive containment on the residents of declining *favelas* and degraded *conjuntos* is tantamount to treating them as *enemies of the nation*. And it is guaranteed to fuel disrespect for the law and the routine abuse as well as runaway expansion of penal power, which one can indeed observe across South America in response to the conjoint rise of inequality and marginality (Müller 2012). This Brazilian excursus confirms that the vector of penalization always aims highly selectively, striking as a matter of structural priority those categories doubly subordinated in the material order of class and in the symbolic order of honour.

II

I come now to the theoretical inspiration for my work, which is not always clearly perceived by my readers (or else only faintly or elliptically), even as it provides the key to the overall intelligibility of a set of investigations which, without it, might seem rather dispersed if not disconnected. In order to disentangle the triangular connections between class restructuring, ethnoracial division and state-crafting in the era of triumphant neoliberalism, I have adapted several concepts developed by Pierre Bourdieu (1997) and put them to work on new fronts -- marginality, ethnicity, penalty-- from the micro level of individual aspirations and interpersonal relationships in everyday life to the meso level of social strategies and urban constellations to the macrosociological level of state forms (see **Figure 2** below):

-symbolic power is ‘the power to constitute the given by enunciating it, to make people see and believe, to confirm or transform the vision of the world, and thereby

⁸ The infamous speech delivered by Nicolas Sarkozy in Grenoble in July 2010 offers a hyperbolic as well as outlandish illustration of this logic of symbolic segmentation and vilification through penalization. Concerned to restore his blown credibility on the issue of public safety with a view to the 2012 presidential elections, the French head of state officially declared ‘war on traffickers and offenders’ and announced the appointment of a tough police chief to the post of local prefect. He directly linked undesirable foreigners to criminality (even though the incident that prompted his speech involved only French citizens); he singled them out for the full wrath of the state and prescribed enhanced and overtly discriminatory sanctions by the justice system (proposing, in addition to mandatory minimum sentences, to strip of their citizenship ‘French nationals naturalized for less than 10 years’ if they are convicted of acts of violence towards the police – a measure in direct violation of the French constitution and European conventions). And he launched a police campaign to dismantle ‘illegal Roma camps’ and to expel their residents en masse, aiming to rack up numbers of arrests and provide video footage for the evening TV news. This flash of law-and-order pornomania earned France the vigorous diplomatic protests of Romania and Bulgaria, official remonstrations and threat of sanctions from the European Union, and wide international reprobation (from the Vatican, the UN, etc.).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

action upon the world, and thus the world itself" (Bourdieu 1991: 170). It illuminates marginality as social liminality (translating alternately into civic invisibility or hypervisibility), penalty as state abjection, and racialization as cognitively based violence. More broadly, it exposes how public policies contribute to producing urban reality through their activities of official classification and categorization (one example in France is the invention of the notion of 'sensitive neighborhood' and the nefarious effects it has induced, not only upon the behaviour of state bureaucrats, the media and firms, but also among residents of the areas thus denigrated as well as among their neighbours);

-*bureaucratic field* refers to the concentration of physical force, economic capital, cultural capital, and symbolic capital (entailing, in particular, the monopolization of judicial power) that 'constitutes the state as holder of a sort of meta-capital' enabling it to impact the architecture and functioning of the various 'fields' that make up a differentiated society (Bourdieu 1993: 52). It designates the web of administrative agencies that both collaborate to enforce official identities and compete to regulate social activities and enact public authority. Bureaucratic field puts the spotlight on the distribution (or not) of public goods and enables us to link together social policies and penal policies, to detect their relationships of functional substitution or of colonization, and thus to reconstruct their convergent evolution as the product of struggles about and within the state, pitting its protective (feminine) pole and its disciplinary (masculine) pole, over the definition and treatment of the 'social problems' of which neighborhoods of relegation are both the crucible and the point of fixation;

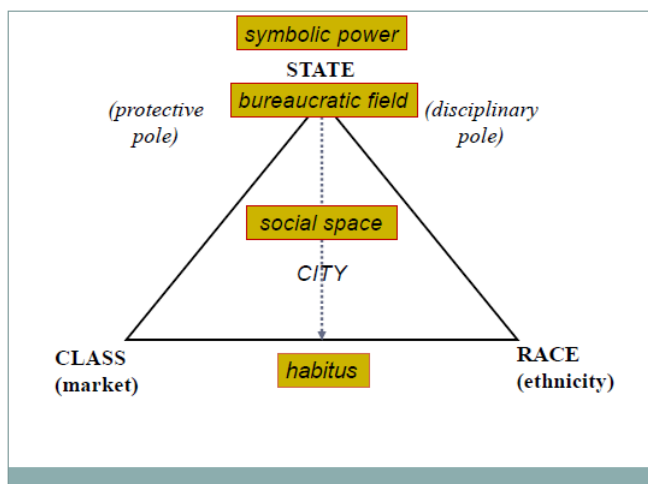


FIGURE 2 : THE UNDERLYING THEORETICAL ARCHITECTURE

-*social space* is the multidimensional ‘structure of juxtaposition of social positions’, characterized by their ‘mutual externality’, relative distance (close or far), and rank ordering (above, below, between), arrayed along the two fundamental coordinates given by the overall volume of capital agents possess in its different forms and by the composition of their assets, that is, ‘the relative weight’ of ‘the most efficient principles of differentiation’ that are economic and cultural capital (Bourdieu 1994: 20-22). As ‘the invisible reality’, irreducible to observable interactions, that ‘organizes the practices and representations of agents’, social space helps us identify and map out the distribution of the efficient resources (Bourdieu 1994: 25) that determine life chances at different levels in the urban hierarchy, and then to probe correspondences --or, indeed, disjunctures-- between the symbolic, social and physical structures of the city; and finally

-*habitus*, defined as the system of socially constituted ‘schemata of perception, appreciation and action enabling us to effect the acts of practical knowledge’ that guide us in the social world (Bourdieu 1997: 200), pushes us to reintroduce into the analysis the carnal experience of agents --and marginality, racialization, and incarceration are nothing if not *bodily constraint*, manifested most intensely *intus et in cute*. It helps us attend to ‘the psychosomatic action, wielded often through emotion and suffering’, through which people internalize social conditionings and social limits, such that the arbitrariness of institutions gets erased and their verdicts are accepted (Bourdieu 1997: 205).⁹ It invites us to trace empirically, rather than simply postulate, how social structures are retranslated into lived realities, as they become sedimented into socialized organisms in the form of dispositions towards action and expression. Such dispositions

⁹ It is revealing that Bourdieu (1997: 205) evokes the pivotal passage of Franz Kafka’s ([1914] 2011) *In the Penal Colony* in which the sentence of the condemned is carved onto his body by a torture machine as a grotesque variation on what he calls the ‘cruel mnemotechnics’ through which groups naturalize the arbitrary that founds them. This scene puts us at the point where the material-cum-symbolic spear of the penal state encounters and pierces through the body of the offender in an official act of radical desecration resulting in physical annihilation: the citizen shall exist only within the historical ambit of the law.

tend to validate and reproduce or, on the contrary, to challenge and transform, the institutions that produced them, depending on whether their conformation agrees with or diverges from the patterning of the institutions they encounter.

There is, moreover, a relation of logical entailment and a two-way chain of causality running among these different levels (suggested by **Figure 2**)¹⁰: symbolic power imprints itself on social space by granting authority and orienting the distribution of efficient resources to the different relevant categories of agents. The bureaucratic field validates or amends this distribution by setting the mutual ‘exchange rate’ between the various forms of capital they possess. In other words, we cannot understand the organization of urban hierarchies, including whether and how powerfully they get ethnicized, without putting into our explanatory equation *the state as a stratifying and classifying agency*. In turn, the structure of social space becomes objectified in the built environment (think segregated residential neighborhoods and the differential distribution of amenities across districts) and embodied in the cognitive, affective and conative categories that steer the practical strategies of agents in everyday life, in their social circles, on the labour market, in their dealings with public institutions (police staff, welfare offices, housing and fiscal authorities, etc.), and therefore shape their subjective relationship to the state (which is part and parcel of the objective reality of that same state). The causal chain can then be retraced back from the bottom up: habitus propels the lines of action that reaffirm or alter the structures of social space, and the collective meshing of these lines in turn reinforces or challenges the perimeter, programs and priorities of the state and its categorizations.

It is this conceptual gearing which articulates the ethnography of boxing presented in my book *Body and Soul* (Wacquant [2000] 2004) to the institutional comparison that organizes *Urban Outcasts*. In my eyes, these books are the two sides of a single investigation into the structure and experience of marginality (as indicated at the bottom of Figure 1), approached from two opposite but complementary angles: *Body and Soul* delivers a carnal anthropology of a bodily craft in the ghetto, a sort of phenomenological cross-section, from the standpoint of the ‘signifying agent’ dear to the pragmatists, embedded in an ordinary slice of life seen from within and from below, while *Urban Outcasts* lays out an analytic and comparative macrosociology of the ghetto, constructed from without and from above the lived world it frames.¹¹

I use these notions as so many theoretical levers to machine concepts that help me to detect new forms of urban marginality, to identify state activities directed at producing it upstream and treating it downstream, and thence for sizing up emerging vectors of inequality in the dualizing metropolis in the age of diffusing social insecurity (see **Figure 3**). Thus, in *Urban Outcasts*, I lean against the notion of social space to introduce the triad of *ghetto/hyperghetto/anti-ghetto* and to dissect the changing socio-

¹⁰ For a fuller discussion of the internal relationships between these different concepts, which stresses the barycentric place of symbolic capital in its various incarnations, see Bourdieu and Wacquant (1992).

¹¹ A detailed examination of the life strategies of a ‘hustler’ in the predatory street economy (Wacquant [1992] 1998) and of the normative twist and practical stretch that the hyperghetto imposes on marriage (Wacquant 1996) are two of the multiple points of junction between these two levels and modes of analysis: in both of those case studies, my chief field informants were also boxers. Likewise, the extended judicial enmeshment of my best friend and ‘ring buddy’ at the Woodlawn Boys Club across two decades provided me with a live analyser of the relationships between marginality and penalty in biographical time and at the microsociological scale.

spatial constellations that contain the dispossessed and dishonoured populations trapped at the bottom of the ladder of places that make up the city (Wacquant 2008a and 2010b). Wedding Bourdieu's (1991) theory of symbolic power to Goffman's (1964) analysis of the management of 'spoiled identities', I coin the concept of *territorial stigmatization* to reveal how, through the mediation of cognitive mechanisms operating at multiple enmeshed levels, the spatial denigration of neighborhoods of relegation affects the subjectivity and the social ties of their residents as well as the state policies that mould them.¹² In keeping with the precepts of Bachelard's epistemology, I develop an ideal-typical characterization of the new regime of *advanced marginality* (thus called because it is not residual, cyclical or transitional but organically linked to the most advanced sectors of the contemporary political economy, and notably to the financialization of capital) which supplies a precise analytic grid for international comparison.

In *Punishing The Poor* and a suite of articles derived from it (Wacquant 2010c, 2010d and 2011b), I elaborate the notion of *prisonfare* by conceptual analogy with that of 'welfare', to designate the lattice of policies –encompassing categories, bureaucratic agencies, action programmes, and justificatory discourses– that purport to resolve urban ills by activating the judicial arm of the state rather than its social and human services. I suggest that *punitive containment* is a generalized technique for governing marginalized categories that can take the form of assignation to a dispossessed district or endless circulation through penal circuits (police, court, jail, prison and their organizational tentacles: probation, parole, criminal justice databases, etc.). I describe the ascendant policy contraption, which relies on the double regulation of the poor through disciplinary 'workfare' and neutralizing 'prisonfare', as 'liberal-paternalist' since it applies the doctrine of *laissez-faire et laissez-passer* at the top of the class structure, toward the holders of economic and cultural capital, but turns out to be intrusive and supervisory at the bottom, when it comes to curbing the social turbulences generated by the normalization of social insecurity and the deepening of inequalities. This contraption partakes of the erection of a *Centaur state* that presents a radically different profile at the two ends of the scale of classes and places, in violation of the democratic norm mandating that all citizens be treated in the same manner. Its rulers use the 'War on crime' (which is not one) as a bureaucratic theatre geared to reaffirming their authority and to *staging the 'sovereignty' of the state* at the very moment when this sovereignty is being breached by the unbridled mobility of capital and by juridical-economic integration into supranational political ensembles.

¹² This concept has since been developed theoretically and extended empirically across three continents, cf. Wacquant (2007, 2010b, 2010f), the investigations carried out within the frame of the international and interdisciplinary network <advancedurbanmarginality.net>, and the selective bibliography compiled by Tom Slater, Virgílio Pereira and Loïc Wacquant for the special issue of *Environment & Planning E* on the theme of "Territorial Stigmatization in Action" (forthcoming).

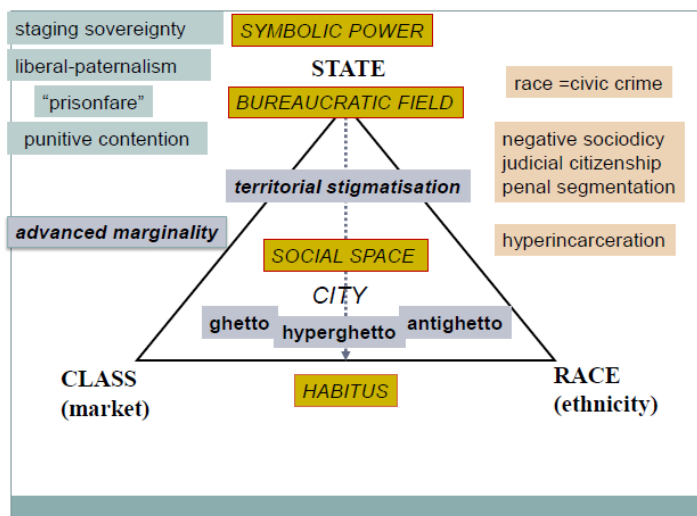


FIGURE 3: THE MAIN CONCEPTS DEVELOPED

In *Deadly Symbiosis*, I propose to replace the seductive but misleading notion of ‘mass incarceration’, which currently frames and constricts civic and scientific debates on prison and society in the United States (I used it myself, rather unthinkingly, in my publications prior to 2006), by the more refined concept of *hyperincarceration*, in order to stress the *extreme selectivity of penalization* according to class position, ethnic membership or civic status, and place of residence – a selectivity which is a constitutive feature (and not an incidental attribute) of the policy of punitive management of poverty (Wacquant 2011b : 218-219). I recount that punishment is not just a direct indicator of solidarity and core political capacity for the state, as Émile Durkheim asserted over a century ago in *De la division du travail social* ([1893] 2007): it is also the paradigm of public dishonour, inflicted as a sanction for individual moral, and thus civic, ‘demerit’.

This leads me to characterize penalty as an operator of *negative sociodicy*: through its ordinary functioning more so than through the glare of the scandals that it alternately unleashes and appeases (Garapon and Salas 2006), criminal justice produces an institutional justification for the misfortune of the precariat at the bottom of the social scale, a justification that echoes the *positive sociodicy* of the good fortune of the dominant effected by the distribution of credentials from elite universities on the basis of academic ‘merit’ at the top of that same scale (Bourdieu 1989).¹³ Penal sanctions and their official recording in judicial files or ‘rap sheets’ (*casier judiciaire* in France, *Führungszeugnis* in Germany, *strafblad* in the Netherlands, etc.) operate in the manner of ‘reverse degrees’: they publicly attest to the individual unworthiness of their bearers and incite the routine curtailment of their life chances, as revealed by the amputation of the social and marital ties, housing options, employment opportunities and earnings of

¹³ I adapt here the duality of ‘theodicy’ proposed by Max Weber ([1915] 1948) in his ‘Social Psychology of the World Religions’, which contrasts doctrines that validate ‘the external and inner interests of all ruling men’ (*Theodizee des Glückes*) with doctrines that legitimize and rationalize the suffering of ‘socially oppressed strata’ (*Theodizee des Leidens*).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

‘ex-cons’ in nearly every advanced country. It suffices, then, to construct ‘race as civic felony’ (Wacquant 2005b) to detect the deep kinship –which is much more than a similarity or an affinity, even an ‘elective affinity’ à la Weber– between racialization and penalization: both entail an amputation of social being that is validated by the supreme symbolic authority. Racial categorization and judicial sanction produce *state outcasts*, who are all the more diminished as these are more closely conjugated.

III

I apologise if I was allusive when I should have been didactic, and vice versa, but to cover my subject while remaining brief I have had to simplify my reasoning and to compress my arguments. Nonetheless, I hope that these rudiments of analytic cartography will enable you to better understand and, especially, to link together the three works that we are going to debate. I anticipate that I am probably going to react to some of your criticisms aimed at this or that book by pointing out that the answer is already found in one of the other two, or that the question has been reformulated or even resolved by the division of labour among the three tomes. I shall not say this to give myself an excuse to avoid the issue: it is the overall economy of the project that requires it, inasmuch as the whole is more than the sum of the parts that each corresponding group of readers tends to autonomize according to the focus of their subfield.¹⁴ The empirical progress effected and the conceptual novelties proposed in each book are directly dependent upon those made in the other two. One example: I would not have detected the subterranean link between penalization and racialization as kindred forms of state *infamia* if I had not first theorized territorial stigmatization as one of the distinctive properties of advanced marginality, and then discerned the functional and structural parallelism between the hyperghetto and the prison.

I should make it clear, by way of coda and to reassure you, that I did not sit down, back around 1990, with the extravagant project of writing a trilogy in mind. It is the unplanned unfolding of my investigations, the empirical advances (and repeated retreats) it permitted as well as the theoretical problems it made emerge (or vanish) that have taken me, over the years, from one to another vertex of the triangle Class-Ethnicity-State; and it is unforeseen existential connections that have propelled me along the sides that tie them to one another.¹⁵

At the start, there was the shock – inseparably emotional and intellectual – that I experienced in the face of the gruesome urban and human desolation of the vestiges of

¹⁴ It is revealing that the contributions to the symposia devoted to Urban Outcasts (by City in 2008, International Journal of Urban and Regional Research, Revue française de sociologie and Penser in 2009, and Urban Geography in 2010) and to Punishing the Poor (organized by the British Journal of Criminology, Theoretical Criminology, Punishment & Society, Critical Sociology and Studies in Law, Politics & Society, Criminology & Justice Review, The Howard Journal of Criminal Justice, Amerikastudien, Prohistoria and Revista Española de Sociología) reproduce the established separation between disciplines (with, broadly, urban geography and sociology on one side and criminology on the other, while social work and political science are conspicuous by their absence), and deal exclusively with only one of these two books while omitting the other. The collective book edited by Squires and Lea (2012) is a rare attempt to connect the schema of advanced marginality to my analysis of the penal state, but at the price of neglecting the racialization-penalization axis.

¹⁵ See Wacquant (2009c) for a fuller discussion of the analytic linkages and biographical ties between “The Body, the Ghetto and the Penal State,” and the civic motivations that propelled me to disentangle them.

the South Side, whose lunar landscape stretched away, literally, from my door steps when I landed in Chicago. This shock pushed me to enter into the boxing gym construed as an observation post from which I took up the question of the coupling of 'race and class' in the American metropolis and set about reconstructing the notion of ghetto from the ground up, in opposition to the gaze from afar and from above that dominates the national sociology on the topic (Wacquant 1997b). In response to the irruption of the panic discourse on the alleged 'ghettoization' of working-class districts in France and its ensuing diffusion across Europe, I enriched my historical perspective by adding a comparative axis. This comparison highlights the role of the state in the *production* of marginality, a role that is pivotal yet different on the two sides of the Atlantic. Then, magnetized by the craft of the boxer, I drew up the life stories of my gym buddies and discovered that nearly all of them had gone through prison or jail gates: if I wanted to map out the space of possibilities open to them –or, as the case may be, closed to them– I imperatively had to bring the carceral institution into my sociological line of sight.

It was then I realized that the bulimic growth of the American penal system since 1973 is perfectly concomitant with and complementary to the organized atrophy of public aid and its disciplinary reconversion into a springboard toward precarious employment. The historical revisit of the invention of prison in the 16th century subsequently confirmed the organic link that has joined poor relief and penal confinement ever since their origin, and it provides a structural basis for the empirical intuition of their functional complementarity. Meanwhile, in *Les Prisons de la misère* [*Prisons of Poverty*] I charted the planetary diffusion of the policing strategy and trope of 'zero-tolerance', spearhead of the penalization of poverty in the polarizing city. I showed that it operates in the wake of the 'deregulation' of deskilled work and of the conversion of welfare into workfare: in sum, it partakes of the building of the neo-liberal Leviathan (Wacquant 1999, 2009b and 2010e).

At each stage, ethnoracial division serves as a catalyst or multiplier: it accentuates the fragmentation of wage labour by segmenting workers and pitting them against one another; it facilitates welfare retrenchment and the deployment of the penal apparatus, as it is much easier to toughen up policies directed at welfare recipients and criminals when the latter are perceived as civic 'outsiders', congenitally tainted and terminally incorrigible, opposed in every respect to 'established' citizens (to invoke a dichotomy dear to Elias and Scottson [1965] 1994). But, above all, racial branding turns out to be similar in nature to penal punishment: they are two twin manifestations of *state dishonour*. Thus, without ever setting out to do so, I have come to practice a kind of eccentric (some might say quirky) *sociology of political power*, since in the end I find myself confronted with the question of the state as material and symbolic agency, and dragged reluctantly into theoretical and comparative debates on the nature of neo-liberalism and the contribution of penalty to its advent.¹⁶

¹⁶ A Bourdieusian approach in terms of the 'rightward tilting of the bureaucratic field' (itself caught up in the drift of the field of power towards the economic pole) allows me to chart a *via media* between the two dominant and symmetrically mutilated models of neo-liberalism as 'market rule' or 'governmentality' inspired by Marx and Foucault respectively (see Wacquant 2012 and the seven responses to this thesis in subsequent issues of the same journal).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

The ‘deadly triangle’ that decides the fate of the urban precariat is an *ex-post* schema that emerged gradually as I progressed in the investigations of which I recapped the main lines in this article. This explains the fact that the three books that synthesize them were published late (with a lag of nearly a decade, on average, from the data production phase) and also out of order: I had to rethink them and to rewrite them several times over so as to better separate and link them at the same time. This analytic configuration is also what gives more strength and weight to each of them –as our meeting today will hopefully provide the opportunity to demonstrate concretely.

This presentation and my presence here are an *invitation to a generative and transversal reading*, not for the aesthete pleasure of breaking with academic conventions, but so that we may collectively draw out the full empirical and theoretical benefits garnered by connecting the themes of the three sessions of this afternoon. I shall therefore conclude with this analytic *cri du coeur*: scholars of urban marginality, scholars of ethnicity and scholars of penality, unite. You have nothing to lose but your intellectual chains! And you have a world of scientific discoveries to gain as well as a wealth of practical recommendations to interject into the public debate.

* This text is a compressed and clarified version of my opening keynote to the conference ‘Marginalité, pénalité et division ethnique dans la ville à l’ère du néolibéralisme triomphant: journée d’études autour de Loïc Wacquant’, organized at the Université Libre de Bruxelles on 15 October 2010. I would like to thank the Laboratoire d’Anthropologie des Mondes Contemporains, the Groupe d’Études sur l’Ethnicité, le Racisme et les Migrations, the Institut de Gestion de l’Environnement et d’Aménagement du Territoire, and the Faculty of Social and Political Sciences at ULB for their welcome and for their support of this collective enterprise, and Mathieu Hilgers for his intelligence and persistence in shepherding it. I am grateful also to Karen George for producing on short notice a first-rate English draft translation of the original text in French; to Aaron Benavidez and Sarah Brothers for stellar research assistance; to Megan Comfort and Matt Desmond for sharp editorial and analytic suggestions; and to all the colleagues, students, and activists who have contributed to the advancement of this research agenda over the years through their reactions, critiques, and suggestions at countless venues in multiple countries. Special appreciation goes to Pierre Bourdieu and Bill Wilson, without whose mentorship this work would have never been undertaken.

REFERENCES

- Barbier, Jean-Claude. 2009. “Le workfare et l’activation de la protection sociale, vingt ans après : beaucoup de bruit pour rien ? Contribution à un bilan qui reste à faire.” *Lien social et Politiques* 61: 23-36.
- Bourdieu, Pierre. 1989. *La Noblesse d’État. Grandes écoles et esprit de corps*. Paris: Minuit. English tr. 1998. *The State Nobility: Elite Schools in the Field of Power*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Bourdieu, Pierre. 1991. *Langage and Symbolic Power*. Edited by John Thompson. Cambridge, UK: Polity Press.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Bourdieu, Pierre. 1993. "Esprits d'État. Genèse et structure du champ bureaucratique." *Actes de la recherche en sciences sociales* 96-97 : 49-62. English tr. 1994. "Rethinking the State: On the Genesis and Structure of the Bureaucratic Field." *Sociological Theory* 12 (March): 1-19. Bourdieu, Pierre. 1994. *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil. English tr. *Practical Reasons. On the Theory of Action*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Bourdieu, Pierre. 1997. *Méditations pascaliennes*. Paris : Seuil. English tr. 1999. *Pascalian Meditations*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Bourdieu, Pierre and Loïc Wacquant. 1992. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago : University of Chicago Press.
- Broeders, Dennis and Godfried Engbersen. 2007. "The Fight Against Illegal Migration: Identification Policies and Immigrants' Counterstrategies." *American Behavioral Scientist* 50, no. 12 (August): 1592-1609.
- Castel, Robert. 1996. *Les Métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Paris : Fayard.
- Castells, Manuel. 2000. *End of Millennium: The Information Age: Economy, Society, and Culture*, Volume 3. Oxford : Basil Blackwell.
- Davis, James F. 1991. *Who Is Black? One Nation's Definition*. University Park, PA: Pennsylvania State University Press.
- Durkheim, Émile. [1893] 2007. *De la division du travail social*. Paris : PUF. English tr. 2013. *The Division of Labor in Society*. London : Palgrave Macmillan.
- Elias, Norbert et John L Scotson. [1965] 1994. *The Established and the Outsiders*. London : Sage.
- Fassin, Didier and Éric Fassin (eds.). 2006. *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*. Paris : La Découverte.
- Foucault, Michel. 1975. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris : Gallimard. English tr. 1977. *Discipline and Punish : The Birth of the Prison*. New York : Vintage.
- Garapon, Antoine and Denis Salas. 2006. *Les Nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*. Paris : Seuil.
- Garland, David, 2001. *The Culture of Control : Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gilbert, James. 1988. *A Cycle of Outrage: America's Reaction to the Juvenile Delinquent in the 1950s*. Berkeley: University of California Press.
- Geremek, Bronislaw. [1978] 1987. *La Potence ou la pitié. L'Europe et les pauvres du Moyen Âge à nos jours*. Paris: Gallimard. English tr. 1994. *Poverty: A History*. Oxford: Basil Blackwell.
- Goffman, Erving. 1964. *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Irwin, John. 1980. *The Jail : Managing the Underclass*. Berkeley : University of California Press.
- Harvey, David. 1989. "From Managerialism to Entrepreneurialism: The Transformation in Urban Governance in Late Capitalism." *Geografiska Annaler* 71, no. 1: 3–17.
- Harvey, David, 2005. *A Brief History of Neoliberalism*. New York : Oxford University Press.
- Kafka, Franz. [1914] 2011. *In the Penal Colony*. New York: Penguin.
- Littré, Émile. 1877. *Dictionnaire de la langue française*. Paris: Hachette.
- Lødemel, Ivar and Heather Trickey. 2001. "*An Offer You Can't Refuse*": *Workfare in International Perspective*. Bristol : Policy Press.
- Lis, Catharina and Hugo Soly. 1979. *Poverty and Capitalism in Pre-industrial Europe*. London: Harvester Press.
- Littré, Émile. 1877. *Dictionnaire de la langue française*. Paris: Hachette.
- Müller, Markus M. 2012. "The Rise of the Penal State in Latin America." *Contemporary Justice Review* 15, no. 1 (March): 57-76.
- Ndiaye, Pap. 2008. *La Condition noire. Essai sur une minorité française*. Paris: Calmann-Lévy.
- Novak, Michael J. 2008. "The Myth of the 'Weak' American State." *The American Historical Review* 113, no 3 (June): 752-772.
- Peck, Jamie. 2001. *Workfare States*. New York : The Guilford Press.
- Piven, Frances Fox and Richard A. Cloward. [1971] 1993. *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*. New York : Vintage.
- Rusche, Georg and Otto Kirchheimer. [1939] 2003. *Punishment and Social Structure*. Revised edition, with an introduction by Dario Melossi. New Brunswick : Transaction Publishers.
- Ryan, Benard and Valsamis Mitsilegas (eds.). 2010. *Extraterritorial Immigration Control*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Slater, Tom, Virgílio Pereira and Loïc Wacquant. Forthcoming. "Territorial Stigmatization in Action" *Environment & Planning E*.
- Squires, Peter and John Lea (eds.). 2012. *Criminalisation and Advanced Marginality: Critically Exploring the Work of Loïc Wacquant*. Bristol: Policy Press.
- Wacquant, Loïc. 1989. "The Puzzle of Race and Class in American Society and Social Science." *Benjamin E. Mays Monograph Series* 2, no. 1 (Fall): 7-20.
- Wacquant, Loïc. 1996. "Un mariage dans le ghetto." *Actes de la recherche en sciences sociales* 113 (June): 63-84.
- Wacquant, Loïc. 1997a. "For an Analytic of Racial Domination." *Political Power and Social Theory* 11, no. 1 (Symposium on "Rethinking Race"): 221-234.
- Wacquant, Loïc. 1997b. "Three Pernicious Premises in the Study of the American Ghetto." *International Journal of Urban and Regional Research* 21, no. 2 (June), "Events and

Debate”: 341-353.

Wacquant, Loïc. [1992] 1998. “Inside the Zone: The Social Art of the Hustler in the Black American Ghetto.” *Theory, Culture & Society* 15, no 2 (May): 1-36 (reprinted in Pierre Bourdieu et al., *The Weight of the World World*, Cambridge, UK: Polity Press, 1999, pp. 140-167).

Wacquant, Loïc. 1999. *Les Prisons de la misère*. Paris: Raisons d’agir Éditions.

Wacquant, Loïc. 2001. “Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh.” *Punishment & Society* 3, no. 1 (Winter): 95-133.

Wacquant, Loïc. [2000] 2004. *Body and Soul: Notebooks of an Apprentice Boxer*. New York: Oxford University Press.

Wacquant, Loïc. 2005a. “Les deux visages du ghetto: construire un concept sociologique.” *Actes de la recherche en sciences sociales* 160 (December): 4-21.

Wacquant, Loïc. 2005b. “Race as Civic Felony.” *International Social Science Journal* 181 (Spring): 127-142.

Wacquant, Loïc. 2005c. “‘Enemies of the Wholesome Part of the Nation’: Postcolonial Migrants in the Prisons of Europe.” *Sociologie* (Amsterdam) 1, no. 1 (Spring): 31-51.

Wacquant, Loïc. 2007. “Territorial Stigmatization in the Age of Advanced Marginality.” *Thesis Eleven* 91 (November): 66-77.

Wacquant, Loïc. 2008a. *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*. Cambridge, UK: Polity Press.

Wacquant, Loïc. 2008b. “The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis.” *International Political Sociology* 2, no. 1 (mars): 56-74.

Wacquant, Loïc. 2008c. “Ghettos and Anti-Ghettos: An Anatomy of the New Urban Poverty.” *Thesis Eleven* 94 (August): 113-118.

Wacquant, Loïc. 2009a. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham and London: Duke University Press.

Wacquant, Loïc. 2009b. *Prisons of Poverty* (revised and enlarged edition). Minneapolis: University of Minnesota Press.

Wacquant, Loïc. 2009c. “The Body, the Ghetto and the Penal State.” *Qualitative Sociology* 32, no. 1 (March): 101-129.

Wacquant, Loïc. 2010a. “Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare and Social Insecurity.” *Sociological Forum* 25, no. 2 (June): 197-220.

Wacquant, Loïc. 2010b. “Urban Desolation and Symbolic Denigration in the Hyperghetto.” *Social Psychology Quarterly* 20, no. 3 (Summer): 1-5.

Wacquant, Loïc. 2010c. “Class, Race and Hyperincarceration in Revanchist America”. *Daedalus* 139, no. 3 (Summer): 74-90.

Wacquant, Loïc. 2010d. “Prisoner Reentry as Myth and Ceremony.” *Dialectical Anthropology* 34, no. 4 (December): 604-620.

Wacquant, Loïc. 2010e. “La tornade sécuritaire mondiale: néolibéralisme et châtiment à l’aube du vingt-et-unième siècle.” *Contretemps* 63 (July) : 138-154. Expanded English version forthcoming as “The Global Firestorm of Law and Order: On Neoliberalism and Punishment.” *Thesis Eleven* 106, Fall 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- Wacquant, Loïc. 2010f. "Designing Urban Seclusion in the 21st Century." *Perspecta: The Yale Architectural Journal* 43: 165-178.
- Wacquant, Loïc. 2011a. "A Janus-Faced Institution of Ethnoracial Closure: A Sociological Specification of the Ghetto." Pp. 1-31 in Ray Hutchison et Bruce Haynes (dir.), *The Ghetto: Contemporary Global Issues and Controversies*. Boulder: Westview Press.
- Wacquant, Loïc. 2011b. "The Wedding of Workfare and Prisonfare Revisited". *Social Justice* 38, nos 1-2 (Spring): 203-221.
- Wacquant, Loïc. 2012. "Three Steps to a Historical Anthropology of Actually Existing Neoliberalism". *Social Anthropology* 20, no. 1 (January): 66-79.
- Wacquant, Loïc. Forthcoming. *Deadly Symbiosis: Race and the Rise of the Penal State*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Weber, Max. [1915] 1946. "Social Psychology of the World Religions," in *From Max Weber: Essays in Sociology*. Edited by Hans H. Gerth and C. Wright Mills. New York: Oxford University Press, pp. 267-301.
- Weber, Max. [1921] 1958. *The City*. Edited by Don Martindale. New York: The Free Press.
- Weber, Max. [1922] 1978. *Economy and Society*. Berkeley : University of California Press.
- Wilson, William Julius. [1978] 1980. *The Declining Significance of Race: Blacks and Changing American Institutions*. Chicago : University of Chicago Press, 2nd edition.

A TEMPESTADE GLOBAL DA LEI E ORDEM: SOBRE PUNIÇÃO E NEOLIBERALISMO ¹

Loïc Wacquant

Professor de Sociologia na Universidade da Califórnia, Berkeley, e pesquisador do Centro Europeu de Sociologia e Ciência Política, Paris. Seus livros são traduzidos em cerca de vinte línguas e incluem a trilogia *Urban Outcasts* (2008), *Punishing the Poor* (2009), e *Deadly Symbiosis* (2014), bem como *The Two Faces of the Ghetto* (2013) e *Tracking the Penal State* (2014). Para mais informações, consulte loicwacquant.net

RESUMO: Este artigo reflete sobre a recepção internacional ao livro *Prisões da miséria* como reveladora da expansão penal nas sociedades avançadas na década de 2000. Ele revela que a tempestade global da “lei e ordem” inspirada pelos Estados Unidos, que o livro detectou em 1999, continuou a espalhar-se por toda a parte. Na verdade, ela estendeu-se dos países do Primeiro Mundo para os do Segundo Mundo e alterou a política e as práticas de punição em todo o globo de uma forma que ninguém previa e que ninguém teria pensado como possível há cerca de 15 anos. O artigo estende a análise para o papel dos institutos de consultoria (em especial o Manhattan Institute) na difusão das noções de combate ao crime e das panacéias no estilo estadunidense na América Latina como um elemento da circulação internacional dos pacotes de política pró-mercado que alimentam a gerência punitiva da pobreza. O artigo elabora e revê o modelo original do nexos entre neoliberalismo e penalidade punitiva, levando a análise da montagem do Estado na era da insegurança social, desenvolvida no livro *Punindo os pobres*.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Criminal; tolerância zero; institutos de consultoria; Estado Penal; transferência de políticas; neoliberalismo; globalização.

INTRODUÇÃO

No início da década de 1990, o novo Prefeito republicano da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani, lançou a campanha de policiamento conhecida por “Tolerância Zero”, voltada para o combate das desordens de rua e dos pequenos infratores, encarnada pelo notório “lavador de carro”. Nova York logo se tornou uma vitrine para uma agressiva abordagem da aplicação da lei que, a despeito de seus custos extravagantes e da ausência da conexão com a queda da criminalidade, passou a ser admirada e imitada por outras cidades nos Estados Unidos e na Europa Ocidental. Em meu livro *Prisões da miséria*, publicado pela primeira vez em 1999, traço a incubação e a internacionalização de motes (“a prisão funciona”), teorias (“vidraças quebradas”) e iniciativas (tais como a ampliação do encarceramento, sentenças mínimas obrigatórias, campos de treinamento correccionais e a adoção do toque de recolher para jovens),

¹ Este texto baseia-se no posfácio de *Prisons of Poverty* (WACQUANT, 2009a), a edição revista e ampliada em língua inglesa do livro em francês *Les Prisons de la misère* (1999). O trabalho original beneficiou-se do apoio de uma bolsa da MacArthur Foundation, do inigualável estímulo intelectual de Pierre Bourdieu e da generosidade profissional de colegas em Criminologia e Penologia de instituições de pesquisa em três continentes. Uma bolsa da Alfonse Fletcher facilitou as revisões do livro, bem como a preparação deste artigo. Tradução de Sérgio Lamarão e revisão da tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

compondo esse novo “senso comum” punitivo, moldado para controlar as crescentes desigualdade e marginalidade urbanas nas metrópoles (WACQUANT, 2009a). Verifico que uma rede de institutos de consultoria conservadores da era Reagan, liderados pelo Manhattan Institute, forjou-as como arma em sua cruzada para dismantelar o Estado do Bem-estar e, para todos os efeitos, criminalizar a pobreza, tendo como pano de fundo a ampliação da desigualdade econômica e da difusão da insegurança social. Traço sua importação-exportação por meio da ação de políticos obcecados com a visão neoliberal, dos grandes meios de comunicação e dos institutos de opinião pró-mercado que se multiplicaram pela União Europeia, particularmente na Grã-Bretanha de Tony Blair. Por fim, mostro como os intelectuais locais ajudaram a contrabandear técnicas de penalização estadunidenses para seus países, vestindo-as com roupagens acadêmicas. Meu argumento central estabelece um elo entre a reestruturação neoliberal e a punição: o “Consenso de Washington” sobre a desregulamentação econômica e a retração do Estado do Bem-estar foi ampliado para abranger o controle do crime punitivo porque a “mão invisível” do mercado necessita do “punho de ferro” do Estado penal e convoca-o.

Reflito, neste artigo, sobre a recepção internacional de *Prisões da miséria* (*idem*) – que em pouco tempo foi traduzido para 20 línguas – como reveladora da expansão penal em sociedades avançadas ao longo da década de 2000. Mostro que a tempestade global da “lei e ordem”, inspirada pelos Estados Unidos que o livro detectou em 1999, continuou a espalhar-se por toda a parte. Em termos concretos, estendeu-se dos países do Primeiro Mundo para os do Segundo Mundo e alterou a grande política e as políticas específicas de punição em todo o planeta de uma forma que ninguém previu e ninguém pensaria ser possível há cerca de 15 anos. Estendo a análise do papel dos institutos de consultoria na difusão do estilo americano de penalidade na América Latina (o que foi chamado de “fator Giuliani”). Finalmente, elaboro e revejo o modelo original do nexo entre neoliberalismo e penalidade punitiva, fundamental para a análise da modelagem do Estado na era da insegurança social desenvolvida em meu livro *Punindo os pobres* (WACQUANT, 2009b).

II. RASTREANDO A TEMPESTADE GLOBAL DA “LEI E ORDEM” AO REDOR DO MUNDO

Prisões da miséria utiliza as ferramentas das Ciências Sociais para lançar, e sustentar, um debate público que é de extrema significação social em países ocidentais. O eixo do debate é o papel cada vez mais crucial da prisão e da virada punitiva na política penal, discernível nas sociedades mais avançadas a partir das duas últimas décadas do século XX. O alvo inicial foi a França e seus vizinhos, na condição de ávidos importadores de categorias, motes e medidas de controle da criminalidade, elaborados durante a década de 1990 nos Estados Unidos como veículos para a substituição histórica do bem-estar social pela gestão penal da marginalidade urbana, feita por esse país. O objetivo do livro foi escapar da política e do discurso dos meios de comunicação dominantes que promovem a difusão dessa nova *doxa* punitiva e alertar os acadêmicos, líderes civis e cidadãos interessados da Europa para as origens duvidosas dessa difusão, bem como para as terríveis consequências sociais e os perigos políticos do crescimento e da glorificação do braço penal do Estado.

No momento em que o escrevi não esperava aventurar-me mais profundamente no que era então para mim um campo de investigação novo e estranho. Eu havia trazido o

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

aparato da Justiça Criminal para meu âmbito analítico em razão de seu estuendo crescimento no gueto negro em implosão nos Estados Unidos e de sua utilização agressiva em torno dele, após o declínio do movimento pelos direitos civis, e estava firmemente decidido a retomar as questões da desigualdade urbana e da dominação etno-racial².

Ao longo do caminho, porém, dois acontecimentos inesperados estimularam-me a continuar nessa linha de pesquisa e de ativismo intelectual.

O primeiro foi a acolhida incomum que o livro teve na França e depois nos países que se apressaram a traduzi-lo, cruzando as fronteiras que separam o conhecimento científico, a militância cidadã e a formulação de políticas. O segundo foi o fato de que a dupla tese que ele propõe – que um novo “bom senso punitivo”, forjado nos Estados Unidos como parte do ataque ao Estado de Bem-estar, está atravessando rapidamente o Atlântico para ramificar-se pela Europa Ocidental, e que essa disseminação não é uma resposta interna a mudanças na incidência e no perfil da criminalidade, mas antes um fruto da difusão externa do projeto neoliberal – recebeu uma espetacular e evidente validação quando *Les Prisons de la misère* foi publicado em uma dúzia de línguas no espaço de poucos anos após seu lançamento.

Essa reação estrangeira apaixonada proporcionou-me a oportunidade de viajar por três continentes para pôr à prova a viabilidade e a pertinência de seus argumentos. Permitiu-me verificar que a popularidade global do “modelo nova-iorquino” de policiamento, encarnado pelo ex-Chefe de Polícia de Nova York William Bratton e pelo Prefeito que o contratara (e que o demitiu), Rudolph Giuliani, é de fato a ponta do *iceberg* de uma reforma maior da autoridade pública, um elemento em uma cadeia mais ampla de transferência transnacional de políticas que abarca a reorganização flexível do mercado de trabalho desqualificado e a transformação restritiva do *welfare* no *workfare*³, segundo o modelo fornecido pelos Estados Unidos pós-fordistas e pós-keynesianos⁴. Um relato seletivo da trajetória meteórica da edição original de *As prisões da miséria* por meio de esferas de debate e fronteiras nacionais pode ajudar-nos a discernir melhor o que está em jogo na discussão intelectual e nas lutas políticas a que ele alia-se, as quais dizem respeito menos ao crime e à punição e mais à *reengenharia do Estado* para promover as condições econômicas e sociomoraes que se aglutinam sob o neoliberalismo hegemônico e que buscam responder a elas.

Desde o princípio, o livro transpôs as fronteiras entre as esferas acadêmica, jornalística e civil. Na França, *Les Prisons de la misère* foi literalmente lançado a partir do coração da instituição carcerária: em uma tarde cinzenta e fria de novembro de 1999,

² Começando pela lógica da polarização urbana a partir de baixo nos Estados Unidos e na Europa, investigada em *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Urban Marginality* (WACQUANT, 2008a), estabeleço as conexões analíticas entre minhas investigadas na desigualdade urbana e na punição em *The Body, the Ghetto and the Penal State* (WACQUANT, 2009c).

³ *Workfare* designa, segundo o próprio autor, programas de assistência pública destinados aos pobres, que fazem do recebimento do auxílio um benefício pessoal condicional, quando os beneficiários aceitam trabalho mal remunerado ou submetem-se a estratégias orientadas para o emprego, tais como o treinamento no local do trabalho ou *jobsearching*; o *workfare* opõe-se ao *welfare*, enquanto um direito inquestionável à assistência (nota do tradutor).

⁴ O impulso diferencial para a desregulação do mercado de trabalho nas nações pós-industrializadas é analisado por Boje (1993), Esping-Andersen e Regini (2004) e Koch (2006). A difusão e a adaptação do *workfare* de inspiração estadunidense para outras sociedades avançadas são acompanhadas por Trickey e Loedemel (2001), Peck (2001) e Handler (2004).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

apresentei, ao vivo, os frutos das minhas investigações no Canalweb e na Tél   la Santé, uma esta  o de televisão interna, dirigida pelos detentos na prisão de La Santé, no centro de Paris. Mais tarde voltei a debat  -los, noite adentro, com todo o *staff* e recrutas da Escola Nacional de Treinamento para Pessoal Correccional em sua cantina lotada, bem perto da cidade. Em poucas semanas, a discussão estendeu-se aos principais órgãos de imprensa e a uma gama variada de foros acad  micos e de ativistas, que incluía desde a   cole Normale Supérieure, em Paris, até a feira anual do partido trotskista Lutte Ouvri  re, passando pela Maison des Sciences de l’Homme, em Nantes, por um “debate de bar” promovido pelo Partido Verde em Lyon, pelo Centro Nacional de Pesquisa Científica e pela   cole de la Magistrature (a academia francesa para os juízes). Participei igualmente de encontros públicos por todo o país, patrocinados por entidades tão variadas quanto Les Amis du Monde Diplomatique, a Anistia Internacional, Association pour la Taxation des Transactions pour l’Aide aux Citoyens (Associa  o pela Tributa  o das Transa  o  es Financeiras para Ajuda aos Cidadãos – Attac), a Liga dos Direitos do Homem, Raisons d’Agir, o Genepi (uma associa  o nacional de estudantes que desenvolve programas educacionais para presidiários), universidades locais e associa  o  es de bairro, vários partidos políticos e uma das maiores lojas ma  o  nicas do país. Um encontro público sobre “A puni  o da pobreza” que durou o dia todo, organizado em maio de 2000 na Maison des Syndicats em Montpellier, minha cidade natal, exemplificou esse espírito de discussão aberta e vigorosa, reunindo cientistas sociais, advogados e magistrados, além de ativistas e representantes dos sindicatos, abarcando os mais diversos braços do Estado: educacional, da saúde, previdenciário, da Justiça para a juventude e correccional⁵.

Logo Les Prisons de la mis  re foi adaptado para o teatro (e encenado nos Rencontres de la Cartoucherie, em junho de 2000); seus argumentos inseridos em filmes publicitários; trechos seus reproduzidos em antologias acad  micas, fanzines libertários e publica  o  es governamentais. Fui convidado pela Organiza  o Internacional do Trabalho (OIT) para apresent  lo no Fórum 2000 da Organiza  o das Na  o  es Unidas (ONU) em Genebra, em que representantes de vários países insistiram para que eu viajasse a fim de fomentar a discussão política em diversas partes do mundo.

Foi difícil recusar esses convites, pois, em questão de meses, o livro foi traduzido e lançado em meia dúzia de países, desencadeando um dilúvio de telefonemas de universidades, centros de direitos humanos, governos municipais e regionais e as mais diversas organiza  o  es profissionais e políticas, todos eles ansiosos para debater as implica  o  es do livro em na  o  es tão distantes como a Itália e o Equador, o Canadá e a Hungria, a Finlândia e o Japão. Na península ibérica, Les prisons de la mis  re foi logo traduzido não são para o espanhol, mas também para o catalão, o galego e o português. Na Bulgária, meu tradutor foi convidado para apresentar os argumentos da obra na televisão nacional, já que eu não pude viajar até S  fia para fazê-lo pessoalmente (WACQUANT, 2003). No Brasil, o lançamento da primeira edi  o de As pris  o  es da miséria, patrocinado pelo Instituto Carioca de Criminologia e pelo Programa de Direito Criminal da Universidade Cândido Mendes, teve como atra  o principal um debate com

⁵ O encontro propiciou a publica  o de um livro muito lido e usado por ativistas no campo da justiça na França (SAINATI & BONELLI, 2001). Amplia  o  es e atualiza  o  es do diagnóstico da puni  o da pobreza na França sob o jugo de esquemas no estilo estadunidense, propostas em *Les Prisons de la mis  re*, incluem Sainati e Schalchli (2007), Bonelli (2008) e Mucchielli (2008a).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

o Ministro da Justiça e um ex-Governador do estado do Rio de Janeiro e foi coberto pelos principais jornais do país (talvez intrigados pelo título que eu dera à minha preleção: “Acaso a burguesia brasileira deseja restabelecer uma ditadura?”)⁶. Poucas semanas depois a tese do livro era invocada por jornalistas, professores e advogados, além de ter sido citada em uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Na Grécia seu lançamento ancorou uma conferência de dois dias, copatrocinada pela embaixada da França em Atenas, sobre “O Estado penal nos Estados Unidos, na França e na Grécia”, reunindo cientistas sociais, juristas, historiadores, funcionários da Justiça e um grande número de repórteres. Na Dinamarca, a Associação Nacional de Assistentes Sociais patrocinou a publicação de De Fattiges foengsel como munição acadêmica para a resistência à assunção gradual e lenta da tarefa de supervisão punitiva dos pobres por assistentes sociais. Na Turquia, o livro circulou por meio da Escola para Diretores de Polícia do país, em uma tradução não-autorizada produzida por um comissário de polícia que o lera quando fazia seus estudos de Sociologia na França, até ser publicado em uma edição legal.

Mas foi a visita que fiz à Argentina em abril de 2000 que revelou mais claramente o quanto era sensível o nervo sociopolítico que o livro atingira. Foi a primeira vez que pus os pés naquele país. Não tinha nenhum conhecimento prévio de sua polícia, sua Justiça e suas instituições e tradições correcionais. No entanto, era como se eu tivesse formulado uma estrutura analítica destinada a apreender e esclarecer o que ocorria naquele exato momento na Argentina. Ao desembarcar em Buenos Aires, na fase final de uma acalorada campanha para as eleições municipais – em que tanto o candidatos da esquerda quanto o da direita haviam feito do combate ao crime com métodos inspirados pelos Estados Unidos sua prioridade máxima –, e apenas um mês depois de o apóstolo global da “tolerância zero”, William Bratton, ter aportado na cidade para pregar seu evangelho político, vi-me apanhado no olho de um furacão intelectual, político e midiático. Em dez dias, fiz 29 palestras para plateias acadêmicas e de ativistas, mantive conversações com funcionários do governo e juristas e dei entrevista aos mais variados órgãos da imprensa escrita, de televisão e rádio. Ao cabo de uma semana, eu estava sendo parado nas ruas de Buenos Aires por transeuntes ansiosos por fazer mais perguntas sobre *Las cárceles de la miseria*.

Quero enfatizar que o objetivo desta recapitulação não é sugerir que a acolhida estrangeira a *Prisões da miséria* fornece medida adequada de seus méritos analíticos, mas dar uma ideia da ampla disseminação e da febre que o fenômeno que o livro investiga provoca nos campos político, artístico e intelectual de sociedades do Primeiro e do Segundo Mundo. O mundo vem sendo de fato assolado por uma tempestade de “lei e ordem”, que transformou o debate público e a política sobre crime e punição de maneiras que nenhum observador da cena penal poderia ter previsto 12 anos atrás. A razão por detrás da inusitada paixão despertada pelo livro foi a mesma que na França. Em todos esses países, os mantras do policiamento com “tolerância zero” e da “prisão funciona”, glorificado pelas autoridades estadunidenses e exibido pela dupla Giuliani-Bratton como a causa da queda aparentemente miraculosa da criminalidade em Nova York, estava sendo aclamado por funcionários locais. Em toda parte, políticos de direita

⁶ Para uma análise mais completa das modalidades e implicações distintivas da contenção punitiva enquanto política antipobreza nos países da América Latina, ver Wacquant (2008b).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

e, o que é mais significativo, de esquerda⁷ competiam para importar os mais recentes métodos estadunidenses de imposição da lei, apresentados como panaceia para sanar a violência urbana e variadas modalidades de desordem, enquanto céticos e críticos desses métodos tentavam encontrar argumentos teóricos, dados empíricos e barreiras cívicas com os quais impedir a adoção do confinamento punitivo como técnica generalizada para o manejo da insegurança social descontrolada.

III. SONDANDO O “CONSENSO DE WASHINGTON” SOBRE O COMBATE AO CRIME

A rápida difusão internacional do livro transformou-se em um experimento nãoplanejado na política do conhecimento científico social. Ela revelou que, embora eu tivesse mirado com minha análise o cerne da União Europeia, o modelo do vínculo entre neoliberalismo e tratamento punitivo da insegurança nele esboçado era ainda mais pertinente à periferia do Velho Mundo, apanhada nos estertores da conversão pós-soviética, e aos países do Segundo Mundo marcados por uma história de autoritarismo, uma concepção hierárquica de cidadania e pobreza em massa, sustentada por desigualdades sociais excessivas e crescentes, nas quais a punição da pobreza certamente terá consequências calamitosas.

Dessa perspectiva, as sociedades latinoamericanas, que se haviam envolvido na experimentação precoce de uma desregulação econômica radical (isto é, rerregulação em favor de empresas multinacionais) e depois caído sob a tutela de organizações financeiras internacionais que impunham dogmas monetaristas, constituíam um terreno mais propício para a adoção de versões severas do populismo penal e a importação de estratégias estadunidenses de combate ao crime. Em síntese: as elites dominantes das nações seduzidas, e depois transformadas, pelos “Chicago Boys” de Milton Friedman, nos anos 1970, estavam fadadas a apaixonar-se pelos “New York Boys” de Rudy Giuliani, nos anos 1990, quando chegou o momento de lidar com a proliferação das consequências da reestruturação neoliberal e enfrentar a instabilidade social endêmica e as perigosas desordens urbanas geradas pela reforma do mercado na base da estrutura de classes dualizante. Não foi por acaso que o Chile, o primeiro na América Latina a abraçar as políticas ditadas pelos “doutores do dinheiro” da Universidade de Chicago (VALDÉS, 1984), logo se tornou o campeão continental do encarceramento e viu sua taxa de aprisionamento saltar de 155 por 100 mil em 1992 para 240 em 100 mil em 2004, enquanto a taxa do Brasil saltou de 74 para 183 e a da Argentina de 63 para 140 (com a do Uruguai, preso entre eles, subindo de 97 para 220) (cf. INTERNATIONAL CENTER FOR PRISON STUDIES, 2007; SALLA & RODRIGUEZ BALLESTEROS, 2008). Por todo o continente, há não apenas um agudo medo público da infecciosa criminalidade urbana, que cresceu lado a lado com disparidades econômicas na esteira do retorno do governo democrático e do descompromisso social do Estado, como

⁷ Apenas uma indicação sobre a Argentina: o principal panfleto de campanha do candidato de centro-esquerda Anibal Ibarra, “Buenos Aires, un compromiso de todos”, fez do combate ao crime o compromisso número um com os eleitores: “*El compromiso de Ibarra-Felgueras: Con la seguridad: vamos a terminar con el miedo y a combatir el delito con la ley en la mano*”. Depois que apareci na televisão nacional para discutir Las cárceles de la miseria, os candidatos do Partido Peronista perguntaram-me, por meio de meu editor, se eu concordaria em aparecer com eles em uma entrevista coletiva para apoiar sua denúncia táctica do compromisso de Ibarra com a “mano dura”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

também uma intensa preocupação política com os domínios e as categorias do problema. Há também um conjunto comum de soluções punitivas: a ampliação dos poderes e das prerrogativas da polícia, centrados em infrações de rua e infrações associadas às drogas; a aceleração e o endurecimento do processo judicial; a expansão da prisão como depósito; a normalização da “penalidade de emergência” aplicada de maneira diferencial através do espaço social e físico⁸, *inspiradas ou legitimadas por panaceias vindas dos Estados Unidos*, graças à diligente ação de diplomatas estadunidenses, órgãos judiciais americanos no exterior e de seus aliados locais, e à sede de políticos estrangeiros por lemas e medidas para a imposição da lei embrulhadas no *mana* dos Estados Unidos⁹.

No hemisfério Sul, como na Europa Ocidental, o papel dos institutos de consultoria foi decisivo na difusão da punição agressiva “*made in USA*”. Nos anos 1990, o Manhattan Institute encabeçou uma bem-sucedida campanha transatlântica para alterar os parâmetros da conduta britânica em relação à pobreza, ao *welfare* e ao crime. Uma década depois, ele desenvolveu o Inter-American Policy Exchange (IAPE), um programa concebido para exportar suas estratégias favoritas de combate ao crime para a América Latina como parte de um pacote de políticas neoliberais que compreendia “distritos de melhoramento dos negócios”, reforma escolar por meio de comprovantes de despesas e contabilidade burocrática, redução do Estado e privatizações. Seus principais enviados foram ninguém menos que o próprio William Bratton, seu antigo assistente no Departamento de Polícia da cidade de Nova York William Andrews, e George Kelling, o celebrado co-inventor da teoria das “janelas quebradas”. Esses missionários da “lei e ordem” viajaram para o Sul a fim de encontrar-se não só com chefes de polícia e prefeitos de grandes cidades, mas também com governadores, ministros e presidentes. Respaldados pelo escritório permanente do IAPE em Santiago do Chile, fizeram um trabalho de propaganda entre institutos de consultoria de direita locais, braços da Câmara Americana de Comércio no país, organizações comerciais e ricos patrocinadores, proferindo conferências, oferecendo consultoria política e até participando de comícios cívicos – certa feita Kelling fez um notável discurso em Buenos Aires para cerca de 10 mil argentinos reunidos em Luna Park para protestar contra a escalada da criminalidade¹⁰. Quando necessário, o IAPE ignora o nível nacional e trabalha com adversários regionais ou municipais do governo central para promover seus remédios pró-mercado e pró-policiamento. Foi o que ocorreu na Venezuela, em que o esquerdista Presidente Hugo Chávez deseja combater o crime reduzindo a pobreza e a desigualdade, enquanto seus adversários políticos, como o Prefeito de Caracas, partilham a ideia do Manhattan Institute de que os responsáveis pelos crimes são os criminosos, e a missão de reprimi-los recai somente sobre as forças da ordem.

O Manhattan Institute traduz para o espanhol e para o português seus relatórios, resumos de programas e os artigos dos meios de comunicação que apoiam sua visão e

⁸ Ver a acurada análise de Iturralde (2008) da rotinização da “penalidade de emergência” na Colômbia.

⁹ Uma hábil dissecação da velha interseção entre a política externa dos Estados Unidos e normas e metas da Justiça Criminal é encontrada em Nadelmann (1994).

¹⁰ Os aliados do Manhattan Institute na América do Sul incluem o Instituto Liberal, a Fundação Victor Civita e a Fundação Getúlio Vargas no Brasil; o Instituto Libertad y Desarrollo e a Fundación Paz Ciudadana no Chile e a Fundación Libertad na Argentina. A fé cega na possibilidade de passar diretamente a “tolerância zero”, apesar das vastas diferenças sociais, políticas e burocráticas entre os dois continentes, é expressa por Bratton e Andrew (2001).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

distribui-os para formadores de opinião em toda a América do Sul. Também leva grupos de funcionários latinoamericanos à cidade de Nova York para visitas de campo, sessões de treinamento e doutrinação intensiva sobre as virtudes do Estado mínimo (nos planos social e econômico) e da imposição severa da lei (para os crimes da classe baixa). Esse evangelismo “produziu uma geração inteira” de políticos latino-americanos para os quais “o Instituto Manhattan é o equivalente de um Vaticano ideológico” (DEPALMA, 2002) e sua concepção bifurcada do papel do Estado, sacrossanta: *laissezfaire* e permissivismo no topo, hostilidade e incapacitação na base. Esses políticos mostram-se ansiosos em aplicar a imposição inflexível da lei e o encarceramento ampliado para salvaguardar as ruas e subjugar os tumultos que agitam suas cidades, apesar da corrupção desbragada da polícia, da falência processual de seus tribunais e da brutalidade perversa de cadeias e prisões em seus países natais, os quais asseguram que estratégias de *mano dura* traduzam-se rotineiramente em medo crescente do crime, da violência e “detenção e punição extralegis para pequenos delitos, entre os quais a ocupação de estilo militar e a punição coletiva de bairros inteiros” (DAMMERT & MALONE, 2006)¹¹.

É interessante notar que o magnetismo da punição ao estilo estadunidense e dos ganhos políticos que ela promete é tamanho que líderes eleitos por toda a América Latina continuaram a exigir respostas punitivas para os crimes de rua, mesmo depois que partidos de esquerda ascenderam ao poder e transformaram a região em um “epicentro de discordância com as ideias liberais e de resistência ao domínio econômico e político dos EUA” (HERSHBERG & ROSEN, 2006, p. 432). Essa situação é bem exemplificada pela assinatura solene, por Andrés Manuel López Obrador, o progressista Prefeito da Cidade do México, de um contrato de US\$ 4,5 milhões (pagos por um consórcio de empresários locais encabeçado pelo homem mais rico da América Latina, Carlos Slim Herú) com a firma de consultoria Giuliani Partners para aplicar sua poção mágica da “tolerância zero” à capital mexicana, apesar da óbvia inadequação de suas medidas-padrão no nível do chão (LORPARD, 2003)¹². Um exemplo: os esforços para eliminar camelôs e flanelinhas (crianças, em sua maioria) mediante frequentes intervenções da polícia estão condenados ao fracasso, em razão de seus números absolutos (dezenas de milhares) e do papel central que eles desempenham na economia informal da cidade e, portanto, na reprodução de famílias de classe baixa, cujo apoio eleitoral é essencial para Obrador. Isso para não mencionar o fato de que a própria polícia mexicana está profundamente envolvida em todo tipo de comércio informal, legal e ilegal, necessário para suplementar seus salários de fome. Mas isso não importa. O que conta no México, como em Marselha ou em Milão, é menos a adoção de estratégias realistas para a redução do crime e mais a *encenação da decisão das autoridades* de combatê-lo frontalmente, de modo a reafirmar, de maneira ritual, o poder dos governantes.

A reação internacional a *Prisões da miséria* e os desdobramentos na Justiça Criminal ao longo da década de 2000 em países tão diferentes quanto a Suécia, a França, a Espanha e o México confirmaram não só que a “brattonmania” tornouse

¹¹ Para uma ilustração da situação no Brasil, ler Resende (1995) e assistir ao premiado filme de José Padilha, *Tropa de elite* (2007).

¹² Um breve relato do “furacão de 36 horas por ruas sórdidas e apartamentos elegantes” na Cidade do México “pelo consultor mais bem pago do mundo no quesito combate ao crime” é oferecido por Weiner (2003).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

(quase) global, mas também que a disseminação da “tolerância zero” faz parte de um tráfego internacional mais amplo de fórmulas políticas que une o império do mercado, a redução dos gastos sociais e a ampliação penal¹³. O “*Consenso de Washington*” sobre a *desregulação econômica e a retração do welfare estendeu-se para abranger, de fato, o controle punitivo do crime em uma chave pornográfica e gerencialista*, pois a “mão invisível” do mercado suscita o “punho de aço” do Estado penal. A correspondência entre seus padrões geográficos e temporais de propagação corrobora minha tese central de que o rápido crescimento e a exaltação da polícia, dos tribunais e das prisões nas sociedades do Primeiro e do Segundo Mundo nas duas últimas décadas são um elemento essencial da revolução neoliberal. Onde quer que esses últimos avanços desencadeiem-se, a desregulação do mercado de trabalho de baixos salários exige a reforma restritiva do *welfare* para impor trabalho precário ao proletariado pós-industrial.

Essas duas coisas, por sua vez, provocam a ativação e a ampliação do braço penal do Estado: em primeiro lugar, para reprimir e conter os deslocamentos urbanos causados pela difusão da insegurança social na base da hierarquia de classes e espacial; em segundo lugar, para restaurar a legitimidade de líderes políticos desacreditados por sua aquiescência ou adesão à impotência do leviatã nas frentes social e econômica (WACQUANT, 2008c). *A contrario*, onde quer que a neoliberalização tenha sido impedida nos campos do emprego e do *welfare*, o impulso para a punição foi atenuado ou desviado, como indica, por exemplo, a obstinada surdez dos países nórdicos ao canto das sereias da “tolerância zero” (apesar de seu maior zelo em punir infrações associadas a drogas e a direção alcoolizada durante a década de 2000)¹⁴ e a estagnação ou os modestos aumentos de suas populações carcerárias, ainda que a preocupação ou a angústia nacional associada à criminalidade tenha aumentado.

IV. O QUE AS VIAGENS E OS ESFORÇOS DA PENALIDADE NEOLIBERAL TÊM A ENSINAR

Assim, o que *As prisões da miséria* propõem é que suplementemos, ou mesmo suplantemos, os modelos *evolucionários* que dominaram os debates teóricos recentes sobre mudança penal em sociedades avançadas com uma análise *descontinuista* e *difusionista* que rastreie a circulação de discursos, normas e políticas punitivas elaborados nos Estados Unidos como ingredientes constitutivos do governo neoliberal da desigualdade social e da marginalidade urbana.

Na visão da “sociedade exclusiva”, proposta por Jock Young, e na descrição da “cultura do controle”, feita por David Garland, bem como nas mais recentes concepções eliasianas, neodurkheimianas e neofoucaultianas da penalidade (YOUNG, 1999; 2007; GARLAND, 2001; PRATT, 2002; BOUTELLIER, 2004; O’MALLEY, 1998; SIMON, 2007), as mudanças contemporâneas na reconfiguração política do crime e da punição resultam da chegada a um *estágio social* – modernidade tardia, pósmodernidade e sociedade de risco – e despontam, de maneira endógena, em resposta ao aumento da insegurança *criminal* e suas reverberações culturais por todo o *espaço social*. No

¹³ Para exemplos, ver Tham (2001) para a Suécia, MedinaAriza (2006) para a Espanha, Davis (2007) para o México e Mucchielli (2008b) para a França.

¹⁴ Um indicador: em toda uma década de publicação do *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, não há uma referência sequer a William Bratton ou a Rudolph Giuliani e somente 11 menções a “tolerância zero”. Isso deixa bem clara a inaplicabilidade do conceito ao ambiente nórdico.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

modelo delineado em *Prisões da miséria* (e revisado em publicações subseqüentes), a virada punitiva da política pública, *aplicando-se tanto ao welfare quanto à Justiça Criminal*, faz parte de um *projeto político* que responde à crescente insegurança social e a seus efeitos desestabilizadores nos *degraus mais baixos* da ordem social e espacial.

Esse projeto envolve a *reorganização e a realocação do Estado* para reforçar mecanismos semelhantes ao mercado e disciplinar o novo proletariado pós-industrial, restringindo, ao mesmo tempo, os distúrbios internos gerados pela fragmentação da mão de obra, a redução dos esquemas de proteção social e a reorganização correlata da hierarquia étnica estabelecida (etnoracial nos Estados Unidos, etnonacional na Europa Ocidental e uma mistura das duas na América Latina) (WACQUANT, 2010b)¹⁵. Mas a fabricação do novo leviatã também registra as influências externas de operadores políticos e empreendedores intelectuais, envolvidos em uma campanha de propaganda ideológica em múltiplos níveis através de fronteiras nacionais em assuntos de capital, mão de obra, *welfare* e imposição da lei. Embora o neoliberalismo seja, desde sua geração, uma formação que ocorre em múltiplos lugares, policêntrica e geograficamente irregular (PECK & THEODORE, 2007), na virada do século essa campanha para reformar o nexos triádico de Estado, mercado e cidadania a partir de cima teve um centro nervoso localizado nos Estados Unidos, um anel interno de países colaboradores atuando como estações de retransmissão (como o Reino Unido, na Europa Ocidental, e o Chile, na América do Sul) e uma faixa externa de sociedades escolhidas como alvos de infiltração e conquista.

Pode-se expor o contraste teórico entre a visão da mudança penal propostas por advogados da transição para a modernidade tardia ou pósmodernidade e o modelo esboçado em *Prisões da miséria*. Para o primeiro modelo, a ascensão da punitividade é uma formação cultural que expressa os dilemas da sociedade que responde a tendências e padrões criminais; para o segundo, a restrição simultânea do Estado do Bem-estar e a expansão da prisão marcam um desvio do gerenciamento social para o gerenciamento penal da marginalidade urbana. Ela é parte e parcela da refeitura do Estado para alimentar a desregulamentação econômica e restringir as conseqüências da difusão da insegurança social na base das dimensões de classe, etnicidade e lugar. Há áreas de superposição entre essas duas abordagens, particularmente na sua rejeição comum a perspectivas criminológicas estreitamente focadas no par crime-punição, no seu desejo de unir punição a aspectos mais amplos das sociedades contemporâneas e na sua preocupação com a dimensão cultural da penalidade. Não obstante, é importante enfatizar suas divergências, em particular no papel que atribuem à questão da pobreza, da hegemonia internacional e dos operadores transnacionais na restauração do discurso penal e ação no limiar do novo século.

¹⁵ Ver também as respostas a esse ensaio dadas por Campbell (2010), Harcourt (2010), Mayer (2010), Peck (2010), Piven (2010) e Valverde (2010).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

QUADRO 1 – COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES SOBRE A MUDANÇA PENAL

	MODERNIDADE TARDIA, PÓS-MODERNIDADE	NEOLIBERALISMO
Teóricos	Young, Garland, Pratt, Simon	Wacquant
Motivador	Estágio da sociedade: modernidade tardia, pós-modernidade, sociedade do risco	Projeto político: neoliberalismo como modelador do Estado
Origem	Endógena: evolução	Misturada: evolução e difusão (operadores transnacionais)
Ativador	Insegurança criminal: incidência e padrões de infrações	Insegurança social: fragmentação do trabalho e suas consequências
Veículo	Políticas criminais e cultura do crime e do controle	<i>Workfare e Prisonfare</i> ¹⁶ Juntos
Alvo	Por meio do espaço social	Degraus mais baixos das hierarquias de classe, étnicas e espaciais

FONTE: o autor.

16

Com poucas e preciosas exceções, os estudiosos estadunidenses da punição ignoraram as ramificações externas dos esquemas de polícia, justiça e encarceramento, forçados pelos Estados Unidos em reação à desintegração do contrato fordismo-keynesiano e ao colapso do gueto negro, quando não as negaram¹⁷. No entanto, ajustar contas com essa disseminação através de fronteiras – que trouxe para as costas europeias não somente o policiamento com tolerância zero mas também toques de recolher noturnos e monitoramento eletrônico, programas de curta duração, de inspiração militar, para adolescentes problemáticos e “encarceramento de choque” pré-julgamento, redução de pena em troca de reconhecimento de culpa e sentenças mínimas obrigatórias, registros de infratores sexuais e a transferência de jovens para a justiça adulta – é a chave para elucidar as análises e a política da penalidade neoliberal.

Em primeiro lugar, ela revela as conexões diretas entre desregulação de mercado, redução do *welfare* e expansão penal, colocando em foco sua difusão conjunta ou sequencial de um país para outro. É revelador, por exemplo, que o Reino Unido tenha adotado em primeiro lugar a política de gestão flexível da mão de obra e em seguida o projeto de *workfare* compulsório lançado pelos Estados Unidos, antes de importar deles o vocabulário agressivo de controle do crime e programas adequados para dramatizar o renascido rigor moral e a severidade penal das autoridades (KING & WICKHAM-JONES, 1999; PECK & THEODORE, 2001; JONES & NEWBURN, 2002).

Em segundo lugar, rastrear a circulação internacional das fórmulas penais dos Estados Unidos ajuda-nos a evitar a armadilha conceitual da excepcionalidade estadunidense, bem como investigações nebulosas sobre a “modernidade tardia”, já que

¹⁶ “*Prisonfare*” é um termo introduzido pelo autor em analogia a *workfare* para designar programas de penalização da pobreza via direcionamento preferencial e emprego ativo da polícia, dos tribunais e das prisões (bem como suas extensões: liberdade vigiada, liberdade condicional, bases de dados de criminosos e sistemas variados de vigilância), no interior e nas proximidades dos bairros marginalizados em que se aglomera o proletariado pós-industrial (N. T.).

¹⁷ No momento mesmo em que a difusão transatlântica das categorias e políticas penais estadunidenses estava no auge, Tonry escreveu que “os Estados Unidos, em particular, não são nem importadores bem-sucedidos nem exportadores influentes” das medidas de combate ao crime, afirmando que “os países da Europa Ocidental imitam ativamente inovações à primeira vista bem-sucedidas de outras partes da Europa, mas parecem quase totalmente impermeáveis à influência estadunidense” (TONRY, 2001, p. 519). Um panorama amplo de estudos recentes das Ciências Sociais sobre o “Estado carcerário” nos Estados Unidos é sintomaticamente mudo a respeito das ramificações externas dos desdobramentos estadunidenses (GOTTSCALK, 2008).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

aponta para os mecanismos que impulsionam o crescimento do Estado penal – ou, em alguns casos, para os obstáculos e vetores que resistem a ele – em um espectro de sociedades sujeitas ao mesmo tropismo político-econômico. Convida-nos a visualizar a ascensão do Estado penal nos Estados Unidos não como um caso idiossincrático, mas como um caso *particularmente virulento*, em razão de um grande número de fatores que se combinam para facilitar, acelerar e intensificar a contenção punitiva da insegurança social naquela sociedade, entre os quais a fragmentação do campo burocrático, a força do individualismo moral que sustenta o princípio mântico da “responsabilidade retroativa individual”, a degradação generalizada da mão de obra, os níveis excepcionalmente elevados de segregação tanto de classe quanto étnica, e a proeminência e a rigidez da divisão racial que faz dos negros da classe baixa e moradores nas áreas centrais degradadas das grandes cidades alvos propícios para campanhas convergentes de redução do *welfare* e de escalada penal (WACQUANT, 2010a; 2011).

Finalmente, há uma relação circular entre inovação e imitação policial em nível local (municipal ou regional), nacional e internacional, de tal modo que a pesquisa da globalização da “tolerância zero” e da ideia da eficácia prisional fornece um caminho proveitoso para a dissecação dos processos de seleção e tradução de noções e medidas penais através de jurisdições e níveis de governo que, em geral, passam despercebidos ou ficam sem análise dentro de um dado país. Ela proporciona novas revelações sobre a fabricação da vulgata neoliberal reinante, que transformou debates políticos em toda parte, por meio da difusão planetária dos conceitos e das preocupações populares dos formuladores de políticas e estudiosos estadunidenses. Ao exportar suas teorias e políticas penais, os Estados Unidos instituem-se como o barômetro do controle sério do crime no mundo todo e legitimam efetivamente sua visão da imposição da lei mediante a universalização de suas particularidades¹⁸.

A *contrario*, o rastreamento da difusão que cruza as fronteiras das fórmulas e medidas penais *made in USA* levanta de uma forma aguda a questão das bases sociais e culturais de resistência política à punitividade: como a Alemanha e a Escandinávia, na Europa Ocidental, o Canadá, na América do Norte, e o Japão, na Ásia Oriental, conseguiram permanecer impermeáveis ou reticentes à conclamação pela intensificação da punição e pela expansão do encarceramento? É exatamente porque esses países foram menos longe na estrada da desregulação econômica, da disparidade de classe e de empobrecimento urbano ou porque eles estão ficando para trás na transição da supervisão social para a supervisão penal da pobreza? Ou exercitam combinações específicas de controle social próximo, valores culturais, organização burocrática, autoridade de expertos e compromisso cívico com a inclusão que os capacitam a repelir pressões para um encarceramento mais elevado, mesmo quando suas políticas penais tornam-se mais diligentes e severas e afastam-se da reabilitação, como ilustrado pela trajetória recente do Japão (JOHNSON, 2007)¹⁹?

¹⁸ Não é por acaso que os Estados Unidos exportaram, simultaneamente, suas noções populares – e as políticas a elas relacionadas – de crime com o “tolerância zero”, de pobreza com a lenda da “subclasse” e de raça definida por (hipo)descendência (ver BOURDIEU & WACQUANT, 1999).

¹⁹ Entre os títulos de uma literatura pouco numerosa, mas que cresce rapidamente, sobre divergência e diverificação penais em sociedades avançadas, cf. Oberwittler e Höfer (2005), Cavadinho e Dignan (2006), Doob e Webster (2006), Lacey (2008) e Pratt (2008a; 2008b).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Como primeiro estudo com dimensão de livro sobre a difusão transnacional da penalidade ao estilo estadunidense no fim do século XX, *As prisões da miséria* antecipou o florescimento do campo da “transferência de políticas” de polícia e justiça (cf., em particular, NEWBURN & SPARKS, 2004; ANDREAS & NADELMANN, 2006; JONES & NEWBURN, 2006; MUNCIE & GOLDSON, 2006). Como tal, é uma contribuição indireta para a pesquisa sobre a globalização do crime e da justiça do ponto de vista da punição, mas uma contribuição que segue na direção contrária dos estudos da globalização feitos até hoje, uma vez que insiste em que o que parece um movimento cego e benigno rumo à convergência planetária, supostamente fomentado pela unificação tecnológica e cultural da sociedade mundial, é na verdade um processo estratificado de *americanização diferencial e difratada*, promovido pelas atividades estratégicas de redes hierárquicas de governantes, empreendedores ideológicos e marqueteiros acadêmicos nos Estados Unidos e nos países receptores. É também um apelo para que os estudiosos da migração de políticas no cenário mundial introduzam o domínio penal em seu campo, lado a lado com políticas econômicas e de *welfare*, e prestem atenção ao papel determinante exercido por institutos de consultoria e disciplinas e cursos heteronômicos nas peregrinações internacionais de fórmulas de políticas públicas²⁰.

As viagens de *As prisões da miséria* através de fronteiras nacionais, como o impetuoso movimento da onda punitiva que o livro segue no mundo todo, ensinaram-me que a difusão da penalidade neoliberal está não apenas mais avançada, como também é mais diversificada e complexa do que a retratada no livro. Assim como há variedades de capitalismo, há muitos caminhos rumo ao império do mercado e, portanto, muitas vias possíveis para a punição da pobreza. A própria punição assume uma multiplicidade de formas, não se limitando ao encarceramento: ela infiltra-se por meio dos diferentes setores da polícia, da Justiça e dos aparatos carcerários, com efeitos variáveis; estendese por domínios da política, intrometendo-se na provisão de outros bens públicos como serviços médicos, assistência à infância e habitação; em geral desperta reticências, muitas vezes encontra resistências e por vezes provoca vigorosos contraataques²¹. Além disso, o material e os componentes discursivos da política penal podem ficar dissociados e viajar separadamente, levando a acentuar, de maneira hiperbólica, a missão simbólica da punição como veículo para categorizar e estabelecer fronteiras. Tudo isso exige que se corrija e aperfeiçoe-se o modelo rudimentar do nexo entre neoliberalismo e penalidade punitiva esboçado em *As prisões da miséria*.

Essa foi a tarefa empreendida em *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* (WACQUANT, 2009b). Esse livro rompe os parâmetros usuais da economia política da punição, trazendo seus desdobramentos no *welfare* e na justiça criminal para uma única moldura teórica igualmente atenta ao instrumental e aos momentos expressivos da política pública. Ele utiliza o conceito de Pierre Bourdieu de “campo burocrático” para mostrar que as mudanças em políticas sociais e penais em sociedades avançadas no último quartel de século estão mutuamente vinculadas

²⁰ Uma respeitada revisão das pesquisas sociais sobre a difusão transnacional de políticas públicas não faz referência alguma a crime e punição e contém uma única menção aos institutos de consultoria (DOBBIN, SIMMONS & GARRETT, 2007).

²¹ Essa mistura, evidenciada em uma descrição provocativa das influências estadunidenses e internacionais nas tendências recentes à “repunição” do crime juvenil e das reações que elas suscitam, é apresentada por Muncie (2008).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

(BOURDIEU, 1994); que o *workfare* mesquinho e o *prisonfare* generoso constituem uma única geringonça organizacional para disciplinar e supervisionar os pobres sob uma filosofia de comportamentalismo moral e que um sistema penal expansivo e dispendioso não é uma consequência do neoliberalismo, como afirmado em *Prisões da miséria*, mas um componente essencial do próprio Estado neoliberal. O fato é que os esforços contemporâneos da penalidade fazem parte de uma reengenharia e de uma remasculinização mais ampla do Estado que tornou obsoleta a separação acadêmica e política convencional entre *welfare* e crime. A polícia, os tribunais e a prisão não são meros implementos técnicos mediante os quais as autoridades reagem ao crime – como quer a visão de senso comum cultuada pelo Direito e pela Criminologia –, mas capacidades políticas essenciais por meio das quais o leviatã produz e, ao mesmo tempo, gera a desigualdade, a marginalidade e a identidade. Isso ilumina a necessidade de desenvolver uma Sociologia Política do retorno do Estado penal ao primeiro plano do palco histórico no início do século XXI, um projeto para o qual *As prisões da miséria* é tanto um prelúdio quanto um convite.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREAS, P. & NADELMANN, E. 2006. *Policing the Globe: Criminalization and Crime Control in International Relations*. Nova York: Oxford University.
- BOJE, T. 1993. (ed.). *Post-Industrial Labour Markets: Profiles of North America and Scandinavia*. Londres: Routledge.
- BONELLI, L. 2008. *La France a peur. Une histoire sociale de l'insécurité*. Paris: La Découverte.
- BOURDIEU, P. 1994. Rethinking the State: On the Genesis and Structure of the Bureaucratic Field. *Sociological Theory*, Washington (DC), v. 12, n. 1, p. 1-19, Mar.
- BOURDIEU, P. & WACQUANT, L. 1999. On the Cunning of Imperialist Reason. *Theory, Culture, and Society*, London, v. 16, n. 1, p. 41-57, Feb. Disponível em: <http://www.loicwacquant.net/as-sets/Papers/CUNNINGIMPERIALISTREASON.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.
- BOUTELLIER, H. 2004. *The Safety Utopia: Contemporary Discontent and Desire as to Crime and Punishment*. Dordrecht: Kluwer.
- BRATTON, W. & ANDREWS, W. 2001. Driving Out The Crime Wave: The Police Methods that Worked in Nova York City Can Work in Latin America. *Time*, July 23rd.
- CAMPBELL, J. 2010. Neoliberalism's Penal and Debtor States: A rejoinder to Loïc Wacquant. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 59-73, Feb.
- CAVADINO, M. & DIGNAN, J. 2006. *Penal System: A Comparative Approach*. London: Sage.
- DAMMERT, L. & MALONE, M. F. T. 2006. Does It Take a Village? Policing Strategies and Fear of Crime in Latin America. *Latin American Politics & Society*, Miami, v. 48, n. 4, p. 27-51, Dec.
- DAVIS, D. E. 2007. El factor Giuliani: delincuencia, la “cero tolerância” en el trabajo policiaco y la transformación de la esfera pública en el centro de la ciudad de México. *Estudios Sociológicos*, Ciudad de México, v. 25, p. 639-641. Disponível em:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=59825302>. Acesso em: 19.dez.2011.

DEPALMA, A. 2002. The Americas Court a Group That Changed New York. *New York Times*, November 11th. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2002/11/11/nyregion/theamericas-court-a-group-that-changed-newyork.html?pagewanted=all&src=pm>. Acesso em: 19.dez.2011.

DOBBIN, F.; SIMMONS, B. & GARRETT, G. 2007. The Global Diffusion of Public Policies: Social Construction, Coercion, Competition, or Learning? *Annual Review of Sociology*, Palo Alto, v. 33, p. 449-472.

DOOB, A. N. & WEBSTER, C. M. 2006. Countering Punitiveness: Understanding Stability in Canada's Imprisonment Rate. *Law & Society Review*, London, v. 40, n. 2, p. 325-368, June.

ESPING-ANDERSEN, G. & REGINI, M. 2004. *Why Deregulate Labour Markets?* Oxford: Oxford University.

GARLAND, D. 2001. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago.

GOTTSCHALK, M. 2008. Hiding in Plain Sight: American Politics and the Carceral State. *Annual Review Political Science*, Palo Alto, v. 11, p. 235-60.

HANDLER, J. F. 2004. *Social Citizenship and Workfare in the United States and Western Europe: The Paradox of Inclusion*. Cambridge: Cambridge University.

HARCOURT, B. 2010. Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 74-92, Feb.

HERSHBERG, E. & ROSEN, F. 2006. *Latin America After Neoliberalism: Turning the Tide in the 21st Century?* New York: New.

INTERNATIONAL CENTER FOR PRISON STUDIES. 2007. *World Prison Brief*. London: King's College.

ITURRALDE, M. 2008. Emergency Penalty and Authoritarian Liberalism: Recent Trends in Colombian Criminal Policy. *Theoretical Criminology*, London, v. 12, n. 3, p. 377-397, Aug.

JOHNSON, D. T. 2007. Crime and Punishment in Contemporary Japan. *Crime and Justice: A Review of Research*, v. 36, p. 371-423.

JONES, T. & NEWBURN, T. 2002. Learning from Uncle Sam? Exploring US Influences on British Crime Control Policy. *Governance: An International Journal of Policy*, London, v. 15, n. 1, p. 97-119, Dec.

_____. 2006. *Policy Transfer and Criminal Justice*. Maidenhead: Open University.

KING, D. & WICKHAM-JONES, M. 1999. From Clinton to Blair: The Democratic (Party) Origins of Welfare to Work. *Political Quarterly*, London, v. 70, n. 1, p. 62-74, Jan.

KOCH, M. 2006. (ed.). *Roads to Post-Fordism: Labour Markets And Social Structures in Europe*. Aldershot: Ashgate.

LACEY, N. 2008. *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge (UK): Cambridge University.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- LLOPART, J. P. 2003. Robocop in Mexico City. *NACLA Report on the Americas*, New York, v. 37, n. 2.
- MAYER, M. 2010. Punishing the Poor – A Debate. Some questions on Wacquant's Theorizing the Neoliberal State. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 93-103, Feb.
- MEDINA-ARIZA, J. 2006. The Politics of Crime in Spain, 1978-2004. *Punishment & Society*, London, v. 8, n. 2, p. 183-201, Apr.
- MUCCHIELLI, L. 2008a. (ed.). *La Frénésie sécuritaire*. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social. Paris: La Découverte.
- _____. 2008b. Le « nouveau management de la sécurité » à l'épreuve: délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007). *Champ Penal*, Paris, v. 5.
- MUNCIE, J. 2008. The "Punitive Turn" in Juvenile Justice: Cultures of Control and Rights Compliance in Western Europe and the USA. *Youth Justice*, London, v. 8, n. 2, p. 107-121, Aug.
- MUNCIE, J. & GOLDSON, B. 2006. (ed.). *Comparative Youth Justice*. London: Sage
- NADELMANN, E. A. 1994. *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*. University Park: Pennsylvania State University.
- NEWBURN, T. & SPARKS, R. 2004. (eds.). *Criminal Justice and Political Cultures: National and International Dimensions of Crime Control*. London: Willan.
- O'MALLEY, P. 1998. (ed.). *Crime and the Risk Society*. Aldershot: Ashgate.
- OBERWITTLER, D. & HÖFER, S. 2005. Crime and Justice in Germany: An Analysis of Recent Trends and Research. *European Journal of Criminology*, London, v. 2, n. 4, p. 465-508, Oct.
- PECK, J. 2001. *Workfare States*. New York: Guilford.
- _____. 2010. Zombie Neoliberalism and the Ambidextrous State. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 104-110, Feb.
- PECK, J. & THEODORE, N. 2001. Exporting Workfare/Importing Welfare-to-Work: Exploring the Politics of Third Way Policy Transfer. *Political Geography*, v. 20, n. 4, p. 427-460.
- _____. 2007. Variegated Capitalism. *Progress in Human Geography*, London, v. 31, n. 6, p. 731-772.
- PIVEN, F. F. 2010. A Response to Wacquant. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 111-116, Feb.
- PRATT, J. 2002. *Punishment and Civilization: Penal Tolerance and Intolerance in Modern Society*. London: Sage.
- _____. 2008a. Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part I: The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 48, n. 2, p. 119-137, Mar. Disponível em: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/ikrs/KRIM4001/h09/undervisningsmateriale/pratt1.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.
- _____. 2008b. Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part II: Does Scandinavian Exceptionalism Have a Future? *British Journal of Criminology*, Oxford,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

v. 48, n. 3, p. 275-292, May. Disponível em: <http://www.uoi.no/studier/emner/juris/krs/KRIM4001/h09/undervisningsmateriale/pratt2.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.

RESENDE, J. 1995. *Operação Rio*. Relato de uma guerra brasileira. São Paulo: Página Aberta.

SAINATI, G. & BONELLI, L. 2001. (orgs.). *La Machine à punir*. Pratique et discours sécuritaires. Paris: L'Esprit frappeur.

SAINATI, G. & SCHALCHLI, U. 2007. *La Décadence sécuritaire*. Paris: La Fabrique.

SALLA, F. & RODRIGUEZ BALLESTEROS, P. 2008. *Democracy, Human Rights and Prison Conditions in South America*. São Paulo: USP.

SIMON, J. 2007. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford University.

THAM, H. 2001. Law and Order as a Leftist Project? The Case of Sweden. *Punishment & Society*, London, v. 3, n. 3, p. 409-426, July.

TONRY, M. 2001. Symbol, Substance, and Severity in Western Penal Policies. *Punishment & Society*, London, v. 3, n. 4, p. 517-536, Oct.

TRICKEY, H. & LOEDEMEL, I. 2001. (eds.). *An Offer You Can't Refuse: Workfare in International Perspective*. London: Policy.

VALDÉS, J. G. 1984. *Pinochet's Economists: The Chicago School in Chile*. Cambridge (UK): Cambridge University.

VALVERDE, M. 2010. Comment on Loïc Wacquant's 'Theoretical Coda' to Punishing the Poor. *Theoretical Criminology*, London, v. 14, n. 1, p. 117-120, Feb.

WACQUANT, L. 2003. Towards a Dictatorship over the Poor? Notes on the Penalization of Poverty in Brazil. *Punishment & Society*, London, v. 5, n. 2, p. 197-205, Apr. Disponível em:

<http://www.loicwacquant.net/assets/Papers/DICTATORSHIPPOOR.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.

_____. 2008a. *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*. Cambridge (UK): Polity.

_____. 2008b. The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis. *International Political Sociology*, London, v. 2, n. 1, p. 56-74, Mar. Disponível em: http://metrostudies.berkeley.edu/pubs/reports/Wacquant_MILITARIZATIONURBMARGBRAZIL-pub.pdf. Acesso em: 19.dez.2011.

_____. 2008c. Ordering Insecurity: Social Polarization and the Punitive Upsurge. *Radical Philosophy Review*, v. 11, n. 1, p. 9-27, Spring.

_____. 2009a. *Prisons of Poverty*. Minneapolis: University of Minnesota.

_____. 2009b. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University.

_____. 2009c. The Body, the Ghetto and the Penal State. *Qualitative Sociology*, New York, v. 32, n. 1, p. 101-129. Disponível em: <http://cue.berkeley.edu/loic1.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

_____. 2010a. Class, Race and Hyperincarceration in Revanchist America. *Dædalus*, Boston, v. 139, n. 3, p. 74-90, Summer.

_____. 2010b. Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare and Social Insecurity. *Sociological Forum*, London, v. 25, n. 2, p. 197-220, June. Disponível em: <http://www.loicwa.cq.ua.nt.net/assets/Papers/CRAFTINGNEOLIBERALSTATE-pub.pdf>. Acesso em: 19.dez.2011.

_____. 2011. *Deadly Symbiosis: Race and the Rise of the Penal State*. Cambridge: Polity.

WEINER, T. 2003. Mexico City Journal; Enter Consultant Giuliani, His Fee Preceding Him. *New York Times*, January 16th. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2003/01/16/world/mexico-city-journal-enter-consultant-giulianihis-fee-preceding-him.html>. Acesso em: 19.dez.2011.

YOUNG, J. 1999. *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. London: Sage.

_____. 2007. *The Vertigo of Late Modernity*. London: Sage.

A TEORIA DA *RATIO ESSENDI*, SUAS VERTENTES E A DEFINIÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O TIPO LEGAL E A ILICITUDE¹

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (graduação, pós-graduação e mestrado). Membro do Conselho de Criminologia e Política Criminal, do Estado de Minas Gerais – Brasil (CCPC – MG). Advogado.

Sumário: I – Nota introdutória; II - A teoria da *ratio essendi* na doutrina de Mezger e de Sauer; III - A teoria da *ratio essendi* e a doutrina do tipo total de injusto (os elementos negativos do injusto penal): a necessidade de sua adoção; IV – Nota conclusiva; V – Referências.

I – Nota introdutória.

A dogmática penal, especialmente a partir do final do século XIX, deu relevante atenção à estruturação analítica do conceito de crime. E, em meio a tantas necessárias sistematizações produzidas, uma chama a atenção: qual deve ser a relação entre o tipo penal e a ilicitude?

Diversas teorias tentam explicar qual a exata relação entre tipo penal e ilicitude. Acompanhando as fases de evolução do conceito de tipo penal, algumas doutrinas foram relevantes para se definir essa relação: o conceito de tipo meramente descritivo e sem relações valorativas com a ilicitude (Beling); a teoria da *ratio cognoscendi*, na qual o tipo contém apenas um indício da existência da ilicitude (Mayer); a teoria da *ratio essendi*, na vertente do tipo de injusto (Mezger e Sauer), ainda com uma definição tripartida do delito e com igual uso da regra-exceção (na definição das causas de justificação); por fim, a teoria do tipo total de injusto (com os elementos negativos do tipo)², que vem a ser uma segunda vertente da *ratio essendi*, na qual há a união entre tipo penal e ilicitude (Merkel e Frank).

Certo é que, no tipo legal, há a descrição da conduta proibida e, o que é igualmente relevante, há a proibição da conduta. Esta figura típica já foi negativamente valorada. Há uma ligação axiológica com a ilicitude.

Então sustenta-se que tal ligação deve se basear na teoria da *ratio essendi*, tal como formulada pela doutrina do tipo total do injusto. Todavia, existem vários pontos de

¹ O conteúdo deste trabalho corresponde ao resultado parcial das pesquisas desenvolvidas pelo autor, no Programa de Doutorado cursado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) (2007-2010), sob a orientação do Professor Doutor José Cirilo de Vargas (*in memoriam*). Faz-se a ele (Professor Cirilo) uma homenagem, neste ensaio. Repete-se, aqui a mesmo agradecimento feito por ocasião da apresentação da tese doutoral: “Ao meu orientador, Professor José Cirilo de Vargas, pela firmeza e seriedade no trato com a pesquisa. Exemplo preciso e definitivo de como se torna possível a autoridade ser compartilhada com o diálogo constante.”

² Conforme Vargas (1997, p. 321), “a expressão ‘tipo total do injusto’ decorre da teoria dos elementos negativos do tipo, elaborada, por sua vez, em face do que dispunha o art. 59 do revogado Código Penal alemão de 1871.”

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

interseção entre as duas vertentes da teoria da *ratio essendi*. Não se nega isso e, mais ainda, pensa-se ser possível a utilização de conceitos comuns.

O tipo é a razão de ser da ilicitude. Não de sua existência, posto que ela é geral para toda a ordem jurídica. É razão de a ilicitude ter função na punição penal. Em resumo, é o ensaio que se segue: quer-se explicar o motivo desta tomada de posição doutrinária.

II - A teoria da *ratio essendi* na doutrina de Mezger e de Sauer.

A doutrina da *ratio essendi* foi sistematizada, em sua primeira vertente, por Mezger e Sauer.³ A partir da crítica quanto à função típica meramente indiciária da ilicitude (*ratio cognoscendi*), tal doutrina compreende que a relação entre essas duas categorias é mais intensa. Assim, o tipo, “mesmo antes da predicação jurídica da ilicitude, constitui já uma unidade de sentido social desvaliosa e, portanto, um ‘ilícito material’, sendo aquela predicação uma pura consequência formal deste ilícito material, (...)” (DIAS, 2000, p. 92).

Não se concebe um modelo descritivo, neutro e meramente objetivo, conforme Beling sustentou. Igualmente, não é possível afirmar que o tipo é apenas indiciador de uma possível ilicitude existente na conduta concretamente analisada (*ratio cognoscendi*, de Mayer).

De acordo com a teoria da *ratio essendi*, “o tipo deixa de ser simples imagem orientadora, ou mero indiciador da antijuridicidade, para erigir-se em portador de um sentido de ilicitude, (...)” (TOLEDO, 1994, p. 121). Esse elemento do crime adquire importante conteúdo valorativo, de forma a selecionar adequadamente as condutas que necessitam ser punidas, por serem expressão do caráter proibitivo da norma.

Não convence a ideia de que o tipo legal contém apenas a antinormatividade⁴ de uma conduta, somente indiciando sua ilicitude, que deverá ser verificada em outro

³ Dias (2000, p. 87) informa que também Hegler, na Alemanha, adotou e desenvolveu a teoria da *ratio essendi*.

⁴ Conforme Toledo (1994, p. 123): “os autores que, numa filiação estritamente welziana, vêem no tipo apenas o indício da antijuridicidade, caem frequentemente no dilema de terem que aceitar a distinção, preconizada por Welzel, entre antinormatividade e antijuridicidade.” Ao distinguir os dois institutos (antinormatividade e ilicitude), Welzel (1970, p. 76) afirma que o fato típico sempre será antinormativo, mas pode ser lícito (por conter causa de justificação). Assim, ele (Welzel) adotou a teoria da *ratio cognoscendi*.

Realmente, parece artificial a distinção entre antinormatividade e ilicitude. Toledo (1994, p. 123) justifica sua posição, explicando que existe uma contradição lógica em “um fato antinormativo que, a um só tempo, esteja autorizado por alguma norma (Welzel, em vez de norma, fala em proposição, ou melhor, ‘proposições permissivas’ – ‘Erlaubnissätzen’ – o que nos parece a mesma coisa).”

Tal contradição se manifestaria na verificação de a conduta ser permitida-proibida, por ser lícita e antinormativa ao mesmo tempo. Realmente, o conceito de ilicitude não se confunde com o de antinormatividade. Todavia, uma lembrança precisa ser feita: não se realiza um antagonismo absoluto entre os dois institutos.

Tão somente se afirma que o conceito de antinormatividade se identifica apenas com uma parte da ilicitude: a sua concepção no sentido formal. Assim se sustenta, posto que a ilicitude é geral para todo o ordenamento jurídico. É, pois, a contrariedade de uma conduta em relação às normas positivadas. Contudo, conforme a doutrina dominante (aqui aceita), o conceito de ilicitude deve ir além, considerando também a materialidade da ofensa aos bens jurídico-penais protegidos pela ordem normativa. À ilicitude formal (antinormatividade) acresce-se a sua concepção material, formando um instituto dogmático mais complexo. Somente isto.

Não se questiona que o tipo contenha implicação de antinormatividade. Ao contrário, aceita-se esta idéia. Devem existir valorações de proibição. Ocorre que esta valoração subjetiva do proibido, dentro da estrutura

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

momento. Essa antinormatividade é apenas expressão formal da ilicitude. No tipo há a própria valoração de ilicitude, não só formal (antinormatividade), mas também material. Qualquer separação conceitual diversa desta tende à artificialidade e à determinação de falsos antagonismos.

A teoria da *ratio essendi* promoveu o afastamento do conceito típico meramente formal. A essência valorativa do tipo é determinada pela carga de ilicitude material que ali se encontra. Pode-se afirmar, inclusive, que o conceito de ilicitude material baseia-se nessa relação existente com o tipo penal. Somente faz sentido sustentar a sua existência em face de uma lesão/ameaça de lesão a bem jurídico-penal se o tipo for expressão (descritiva e valorativa) dessa ofensa proibida pela ordem jurídica.

Em resumo, para a verificação do tipo legal não basta mais a subsunção formal de uma conduta à descrição fática modelar. É preciso definir se há valor de proibição constante da norma que orienta a figura típica, que passa a ser a própria razão de ser da ilicitude (sua *ratio essendi*). Ela contém valoração negativa (ou desvalorização) do conteúdo proibitivo da norma. Significa que, na estrutura típica, existe a descrição da conduta proibida e, igualmente, a valoração proibitiva dessa conduta descrita.

Mezger (1955, p. 376) expressamente afirma neste sentido: “El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (‘ratio essendi’) de la antijuridicidad, (...)”

O autor definiu, em sua estrutura da teoria geral do delito, o conceito de tipo de injusto. Ele tratou de conceituar um injusto tipificado.⁵ Houve, na formulação da teoria da *ratio essendi*, uma preocupação em delimitar a relação entre o tipo e a ilicitude. Com sentido semelhante, Sauer (1956, p. 111) usava a seguinte expressão: “*antijuridicidad tipificada*”⁶.

Na descrição do tipo, há “fundamento real” da ilicitude. Assim, Mezger (1957, p. 145) viu erro em se analisar o tipo como *ratio cognoscendi* da ilicitude: “(...) la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento de reconocimiento, en tanto que lo tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula”.

típica, não deve ser analisada apenas no sentido formal. Se assim o fosse, tranquilamente admitir-se-ia utilizar apenas o conceito de antinormatividade (que equivale ao de ilicitude formal, como aqui se sustenta).

⁵ De acordo com a tradução de Rodríguez Muñoz, Mezger utilizava as expressões *antijuridicidade* (ou, como aqui usado, ilicitude) e *injusto* como sinônimas (MEZGER, 1957, p. 131). Para ele, “esta antijuridicidad (injusto) significa (§ 16, I, 2; II, 2; y § 31, III de este libro) el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor” (MEZGER, 1957, p. 131). Não parece correta a utilização dessas terminologias como sinônimas. Todavia, respeita-se o uso da expressão *injusto tipificado*, tal como escreveu Mezger (conforme a tradução).

⁶ Mir Puig (2005, 162) assim se expressa, baseando-se em Sauer: “La tipicidad no es condición suficiente, pero si necesaria de la antijuridicidad penal. Por eso se vinculó a la antijuridicidad en la definición de delito, que pasó a ser una ‘acción típicamente antijurídica y culpable’ donde se aprecia con claridad que la tipicidad es el modo en que ha de manifestarse el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia jurídico-penal”.

Sauer, ao contrário de Mezger, também separa adequadamente os conceitos, de forma parecida com essa doutrina de Welzel: “el delito es un comportamiento antijurídico y culpable (...): El obrar antijurídico o el injusto” (SAUER, 1956, p. 95). O objeto do injusto é a conduta (*obrar*), e sua medida é a antijuridicidade.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Para ambos os autores (Mezger e Sauer), a ilicitude assume uma posição central no conceito de injusto. Deve ser o ponto de partida da construção típica, sendo a essência do injusto penal. Os tipos legais devem buscar seus fundamentos valorativos nessa categoria definidora das proibições do ordenamento jurídico (SAUER, 1956, p. 96). Como afirma Dias (2000, p. 88), colocando o sentido de ilicitude nos tipos, faz-se com que eles ganhem expressão material e sejam considerados expressões individualizadoras ou concretizadoras daquela (ilicitude). A própria noção de proteção de bens jurídicos depende disto.

Adverte-se, por oportuno, que Mezger e Sauer não concebem uma ilicitude especial (penal) dissociada do seu conceito geral, válido para todo o ordenamento jurídico. Seus conceitos são apresentados de forma clara, sem deixar dúvidas quanto às posições adotadas. Nesse sentido, tem-se a doutrina de Mezger:

El injusto típico específico del Derecho Penal no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal. Tal concepción debe rechazar en absoluto. Según ella, la ‘amada unidad de la antijuridicidad’ en el total ámbito de las distintas disciplinas jurídicas es una ficción, puesto que tal unidad no existe con arreglo a una consideración teleológica. Lo que es injusto en una disciplina jurídica no es necesariamente en otra, y viceversa. Pero este supuesto de una antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación unitaria de vida. El tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho. (MEZGER, 1955, 374/375)

Existem, todavia, opiniões em sentido contrário, entendendo-se que a adoção da teoria da *ratio essendi* exige a determinação de uma ilicitude especial:

Referida teoria pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral, absolutamente inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Com efeito, se a antijuridicidade depende da tipicidade, o legislador, ao tipificar uma conduta, cria para ela uma antijuridicidade penal, diferente da antijuridicidade geral. Caso contrário, não se saberá qual é a função constitutiva da tipicidade em relação a determinadas condutas que já eram consideradas ilícitas antes de o legislador criminalizá-las. (BITENCOURT, 2003, p. 197)

Há um equívoco nesta análise feita por Bitencourt. Primeiramente, verificam-se as próprias manifestações em contrário de Mezger e de Sauer, rechaçando a ilicitude específica. Além disso, exige-se que a interpretação do momento da elaboração legislativa do tipo legal, na concepção da *ratio essendi*, deve ser outra, diversa daquela apresentada na crítica acima.

O raciocínio é simples. O legislador, ao criminalizar condutas em tipos legais, inverte a ordem de pensamento e, mentalmente, analisa o bem jurídico a ser protegido antes de descrever as condutas que lesam/ameaçam esse valor tutelado. Assim, é certo que o legislador verifica a ilicitude material da conduta que deseja proibir/ordenar e somente depois a tipifica.⁷

⁷ “Antes da criação legislativa do tipo, a conduta, por ele descrita, já trazia a marca da ilicitude, por ofender ou colocar em perigo de ofensa determinado bem jurídico. (...). O que temos, então, na Parte Especial do Código Penal, é uma tipologia de condutas ilícitas. Qual Parlamento perderia tempo em descrever condutas lícitas? Só

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ao se elaborar abstratamente o tipo legal, já se confirmou, provisória e anteriormente, o conteúdo proibitivo (ilícito) da conduta, em relação à totalidade da ordem jurídica. Conclui-se que os tipos contêm carga de valoração negativa (desvalor). É a própria manifestação da ilicitude, geral a toda a ordem jurídica. Esta é a essência do pensamento de Mezger e Sauer.

Sustenta-se que a ilicitude comporta um momento subjetivo (valorativo) na etapa legislativa, e outro objetivo, na fase judicial. Naquele primeiro momento, existe a valoração subjetiva das condutas a serem tipificadas. Já na análise concreta judicante, a norma assume sua função imperativa e, objetivamente, determina as condutas que devem ser consideradas ilícitas (a partir da valoração subjetiva pré-legislativa). Há uma análise adequada da necessária subjetividade do injusto penal, bem como se conclui que a valoração proibitiva (com conteúdo de ilicitude) pré-existe à tipificação das condutas.

Assim, ao contrário do que afirmou Bitencourt, o tipo é que depende da ilicitude (antijuridicidade, nos termos usados pelo autor). Somente serão tipificadas condutas que tenham suas cargas de proibição previamente verificadas, com a análise do conteúdo de ilicitude, que é geral em relação a toda ordem jurídica.

Por isso, afirma-se que a adoção da teoria da *ratio essendi* é exigência de ordem axiológica. Somente com a utilização dessa teoria consegue-se compreender valorativamente a intervenção punitiva, definida e organizada através da elaboração de tipos legais que sejam expressão da proibição definida pelo conteúdo de ilicitude inerente ao ordenamento jurídico.

Em resumo, Mezger e Sauer não adotam a ilicitude especial/penal, distinta daquela geral do Direito. A questão se coloca em outros termos. Veja-se.

O tipo, enquanto razão de ser da ilicitude, apenas faz com que esta última, determinada pela totalidade da ordem jurídica, seja utilizada na esfera penal. A elaboração do tipo legal, dotado de prévia valoração do caráter ilícito da conduta a ser tipificada, faz com que tal carga valorativa, que é geral a todo o ordenamento, seja também analisada para efeitos de punição penal. O ingresso da ilicitude (geral) na seara penal faz-se diante da magnitude e da gravidade da lesão/ameaça aos bens jurídico-penais tutelados. Veja-se a ligação desta questão com a teoria do bem jurídico.

A ilicitude somente tem ingresso na seara penal diante da existência do tipo, que dá aplicabilidade à utilização dessa carga de valoração na tutela punitiva. Se não existisse o tipo, a ilicitude, que é geral do Direito, não teria função na esfera penal.

Conclui-se que os tipos contêm carga de valoração negativa, que é determinada pela própria manifestação da ilicitude, geral a todo o ordenamento jurídico. Ressalte-se que o tipo não cria esse desvalor. Apenas descreve a proibição e, por isso, é a razão de ser da ilicitude ingressar na esfera penal, através da delimitação do injusto (este sim, específico).

se descreve o ilícito. As condutas lícitas de nosso cotidiano escapam ao interesse do Congresso, no particular aspecto da incriminação. Por isso é que sempre afirmamos e repetimos: ao penalista só interessa a antijuridicidade tipificada. Fato ilícito não tipificado é um nada.” (VARGAS, 2002, p. 108.)

Evidentemente, é necessária a verificação do desvalor da ação para a existência da ilicitude. Àquela abordagem valorativa (ofensa, ou ameaça de ofensa a bem jurídico), acresce-se o seu conceito formal, formando uma ilicitude material. De forma contrária, poder-se-ia afirmar pela punição, inclusive, de situações oriundas de casos fortuitos e para as quais não colaboraram a conduta humana voluntária e finalística. Seria um grave equívoco.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Nesse ponto da teoria da *ratio essendi*, de acordo com a vertente sustentada por Mezger e Sauer, faz-se uma importante advertência. Havendo a compreensão da carga valorativa do tipo legal, é de se compreender, agora, que essa corrente teórica mantém a tripartição do conceito de crime: tipo, ilicitude e culpabilidade. Não há, nessa vertente da doutrina, a anunciada fusão entre tipo e ilicitude em um tipo total de injusto.

Contudo, tal conclusão não foi pacificamente aceita. Há interpretações diferentes. De acordo com Welzel, aqueles autores teriam fundido, em um só momento, a ilicitude e o tipo:

No es correcta, en cambio, la estructura bimembre del delito de Sauer y Mezger, que fusiona la tipicidad y la antijuridicidad. El tipo es, según ella, la antijuridicidad ‘tipificada’ (...). Tipo y antijuridicidad, realización del tipo e (sic) injusto, elemento del tipo y elemento de la antijuridicidad son, respectivamente, idénticos. El tipo no abarca más que la antijuridicidad; solo hay una realización antijurídica del tipo y toda realización del tipo es antijurídica; las causas de justificación son circunstancias negativas del tipo. WELZEL, 2006, p. 80⁸

Gomes e Garcia-Pablos de Molina (2007, 239) têm outra explicação para esta pretensa fusão entre tipo e ilicitude. Ao mesmo tempo, distinguem as duas vertentes da *ratio essendi*: tipo de injusto e os elementos negativos do tipo. Para eles, em ambas as concepções, não há uma distinção entre tipicidade e ilicitude. A diferença entre as correntes é que, no tipo de injusto, a tipicidade perde sua autonomia para a ilicitude, estando inserida dentro de seu conceito. Ao contrário, na teoria dos elementos negativos do tipo, “é a antijuridicidade que se incorpora à tipicidade (as causas de exclusão da antijuridicidade seriam requisitos negativos do tipo; (...))” (GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 239).

Como advertido, não deve prosperar nenhuma dessas interpretações acerca da vertente da teoria da *ratio essendi* (de Mezger e Sauer). Há sólidos argumentos, apresentados pelos próprios autores e por seus intérpretes: não houve a intenção da união do tipo e da ilicitude.

Essas opiniões divergentes talvez sejam oriundas da localização da apresentação dos referidos institutos dogmáticos (tipo e ilicitude), nas obras jurídicas de Mezger⁹ e de Sauer¹⁰. Eles discutem as questões do tipo no espaço destinado à apresentação da

⁸ Maurach e Zipf têm a mesma opinião, no sentido de que a ilicitude se tornou parte integrada do tipo, que passou a ser um tipo de ilícito (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 414). No Brasil, alguns autores entendem que Sauer e Mezger teriam unido o tipo e a ilicitude. Assim, por todos, ver Cláudio Brandão: “Uma terceira fase da evolução da tipicidade surge com a chamada teoria dos elementos negativos do tipo. Para esta teoria, defendida por Edmund Mezger, a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência. O tipo é a antijuridicidade positivada e está impregnado de juízo de valor, podendo-se dizer que ele é o portador da valorização jurídico-penal que separa o Direito do injusto. Quando se exclui a antijuridicidade, exclui-se a própria tipicidade, (...)” (BRANDÃO, 2008, p. 148/149).

⁹ No seu *Tratado de Derecho Penal, tomo I*, a discussão do tipo vem situada na segunda parte da obra: (*teoría del delito*), seção segunda (*La antijuridicidad*), alínea “b” (*La antijuridicidad como injusto típico*). Em outra obra sua, denominada *Derecho Penal; Libro de Estudio, Tomo I, parte general*, igualmente a questão vem discutida na segunda parte do livro: no capítulo II (*La antijuridicidad – el injusto*), alínea “bb” (*La antijuridicidad típica especial*).

¹⁰ Em sua obra *Derecho Penal; parte general*, Sauer discute as questões referentes ao tipo penal no capítulo III (*El delito como injusto*), § 14 (*tipicidad*). No § 13 desse capítulo está analisada a ilicitude (*la esencia del injusto*). Após, o capítulo IV apresenta *El delito como culpabilidad*. Verifica-se que o autor realiza um estudo unificado da teoria do injusto penal, e posteriormente um da culpabilidade.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ilicitude. Não poderia ser de outra forma, considerando que os autores posicionam a ilicitude no centro da teoria do crime, determinando a existência de uma antijuridicidade tipificada.

Ao situar a ilicitude como primeiro requisito da construção dogmática do crime, é natural que esse elemento ganhe especial destaque na teoria do delito. Todavia, é de se entender que a ilicitude, sem a figura típica consequente, não tem aplicabilidade alguma no Direito Penal. Assim determina o princípio da legalidade. Em resumo, não é adequada a conclusão de que Mezger e Sauer tenham aderido à teoria do tipo total do injusto.

Para desfazer qualquer dúvida quanto ao alcance hermenêutico da expressão *tipo*, usada por Mezger, ele assim afirma:

(...), la antijuridicidad de la acción es ciertamente una característica del delito, y por tanto, parte integrante del ‘tipo’ entendido éste, no en el sentido que aquí lo empleamos, sino en el corriente en la teoría general del Derecho (II, 1). También se há negado esto (18), diciendo para fundamentar la negación que la antijuridicidad no puede ser colocada, como característica de igual rango, en la misma línea que la tipicidad, del mismo modo que no es posible situar un síntoma de una enfermedad al lado de la enfermedad misma. (MEZGER, 1955, p. 372/373)

Ao sustentar que a ilicitude faz parte do tipo, Mezger estava a determinar que aquela faz parte do crime, como pressuposto da pena. O *tipo*, ao qual o autor se referiu, é sinônimo do delito como um todo. Esta parece ter sido a confusão feita pelos intérpretes de Mezger, ao entenderem que ele aderiu à teoria do tipo total do injusto. Usaram uma interpretação inadequada para a expressão usada. Veja-se a correta conceituação feita pelo autor:

Ante todo aparece el tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el Derecho Penal dicha consecuencia jurídica es la pena y, por tanto, este concepto del tipo significaría que ‘tipo’ es el total delito. (MEZGER, 1955, p. 365).¹¹

Fica claro que Mezger utilizou duas conceituações para a expressão *tipo*: primeiro, ele usa o termo *tipo general* para definir o próprio delito; depois, ele usa a expressão *tipo especial* para definir o conceito estrito de tipo legal: “el conjunto de las

¹¹ Beling, anteriormente, já havia advertido para este uso da expressão. Entre as diversas utilizações da palavra *Tatbestand*, o autor identificou uma que se enquadra exatamente no sentido usado por Mezger: “2. Se habla del ‘Tatbestand general del delito’, entendiéndose con ello la totalidad de las condiciones de la existencia de una acción punible. Pero para eso más sencillo es decir: concepto del delito” (VON BELING, 2002, p. 82.). É de se lembrar que, antes de Beling, usava-se o termo *corpo de delito*, com abrangência conceitual maior do que aquela dada por ele à expressão *Tatbestand* (em 1906).

Beling continua, relativamente relativamente à confusão que pode ocorrer com essas utilizações variadas da expressão *Tatbestand* (tal como efetivamente ocorreu na interpretação da doutrina de Mezger, entre alguns autores que estudaram sua teoria): “Es evidente que tal variedad de acepciones para una sola palabra, sólo confusiones puede causar. Es, pues, absolutamente necesario hablar del ‘Tatbestand’ exclusivamente en el sentido del *Tatbestand* legal estricto (delito-tipo), a cuya esencia nos hemos referido. Para los demás existen a disposición expresiones distintas y adecuadas” (VON BELING, 2002, p. 82.).

Nesse mesmo sentido, de diferenciação terminológica para os usos da expressão *tipo*, veja-se também Sauer (1956, p. 112/113). O autor realiza separação semelhante à de Mezger, entre tipo no sentido amplo da palavra (na doutrina geral do Direito), e tipo em sentido restrito.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

características de una determinada especie delictiva, esto es, de las características propias de dicha especie y que la distinguen, por tanto, de otros delitos; (...)” (MEZGER, 1955, 365/366). E é quanto a este segundo conceito de tipo que ele afirma: “la conducta típica (...) fundamenta, por lo general, la antijuridicidad del hecho. Pero, una acción típica no es siempre antijurídica. No lo es, si existe una causa de exclusión del injusto.” (MEZGER, 1957, p. 159)¹²

Neste sentido, Toledo (1994, p. 124) corretamente entende que Mezger e Sauer não concordavam com o tipo total: “a tipicidade e a ilicitude implicam-se, numa relação indissolúvel no interior do injusto, mas conceitualmente não se confundem.”¹³ Ele (Toledo), inclusive, adotou esta primeira vertente da teoria da *ratio essendi*.¹⁴

Na doutrina estrangeira, igualmente, são vários os autores que adequadamente compreenderam que Mezger e Sauer adotaram uma concepção tripartida de delito. Veja-se:

Pero importa destacar que esta concepción coincide con Beling en un punto esencial: no toda acción típica es antijurídica, ni, por tanto, la exclusión del injusto lleva aparejada la negación del tipo. La conducta típica puede estar justificada. El juicio de desvalor provisional que expresa la tipicidad, desaparece cuando concurran causas de justificación. (MIR PUIG, 2005, p. 162)

Veja-se que são dois conceitos distintos e complementares entre si. Mais que isso, fica evidente que, para Mezger, a ilicitude faz parte do *tipo geral* (delito), não havendo fusão entre ilicitude e tipo legal (*tipo especial*). A ilicitude precede ao tipo legal e o valora provisoriamente com o conteúdo proibitivo do ordenamento jurídico.

Sauer, por sua vez, compreende o delito como um injusto culpável, em uma separação nitidamente causalista entre a parte objetiva e subjetiva do crime. Todavia, ao definir que o crime é um “querer y obrar antijurídico y culpable” (SAUER, 1956, p. 82), ele reconhece a existência das três categorias do delito, autonomamente: “Antijuridicidad es la contradicción con el ordenamiento jurídico (antilegalidad); culpabilidad el conocer o deber conocer reproachable de esta antijuridicidad; acción es causación voluntaria del resultado a través de un hacer o un omitir” (SAUER, 1956, p. 47/48).

Para Sauer (1956, p. 106), uma causa de justificação exclui o injusto penal pela exclusão de sua ilicitude (e não da tipicidade): “Con la fijación del tipo y de la no presencia de causas de justificación está fijada la antijuridicidad del hecho, por coniguiente el injusto objetivo”. Por isso, ele não é adepto da teoria do tipo total.

¹² Mezger rechaça a crítica de Schmidt à sua vertente da teoria da *ratio essendi*, exatamente nestes termos: “En consecuencia, Eb. Schmidt rechaza la significación del tipo como ratio essendi del injusto, y sólo lo admite como ratio cognoscendi de la antijuridicidad, porque hacer lo contrario supondría ‘recaer en la teoría de las características típicas negativas’. Pero ello no es cierto: la antijuridicidad no es, como hemos visto, una característica del tipo; por tanto, ni positiva ni negativa” (MEZGER, 1955, p. 377/378).

¹³ No mesmo sentido, posicionam-se Reale Jr (2009, p. 138.) e Vargas (2008, p. 53).

¹⁴ Após apresentar as duas vertentes da *ratio essendi*, Toledo opina da seguinte forma: “Preferimos a segunda alternativa, por parecer-nos que a primeira representaria um parcial retorno na direção do tipo em sentido amplo, de antes de Beling. Além disso, a concepção do tipo como portador de um juízo de desvalor condicionado tem contado com o apoio de prestigiosos penalistas, dentre os quais Mezger (Von Sinn der Strafrechtlichen Tatbestand) e Sauer (Grundlagen)” (TOLEDO, 1994, p. 122 e ss.). Fica clara a sua opinião. Queiroz (2012, P. 182), todavia, tem uma interpretação um tanto diversa da posição doutrinária adotada por Toledo, entendendo que este último teria adotado a teoria dos elementos negativos do tipo.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Em resumo, um fato justificado continua a ser típico para esta vertente da *ratio essendi*. Ao legislar a conduta típica, já existe a antecedente valoração da proibição. Contudo, a ilicitude pode restar excluída em uma situação concreta, mesmo havendo tipicidade, se houver uma causa que a justifique. São estruturas independentes dentro do injusto penal.

Ocorre que, nesse ponto específico, há uma séria crítica a tal vertente da teoria, que inviabiliza a sua adoção. Isto, porque o conteúdo valorativo de ilicitude ali encerrado é de ordem apenas provisória (condicionada). Vê-se desconsiderado diante de uma causa de justificação, que exclui a ilicitude, mantendo a tipicidade intacta.

Isto porque, com essa conclusão (da provisoriedade da proibição), há uma aproximação conceitual inevitável com a *ratio cognoscendi* (Mayer), e sua noção de regra-exceção. Quem age tipicamente também atua ilicitamente, desde que não exista causa que justifique a ação, e que exclua o injusto (pela exclusão da ilicitude, não do tipo).¹⁵

Este argumento faz com que a teoria se torne contraditória em seus próprios termos. Veja-se a incoerência deste raciocínio dogmático, baseado na regra-exceção. Tipifica-se uma conduta, dando-lhe sentido (provisório) de proibição, em virtude do caráter de ilicitude que determina a necessidade de elaboração legislativa da figura delitiva. Após, com a concretização da conduta (ação ou omissão) que se amolda a esse tipo legal, opera-se a sua tipicidade e exclui-se a sua ilicitude com o amparo de uma causa de justificação. E o que fazer com o sentido de ilicitude que integrava valorativamente o tipo legal, sendo que este último permanece aperfeiçoado, mesmo diante da excludente de ilicitude verificada?¹⁶

Essa provisoriedade do conteúdo de ilicitude existente no tipo legal fica sem sentido. Como afirma Vargas (inédito, p. 43): “Fala-se, há muito tempo, que o fato é congenitamente lícito ou congenitamente ilícito, não sendo possível, em face de uma justificativa, considerar lícito o que nasceu ilícito.”

Somente se tipifica uma conduta porque, antes, verificou-se que o ordenamento jurídico a considera ilícita. Mais que isso, percebeu-se que o grau de ofensa ao bem jurídico tutelado exige a intervenção do Direito Penal. Assim, é um equívoco afirmar que o conteúdo proibitivo (de ilicitude) constante do tipo de injusto é de ordem provisória ou condicionada.

¹⁵ Conforme afirma Moro (1949, p. 187): “el principio regla-excepción, empleado para explicar los llamados casos de ilicitude excepcional, se resuelve en reconocer significado autónomo al hecho típico frente al hecho antijurídico, en situar el primero como término de enlace entre el hecho meramente típico y no antijurídico y el típico y verdaderamente antijurídico.”

¹⁶ A teoria da *ratio cognoscendi* ofereceu uma solução para este problema. Todavia, assim o fez, desconsiderando a premissa básica a ser trabalhada e solucionada: o adequado conteúdo valorativo/proibitivo constante no tipo. Assim, a figura típica não passaria de indício de existência de ilicitude, que deveria ser verificada posteriormente, através da constatação negativa nos casos de existência de causas de justificação. Seria possível excluir a ilicitude, mantendo-se a figura típica intacta, sem gerar a contradição aqui anunciada.

Percebe-se que se trata de argumento dogmático deficitário, que desconsidera o real sentido valorativo de proibição, que necessariamente antecede a elaboração legislativa de um tipo legal. Welzel e Zaffaroni ainda tentam consertar essa deficiência, determinando um sentido de antinormatividade nos tipos legais. Contudo, tal argumento deve ser afastado por se tratar de uma artificialidade e por confundir antinormatividade com o sentido formal de ilicitude. Em resumo, a *ratio cognoscendi* não conseguiu resolver a questão.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Zaffaroni (2010 p. 46) está correto ao afirmar que há um erro na doutrina que tenha estas características: alegar que há o tipo de injusto, dotado de ilicitude e, depois, excluir esta mesma ilicitude em uma causa de justificação. Tal teoria formaria um conceito tripartido de crime apenas aparente, no qual a ilicitude se dividiria em duas partes (uma no tipo e outra isolada, verificada com as causas de justificação). A segunda parte seria apenas a ausência da primeira, não existindo de fato.¹⁷

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que essa descrição se encontra no plano da abstração legislativa e que o caso concreto poderia se apresentar fora desse contexto normativo proposto (com uma causa de justificação). Nessa hipótese, excluir-se-ia o caráter ilícito, provisória, e abstratamente, concebido tipicamente.

Tal argumentação não está de todo errada, embora tenha premissas equivocadas. Realmente, o caso concreto pode se afastar do tipo legislado. É de se lembrar que qualquer modelo, geral e abstrato, é apenas redução da realidade. Assim, é possível que uma conduta típica seja realizada com o amparo da legítima defesa, do estado de necessidade etc.

Todavia, e aqui está o erro da justificativa em questão, a carga de ilicitude do tipo de injusto não deve ser tomada por provisória ou condicionada à existência de uma causa de justificação. Ao contrário, analisando-se abstratamente, a valoração proibitiva do tipo é definitiva. Caso exista uma causa de justificação, no plano da concretude da realização da conduta típica, atinge-se a ilicitude típica, tornando a conduta atípica, por retirar-lhe exatamente esta valoração de proibição. Esta é, entre os vários acertos, a maior falha da teoria de Mezger e de Sauer.

Finalmente, poder-se-ia pensar em uma solução para esse problema. Todavia, seria absolutamente equivocada. Uma causa de justificação excluiria a ilicitude e, igualmente, eliminaria a carga de proibição do tipo, sem tornar a conduta atípica.

É absurda tal hipótese, salvo se fosse admissível a existência residual de um tipo neutro de valores, aos moldes do que propôs Beling, no caso de existir uma excludente de ilicitude. Evidentemente, tal situação é inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Nem Welzel, seguidor da *ratio cognoscendi*, admitiria tal ideia.

Em virtude dessa crítica incontornável (provisoriedade da proibição), tem-se que se superar esta primeira vertente da teoria da *ratio essendi*, adotando-se a sua segunda concepção: o tipo total do injusto, com a verificação dos elementos negativos do tipo.

III - A teoria da *ratio essendi* e a doutrina do tipo total de injusto (os elementos negativos do injusto penal): a necessidade de sua adoção

Surgida na Alemanha, na segunda metade do século XIX, esta teoria foi concebida inicialmente por Merkel.¹⁸ Ele assim sustentou:

no puede decirse que haya delito doloso en los siguientes casos: (...). 2. cuando el agente presupone la existencia de relaciones cuya no existencia pertenece a los caracteres señalados por la ley al delito (caracteres negativos de este), como, por

¹⁷ Todavia, a solução dada por Zaffaroni é igualmente equivocada: adoção da antinormatividade típica e, consequentemente, da teoria da *ratio cognoscendi* e da ideia de regra-exceção.

¹⁸ Outros autores posteriormente desenvolveram estes estudos e sistematizaram tal doutrina. São normalmente citados, de modo geral: Frank, Radbruch e Baumgarten.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ejemplo, relaciones que si hubieran existido habrían servido para justificar la comisión del hecho por causa de legítima defensa (RStrG., § 53). (MERKEL, 2006, p. 83/84)

Contudo, Hirsch assim indagou: “Entonces, surge la pregunta de si es correcto nombrar a Adolf Merkel como el fundador de la d.d.l.e.n.d.t.p” (HIRSCH, 2005, p. 27)¹⁹. Há, de acordo com aquele autor, resposta negativa a tal pergunta:

La doctrina ya existía con la doctrina del tipo penal y la doctrina del error. Merkel introdujo a la teoría de los elementos negativos del tipo penal, la cual hasta este momento empleaba solamente los términos “fundamentación de la antijuridicidad” (Unrechtsbegründung) y “exclusión de la antijuridicidad” (Unrechtsausschluss), solamente el término “elemento negativo del tipo penal”. La puso solamente en una “fórmula más precisa”. (HIRSCH, 2005, p. 27/28)²⁰

Independentemente da polêmica causada por essa afirmativa de Hirsch, uma coisa parece certa: a partir de Merkel, houve uma inicial discussão acerca do conteúdo da teoria dos elementos negativos do tipo. E isso, basicamente, é o que importa. A perfeita verificação genealógica dessa, ou de qualquer outra teoria dogmática, pode ser bastante complicada.

Frank, de acordo com Hirsch (2008, p. 56 e ss.), teria trazido um resultado “letal” para o desenvolvimento posterior da doutrina do tipo. Uma frase sua (de Frank) teria causado essa impressão: “La antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo penal, pero su falta es un negativo” (FRANK, 2000, p. 49). Ele escreveu depois de Merkel, ressalte-se.

Desde a apresentação dessa opinião de Frank, houve uma identificação da teoria dos elementos negativos do tipo com essa ideia e, conseqüentemente, a mesma foi taxada de ilógica (HIRSCH, 2008, 57). Os doutrinadores da época entenderam que a teoria dos elementos negativos do tipo faria equivaler a ilicitude apenas às suas causas de exclusão.

Hirsch (2008, p. 61) conclui esta sua crítica a Frank, comparando conceitualmente a doutrina dos elementos negativos do tipo com a teoria do tipo penal modelo, em determinados aspectos. Ele explica que, para a teoria dos elementos negativos, a ilicitude seria composta somente pela realização da norma proibitiva, que é limitada pelas causas de justificação. Assim, a ilicitude não seria uma condição para a contrariedade à norma, pela tipicidade (não seria elemento do tipo). Tão somente dever-se-ia afirmar que a tipicidade seria idêntica à ilicitude. Já na teoria do tipo penal modelo, a ilicitude seria composta pela contrariedade à norma, acrescida das faltas de causas de justificação. A conclusão foi a de que a doutrina de Frank não estaria em consonância com a teoria dos elementos negativos do tipo.

Não parece assistir razão a Hirsch. Quando Frank afirmou que a ilicitude seria elemento negativo do tipo, mas não seria elemento positivo, havia um contexto para isto:

¹⁹ Na tradução aqui utilizada, a sigla *d.d.l.e.n.d.t.p*, usada constantemente por Hirsch, significa: *doctrina de los elementos negativos del tipo penal*.

²⁰ Hirsch afirma mais (2008, p. 27/28). Somente poderia ser atribuída a Merkel a seguinte formulação teórica: a inversão do conteúdo do dolo em relação às causas de justificação é dogmaticamente fundamentada em uma contraposição material entre os elementos positivos e negativos do tipo penal.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Cuando la ley añade una amenaza de pena a la acción, es decir, una suma de circunstancias de hecho que conjuntamente forman un tipo penal, entonces aquella pena se aplica cuando la citada acción prevista en la ley há ocurrido, puesto que ella es antijurídica, debido a su sola existencia sin que sea necesario que se agregue un plus que sólo sabe Dios de dónde provendría. Pero se viene algo distinto de otro lado, v. gr., un precepto legal que excluye la antijuridicidad bajo circunstancias especiales, entonces esta exclusión de antijuridicidad, según mi opinión, suspende la idea de delito.

Si de los hechos tenemos sólo los que son mencionados en los artículos especiales y en los preceptos jurídicos tenemos solamente los implícitamente dados en amenaza penal que afirman la antijuridicidad, el tipo del delito está dado. Pero si existe otro precepto legal que niega la antijuridicidad de la acción, entonces, no está dado el tipo penal (Tatbestand). (FRANK, 2000, p. 50)

O que Frank sustentou foi apenas que a ilicitude é uma característica geral do delito, não sendo apenas elemento formal do tipo. Antes, é a própria manifestação de proibição geral do ordenamento jurídico. Assim, evidentemente se manifesta valorativamente na elaboração do tipo, que é a positivação da proibição na tutela penal.

Certo é que a ilicitude fundamenta o tipo legal. Somente assim pode haver função proibitiva na tutela penal.²¹ Não há notícia de que Frank tenha oposição a essa ideia.

O que deve ficar expresso, e, portanto integrar explicitamente a tipicidade, são as causas excepcionais que fazem uma conduta deixar de ser ilícita e se conformar com o Direito (causas de justificação). São situações especiais:

(...), no se niega la antijuridicidad en general sino solamente en casos puntuales. Tiene, por eso, un significado de *Lex specialis* que se antepone a la *Lex generalis*. La aplicabilidad de esta última se encuentra condicionada a la no existencia de uno de los casos en los cuales se aplica la *Lex specialis*. Solo bajo esta condición, es decir, que este ausente esta circunstancia, es punible la acción. La circunstancia en si puede ser denominada como elemento negativo del hecho (Tatbestand). (FRANK, 2000, p. 50/51)

Assim, pelo que se argumentou, Frank aderiu à teoria dos elementos negativos, que deu origem à segunda vertente da teoria da *ratio essendi*.

Tal como na doutrina de Mezger e de Sauer, no tipo total do injusto (teoria dos elementos negativos do tipo) há a valoração da ilicitude na estrutura típica, obedecendo a perfeita técnica legislativa. Valora-se negativamente a conduta antes de tipificá-la.²²

A diferença fundamental entre as duas vertentes da *ratio essendi* se encontra na divergência sobre a provisoriiedade da valoração de ilicitude contida no tipo.

Como antes afirmado, Mezger e Sauer trabalham com a ideia de regra-exceção. Assim, para esses autores fica mantida a autonomia da ilicitude e existe apenas um seu juízo provisório na tipicidade, que cede diante da constatação de uma causa de

²¹ O tipo de injusto (total) somente existe porque tem carga proibitiva definitiva em seu conteúdo valorativo. Descreve a ilicitude de uma conduta que é ofensiva aos bens jurídicos tutelados.

²² Roxin (1979, p. 274) afirma nesse sentido: “La idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación de lo injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho.”

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

justificação. Nesta hipótese, será excluída a ilicitude da conduta, mantendo-se intacta a figura típica.

Na teoria do tipo total do injusto, há efetiva reunião das duas categorias, como o nome da doutrina indica. Ao lado da descrição da conduta incriminada (tipo legal de crime), existem os seus elementos negativos, que são exatamente a ausência de causas de justificação.

Significa que o “tipo de injusto contém uma parte positiva e outra, negativa” (VARGAS, inédito, p. 44), formando um tipo total, quando contiver todos os elementos necessários para a determinação da ilicitude.

Já se afirmou que há vários usos para a expressão tipo no Direito Penal. Vários autores se firmavam por um tipo geral de delito, que seria a totalidade do conceito do crime, e um tipo penal especial, correspondente à definição estrita do tipo legal. Hirsch, por exemplo, entendia que a doutrina majoritária da época de Merkel usava a expressão tipo penal (constante do art. 59, do StGB) como tipo geral de delito:

la doctrina mayoritaria en esta época, a la cual también pertenecía Adolf Merkel, identificaba el tipo penal en el sentido del § 59 con el concepto del tipo penal usual en dicha época: el “tipo penal global” (Gesamttatbestand). Bajo dicho término se entendía el delito en la totalidad de sus condiciones. (HIRSCH, 2008, p. 21)

Evidentemente, a sistematização da doutrina do tipo total do injusto utiliza a expressão tipo no seu sentido estrito, antes denominada tipo penal especial. É essa estrutura (tipo legal) que se funde à ilicitude. Pode-se afirmar que o fato típico será necessariamente ilícito, “embora nem todo fato ilícito seja típico” (QUEIROZ, 2012, p. 183).²³

A adoção da teoria dos elementos negativos do tipo, ao contrário do que possa parecer, não significa um retrocesso na dogmática penal. Ao se conceber um conceito bipartido de crime, não se está voltando a uma etapa anterior à formulação típica de Beling. Analisar assim é não perceber seus avanços nas discussões dogmáticas inerentes à teoria geral do delito.²⁴

Em momento algum se propõe abdicar da estrutura típica, ou de suas funções.²⁵ Ao contrário, o tipo é fundamental, exercendo função de garantia e de fundamentação da

²³ Como a ilicitude é conceito geral do ordenamento jurídico, podem existir situações de proibições valoradas pelo Direito que não têm os pressupostos mínimos para a tutela penal e, assim, são protegidas apenas em outras áreas do Direito. Como antes já mencionado, são os seguintes pressupostos mínimos: dignidade penal do bem jurídico (juntamente com a verificação da ofensividade da conduta); necessidade da intervenção; e a sua adequação em relação à punição proposta. Nesse sentido, ver: Bianchini (2002).

²⁴ Stratenwerth afirma que não haveria contradição na adoção das teorias tripartidas e bipartidas. A questão se resolveria mais pela conveniência. Em ambas as doutrinas, a parte incriminadora (elementos positivos do tipo) viria com anterioridade. Há sempre a mesma sucessão na análise do delito. Ele prefere a teoria tripartida apenas por maior facilidade de verificação do que seria atípico e do que seria lícito. Não há um maior enfrentamento da questão, sob o ponto de vista axiológico. Assim, ele conclui (STRATENWERTH, 2008, p. 130): “Entonces, es recomendable seguir, al menos terminológicamente, la estructura del delito de tres niveles y contar en el tipo solo las circunstancias de hecho (positivas) que fundamentan el ilícito”.

²⁵ Maurach e Zipf, com concepções nitidamente resistentes à teoria do tipo total, apresentam crítica a essa estrutura bipartida de crime: “El concepto delictivo bipartido no representa un mayor valor, sino una atrofia del tipo ideal de acción, que pierde su función básica de distinción a priori entre un acontecer penalmente relevante y uno irrelevante” (MAURACH; ZIP, 1994, p. 415). Pelo que aqui se sustente, não procede a crítica dos autores.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ilicitude. Trata-se de uma conquista inafastável no Direito Penal. Apenas se propõe pensar um tipo legal que não seja valorativamente neutro, tal com o concebeu Beling, em 1906. Esta crítica, sob prisma teórico diverso, já foi feita por Mayer, Mezger, Sauer, entre outros.

Na teoria do tipo total do injusto, a figura típica alcança a mais completa (e, pensa-se, adequada) valoração de proibição. A ilicitude compõe valorativamente a figura típica desde a sua elaboração legislativa. Aproveita-se, aqui, toda a argumentação feita nesse sentido, por ocasião da definição da primeira vertente da teoria da *ratio essendi*. Todo tipo legal é concebido legislativamente a partir da valoração de ilicitude, que contém a conduta que se visa proibir/ordenar, tutelando os bens jurídico-penais eleitos à proteção.

O legislador apura os valores inclusos nos bens eleitos à proteção, considerando-os negativos ou positivos, e tipifica as condutas conforme critérios político-criminais especificados. Repassa ao tipo legal, assim, o sentido de proibição (ilicitude) captado em momento anterior ao processo legislativo de tipificação (REALE Jr., 2009, p. 134 e ss.)

Ocorre somente que, ao contrário do que sustenta a teoria desenvolvida por Mezger e Sauer, essa valoração não é provisória. Não se pode ter uma conduta ilícita (por ser típica) e lícita (por ter uma causa de justificação) ao mesmo tempo. A fundamentação de ilicitude no tipo legal é definitiva. Por isso a figura típica tem parte positiva (elementos constituintes da conduta e do resultado, além da parte subjetiva do tipo legal) e outra negativa (ausência de excludente de ilicitude). Resumidamente, ao se configurar uma conduta típica, simultaneamente se verifica a sua ilicitude. Não se pode proibir, permitindo.

Sendo assim, qualquer causa que justifique a ação excluirá a parte negativa do tipo, retirando a sua valoração definitiva de proibição. Esta é basicamente a maior diferença em relação à outra vertente da teoria da *ratio essendi*, e que consiste em um considerável avanço dogmático. De acordo com Roxin (1979, p. 276), “solo el tipo total es capaz de realizar sin limitaciones la exigencia de la moderna teoría del tipo, según la cual éste debe ser ratio essendi de la antijuridicidad.”

A perspectiva de fusão das duas categorias típicas faz com que a ilicitude tome especial relevo na teoria do crime. Qualquer adequação típica deve ser feita com atenção à valoração proibitiva determinada pelo caráter ilícito da conduta. A verificação da ilicitude deve ser o primeiro “degrau” na elaboração do injusto penal.²⁶ é a própria essência do crime.

²⁶ “A precedência da ilicitude é hoje um ponto indiscutível. Não só Mezger e Sauer são partidários dessa posição, como, também, Maurach, com o peso de sua autoridade e o detalhe de ser finalista. Primeiro, a ilicitude, para, só depois, haver a tipificação.” (VARGAS, inédito, p. 48.). Realmente, mesmo sendo contra a teoria do tipo total, Maurach e Zipf afirmam nesse sentido (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 345.). Os autores sustentam que primeiro se valora a ilicitude, para depois se promover a tipificação de uma conduta (que já foi considerada proibida pela avaliação precedente). Todavia, autores como Welzel (2001, p. 50 e ss.) ainda colocam a tipicidade como primeiro “degrau valorativo” da teoria do delito.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Assim, é um equívoco avaliar que a teoria do tipo total do injusto reduz ou mesmo elimina a importância da ilicitude na teoria do crime.²⁷ Ao contrário, faz-se com que o tipo seja adequadamente fundamentado por esta categoria (ilicitude).

A figura típica deixa de ser neutra valorativamente, indício ou valoração provisória do caráter proibitivo da conduta. É mais: é a própria manifestação, no Direito Penal, da ilicitude, cercada de garantias da legalidade. Afirmando pela tipicidade de uma conduta, verifica-se que ali não há nenhuma exclusão de sua fundamentação de ilicitude (não há nenhuma causa de justificação). Em resumo, “todos os elementos que, no seu conjunto (positivos ou negativos) são relevantes para a valoração do injusto configuram o Tatbestand” (DERZI, 2007, p. 186).²⁸

Essa valoração encontra sua maior aplicabilidade nos tipos abertos. Para Welzel, ali não existe uma delimitação adequada de valores proibitivos sem o auxílio de uma norma de complementação (jurídica, moral, cultural, etc.). Assim, somente o tipo total pode dar valoração de ilicitude adequada aos tipos que contêm essa característica de abertura.²⁹ Sem a valoração proibitiva no injusto, eles não conseguiriam ser expressão positivada da ilicitude.³⁰

Certo é que a *ratio essendi* da ilicitude não pode conter apenas parte dos elementos da figura típica. A norma que orienta o tipo penal contém uma condicionante: não existir causa de justificativa na conduta praticada contra essa norma.³¹

Apenas por uma comodidade estilística, o legislador não anuncia expressamente, em cada tipo legal elaborado, a totalidade negativa do teor da norma (suas causas de exclusão da ilicitude). Como são causas de justificação para todas as normas que fundamentam os tipos incriminadores, fica muito mais cômodo colocar sua positivação nas partes gerais dos Códigos Penais, de forma a valerem para a totalidade dos tipos legais positivados. Assim descreve Roxin (2008, p. 283): “según esta concepción, (...), las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte especial y se han

²⁷ Não se pode concordar com a crítica de Zaffaroni (2010, p. 145), no sentido de que a teoria dos elementos negativos esvazia a ilicitude. Quanto à importância e conceituação independente da ilicitude, Queiroz (2012, p. 185) fundamenta a posição que aqui se adota: “(...), ao relativizar a autonomia dessas categorias, não se está a confundir os conceitos de tipicidade e antijuridicidade, pois, apesar de interdependentes, não se equivalem.”

²⁸ Deve-se somente fazer uma advertência quanto à obra de Misabel Derzi. Para ela, há uso inadequado da expressão *Tatbestand*, traduzida como *tipo*, entre os penalistas. Do ponto de vista técnico-jurídico, tipo é um conceito classificatório, aberto por natureza. No Direito Penal, ao contrário, devem-se utilizar figuras fechadas, abstratas e determinadas. Precisa-se de uma estrutura abstrata e generalizante, mas ao mesmo tempo específica. Tecnicamente, essa figura deveria ser um conceito, e não tipo classificatório (DERZI, 2007, p. 186.).

²⁹ “En la estructura del sistema del delito, la utilización de tipos abiertos, es decir, valorativamente neutros desde el punto de vista de lo injusto, es imposible, pues ellos chocarían contra la esencia del tipo penal.” (ROXIN, 1979, p. 268.).

³⁰ Maurach e Zipf, mesmo não concordando com a teoria do tipo total, acabam por corroborar essa conclusão: “En relación con el efecto indiciário de ilicitud se distingue con frecuencia entre tipos cerrados y abiertos; el efecto referido sólo sería propio de los primeros, no así de los segundos, los que siempre requerirían de una comprobación positiva de la antijuridicidad. No es posible reconocer semejantes tipos abiertos, ya que los casos que suelen considerarse como tales admiten otras soluciones adecuadas y permiten determinar en forma unitária la relación entre tipo y la antijuridicidad, (...)” (MAURACH; ZIPE, 1994, p. 417.).

³¹ O exemplo sempre citado é o do homicídio (artigo 121 do Código Penal brasileiro). Assim deveria ser interpretada a norma que fundamenta o enunciado do referido crime: é proibido matar alguém, sob ameaça de pena privativa de liberdade, salvo se houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

antepuesto (en la Parte general) solo por razones de técnica legislativa – para no tener que repertirlas en cada precepto penal –; (...)”³².

Contudo, para Derzi (2007, p. 186), uma das consequências mais nítidas da adoção desta teoria “é que uma fluidez vem a se tornar a característica do ‘tipo’ nessa concepção.” A autora entende que a definitiva valoração proibitiva contida no tipo faz com que se perca um pouco da rigidez, da “fixidez” e da neutralidade típica. Em parte, não se concorda com isso.

É incontestável que o tipo legal deixou de ser uma figura neutra, desde a *ratio cognoscendi*. O ápice dessa valoração se verifica, realmente, na doutrina do tipo total do injusto. Todavia, não se pode afirmar pela perda da rigidez do tipo nesta última teoria.

Sobre o tema, Roxin (2008, P. 287) afirma: “entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista de la legalidad, (...)” Para ele, o tipo de injusto seria objeto da estrita aplicação do princípio da legalidade. Já a ilicitude seria assim caracterizada: “lugar de desarrollo y concreción de criterios de superior rango, como juicio provisional de desvalor y como valoración del injusto en el caso concreto, (...)” (ROXIN, 2008, p. 287). Assim, poder-se-ia concluir que o princípio da legalidade não alcançaria a parte negativa do tipo total. Seria este o sentido da anunciada perda de rigidez, apresentada por Misabel Derzi.³³

Contudo, tal rigidez típica deve estar ligada ao princípio constitucional da legalidade, que, frise-se, é fundamental ao ordenamento jurídico-penal. A função de garantia é uma importante conquista da dogmática jurídico-penal e, acredita-se, verifica-se aperfeiçoada também nos tipos totais do injusto.

Portanto, não parecem corretas as reflexões de Misabel Derzi, bem como os argumentos de Roxin. Este último, inclusive, promoveu mudança em seu entendimento, no que se refere ao tipo total. Por isso veio sua crítica. Explica-se.

Roxin, quando publicou a obra sobre os tipos abertos (*Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico), era favorável à teoria do tipo total do injusto.³⁴ Todavia, em obras posteriores, ele já não deixa tão clara sua posição nesse sentido. Ao

³² Maurach e Zipf apresentam crítica que, pensa-se, é infundada. Eles assim sustentam, sobre o tipo total: “conduce a una inversión de las funciones; ya que la tipicidad sólo está presente en el caso de existir una conducta antijurídica, desaparece el efecto indiciario del tipo y la aplicación de una causal de justificación, la que de acuerdo a esta teoría se presenta como un ‘elemento negativo del tipo’, no sólo elimina la ilicitud del hecho, sino también su tipicidad; aquel que obra en legítima defensa no ha matado!” (MAURACH; ZIPEF, 1994, p. 415.). A análise não deve ser feita quanto à conduta (da morte), mas quanto aos elementos de proibição e cognição que fazem essa ação ser proibida e, portanto, típica. Sem razão a crítica, portanto.

³³ Tavares tem um argumento parecido com o de Roxin. Junto ao tipo garantia (com função de reger o princípio da legalidade), deve vir conjugada a ilicitude. Todavia, esta (ilicitude) não deve ser uma exceção formal daquele (tipo), mas apenas uma limitação de seu conteúdo no caso concreto. O tipo, como abstração, teria sua validade retirada no caso concreto pela ilicitude. Mesmo nessa hipótese, a norma de permissão não altera a função de garantia típica. Todavia, interfere no seu conteúdo concreto e na sua validade em relação a determinado fato, que não mais poderá ser censurado, apesar de ser descrição de uma conduta típica. Ele conclui, implicitamente, que o tipo total não é adequado para a manutenção dessa função de garantia do tipo. (TAVARES, 2000, p. 166/167.)

³⁴ Percebe-se isso ao ler suas conclusões, na citada obra: “Las objeciones traídas a consideración contra el tipo total como fundamento de la estructura del delito no son concluyentes. El tipo total resulta, desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferibles a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial. Solo el tipo total es realmente un tipo ‘cerrado’, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto” (ROXIN, 1979, p. 294.).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

contrário, mesmo sem criticar definitivamente a teoria, ele parece adotar a teoria tripartida.³⁵

Ainda na fase em que adotava a teoria do tipo total, Roxin definiu a função das causas de justificação, no contexto da teoria do tipo total do injusto: “es totalmente acertado designar estas circunstancias como ‘elementos limitadores del tipo penal’” (ROXIN, 1979, p. 275). Percebe-se que ele entendia ser possível conciliar, no âmbito do tipo, a função de garantia que exerce o princípio da legalidade, com a função de limitação típica exercida pelas excludentes de ilicitude. São funções típicas diferentes e complementares entre si.

Com sua mudança de posição doutrinária, Roxin afirmou que há diferenças entre o tipo e a ilicitude, no que se refere à legalidade. Contudo, isso não significa que não possam conviver, no tipo, as circunstâncias fundamentadoras do injusto e as causas de justificação.

O princípio da legalidade mantém-se intacto na sua função de somente autorizar a incriminação de condutas através do devido processo legislativo. Mais que isso, os tipos totais são os únicos verdadeiramente fechados em seu conteúdo proibitivo, atendendo integralmente ao referido princípio, formal e materialmente.

Ainda, há a definição dos tipos de garantia junto aos tipos de injusto, “que comprenderían todas aquellas circunstancias a las que hace referencia el principio de legalidad de los delitos y de las penas” (CEREZO MIR, 2007, p. 461). Essa é a posição, por exemplo, de Lang-Hinrichsen, de Engisch e de Schröder. Roxin (2008, p. 277/278) também adota essa classificação, determinando três modalidades de tipo, respectivamente para cada função típica desempenhada: tipo de garantia (com função político-criminal de respeito à legalidade), tipo reitor (com totalidade dos elementos necessários para a punição, e que é denominado tipo geral, por Mezger), e tipo de erro (ou tipo para efeito de erro, que vai separar o erro de tipo do de proibição, definindo o alcance dogmático do dolo na teoria do delito).

Evidentemente, as causas de justificação, mesmo inclusas no tipo total, não podem ser fechadas em uma legalidade que impeça o dinamismo da dogmática jurídico-penal. Por não serem normas que fundamentam ou agravem a punibilidade, tais excludentes de ilicitude (mesmo as de origem supralegais) não se opõem ao princípio da legalidade. Deve sempre haver a possibilidade de existirem causas supralegais de exclusão da ilicitude, cultivando-se um Direito Penal democrático e atencioso às liberdades individuais em um Estado Democrático de Direito.³⁶ Tal conclusão não ofende a rigidez típica. Isso é inegável.

³⁵ “La estructura bipartida del delito también ha encontrado numerosos partidarios en la postguerra y época posterior. Y es que efectivamente, tal estructura no sólo es lógicamente practicable, sino que también tiene en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor: pues desde la perspectiva del tipo como la ratio essendi del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto; (...).

No obstante, hay razones de más peso a favor de mantener el tipo, en sentido del *typus delictivo* (o sea, de los respectivos elementos del injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la verificación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones político-criminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos.” (ROXIN, 2008, p. 285/286.)

³⁶ Toledo tem opinião neste exato sentido: “As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, pois, numa estreita concepção legalista, às hipóteses expressas em lei. Mais correto será dizer-se

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A verificação principiológica da legalidade mantém-se intacta na parte positiva do tipo total do injusto. É isso o que verificar. A única diferença existente é o momento de verificação valorativa da causa de justificação. E isso em nada influencia a atuação do princípio da legalidade. Concluindo, não procede a crítica de Misabel Derzi, ou de de Roxin.

Certo é que não se pode cindir o objeto valorado da sua própria valoração. Assim, não se pode ter sentido apenas provisório de ilicitude no tipo legal. Esta estrutura (tipo legal), para ter pleno sentido valorativo, deve conseguir valorar o objeto que descreve. Tal valoração, definitiva, deve ser positiva e negativa.

Pode-se afirmar que ambas as partes do tipo total do injusto, positiva e negativa, definem o injusto penal e constituem a essência do tipo. Conforme acertadamente afirma Roxin (1979, p. 275), a distinção entre as circunstâncias fundamentadoras do injusto, e as causas que o excluem, é de ordem predominantemente formal. Para o autor, a separação entre o tipo e a ilicitude é mais uma questão estilística. Conclui, afirmando que a valoração definitiva da proibição já se encontra presente na figura típica. Separam-se as duas categorias por questões didáticas de melhor explicitação da decomposição analítica do delito.

Outras críticas existem em relação à teoria do tipo total. Todas superáveis. São questões ligadas mais à forma do que propriamente censuras materiais. Veja-se, por exemplo, o rol de objeções apresentados por Roxin (1979, p. 281 e ss.), que ele mesmo trata de rechaçar: a confusão ao diferenciar valorativamente os elementos do crime na teoria do direito; a subjetivação do injusto; e a incompatibilidade do tipo total com a teoria da culpabilidade. São as principais críticas à doutrina aqui defendida.³⁷

Primeiramente, deve-se analisar se há confusão ao diferenciar valorativamente os elementos do crime na teoria do direito. Vê-se que é questão facilmente superável. A crítica é no sentido de que, ao colocar as causas de justificação na estrutura típica, retirar-se-ia a possibilidade de existirem diferenças valorativas de significação jurídico-penal: toda conduta típica seria necessariamente ilícita. Não haveria diferença entre essas duas categorias.

Welzel afirma, em expressão usualmente repetida pelos diversos autores que tratam do tema, que a teoria do tipo total equipara a morte de um ser humano, ocorrida em legítima defesa, com a morte de um mosquito: “La ocurrencia de la legítima defensa tiene para ella la misma significación que la falta de un carácter del tipo: la acción de matar a un hombre en legítima defensa equivale juridicamente a la de matar a una mosca!” (WELZEL, 2006, p. 92)

O que Welzel afirma, em resumo, é que o tipo total confunde duas categorias jurídicas que deveriam ter funções e valorações diferentes na teoria do direito: tipo e ilicitude. Todavia, é uma crítica meramente de forma. Não há nenhuma agressão à sistematicidade do Direito o fato da proibição constar definitivamente na figura típica. É

que abrangem tais hipóteses, como não poderia deixar de ser, e se estendem igualmente àquelas que derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. (...)” (TOLEDO, 1984, p. 21)

³⁷ Bacigalupo (2002, p. 175) entende que se deve rechaçar o tipo total, entre outros motivos, por causar impunidade dos partícipes que agiram sem erro, no caso do erro quanto às causas de justificação. Isso ocorreria em virtude da teoria da acessoriedade no concurso de pessoas. O autor adota a teoria extremada da culpabilidade.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

somente questão de melhor adequação das categorias, respeitando-se o processo de construção legislativa da tutela penal.

Evidentemente, não têm a mesma valoração ética a morte de um ser humano, em legítima defesa, e a morte de um inseto. As duas condutas esbarram em situações diferenciadas da ilicitude típica. Em um caso, vê-se retirada a proibição da ação (sua ilicitude), em virtude de ofensa injusta de terceiro, autorizadora da reação do agente. Resta presente um elemento negativo do tipo. Na outra situação (morte de um inseto), não há lesão a nenhum valor digno de tutela penal, pelo que resta ausente a ilicitude material que deve anteceder e fundamentar o tipo.³⁸ Apesar de serem questões valorativas diferentes, ambas são resolvidas no tipo penal e, a bem da verdade, nelas não há mesmo ilicitude.³⁹

A segunda crítica apresentada por Roxin liga-se à subjetivação do injusto. Muitas questões que deveriam ser discutidas na culpabilidade se deslocam para o plano da tipicidade. A questão da excludente de ilicitude putativa (legítima defesa putativa, por exemplo) passaria a ser analisada no tipo e não haveria mais distinção entre essa situação e as verdadeiras causas de justificação (LANG-HINRICHSSEN, *apud* ROXIN, 1979, p. 290).

Essa censura é oriunda do finalismo ortodoxo de Welzel, que adotou a teoria extremada da culpabilidade. Todos os erros quanto às descriminantes putativas deveriam ficar na culpabilidade (erro de proibição). Contudo, a crítica não procede. Afirma-se isso em função de o erro impedir a formação do dolo, que está no tipo positivo. Em resumo, se há o erro (descriminante putativa), não há tipo.

Certo é que a teoria extremada da culpabilidade não resolve adequadamente as questões dos erros penalmente relevantes. Tal situação é sanada com a adoção da teoria limitada da culpabilidade e, principalmente, com o tipo total do injusto.

Por fim, tem-se a terceira crítica, rechaçada por Roxin. Haveria incompatibilidade da teoria do tipo total com a teoria da culpabilidade. Lang-Hinrichsen sustenta que a união da valoração do objeto com o objeto da valoração agride a formação do conceito de culpabilidade que pretende exatamente esta separação. Quanto menor a diferença entre tipo e injusto, fica mais difícil separar o conhecimento de cada uma das parcelas. Tal confusão resultaria na menor capacidade de a teoria da culpabilidade resolver o erro no Direito Penal.⁴⁰

Contudo, a adoção da teoria extremada da culpabilidade, tal como faz Lang-Hinrichsen (e Welzel, entre outros), é o que torna complicada a resolução do erro no Direito Penal. Há outra maneira de resolver tal questão, de forma absolutamente

³⁸ Não se aperfeiçoa o tipo material, por falta de ofensa (ou ameaça) a bem jurídico relevante. Além disso, a morte de um inseto não se amolda a nenhuma conduta típica, não sendo aperfeiçoado nenhum tipo objetivo.

³⁹ Pagliaro, igualmente, rechaça esta crítica de Welzel: “È evidente che, dal punto di vista morale e sociale i due fatti sono bem diversi. Ma, la equiparazione, se avviene dal punto di vista del diritto penale, è giustificata in pieno: perché appunto in entrambi gli esempi citati vi è un fatto penalmente lecito” (PAGLIARO, 2007, p. 259.).

⁴⁰ Vargas identifica algo parecido: “a crítica mais freqüente que se faz a essa teoria parece ser a alegação de que a mesma leva a ‘importantes lacunas de punibilidade’” (VARGAS, inédito, p. 47.). Isso porque há a excepcionalidade da punição pela culpa na ordem jurídica (alemã e brasileira, entre outras) e, no caso de erro vencível sobre excludente de ilicitude, poderia haver impunidade caso não houvesse previsão culposa para o delito. Assim, tanto a teoria limitada da culpabilidade, como a teoria do tipo total teriam essa falha insuperável.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

compatível com uma dogmática comprometida com a sistematicidade da teoria do delito. Mais que isso, a questão a ser discutida está no setor do injusto e não afeta a culpabilidade, que é normativa.

Por fim, resta demonstrar quem adere ao tipo total. São adeptos da teoria, ou de alguma variante dela: Eduardo Correia; Engisch, Lang-Hinrichsen, Schröder e Arthur Kaufmann; Gimbernadt, Silva Sánchez, Luzón Peña e Berdugo, Mir Puig, Schunemann, Figueiredo Dias⁴¹, entre outros. No Brasil, adotam a teoria: Vargas, Reale Jr., Queiroz, Cunha Luna, entre outros.

Pode-se destacar, também, a parte da doutrina italiana que adota a teoria bipartida de delito. Mas não há consenso. Algumas correntes (Carrara e Manzini) não determinam expressamente relação entre tipo e ilicitude. Outras (Antolisei, Gallo e Pagliaro) relacionam os dois institutos, determinando uma proximidade considerável com a teoria alemã do tipo total do injusto (as causas de justificação excluem o tipo, dele sendo elementos negativos⁴²).

IV – Nota conclusiva

A neutralidade do conceito de tipo elaborado por Beling não atendia às necessidades valorativas que a dogmática determina ao injusto penal. Um tipo meramente descritivo, que não se relacionava com a ilicitude, não era capaz de estruturar adequadamente essa categoria teórica. Deixava os dois conceitos, do tipo e da ilicitude, absolutamente isolados um do outro.

Por sua vez, a relação meramente indiciária entre tipo e ilicitude, proposta por Mayer, igualmente não oferecia subsídios para a formulação de um conceito típico adequadamente valorado com o conteúdo proibitivo da norma penal. A noção de regra-exceção, utilizada pela teoria da *ratio cognoscendi*, não se adequava ao pretendido conteúdo valorado do tipo legal. As deficiências do conceito meramente indiciário são grandes, especialmente nos tipos abertos. Mais ainda, utilizou-se de um equivocado

⁴¹ Dias (2000, p. 95) deixa em aberto sua posição, após mencionar as duas vertentes da teoria da *ratio essendi*. Ele assim afirma: “qualquer das formas construtivas apontadas poderá, pois, ser aceite, desde que através dela se exprima suficientemente a ideia de que o tipo é só uma emanção concretizada de uma ilicitude que o precede e o fundamenta, (...)”. Todavia, quando o autor escreve sobre o erro acerca das causas de justificação, opina pela exclusão do dolo (p. 435 e ss.). Conclui-se que ele adotou, ao menos implicitamente, a teoria do tipo total.

Outra passagem da obra de Dias é mais esclarecedora: “A conclusão a retirar do que fica dito é a de que, num sistema teleológico-funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autônomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito: tipos incriminadores e tipos justificadores são apenas instrumentos conceituais que servem, hoc sensu, sem autonomia recíproca e de forma dependente, a realização da intencionalidade e da teleologia próprias daquela categoria constitutiva” (DIAS, 2007, p. 270.). Obviamente, o autor adota o sistema teleológico-funcional.

Nesse sentido, concorda Vargas (VARGAS, inédito, p. 51.). Misabel Derzi (2007, p. 189) tem posição diversa, entendendo que Dias separou tipo e ilicitude de forma autônoma, dentro da teoria da *ratio essendi*.

⁴² Segundo Gomes (1999, p. 78): “na Itália, a teoria dos elementos negativos do tipo conta com ampla simpatia, (...); adotam-na Nuvolone, M. Gallo, M. Siniscalco, Maliverni, S. Piacenza, Bosacarelli e Pagliaro, Vannini, Grispigni, Venditti, Spazari, Azzali, Pisani, Dell’Andro e Siracusano.”

Pagliaro afirma expressamente, acerca dos elementos negativos del fatto di reato, que são causas de exclusão do delito: “Essi si hanno tutte le volte che le fattispecie penali richiedono l’assenza di elementi positivi, i quali se fossero presenti, escluderebbero la integrazione del fatto” (PAGLIARO, 2007, p. 255.).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

conceito de antinormatividade, para justificar alguma parcela axiologicamente existente no tipo, sem identificar esse instituto com a proibição determinada pela ilicitude. Esse pretensão antagonismo conceitual entre os dois conceitos (antinormatividade e ilicitude) representa um erro dogmático.

Sem desconhecer os méritos dessas doutrinas, é preciso analisar a relação entre o tipo e a ilicitude de forma diversa. Com a teoria da *ratio essendi*, a definição do injusto penal fica mais adequadamente estruturada, atendendo melhor aos propósitos valorativos.

Dois são as variantes da doutrina da *ratio essendi*. Optou-se pela segunda. A primeira vertente é a denominada teoria do tipo do injusto, sistematizada por Mezger e Sauer. Nela, admite-se o tipo como razão de ser da ilicitude sem o retorno ao conceito bipartido de delito. A segunda corrente teórica a ser apresentada é a do tipo total do injusto, também denominada teoria dos elementos negativos do tipo. Trata-se de uma análise da *ratio essendi* que propõe a união entre tipo e ilicitude, inicialmente concebida por Merkel. Posteriormente, outros autores a sistematizaram (Frank, Radbruch, Baumgarten e Weber, entre outros).

As duas vertentes da teoria da *ratio essendi* têm elementos comuns, por evidente. Todavia, igualmente se afastam em algumas premissas importantes. Por exemplo, divergem na fundamentação da exclusão do delito pelas causas de justificação: exclusão de ilicitude ou da própria tipicidade. A grande diferença é a provisoriedade da proibição no tipo penal.

Pensa-se ser mais interessante a adoção da teoria dos elementos negativos do injusto (tipo total do injusto), por se entender que ela explica melhor o juízo típico da proibição da conduta descrita, que deve ser definitivo.

E, além dos motivos dogmáticos, adota-se a teoria do tipo total também por razões político-criminais. Essa doutrina é capaz de fundamentar uma concepção de intervenção punitiva constitucionalmente orientada à tutela de bens jurídicos.⁴³ Neste ponto, duas indagações precisam ser respondidas: de que forma a teoria da *ratio essendi* se liga a essas questões aqui apresentadas? Tal doutrina não seria apenas uma fase de evolução do conceito de tipo legal de crime?

Respondendo às perguntas formuladas, sustenta-se que a teoria da *ratio essendi* oferece importante argumento para a discussão. Com uma adequada valoração de ilicitude dentro do tipo, consegue-se fundamentar, de maneira coerente, a legitimação constitucional da intervenção penal, orientada à proteção de bens jurídicos.⁴⁴ O legislador, ao elaborar a figura típica, já verificou anteriormente o caráter de ilicitude que a conduta a ser tipificada apresenta. Há prévia verificação axiológica da ofensa, ou do perigo de ofensa, ao bem jurídico.

Se é possível afirmar que o estudo sobre o bem jurídico-penal requer especial atenção da teoria do delito, é igualmente correto sustentar que tal análise passa, inevitavelmente, pelo tipo. A verificação de sua relação com a ilicitude é fundamental para a compreensão dessa função do Direito Penal: proteger bens jurídicos.

⁴³ Somente será legítima a ordem jurídico-penal que maximize a tutela dos direitos fundamentais inscritos na ordem constitucional. É fundamental tal tomada de posição no sistema penal.

⁴⁴ A tutela penal de bens jurídicos deve restar limitada e, o que é mais importante, também fundamentada pela Constituição, conforme entende Roxin (ROXIN, 1981, p. 16.).

V - Referências

- BACIGALUPO, Henrique. *Tipo y error*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. T. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general. 1ª ed. brasileira. São Paulo/Lima: Revista dos Tribunais/Ara Editores, 2007.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. V. I. Reimpressão. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008.
- DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. *Direito penal*; parte geral. T. I. 2. ed. portuguesa, 1. ed. brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 4. ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Direito penal*; parte geral. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. Traducción por Dirk Styma. Supervisión por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1. Traducción de la 7. ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2006.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. I. Nueva edicion, revisada y puesta al dia por José Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- _____. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte general. Traducción de la 6. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1957.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general. 7. ed. 2. reimpresión. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*. Traducción directa del italiano por Diego A. Santillan. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1949.

PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Direito penal*; parte geral. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. *Instituições de direito penal*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. *Culpabilidad, prevención en derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981.

_____. *Derecho penal*; parte general. T. I. 5. reimpresión. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*; parte general I – el hecho punible. 4. ed. alemã/ 1ª ed e 1ª reimpresión argentina. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e suas causas de exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*: parte geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Edição inédita.

VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler y análisis de Carlos M. de Elía. s/ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Traducción por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*; uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Tercera reimpresión. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. *et. al. Direito penal brasileiro – II*, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CRIMINALITÀ E GLOBALIZZAZIONE

Luigi Ferrajoli

Doutor *Honoris Causa*. Professor Emérito de Filosofia do Direito da
Universidade degli Studi Roma Tre, de Roma, Itália. Autor de inúmeras
obras no campo do Direito.

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

Globalizzazione e crisi del diritto penale

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

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

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

C'è poi un secondo e ancor più grave aspetto della crisi: l'impotenza del diritto, cioè la sua incapacità di produrre regole all'altezza delle nuove sfide aperte dalla

globalizzazione. Se dovessi fornire una definizione giuridica della globalizzazione, la definirei infatti come un vuoto di diritto pubblico all'altezza dei nuovi poteri e dei nuovi problemi: come l'assenza di una sfera pubblica internazionale, cioè di un diritto e di un sistema di garanzie e di istituzioni idonee a disciplinare i nuovi poteri sregolati e selvaggi così del mercato come della politica.

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

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

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

La nuova questione criminale

E' innanzitutto cambiata la *questione criminale*. La criminalità che oggi maggiormente attenta a diritti e a beni fondamentali non è più la vecchia criminalità di sussistenza, messa in atto da soggetti individuali, prevalentemente emarginati. La criminalità che oggi minaccia maggiormente i diritti, la democrazia, la pace e lo stesso futuro del nostro pianeta è prima di tutto una criminalità del potere: un fenomeno non più marginale né eccezionale come la criminalità tradizionale bensì inserito nel funzionamento normale della società.¹

Sarebbe utile sviluppare una riflessione teorica e una ricerca empirica, sulla criminalità del potere: analizzarne, scomporne, inventariarne e classificarne le diverse forme, identificarne i tratti comuni e i loro rapporti da un lato con i poteri legali, dall'altro con la criminalità ordinaria. Qui mi limiterò a distinguere tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di *criminalità organizzata*: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei pubblici poteri. Da un lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro

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

lato i crimini del potere, sia economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.

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

La seconda forma di criminalità del potere è quella espressa dai grandi poteri economici transnazionali, che si manifesta nelle varie forme di corruzione, di appropriazione di risorse e di devastazione dell'ambiente. E' questo il tipo di criminalità che rappresenta l'effetto più diretto della globalizzazione. Proprio perché la globalizzazione è essenzialmente un vuoto di diritto pubblico, e specificamente di diritto penale internazionale, essa si manifesta nello sviluppo di poteri sregolati, che hanno nel profitto e nell'accumulazione di potere la loro unica regola. Per questa stessa ragione è sempre incerto il confine tra questo secondo tipo di criminalità e quella dei poteri apertamente criminali di tipo mafioso. Anche questa criminalità, del resto, si fonda sulla valorizzazione, e precisamente nel massimo sfruttamento, di quella stessa povertà che è dalla globalizzazione provocata o comunque accentuata. In assenza di limiti e di regole, infatti, il rapporto tra Stati e mercati si capovolge. Non sono più gli Stati a mettere in

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

³ Ivi, p. 25.

⁴ Ibidem e p. 41-46.

concorrenza le imprese, ma sono le imprese che mettono in concorrenza gli Stati, decidendo di collocare investimenti nei paesi che, per il loro stato di indigenza o per la corruzione delle *élites* dirigenti, sono maggiormente disposti a consentire impunemente devastazioni ambientali, danni alla salute delle popolazioni, sfruttamento dei lavoratori e delle risorse naturali, assenza di diritti e di garanzie in materia di lavoro e di ambiente.

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

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

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

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

La nuova questione penale

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

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

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

Al di fuori di questa conquista, pur di enorme importanza, non si è sviluppato nessun processo neppure tendenziale di globalizzazione del diritto e dei diritti, analogo o comunque all'altezza della globalizzazione del crimine. Si è prodotta, al contrario, un'accentuazione dei tradizionali caratteri irrazionali e classisti del diritto penale. Si è infatti determinato, con la crescita delle disuguaglianze economiche, un aumento della criminalità di strada e insieme un irrigidimento dei caratteri selettivi e antigarantisti della repressione penale, la quale colpisce, forse ancor più duramente che in passato, i ceti più poveri e marginalizzati, come i tossicodipendenti, gli immigrati, i sottoproletari. E' invece cresciuta, per esempio in Italia, dopo la breve stagione di "Mani pulite", l'impunità e comunque la pretesa di impunità della criminalità del potere, come la corruzione e i falsi in bilancio e, per altro verso, la criminalità mafiosa dei poteri criminali.

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

Assistiamo insomma, in tutti i paesi dell'Occidente, a una crisi di sovrapproduzione del diritto penale, anzi del diritto in generale, che sta provocando il collasso della sua capacità regolativa. Le leggi si contano ormai, in tutti questi paesi, in decine di migliaia, tanto che i nostri ordinamenti sono regrediti a causa del caos normativo, della

moltiplicazione delle fonti e della sovrapposizione delle competenze - all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno. E tuttavia, con paradosso apparente, all'inflazione legislativa fa riscontro l'assenza di regole, di limiti e controlli sui grandi poteri economici transnazionali e sui poteri politici che li sorreggono. La globalizzazione, come ho detto, si caratterizza, sul piano giuridico, come un vuoto di diritto pubblico entro cui hanno libero spazio forme di potere neo-assolutistico la cui unica regola è la legge del più forte.

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

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

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

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

Il terreno privilegiato di questa politica congiunturale e demagogica è quello della sicurezza. In tutti i nostri paesi - in Italia come in Brasile - la domanda drogata di sicurezza, alimentata dalla stampa e dalla televisione, sta accentuando le vocazioni

repressive della politica criminale, orientandola unicamente nei confronti della criminalità di sussistenza.

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

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

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

Giacché gli inasprimenti punitivi propagandati annunciati non hanno, come ben sappiamo, nessun effetto deterrente. C'è un principio teorico elementare, suffragato dall'esperienza, in tema di capacità di prevenzione del diritto penale. L'effetto deterrente delle pene e dei suoi inasprimenti è direttamente proporzionale al grado di esigibilità dell'osservanza delle norme violate: massimo per reati come l'omicidio, le violenze alle persone, la corruzione e i delitti del potere, esso è nullo per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati alla tossicodipendenza o all'emarginazione. Tanto quanto è una delinquenza originata dalla povertà, dall'insicurezza delle condizioni di vita o peggio dal bisogno della droga, la delinquenza di strada non è seriamente prevenibile con le pene, che per quanto severe hanno un valore poco più che simbolico. Ovviamente la risposta penale è necessaria, se non altro per evitare, come pure è

accaduto, le vendette private. Ma è illusorio affidare ad essa, anziché a politiche dirette a ridurre le cause della devianza accrescendo la sicurezza sociale, la prevenzione dei reati che attentano alla sicurezza individuale. Al contrario, proprio la sua totale inefficacia ha il solo effetto di accrescere il disagio e la sfiducia nel diritto e nelle istituzioni.

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

Di fronte a questa crisi regressiva del diritto penale è oggi necessaria ed urgente una battaglia politica e culturale su di un programma penale garantista. Un simile programma, che ho chiamato per un *diritto penale minimo*, dovrebbe puntare a restituire il diritto penale alla sua natura di strumento costoso, quale *extrema ratio*, e per altro verso al suo ruolo di legge del più debole finalizzata alla minimizzazione della violenza e alla tutela di beni fondamentali. In questa prospettiva mi pare si possano formulare, sommariamente, tre ordini di indicazioni.

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

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

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

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

"disordinati".

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

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

4.3 Il terzo ordine di indicazioni riguarda il processo e, specificamente, la sua deontologia. Il diritto penale è sempre stato viziato, in contrasto con il suo modello

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

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

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

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

⁶ FRANCO, A. Silva. "O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização". In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Comps.). *LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO*. BUENOS AIRES: EDITORIAL UNIVERSIDAD, 2001. P. 99-111.

PUNIÇÃO DOS CRIMES DA DITADURA: SÓ “PARA INGLÊS VER”?

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri.
Mestre em Direito Penal pela USP. Jurista e cientista criminal.
Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Foi Promotor de
Justiça, Juiz de Direito e Advogado.

01. O Brasil é, reconhecidamente (69º lugar, com a ridícula nota 43, no Índice de Percepção da Corrupção de 2014, da Transparência Internacional), um dos paraísos mundiais da *cleptocracia* (Estado governado – também - por ladrões: que o digam casos rumorosos como Petrobra\$, metrô\$P etc.). A cada dia, de outro lado, também se nota que é um dos paraísos mundiais da impunidade, da tortura, do extermínio e da violência (que compõem a *genocidiocracia*: Estado governado pela violação massiva dos direitos fundamentais praticada por poderes autoritários e opressivos). Depois de dois anos e sete meses de trabalho, incontáveis crises internas e forte resistência das Forças Armadas, precisamente no dia em que a histórica Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10/12/1948) estava completando 66 anos, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) revelou seu balanço final dos seus trabalhos, que culminaram numa lista de mais de 300 agentes do Estado acusados de crimes contra a humanidade, cometidos no tempo da ditadura (1964-1985), hoje apoiada por 12% dos brasileiros, segundo o Datafolha.

02. Há um aspecto muito relevante nessa polêmica (até aqui bastante negligenciado frente à opinião pública) que vai muito além das esferas jurídica, ideológica e política, para ingressar de cheio no plano moral. Se uma pessoa assina livremente um contrato, abrindo mão da sua autonomia, tem o dever moral e jurídico de cumpri-lo? A resposta é, evidentemente, sim (é isso que ensinamos aos nossos filhos). Pois bem: o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana em 1998 (no governo FHC). Com isso, abriu mão de parte de sua soberania. Agora, curialmente, é obrigado a cumprir as suas decisões. A Corte julgou inválida a Lei brasileira de Anistia (de 1979) e mandou o Brasil investigar os crimes da ditadura. Ele tem ou não tem a obrigação moral e jurídica de cumprir a decisão da Corte? Apesar das divergências, parece muito evidente que a resposta, no plano moral e jurídico, é positiva. O não cumprimento dos tratados e acordos internacionais subscritos e aprovados pelo Parlamento brasileiro rebaixa a reputação do país, transformando-o na visão externa em “republiqueta” (que não leva a sério seus compromissos assumidos livremente).

03. O não cumprimento das obrigações internacionais pelo Brasil ratifica sua fama mundial de *genocidiocracia de terceiro mundo*, fama essa que nasceu logo após 23/11/1826, quando nosso Império assinou uma Convenção com a Grã-Bretanha para promover a abolição do tráfico de escravos. Por força dessa avença bilateral o comércio interatlântico de escravos seria ilegal no prazo de três anos. Mas nada disso foi cumprido pelo Brasil (como narram os historiadores), que apenas por volta de 1850 começou a reduzir o comércio de escravos. A demora em cumprir o combinado com os ingleses deveu-se não só aos interesses econômicos ruralistas dos fazendeiros, senão também ao fato de que quase todas as casas urbanas de classe média tinha seus escravos

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para os afazeres domésticos (veja J. M. de Carvalho, *Cidadania no Brasil*). O escravagismo (embora abolido em 1888), impregnou a alma do brasileiro e isso tem tudo a ver com nossa atual genocidiocracia. As autoridades brasileiras, assim, quando assinaram a convenção bilateral com a Grã-Bretanha apenas fingiu que cedia às suas pressões, ou seja, tomaram providências meramente aparentes para combater o abominável tráfico. Foi, na verdade, mais um engodo praticado pelo Brasil, apenas “para inglês ver”. O Brasil, como sétima potência econômica, não pode continuar sendo uma “república” no plano internacional.

04. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Julia Gomes Lund e outros” (caso “Guerrilha do Araguaia”), em absoluto respeito aos direitos das vítimas e seus familiares, decidiu (sentença de 24.11.10, publicada em 14.12.10) que os crimes contra a humanidade (mortes, torturas, desaparecimentos), cometidos pelos agentes do Estado, durante a ditadura militar brasileira (1964-1985), devem ser devidamente investigados, processados e, se o caso, punidos (¹). A Corte seguiu sua jurisprudência já fixada em relação à Argentina, Chile, Peru etc. (casos *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano e Goiburú*, dentre outros). O processo foi provocado por três ONGs brasileiras (Centro Pela Justiça e o Direito Internacional, Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo).

05. Sobre a lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79) a Corte decidiu que ela não possui nenhum valor jurídico para impedir doravante a apuração dos referidos crimes cometidos pelos agentes do Estado (ditadores ou por quem agiu em nome da ditadura). Sublinhou que esses são os únicos crimes impunes, porque os cometidos pelos contestadores do regime foram devidamente sancionados (há casos de mais de dez anos de encarceramento efetivo).

A lei de anistia brasileira é inconvenção?

06. Sim. A Lei de Anistia brasileira, embora recebida pela Constituição de 1988 (de acordo com a visão do STF), é inconvenção (por violar as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil) e inválida (por contrariar frontalmente o *jus cogens* internacional). Nem tudo que o STF diz ter sido recebido pela Constituição de 1988 é compatível com os tratados em vigor no Brasil e detém validade. A prisão civil do depositário infiel, por exemplo, foi declarada inválida pelo STF justamente tendo em conta os tratados de direitos humanos por nós ratificados, que segundo o próprio STF guardam na ordem jurídica brasileira nível superior às leis (RE 466.343-SP).

07. As leis brasileiras estão sujeitas a dois tipos de controle vertical: (a) de constitucionalidade e (b) de convencionalidade. Nem tudo que é recebido pela Constituição é convencional e válido, porque agora as leis devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais. Uma lei pode ser constitucional, mas inconvenção (sobre a inconvenção Valério Mazzuoli, no Brasil, é de leitura obrigatória). Tanto no caso de inconstitucionalidade como na hipótese de inconvenção, a lei não vale. É preciso que os operadores jurídicos brasileiros se familiarizem com os controles de constitucionalidade e de convencionalidade.

¹. V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A decisão da CIDH afeta a soberania brasileira?

08. Não. Todos os países, ao firmarem um tratado internacional, perdem parte da sua soberania externa (consoante lição do jurista italiano Luigi Ferrajoli). O conceito de soberania está reduzindo o seu valor. Foi útil, no princípio do século XX, para que os Estados adotassem suas políticas autoritárias (guerras, fascismo, nazismo, Estado Novo etc.). Hoje o mundo (de um modo geral) está se voltando para os interesses internacionais.

É válida a lei quando ela contraria as ordens jurídicas superiores?

09. Não. Toda iniciativa legislativa hoje, precisamente porque se acha no plano ordinário, só tem valor jurídico quando compatível com as ordens jurídicas superiores: constitucional, internacional e universal. Foi decretado o fim do dogmatismo do legislador. O tempo do legalismo puro (tudo se resolvia com o texto puro da lei) está ultrapassado.

A Justiça brasileira é obrigada a acatar as decisões da CIDH?

10. As decisões da Corte Interamericana vinculam sim o país, vinculam obviamente o Brasil. Se a Justiça brasileira faz parte do Estado, ela também está obrigada a respeitar tais decisões. Também ela está vinculada, sob pena de novas violações à Convenção Americana. Todos estamos convidados a refletir sobre a nova cultura jurídica que está se formando (se queremos que o Brasil seja um país dos tempos atuais).

11. A Lei de Anistia resultou de um pacto “imposto” pelo Governo militar da época. Isso significa, na visão da Corte, uma autoanistia. Toda autoanistia é inválida (isso já ocorreu com Argentina, Chile, Peru etc.), consoante a decisão da CIDH. As leis de autoanistia não contribuem para a construção de uma sólida democracia, ao contrário, denegam sua existência.

A lei de anistia continua valendo?

12. Sim, na sua parte válida (na sua parte que beneficia todos aqueles que não atuaram em nome do Estado para a preservação do regime autoritário e que foram devidamente processados e punidos pela ditadura). Não, na sua parte inválida e inconvençãoal, que diz respeito aos agentes do Estado que praticaram torturas, mortes e desaparecimentos (ou seja: crimes contra a humanidade). Nesse ponto, a lei de anistia passou a ser um “nada jurídico” (conforme a decisão da CIDH), mesmo porque, contrariamente dos contestadores do regime, eles não foram punidos pelos seus atos.

O cumprimento da decisão da CIDH aprofunda a nossa noção de democracia?

13. Sim. Bem sublinhou Felipe González (O Estado de S. Paulo de 19.12.10., p. A8), ex-presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (sediada em Washington): “O Brasil daria um magnífico exemplo e fortaleceria sua imagem se acatasse [prontamente] as determinações [da CIDH]. Do ponto de vista interno, não se trata apenas de um confronto com o passado. O cumprimento da sentença fortaleceria a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

democracia, mostrando que não existem cidadãos de primeira e de segunda categoria e que todos os crimes, não importa quem pratique, são investigados e os culpados, punidos”. O Brasil tem que cumprir a decisão da Corte, sob pena de desprestígio internacional. Justamente agora que o Brasil vem tendo certo reconhecimento mundial em termos econômicos, seria estarrecedor ostentar atraso na cultura jurídica internacional.

Como devem ser tratadas as leis de anistia (autoanistia) dos crimes contra a humanidade?

14. É dentro de todo esse quadro teórico (desenhado até aqui) que deve ser discutida a validade das já citadas “leis de anistia” (ou autoanistia), notadamente no contexto brasileiro. Para nós, está correta a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (sustentada na sentença de 24.11.10, caso Araguaia) de que as leis de anistia (no Brasil, trata-se da Lei n.º 6.683/79) são inválidas (não obstante vigentes) em relação aos atos desumanos, generalizados ou sistemáticos, praticados contra a população civil, durante a ditadura militar, pelos agentes públicos ou pessoas que promoveram a arbitrária política do Estado ditatorial, com conhecimento desses agentes ⁽²⁾.

A lei de anistia brasileira foi fruto de uma “conciliação nacional”?

15. A CIDH não acolheu esse argumento. Em relação à lei de anistia brasileira, que abrange os crimes cometidos no país de 1961 a 1979, assim leciona Flávia Piovesan:

“(…) há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de ‘duas mãos’, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão ‘crimes conexos’ constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexidade entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não àqueles; perdoou às vítimas e não aos que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição” ⁽³⁾.

Por que não valem as leis de anistia (autoanistia)?

16. Como já referido, os crimes contra a humanidade (como é, v.g., o crime de tortura durante o período ditatorial), assim como os crimes de genocídio e contra a paz não podem ser considerados como crimes comuns (ou políticos), sendo por isso insuscetíveis de *anistia* ou de *prescrição*, tal como já decidido pelas instâncias internacionais de direitos humanos. As leis de anistia (ou autoanistia) são, portanto, leis

² No sentido de que essas leis de anistia (ou autoanistia) não possuem valor em relação aos agentes dos crimes contra a humanidade, veja-se: a) Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (art. 10); b) Comitê de Direitos Humanos da ONU (relatório de 2007); c) Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Caso Barrios Altos*, *Caso Almonacid Arellano*, *Caso Goiburú* etc. V., por tudo, *Parecer técnico* do Presidente do Centro Internacional para a Justiça de Transição, in *Memória e verdade...*, cit., p. 400 e ss.

³ PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n.º 4, Porto Alegre: FMP, 2009, p. 117.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que por perpetuarem a impunidade e impedirem as vítimas de conhecer a verdade e receber a devida reparação, são leis que não contam com qualquer validade jurídica ⁽⁴⁾. Para além de violarem os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, as leis de anistia violam também as normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), que contam com valor supraconstitucional.

A condenação da CIDH

17. A Corte Interamericana condenou o Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 62 pessoas, incluindo-se dentre elas membros do PCdoB e camponeses da região. Pelo que consta da sentença contra o Brasil, as operações arbitrárias do Exército brasileiro foram empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a chamada “Guerrilha do Araguaia”. Ressalte-se que dos 62 desaparecidos no Araguaia (há quem fale num número maior), só foram encontrados quatro corpos, todos graças à ação de parentes. Entendeu a Corte que o Brasil não empreendeu as ações necessárias para investigar, julgar e condenar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 62 vítimas e pela execução extrajudicial da Sra. Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados em 14 de maio de 1996. Entendeu ainda a Corte que os recursos judiciais dos familiares das vítimas, com o objetivo a obter informação sobre os fatos, não foram efetivos para garantir-lhes o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia, além do que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo governo brasileiro (v.g., a promulgação da lei de anistia) restringiram indevidamente o direito de acesso à informação desses familiares ⁽⁵⁾.

18. As disposições da lei de anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos “são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos” e não podem “continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” ⁽⁶⁾.

Obrigações do Brasil decorrentes da condenação internacional

19. Doravante o Brasil terá que eliminar todos os obstáculos jurídicos (como a lei de anistia) que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à Justiça. Não se pode subtrair de nenhum povo o direito à memória e à justiça. Essa é a principal lição da decisão da Corte Interamericana que deve ser vista como legado humanista para as futuras gerações. Deve o Estado brasileiro “conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e

⁴ Cf. PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 118-119.

⁵ V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 2.

⁶ V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 174.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

consequências que a lei disponha”⁽⁷⁾, além de “um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, referindo-se às violações estabelecidas na presente Sentença”⁽⁸⁾.

20. Outra determinação (contra o Brasil) é a necessidade de implementar em prazo razoável “um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas”⁽⁹⁾. O Brasil sequer poderia cogitar da possibilidade de não cumprir as decisões da CIDH. Poderia sofrer sanções internacionais e ser excluído da OEA. O não cumprimento pelo Estado brasileiro da sentença da Corte Interamericana acarreta nova responsabilidade internacional ao país, a ensejar nova ação internacional na mesma Corte e nova condenação, e assim por diante. A posição de vários Ministros do STF no sentido de que o Brasil poderia deixar de cumprir as decisões da CIDH é totalmente equivocada. O STF nada mais pode fazer. As decisões da Corte devem ser cumpridas pelo Brasil necessariamente.

O STF já não tem a última palavra em matéria de direitos humanos

21. O STF, mantendo a tradição autoritária da nossa história, em abril de 2010 validou a citada lei de anistia (7 votos contra 2), impedindo dessa maneira o reconhecimento dos direitos dos familiares dos mortos, torturados e desaparecidos, ou seja, a apuração e o processamento desses crimes contra a humanidade. Ocorre que na era do direito globalizado e universalizado (direito pós-moderno) as decisões do STF, em matéria de direitos humanos, já não significam a última palavra. Acima do Judiciário brasileiro está o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é composto de dois órgãos: Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos. A primeira está sediada em Washington, enquanto a segunda está na Costa Rica.

22. Quando nossos direitos, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, não são amparados pela Justiça brasileira, temos possibilidade de recorrer à Comissão Interamericana, que passa a ser uma espécie de “5ª instância”. Todas as violações de direitos humanos não amparadas pelo Judiciário brasileiro podem (e devem) ser levadas ao conhecimento da citada Comissão, que resolve o assunto (tal como fez no caso Maria da Penha) ou o encaminha para a Corte (assim foi feito no Caso Araguaia).

23. Sob o aspecto jurídico a decisão da Corte Interamericana demonstra que as decisões do STF já não são definitivas, quando em jogo está um direito previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, ratificado pelo Brasil em 1992 sem qualquer reserva).

⁷. V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 256.

⁸. V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 277.

⁹. V. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 283.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Louvor aos votos vencidos de Lewandowski e Ayres Britto

24. Quando o STF validou a lei de anistia brasileira, dois foram os votos vencidos: Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Foram os dois únicos a compreender (na ocasião) a atual dimensão da proteção dos direitos humanos, que não é mais só doméstica. Em matéria de direitos humanos a última palavra é da Comissão ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os dois Ministros citados foram os únicos que admitiram que a clássica jurisprudência da Corte não iria secundar a lei de anistia brasileira.

Do “domestic affair” ao “international concern”

25. Do sistema do “domestic affair” (a tutela dos nossos direitos compete exclusivamente aos juízes nacionais) passamos para o sistema do “international concern” (se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, isso pode ser feito pelos juízes internacionais). Os juízes internos fiscalizam o produto legislativo do Congresso Nacional. Se eles não amparam os direitos das pessoas, compete aos juízes internacionais cumprir esse papel.

Finalmente, o “acerto de contas” (a Justiça de transição)

26. O “acerto de contas” (como dizem alguns) relacionado com os crimes cometidos durante o período da ditadura militar finalmente tornou-se possível. O STF, majoritariamente e autoritariamente, tinha fechado as portas para a Justiça de Transição (Justiça do “acerto de contas”, Justiça transicional). Mas suas decisões já não são absolutas (quando há flagrante violação dos direitos humanos das vítimas).

Respeito aos direitos humanos das vítimas

27. Falar de violação de direitos humanos das vítimas (ou de seus familiares) num país tradicionalmente autoritário e antidemocrático pode parecer assunto fora de moda. Mas não nos resta outra alternativa, se queremos denunciar uma vez mais essa tradicional simbiose entre o autoritarismo (militar ou não militar) e amplos setores do Poder Judiciário. Não se pode esquecer que o Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1937, durante o Estado Novo, que aceitava a presunção de culpabilidade do agente, salvo prova em sentido contrário, constituía expressão exuberante dessa convivência institucional.

28. O nazismo e o fascismo, na Alemanha e na Itália, tanto quanto os regimes autoritários no Brasil, nunca prescindiram da convivência de alguns setores do Poder Judiciário. Nisso reside a chamada “judicialização do autoritarismo” (ou da repressão), que voltou a se manifestar não na edição da lei de anistia (lei de autoanistia, na verdade), senão na decisão do STF que ignorou completamente a jurisprudência da CIDH.

Fim da “legalidade autoritária”

29. A “legalidade autoritária” tradicional no Brasil (consoante lição de Anthony Pereira), que é fruto de uma ancestral convivência (explícita ou implícita) entre o Poder

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Político (Legislativo e Executivo) e alguns setores do Poder Judiciário, acaba de se desmoronar (em relação aos crimes da ditadura). O Poder Político brasileiro, para acobertar tais crimes, aprovou em 1979 uma lei que foi considerada (pela Corte) como uma verdadeira autoanistia. Foi feito uso indevido do Estado de Direito.

30. O legislador também se equivoca. Sua palavra é somente a primeira, sobre a construção do direito. Nem tudo que ele aprova vale. Lei vigente não se confunde com lei válida. A vontade última do direito não é do legislador, sim, dos juízes. O século XXI é o século dos juízes (assim como o XIX foi do legislador e o XX foi do Executivo). Os juízes máximos dentro do país são os do STF. Quando, no entanto, se trata de matéria de direitos humanos, os juízes supremos são os do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

31. Recomendo a leitura da sentença da CIDH, especialmente os parágrafos 147 a 182. Que não continue sendo uma realidade a profunda decepção de Simon Bolívar com a ausência do império da lei no nosso continente. Esse fenômeno levou-o a proclamar o seguinte (citado por Huntington, em *A ordem política nas sociedades em mudança*): “[Na América Latina] os tratados são papéis [quem olha a jurisprudência do STF na questão da anistia sabe muito bem do que Bolívar falava; o STF ignorou completamente o direito internacional], as constituições não passam de livros [as violações dos direitos fundamentais rasgam impune e diariamente nossa constituição], as eleições são batalhas [não só políticas, sim, sobretudo, econômicas, levadas a cabo pelos financiadores das campanhas eleitorais, que dessa forma compram o mandato do político], a liberdade é anarquia [pelo menos assim veem alguns grupos nada comprometidos com a democracia] e a vida um tormento [essa é uma excelente síntese para exprimir os protestos de junho/13. A única coisa que se pode fazer na América (agregava Bolívar) é emigrar [isso era mais confortável no tempo de Bolívar, quando não havia um planeta inteiramente contaminado pelas injustiças geradas pela globalização, que conseguiu agradar alguns e desagradar e desandar a vida de metade da população mundial].

REFLEXIONES SOBRE LA "VICTIMODOGMÁTICA" EN LA TEORÍA DEL DELITO

Manuel Cancio Meliá

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Presupuestos y planteamiento - 2. Dogmática y victimodogmática

1. Presupuestos y planteamiento

Es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima", ¹en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual, ²o, dicho de otro modo, el proceso de publicación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización. ³Con independencia de que esa imagen -la de una "edad de oro" originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado- sea correcta en términos histórico-sociológicos, ⁴parece que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima, ⁵incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito." ⁶En este contexto, sin embargo -y en el marco de una evolución mucho más amplia-, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en

¹ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª edición, München, 1990, p. 70.

² Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, p. 225 y s.; vid. sobre esto también Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, p. 184 y ss.

³ Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 2.ª edición, Padova, 1988, p. 233.

⁴ Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, Mawby/Walklate, *Critical Victimology. International Perspectives*, London etc., 1994, p. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista -la teoría de la prevención general positiva-, establece un diagnóstico similar Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 10 y ss.

⁵ Torío López, en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 716 y s.

⁶ Eser, en: Ulrich Immenga et al. (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, p. 1.020.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal -respecto de la cual Maier dice que existe una verdadera "nueva ola" en relación con la figura de la víctima⁷-, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente "descuidadas" con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

En el contexto de esta última cuestión -la relevancia de la conducta de la víctima para la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor-, la figura de la víctima constituye el objeto de preocupación de diversas construcciones dogmáticas que últimamente se agrupan bajo el rótulo de "victimodogmática". Estas aproximaciones ocupan una posición especial en comparación con otras aportaciones doctrinales,⁸ y ello por varios motivos: en primer lugar, como se verá, más que de una formulación dogmática concreta para el problema de la intervención de la víctima, se trata de una tendencia, de una aproximación, de un modo de ver la figura de la víctima. En segundo lugar, esta configuración más bien difusa y amplia de las posturas victimodogmáticas viene motivada, sobre todo, por el hecho de que éstas constituyen una reacción dentro de la dogmática a una evolución iniciada en otras disciplinas distintas de la ciencia del Derecho. Y, en tercer lugar, este carácter en cierto modo difuso de la victimodogmática -que, por otra parte, aún se halla en sus inicios- es el que probablemente también constituye la razón por la que el debate sobre estas aportaciones en gran medida se ha realizado con argumentaciones más cercanas a las reflexiones de política criminal que a la discusión dogmática. En todo caso, las especiales características de la victimodogmática aconsejan seguir un método de exposición en el que se intenten esbozar los rasgos esenciales del panorama en el que surge la victimodogmática antes de abordar sus propuestas dogmáticas.

1.1 Victimología y victimodogmática

1.1.1 Victimología y sistema penal

En la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española se hace referencia al conflicto de intereses subyacente al hecho penal: "En materia penal

⁷ En: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 183.

⁸ Como pueden ser las soluciones basadas en el consentimiento de la víctima, en la distinción entre participación en una "autopuesta en peligro" impune y "heteropuesta en peligro" punible, en determinadas reformulaciones de la teoría de la causalidad ("interrupción del nexo causal", "concurrency de culpas"); vid. sobre estas aproximaciones sólo Walther, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Freiburg im Breisgau, 1991, p. 7 y ss.; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992, p. 30 y ss., y próximamente Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en prensa, §§ 4 a 7.

siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse". Salta a la vista que esta concepción de lo penal deja de tomar en consideración a otro interviniente: a la persona física que es "sujeto pasivo" del delito y que suele denominarse "víctima". Ello, como es sabido, es expresión de un sistema de control social, el penal, que en el Estado moderno compete en exclusiva al Estado, superando así la venganza privada, reduciendo la importancia del papel de la víctima.⁹ En coherencia con esto, también la ciencia dedicada al estudio empírico del fenómeno penal, la criminología, centró tradicionalmente su atención en la persona que realiza el comportamiento desviado, en el autor.¹⁰

Sin embargo, como acaba de decirse, viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica -y también en cierta medida, y en parte como consecuencia de ésta, legislativa- mediante la cual desde la perspectiva de la *criminología* tiene lugar un "redescubrimiento" de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada "victimología"¹¹ que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos desviados y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos¹². Como se verá, el complejo "entorno" político-criminal tanto de la

⁹ Como ya se ha dicho, es ésta una afirmación que ha llegado a ser un lugar común en la bibliografía. Vid. sólo las reflexiones de García-Pablos de Molina, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3.ª edición, Valencia, 1996, p. 38 y ss. y Silva Sánchez, en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 13 y s. En la ciencia penal, esta evolución es descrita ya desde hace tiempo. Cf., por ejemplo, en este sentido ya la interesante exposición de Kleinfeller (en: *Münchener Festgabe für Karl von Birkmeyer zum 27. Juni 1917*, Aalen, 1992 [reimpresión de las contribuciones aparecidas en GA 63 a 65 (1917/1918)], p. 131 y ss.), en la que muestra sobre la base del ejemplo de diversos ordenamientos de la Antigüedad y de la Edad Media la disminución de elementos de venganza, con la correspondiente pérdida de relevancia del comportamiento de la víctima en el sistema penal.

¹⁰ Cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, p. 76; idem, *Criminología*3(n. 9), p. 39, 40.

¹¹ Cf. por todos las exposiciones de carácter general de Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers*.

Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie, München, 1986, p. 56 y ss., 207 y ss.;

García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 76 y ss.; idem, *Criminología*3(n. 9), p. 38 y ss.;

Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, México, 1988, p. 14 y ss.; Kaiser, *Kriminologie*.

Eine Einführung in die Grundlagen, 9.ª edición, Heidelberg, 1993, p. 309 y ss., 630 y ss.; Bustos

Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona,

1993, p. 9 y ss.; Larrauri Pijoan, en: op. cit., p. 78 y ss. Sobre la evolución de la victimología, vid. sólo

García-Pablos de Molina, *Criminología*3(n. 9), p. 40 y ss.; Schüler-Springorum, en: *Festschrift für Richard M.*

Honig, Göttingen, 1970, p. 202 y ss.; Schneider, Jura 1988, p. 635 y s.; idem, *Einführung in die Kriminologie*,

3.ª edición, Berlin - New York, 1993, p. 304 y ss.; Rodríguez Manzanera, *Victimología*, p. 9 y ss.; Fattah, en:

idem (ed.), *Towards a Critical Victimology*, New York, 1992, p. 29 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical*

Victimology (n. 4), p. 8 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y*

crítica de las nuevas tendencias político-criminales, Barcelona, 1994, p. 116 y ss.; Herrera Moreno, CPC

(LGL1973/5) 1995, p. 489 y ss.

¹² En este sentido, por ejemplo, Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 14 y s., quien llega a la conclusión que las causas han de encontrarse en un cambio en el "clima político-criminal"; también advierte razones de política criminal Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.; García-Pablos de Molina (*Manual de criminología* [n. 10], p. 79 y s.), en cambio, parece atribuir el surgimiento de la victimología a los impulsos producidos en la evolución científica de la propia criminología; en sentido similar, Zipf (MSchrKrim 53 [1970], p. 1), para quien la victimología sólo pudo surgir una vez que la criminología hubo dado el paso desde la biología criminal a la sociología criminal.

victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión dogmática¹³. En todo caso, hay que resaltar ya en este momento que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la víctima en el proceso similares a la acción penal del perjudicado que el ordenamiento español sí reconoce.¹⁴ Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medidas de atención a la víctima, y, especialmente, en el establecimiento de mecanismos de reparación.¹⁵ Sin embargo, ya desde el inicio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la víctima como factor determinante de su (co)rresponsabilidad en lo sucedido.¹⁶

1.1.2 Victimodogmática

En relación con la evolución aludida, también se advierte una mayor preocupación por la figura del sujeto que resulta lesionado por el comportamiento delictivo dentro de la dogmática jurídico-penal en sentido estricto.¹⁷ Estas aportaciones dogmáticas al problema de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de *victimodogmática*.¹⁸ La cuestión central que ocupa a las aproximaciones victimodogmáticas es la de determinar en qué

¹³ Cf. a continuación *infra* I. B.

¹⁴ A través de la acusación particular, art. 101 en relación con arts. 109 y 783 LECrim.

¹⁵ Se trata de las consecuencias, como es lógico, de una victimología especialmente orientada a fortalecer los derechos de la víctima (Larrauri Pijoan [en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79] denomina esta tendencia "nueva" victimología). Estas consecuencias se están concretando en intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso, en el establecimiento de medidas de compensación, etc. (cf. sólo la información sobre la cuestión en varios países recopilada por Schneider, CPC (LGL\1973\5) 1988, p. 359 y ss., 375 y s. y por Bueno Arús, AP 1990 [n. 27], p. 297 y ss., 302 y ss.). En lo que se refiere a las medidas de reparación, en los tiempos más recientes viene desarrollándose una discusión que ha trascendido del ámbito de las medidas legislativas más bien colaterales acabadas de mencionar y en la que se plantea la posible inclusión de la reparación como elemento autónomo en el ordenamiento penal; cf. sobre esto últimamente, por todos, Hirsch, ZStW 102 (1990), p. 534 y ss.; Roxin, en: Gunther Arzt *et al.* (ed.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 243 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 198 y ss., 201 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), *passim*; Schild, en: Ellen Schlüchter (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, p. 157 y ss.; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edición, Madrid, 1996, p. 251 y ss.; Gracia Martín, en: idem (coord.)/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia, 1996, p. 40 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

¹⁶ Cf. de momento sólo las exposiciones de Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 389 y ss., y Schneider, CPC (LGL\1973\5) 1988, p. 373 y s.

¹⁷ Probablemente el primer estudio con componentes dogmáticos en esta dirección sea el de Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 171 y ss., 184 y ss.; cf., sin embargo, ya el poco conocido trabajo de Kleinfeller, FG Birkmeyer (n. 9), p. 131 y ss., 190 y s., a favor de la creación de un criterio general de medición de la pena en atención a la incitación a la comisión del hecho por parte de la víctima.

¹⁸ Los estudios "victimodogmáticos" vienen elaborándose sobre todo en los países de lengua alemana. En cuanto a la situación en España, tiene razón Silva Sánchez al afirmar (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología*, San Sebastián, 1990, p. 197) que "...no ha tenido lugar una discusión general, global" sobre la problemática, con la excepción notable, sobre todo, de los trabajos del propio Silva Sánchez.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

medida la "corresponsabilidad" de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.¹⁹

En el contexto de este estudio, cabe destacar de modo preliminar -junto a la vinculación, en mayor o menor medida, de las aproximaciones "victimodogmáticas" a los estudios criminológicos o victimológicos²⁰- como elementos característicos de este grupo de elaboraciones doctrinales dos rasgos externos comunes:

en primer lugar, se trata de aproximaciones que en comparación con otras posturas dogmáticas tienen un carácter más específico respecto del problema a tratar. Es decir, se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de la posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. En este sentido, se ha dicho con razón que la discusión "victimodogmática" no puede ser entendida como un mero desarrollo de los elementos legales de toma en consideración de la víctima que existían con anterioridad,²¹ sino que constituyen una nueva fase, o, al menos, significan la adopción de una nueva perspectiva en la discusión doctrinal.

En segundo lugar, se trata de posturas que se enmarcan -a diferencia de lo que sucede con otras aproximaciones, generadas dentro de la discusión específica de la dogmática jurídico-penal- en un fenómeno cuya amplitud excede con mucho del campo de la dogmática de la Parte General del Derecho penal material: se refiere también a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos, a la concepción del proceso penal. Sobre la amplitud del fenómeno ha dicho Schünemann que el hecho de que la víctima esté "de moda" en tan variados campos es el "fenómeno más extraordinariamente sorprendente en la evolución de la discusión científica y de política legislativa relativa al comportamiento desviado en los últimos 15 años".²²

1.1.3 Proceso penal

Ha de decirse de entrada que la evolución en el campo del Derecho penal material, por un lado, y en el del Derecho penal procesal,²³ por otro, parece discurrir por

¹⁹ Así Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrehenslehre*, 2.ª edición, München, 1994, 14/15.

²⁰ También desde el otro lado, es decir, por parte de los victimólogos, se afirma que la victimología debe repercutir en el Derecho penal. Sin embargo, no se han formulado desde la victimología propuestas más concretas acerca de cómo ha de influir esta disciplina en el Derecho penal material (cf. la crítica en este sentido de Arzt, *MSchrKrim* 67 [1984], p. 108).

²¹ Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 227.

²² *NTz* 1986, p. 194; para García-Pablos de Molina (en: José Luis de la Cuesta *et al.* [comp.], *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 193) "asistimos... a un irreversible proceso histórico" en este ámbito; cf. también Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 13 y ss.

²³ Sobre la discusión en cuanto al proceso penal, cf., por todos, Jung, *ZStW* 93 (1981), p. 1147 y ss.; Weigend, *ZStW* 96 (1984), p. 761 y ss., exhaustivamente, idem, *Deliktsoffer und Strafverfahren* (n. 16), *passim*; Gutiérrez-Alviz y Conradi, *PJ* n. 18, p. 79 y ss.; Corraza/Riponti, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990, p. 42 y ss., 97 y ss.; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 43 y ss.; Larrauri Pijoan, op. cit., p. 102 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 129 y ss., 135 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 214 y ss.

derroteros distintos que sólo tienen en común el *topos* de la víctima.²⁴ Incluso se ha llegado a afirmar que desde la perspectiva de ésta, las tendencias que se pueden observar en el Derecho penal material y en el procesal son contrapuestas: dentro del Derecho penal material, conllevan un "debilitamiento" de la posición de la víctima, mientras que en el ámbito procesal más bien están dirigidas a fortalecer a la víctima²⁵. Desde luego, parece precipitado identificar toda valoración del comportamiento de la víctima en el ámbito penal material con un "debilitamiento" de su posición, al igual que no toda participación de la víctima en el proceso penal equivale a un fortalecimiento de sus intereses (sacrificando los del autor). Pero sí es cierto que existe una desconexión muy notable entre la discusión en el ámbito del Derecho procesal y la de la dogmática del Derecho penal material.

De hecho, sólo así -aún teniendo en cuenta las diferencias entre los ámbitos procesal y material- puede explicarse que quien quizás puede ser considerado el más destacado defensor de la relevancia de la figura de la víctima en el Derecho penal material desde la perspectiva de la victimodogmática,²⁶ Schünemann, sea extremadamente crítico con los intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal. En este sentido, puede que sea de interés examinar con cierto detenimiento los argumentos de Schünemann. Pues a modo de ejemplo quizás este examen -dado el peso de este autor en el tratamiento de la cuestión en el ámbito de la dogmática del Derecho penal material- resulte revelador de las "pasiones" político-criminales que la irrupción de la victimología ha despertado en la doctrina jurídica²⁷. En efecto, la decidida crítica de Schünemann a ciertos intentos desarrollados en Alemania para introducir algunos derechos (sobre todo, de información sobre el procedimiento, de peticiones de prueba y de asistencia letrada) de la víctima en el proceso (afirma Schünemann que podría producirse un claro desequilibrio a favor de los intereses de retribución de la víctima, por lo que deben ser rechazados los mencionados derechos procesales de ésta como "retroceso atávico",²⁸ "punto de partida reaccionario"²⁹) puede parecer algo incoherente. De hecho, estos intentos no se aproximan ni con mucho a la situación de *lege lata* en el ordenamiento penal español, que conoce, como es sabido, amplias posibilidades de participación de los ciudadanos (ofendidos o no) en el proceso penal.³⁰ En efecto, la

²⁴ En este sentido se pronuncia W. Hassemer, en: Günter Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, tomo II, Köln, 1983, p. 231.

²⁵ Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 226.

²⁶ Cf. *infra* II. A.

²⁷ Cf. sobre esto *infra* I. B.

²⁸ NStZ 1986, p. 196.

²⁹ NStZ 1986, p. 197.

³⁰ Cf., por ejemplo, Moreno Catena, en: Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Valencia, 1993, p. 153 y ss.; Muerza Esparza, en: De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García, *Derecho procesal penal*, 1.ª reimpresión, Madrid, 1994, p. 132 y ss. En cuanto a la regulación portuguesa, en la que la víctima tiene una notable influencia sobre el desarrollo de los procedimientos seguidos por determinados delitos y puede intervenir, además, como "asistente procesal" del Ministerio Público, vid. sólo la información ofrecida por Crucho de Almeida, RPCC 3/1 (1993), p. 110 y ss., 114 y ss. Sobre la situación en Alemania, en donde entretanto han sido trasladados los intentos de reforma mencionados en el texto al ordenamiento jurídico vigente mediante la Primera Ley para la Mejora de la Posición del Ofendido en el Proceso Penal o Ley de Protección a la Víctima (*Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren = Opferschutzgesetz*, de 18 de diciembre de 1986) informan, por ejemplo, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª edición, München, 1995, p. 446 y ss.; Jung, JuS 1987, p. 157 y ss.; Schneider, CPC (LGL/1973/5) 1988, p. 362 y ss. e idem, ÖJZ 1990, p. 15 y s.; Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 87 y ss.; sobre los cambios -muy similares a los adoptados en Alemania-

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

contundente crítica de Schünemann a estas propuestas crea un fuerte contraste con su apoyo, igualmente contundente, al recorte de la intervención penal mediante la "victimodogmática", apoyo que se extiende también a las voces favorables a introducir un procedimiento de conciliación sustitutivo del proceso penal ³¹o a la ampliación de los delitos perseguibles a instancia de parte³².

Está claro que de este modo se obtiene una propuesta de conjunto gravemente desequilibrada: por un lado, se pretende que el comportamiento de la víctima decida sobre la intervención penal, bien en Derecho penal material mediante la victimodogmática, o bien mediante facultades de disposición procesales más amplias. Pero por otra parte, se descalifica a la presencia (mínima, por otra parte, en las propuestas criticadas por Schünemann) de esta misma víctima en el proceso como principio del fin del sistema penal, como "atávica" y "reaccionaria". ³³Dicho sea de paso que estas afirmaciones, desde la perspectiva del Derecho procesal vigente en España, no pueden más que parecer algo extrañas, pues del carácter público de la acción penal en nuestro ordenamiento se ha dicho que es "uno de los mayores logros de nuestra Ley, incluso superior a países de nuestro entorno cultural". ³⁴Y si bien esta apreciación, como es lógico, es discutible, desde luego no parece razonable pensar que las instituciones jurídico-procesales españolas en cuestión formen parte de un sistema "atávico".

La incoherencia es palmaria: si debe valorarse el comportamiento de la víctima para poder determinar si siquiera hay un comportamiento punible, como sostienen los partidarios de la victimodogmática, ¿por qué esta víctima no puede estar presente en el proceso en el que ha de producirse esta valoración de su comportamiento?; si se propone que la víctima disponga (mediata o directamente, a través de su participación en un procedimiento de conciliación o en el ejercicio de la instancia de parte) sobre la iniciación del proceso, ¿por qué razón esta víctima no debe participar de ningún modo en el proceso?³⁵

1.1.4 La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática

Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares básicos del sistema penal una redefinición del papel de la víctima, no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la víctima produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados como los reseñados en las páginas

operados en el Derecho procesal penal italiano por medio del Código de procedimiento penal de 1988, cf. la exposición de Carrera/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 97 y ss. y anexo n. 6.

³¹ Sobre las distintas posibilidades que se proponen en este campo, así como de las experiencias ya llevadas a la práctica en distintos países, informan, por ejemplo, Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 241 y ss.; Roxin, RuP 1988, p. 76; Schneider, ÖJZ 1990, p. 16 y ss. y Jung, MSchrKrim 76 (1993), p. 50 y ss.

³² Schünemann, NStZ 1986, p. 196.

³³ En contra de la postura de Schünemann, desde la perspectiva jurídico-procesal, Schneider, CPC (LGL\1973\5) 1988, p. 366. Ya se había pronunciado con anterioridad en favor de la ampliación de la intervención de la víctima en el proceso penal -destacando la perspectiva del control de la actividad de la fiscalía, órgano que, como es sabido, tiene un protagonismo muy superior en la fase instructoria en el ordenamiento alemán que en el español- Jung, ZStW 97 (1981), p. 1165 y s.; manifiesta, sin embargo, temores similares a los formulados por Schünemann, si bien de modo más matizado, Roxin, *Strafverfahrensrecht* 24(n. 30), p. 446 y s., 461.

³⁴ Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 80.

³⁵ También señala que no puede desvincularse la evolución en el campo jurídico-procesal de la situación en el ámbito del Derecho penal material Jung, ZStW 97 (1981), p. 1175 y s.

anteriores. Pues de hecho -por ejemplo, situando la cuestión en el ámbito sistemático de los fines del Derecho penal-, en el moderno sistema del Derecho penal, centrado en fines bien preventivo-especiales y/o preventivo-generales, la contraposición de intereses tiene lugar en lo fundamental, como expresa la frase antes transcrita de la Exposición de Motivos de la LECrim, entre sociedad (interés de prevención-integración) ³⁶y sujeto infractor (interés en minimizar los efectos desocializadores de la pena). Los posibles intereses de la víctima en el castigo del autor se hallan disueltos en la protección de bienes jurídicos. ³⁷Este papel marginal parece congeniar de modo especial con una determinada concepción "unilateral" del injusto y de la norma jurídico-penales, concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico. ³⁸Por ello, parece que el impulso dado por la victimología al mostrar que la víctima de hecho "no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que 'casualmente' recae el delito, sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma"³⁹, necesariamente ha de producir algún efecto sobre los fundamentos mismos del sistema penal en su conjunto.

Dentro del abanico de movimientos doctrinales aludido, en el campo concreto de la dogmática penal, la tendencia teórica agrupada bajo la denominación de "victimodogmática", en palabras de Silva Sánchez, "trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor".⁴⁰

³⁶ Claro está que la cuestión podría formularse de otro modo: estableciendo una contraposición entre "víctima(s) potencial(es)" (= sociedad) y "víctima actual" o "concreta"; en este sentido, Seelmann, JZ 1989, p. 670 y ss. Neumann (en: W. Hassemer [ed.], *Strafrechtspolitik* [n. 2], p. 226) afirma incluso que en el desarrollo histórico del sistema penal la marginación de la víctima (concreta) se produjo al asumir el Estado la posición de "víctima" de todo delito; cf. también Herrera Moreno, CPC (LGL\1973\5) 1995, p. 485 y s.

³⁷ En el pensamiento del bien jurídico, la víctima es una "construcción" sin sustancia; pues este pensamiento no persigue la protección de la víctima, sino -como concepto crítico- la protección de la libertad general de actuación frente a un control penal ilegítimo (así en la concepción de Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221); cf. también las consideraciones de Jung, ZStW 93 (1981), p. 1151; Schünemann, NSTz 1986, p. 193 y ss.; Seelmann, JZ 1989, p. 670; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Herrera Moreno, CPC (LGL\1973\5) 1995, p. 486 y ss., y, de modo exhaustivo, Eser, FS Mestmäcker (n. 6), p. 1005 y ss., 1011 y ss. Cf. también *infra* II. B. En este contexto, la víctima es, en palabras de García-Pablos de Molina, una figura marginal, una "abstracción jurídica" (García-Pablos de Molina, LH Beristain [n. 22], p. 193; idem, *Criminología*3[n. 9], p. 40), "ha perdido su caso, [asumiéndolo] el Estado" (Christie, BritJCrim 17 [1977], p. 3), está "'cosificada'... [como] una mera parte de la realidad objetiva" (Correra/Riponti, *La vittima* [n. 23], p. 6) y recibe tan sólo una "tutela despersonalizada" (Mantovani, PG [n. 3], p. 233).

³⁸ Así lo señala Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 79.

³⁹ Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 16; cf. también García-Pablos de Molina, LH Beristain (n. 22), p. 195.

⁴⁰ LH Beristain (n. 22), p. 634 y s. (= CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 18); cf. también idem, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 81.

1.2 Victimodogmática y política criminal

1.2.1 Distintos significados político-criminales

Sin embargo, antes de pasar a la exposición y análisis de las propuestas victimodogmáticas, es inexcusable una breve referencia a las *muchas vertientes político-criminales* que el fenómeno más amplio y general de las "aproximaciones victimológicas" presenta. Pues sin tener en cuenta este carácter proteico, del que participan las elaboraciones de la victimodogmática en lo que se refiere a sus repercusiones político-criminales, difícilmente podrán valorarse correctamente los frentes -y, a veces, enfrentamientos- que se han producido en la discusión dogmática. En este sentido, hay que señalar que la discusión político-criminal sobre la posición de la víctima se ha disparado con la aparición de la perspectiva que se autodenomina "victimodogmática". De hecho, como se verá, gran parte de los argumentos que se emplean a favor o en contra de las aproximaciones victimodogmáticas no son estrictamente dogmático-sistemáticos, sino claramente político-criminales. Llama la atención que esta viva discusión no se haya producido -al menos con tal protagonismo como es aquí el caso- respecto de los instrumentos dogmáticos utilizados antes del surgimiento de la victimodogmática, instrumentos que existían y existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁴¹

Y quizás la explicación de esta diferencia esté en que en el caso de los instrumentos "tradicionales", la cuestión se planteaba en cierto grado de modo encubierto, bajo la apariencia de su integración en el sistema técnico-jurídico. Frente a ello, la victimodogmática se presenta de modo abierto, pone las cartas encima de la mesa y pretende aportar algo nuevo: una solución específica al problema de la intervención de la víctima, y ello en compañía del estruendo político causado por algunos de los movimientos de protección a las víctimas. En todo caso, el hecho de que la discusión político-criminal haya surgido sobre todo en este ámbito de la victimodogmática hace aconsejable referirse a ella de modo especial en este lugar.

En particular, hay que señalar ya ahora respecto de esta discusión que resulta difícil desentrañar cuando los argumentos en cuestión se refieren a las repercusiones político-criminales de determinada construcción dogmática referida a la *lex lata* -siendo así como se conciben las aportaciones que aquí serán objeto de examen- y cuando se trata de argumentos y contraargumentos relacionadas ya con una modificación del status quo normativo. Muestra de ello es que uno de los argumentos que se manejan en la discusión es precisamente la afirmación de que tal o cual propuesta dogmática ya abandona los límites del Derecho positivo. En todo caso, lo cierto es que las reflexiones introducidas en la discusión que a continuación se aborda de modo sucinto, si bien -como antes se ha dicho- se han presentado de modo prácticamente exclusivo en relación con la victimodogmática, también pueden estar presentes de modo subyacente en otras aproximaciones dogmáticas que parecen más impermeables a la argumentación político-criminal que la victimodogmática.

La reivindicación de una mayor atención a la víctima en el sistema penal puede tener varias vertientes político-criminales, dependiendo del ángulo que se adopte. Puede

⁴¹ Cf. las referencias en n. 8.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

decirse a grandes rasgos que en el campo de la victimología convergen valoraciones contrapuestas, que pueden sintetizarse en dos grandes direcciones: exigir responsabilidad a la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión (posiblemente, disminuyendo la del autor) o resaltar la figura de la víctima, sus intereses olvidados (posiblemente, aumentando la punición del autor).⁴² En este sentido -desde la perspectiva del tratamiento penal propuesto para el autor-, se ha dicho con razón que en este ámbito es "llamativa la convergencia de consideraciones liberales y represivo-autoritarias".⁴³ De hecho, parece que muchas aportaciones victimológicas recientes están más orientadas a alcanzar objetivos prácticos de política criminal que a profundizar en aspectos cognoscitivos. En este contexto, es frecuente ver en ciertos medios de comunicación descripciones terroríficas de víctimas destrozadas y escarnecidas por los autores de infracciones criminales, en contraste con esos mismos autores sonrientes que no sufren castigo alguno. Estas corrientes con razón han sido denominadas "victimagógicas".⁴⁴ Antes de volver a esta problemática, pueden enumerarse las siguientes perspectivas político-criminales:

La *primera consecuencia* de política criminal puede estar, en el ámbito previo a la intervención del sistema penal propiamente dicho, en propugnar medidas de autoprotección de la víctima para evitar su "victimización".⁴⁵ Ante esto cabe preguntarse, llevando la cuestión al extremo, si no supone un fracaso anticipado del sistema penal el que los ciudadanos vean coartadas sus libertades por medidas de autoprotección: en última instancia la victimización se evita con mayor seguridad convirtiendo la morada en una fortaleza y evitando todo contacto social.⁴⁶ En este sentido, puede llegarse a una situación en la que en vez de estigmatizar el abuso de confianza que -dicho en términos amplios- el delito implica por medio de la pena, se suprima esta confianza misma imponiendo medidas de seguridad preventivas a la víctima.⁴⁷ De hecho, desde la perspectiva empírica de la victimología se ha señalado que los miedos existentes frente a la posibilidad de convertirse en víctima de un delito con frecuencia no se corresponden con la realidad estadística, sino que son superiores al riesgo realmente existente.⁴⁸

Si esta reivindicación, en *segundo lugar* y ya en el campo de la política criminal relativa al sistema penal, se produce como reacción a un sistema penal centrado en cuanto a los fines de la pena exclusivamente en la atención al autor, en su resocialización, tendrá el sentido de reclamar una mayor satisfacción al daño producido

⁴² Cf. Schüler-Springorum, FS Honig (n. 11), p. 209.

⁴³ Weigend, ZStW 96 (1984), p. 763, nota 13.

⁴⁴ Así Dünkel, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 179.

⁴⁵ Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 18; sobre la "victimización" (primaria) desde la perspectiva criminológico-victimológica, cf. Kiehl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 170 y ss.

⁴⁶ Cf. sobre estos riesgos, por ejemplo, el extremadamente sombrío panorama trazado por Hillenkamp, *Vorsatz und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, p. 206 y ss.; vid. también en sentido similar las consideraciones de Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 122 y ss.; ahora también Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, Berlin, 1996, § 25 v. 2.

⁴⁷ Así lo teme Ebert, JZ 1983, p. 643; cf. también las consideraciones en similar dirección de W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 232; Roxin, *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona, 1992, p. 69 y s.; vid. ahora -a partir de la quinta edición de esta obra- también Jescheck/Weigend, AT5(n. 46), § 25 V. 2.

⁴⁸ Cf. sólo Fattah, en idem: (ed.), *Towards a Critical Victimology* (n. 11), p. 42 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 23 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

a la víctima: a un incremento del ámbito de lo punible⁴⁹, enlazando por tanto con los en esta cuestión tan socorridos -al menos para determinados sectores políticos- planteamientos de ley y orden⁵⁰. Así, se ha dicho con razón ⁵¹que la vinculación de los intereses de la víctima con las concepciones de law and order forma parte de las "interpretaciones erróneas casi 'clásicas' en política criminal".⁵²

Ha de tenerse en cuenta ya en un plano interno de esta argumentación -además de las evidentes objeciones que pueden plantearse de principio a estas posturas- que la legislación "a golpe de telediario", en este caso, incrementando las penas por la "impresión social" producida por la asunción emocional de la perspectiva de la víctima, puede producir efectos exactamente contrapuestos a los perseguidos: el establecimiento de marcos penales elevados puede conducir a que en la práctica los órganos de la Administración de Justicia establezcan mecanismos especialmente selectivos de persecución penal, ⁵³es decir, que en realidad estas posturas pueden producir una mayor desprotección real de la víctima. ⁵⁴Y también debe advertirse que una atención unilateral a la víctima, a la lesión que ha sufrido, puede generar "tendencias (político-criminales) utópicas de individualización", ⁵⁵al pensarse por parte de algunos victimólogos que en el marco del sistema jurídico-penal resulta posible adecuar la respuesta penal al daño generado en cada caso concreto. Otra de las vertientes que ha de tenerse en cuenta en esta cuestión es que la imposición -con garantía penal- de amplios deberes de velar por la seguridad de otros (de las potenciales víctimas) puede implicar una actitud de tutela paternalista hacia la víctima, contraria su desarrollo e incompatible con la con-sideración de la víctima como sujeto responsable.⁵⁶

Si la introducción de la figura de la víctima, por el contrario y en *tercer lugar*, tiene lugar resaltando el carácter responsable de ésta, la valoración dogmática de su contribución al hecho tendrá el sentido político-criminal de reducir el ámbito de lo punible.⁵⁷

⁴⁹ Así W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 228 y ss.; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 71 y s.

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, Sessar, en: Theo Vogler et al. (ed.), *Festschrift für HansHeinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin, 1985, p. 1150; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.

⁵¹ Jung, ZStW 93 (1981), p. 1176, nota 101.

⁵² Desde la perspectiva de la criminología, cf. sobre esta cuestión, por todos, García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 97 y ss. y Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 321 y s. Cf., además, las referencias de Fattah (en: idem [ed.], *Towards a Critical Victimology* [n. 11], p. 5 y ss., 8 y ss., 11 y s.) sobre ciertos efectos producidos en el sistema penal estadounidense por medio de la instrumentalización de los intereses de las víctimas por sectores políticos conservadores (reducción de la posibilidad de conceder libertad bajo fianza o condena condicional, elevación de los marcos penales, supresión de beneficios penitenciarios, incremento de los supuestos de imposición y ejecución de la pena de muerte, etc.).

⁵³ Cf. el análisis de Frommel (MSchrKrim 68 [1985], p. 353 y ss., 358, 359) de esta cuestión.

⁵⁴ Cf. Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 233.

⁵⁵ Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 120 y s.

⁵⁶ En este sentido, por ejemplo, ya Exner, en: August Hegler et al. (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, p. 590; Naucke, en: Lüderssen/Sack (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1*, Frankfurt am Main, 1975, p. 340 y s. [respecto de la cuestión de la relación entre engaño y error en la estafa]; también en este sentido Puppe, en: Ulfrid Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1.ª edición, Baden-Baden, 1995, n.m. 178 previo a los §§ 13 y ss.

⁵⁷ En este sentido dice Eser que "no cabe evitar la impresión de que la victimodogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor" (FS Mestmäcker [n. 6], p. 1022, nota 112).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Esta valoración dogmática podrá ser tildada, por un lado, de formar parte de las "tendencias de privatización" ⁵⁸si va acompañada de un planteamiento conforme al cual la víctima "responsable" debe poder decidir en alguna medida acerca de la relevancia jurídico-penal del suceso, en atención a qué valoración le merece la lesión que ha sufrido. Está claro que esta "restitución del conflicto" a los sujetos inmediatamente afectados (utilizando la conocida formulación de Christie⁵⁹), acabaría por significar un abandono del concepto de víctima propio del Derecho penal, al no tener éste ya el poder de definición, sino la propia persona afectada por el hecho delictivo. ⁶⁰Y si es la propia víctima quien puede decidir si se considera a sí misma "víctima" en el sentido jurídico-penal, correlativamente dispone también sobre la definición de "delito". Visto desde la perspectiva del autor, puede pensarse que al confiar éste en escapar a la persecución penal llegando a un "arreglo" con la víctima, desaparecería todo efecto preventivo del ordenamiento penal: ⁶¹en suma, se generaría un panorama muy distinto del que conocemos en la actualidad. Claro está también que esta visión que propugna una desestatalización de los mecanismos de solución de conflictos admite una versión algo distinta del programa de Christie (quien parece estar sobre todo preocupado por la ineficacia del aparato burocrático de la Administración de Justicia). En efecto, quizás puede establecerse cierta conexión entre las posturas que sostienen que el hecho penal es esencialmente un "conflicto privado" y que como tal debe ser resuelto por medio de procedimientos más cercanos a las "bases" sociales y la idea de que en todo caso se trata de un conflicto sin responsable, es decir, de que "la sociedad es la culpable". ⁶²Esto quizás sea exagerar las perspectivas del punto de vista "reprivatizador" en este ámbito, pues, de hecho, como dice con razón Silva Sánchez, ⁶³este argumento *ad absurdum* podría aplicarse con igual razón a otras muchas construcciones dogmáticas fundadas de algún modo en la atribución de "responsabilidad" al "medio" (a la sociedad) en vez de al autor del hecho. Dicho de modo sintético en lo que se refiere al campo dogmático: no todo intento de introducir a la víctima en el sistema esconde una intención abolicionista.

⁵⁸ Vid. sobre esto, desde distintas perspectivas, sólo W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 226; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 77 y s.; Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 249 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 195 y ss.; Bovino, *ibidem*, p. 262 y ss.; Eschweiler, *Beteiligung an fremder Selbstgefährdung*, Bonn, 1990, p. 125; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27; Gössel, GA 1995, p. 382. En opinión de Tamarit Sumalla (*La reparación a la víctima* [n. 11], p. 119 y s.), esta tendencia reprivatizadora sólo está en la base de las corrientes victimodogmáticas, sino que constituye también el fundamento último de los programas de compensación-reparación (cf. en el mismo sentido también Gracia Martín, en: idem [coord.]/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito* [n. 15], p. 45). Llama la atención, por otro lado, sobre el hecho de que la reprivatización puede significar también un debilitamiento de las garantías pensadas para el autor Silva Sánchez, AP 1996, p. 250. Sobre las tendencias abolicionistas en general, cf. sólo la exposición de Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 18 y ss.

⁵⁹ En BritJCrim 17 (1977), p. 1 y ss., 10 y ss. Cf. sobre la evolución en EEUU en esta dirección, críticamente, Weigend, ZStW 96 (1984), p. 772 y ss.; cf. también Jung, MSchrKrim 76 (1993), p. 50 y ss.

⁶⁰ Así lo señala Seelmann, JZ 1989, p. 673.

⁶¹ Cf. Roxin, RuP 1988, p. 70.

⁶² Así las consideraciones críticas de Hillenkamp, *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik*, (Juristische Studiengesellschaft Hannover Heft 9), Bielefeld, 1983, p. 15, y, en sentido similar, Ebert, JZ 1983, p. 641; Mantovani, PG [n. 3], p. 233 y s.; sobre la postura abolicionista desde una perspectiva general, cf. sólo Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 18 y ss., 20 y ss.

⁶³ En: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 34 y s.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

El punto de partida en el carácter "responsable" de la víctima, por otro lado, también puede constituir la base de un planteamiento en el que la figura de la víctima aparece como uno de los sujetos a los que debe atribuirse el suceso. A este punto de vista se le reprochará que favorece la política de *blaming the victim*⁶⁴ (consecuencia: "victimización secundaria"⁶⁵), se le acusará de preparar el retorno al derecho del más fuerte, ⁶⁶a la moral del "salvaje oeste".⁶⁷

1.2.2 ¿Sanciones a las víctimas?

Llevando esta última reflexión a su último extremo -y, ahora sí, ya claramente en el plano de la política legislativa-, podría pensarse en que no sólo hay que privar a la víctima de protección *ex post* -recortando en alguna medida la sanción penal a quien la ha lesionado-, sino incluso amenazarla de pena a efectos preventivos: existen de hecho en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una "victimo-política (criminal)"⁶⁸ y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidad de los autores en supuestos en los que la víctima hubiese podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad -que puede parecer absurda a primera vista- de utilizar una sanción a la víctima como medida político-criminal para evitar la comisión de delitos, ⁶⁹ pudiendo consistir esta sanción en una retirada significativa de la protección penal o incluso en una "sanción" en sentido estricto. En este sentido, por ejemplo, Arzt ⁷⁰ ha afirmado que es "...más sincero amenazar con una pena de bagatela a la 'víctima' del hurto de su coche cuando no había tomado medidas de seguridad respecto de su vehículo, que gravarla de manera mucho más fuerte retirándole la protección del seguro". Puede que este planteamiento sea más "sincero", o más coherente desde el punto de vista meramente económico: pero también está claro que esta idea no cuadra con el modelo establecido de Derecho penal. Pues es evidente que -con independencia de que fueran adecuadas tales medidas de "punicción de la víctima" desde el punto de vista político-criminal (exclusivamente en el sentido funcional de la

⁶⁴ Sobre ello Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19 y ss., 33 y ss. Específicamente desde la perspectiva criminológica sobre este fenómeno en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, Henry/Beyer, MSchrKrim 68 (1985), p. 340 y ss., 344 y ss.; cf. también el acertado análisis y crítica de Landrove Díaz (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 189 y ss.) de la tristemente famosa SAP Pontevedra 27.02.1989, que constituye un caso paradigmático -y verdaderamente odioso- de culpabilización de la víctima; vid., por lo demás, las exhaustivas referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 199 y ss.

⁶⁵ Cf., entre otros muchos, Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 239 y ss.; Schneider, Jura 1988, p. 638 y s.; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 187 y s.; Corraera/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 62 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 32 y ss., 37 y ss.

⁶⁶ Así muy señaladamente Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 17 y s.

⁶⁷ En este sentido respecto de la idea de la autoprotección de la víctima como criterio determinante en el caso del delito de estafa Frommel, Streit 1/1988, p. 38.

⁶⁸ La expresión es de Ebert, JZ 1983, p. 633.

⁶⁹ Cf. el incisivo estudio de Harel (CalLR 82 [1994], p. 1181 y ss.), en el que desde la perspectiva del Derecho anglosajón -especialmente, el de los EEUU- se extraen las consecuencias últimas de esta perspectiva en cuanto a la fundamentación del Derecho penal: el sistema penal como mecanismo de protección a las potenciales víctimas (loc. cit., p. 1182 y *passim*), estando, por lo tanto, dirigido tanto a las víctimas como a los autores (loc. cit., p. 1185 y *passim*; cf. la crítica de este planteamiento aquí *infra* II. B. 4.). Cf. también, por todos, la exposición de Ebert (JZ 1983, p. 634 y s.) sobre la cuestión de los hurtos en grandes superficies de venta y sobre la de las detenciones ilegales con petición de rescate, exposición que demuestra que no es tan absurda la idea como pudiera parecer a primera vista, o, al menos, que encuentra defensores.

⁷⁰ MSchrKrim 67 (1984), p. 116 y s., nota 53.

efectividad para la prevención de delitos)⁷¹- en todo caso servirán a la protección de otros intereses distintos a los de la víctima⁷², es decir, se obligaría a la víctima a la autoprotección (bajo pena) en interés de futuras-potenciales víctimas, instrumentalizando a la víctima "descuidada" como refuerzo a la prevención. Así se expresa abiertamente cuando se le atribuye a la víctima una misión de prevención:

"...es injusto dejar de tener en cuenta la conducta de la víctima en los procedimientos penales, pues teniendo en cuenta la mayor probabilidad de que las víctimas descuidadas (en relación con las precavidas) se conviertan realmente en víctimas de hechos delictivos, los costes de la protección de víctimas descuidadas son superiores a los de la protección de víctimas cuidadosas. Por lo tanto, en el sistema actual, las víctimas precavidas son explotadas para proteger a las descuidadas".⁷³

Esta problemática muestra, en todo caso, hasta qué punto en el ámbito general de los conceptos de "víctima" y "autor" se produce una enorme con-fusión⁷⁴ y también la necesidad de una reflexión acerca de la incardinación de la figura de la víctima no sólo en instituciones dogmáticas concretas, sino en los fundamentos mismos del Derecho penal.

1.2.3 Blaming the victim - "blaming the committer": el dilema victimológico

Sin embargo, es evidente que si no se tiene en cuenta una intervención relevante de la víctima en el acontecer que conduce a la lesión de sus bienes jurídicos, se estará incrementando automáticamente la punibilidad del autor por encima del nivel adecuado, pues parece que la perspectiva exclusiva del interés de protección de los bienes jurídicos conlleva una tendencia expansiva en cuanto al ámbito de lo punible. Es decir, que se produciría un correlativo, valga la expresión, "*blaming the committer*" (excesivo).⁷⁵ Se plantea, entonces, un verdadero "dilema de los argumentos victimológicos" o "dilema victimológico": si la intervención del titular del bien jurídico afectado no es tenida en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor; si la relevancia atribuida a esa aportación es exagerada, se estará culpabilizando injustificadamente a la víctima.⁷⁶

1.2.4 Victimología y dogmática

En atención a esta proteccidada político-criminal de la cuestión parece evidente -así puede anticiparse que el punto de arranque contextual de las aproximaciones

⁷¹ Parece claro que desde tal ángulo exclusivamente funcional "...a veces es más realista intentar cambiar el comportamiento de la víctima" que el del autor (Pittaro, IP 1977, p. 594); cf. también la acertada crítica de Ebert, JZ 1983, p. 643.

⁷² Ebert, JZ 1983, p. 642 y s.

⁷³ Harel, CalLR 82 (1994), p. 1183; sobre el punto de vista de Harel cf. también *infra* II. B. 4.

⁷⁴ Cf. sobre esto *infra* II. B.

⁷⁵ Así lo señalan con razón W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 232, nota 73 y Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 33; pues está claro, por otro lado, que la aplicación de la represión penal convierte a su vez al delincuente en "víctima" (cf. sobre esto Zipf, MSchrKrim 53 [1970], p. 5; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 149 y ss.).

⁷⁶ Cf. la expresión en Frommel, MSchrKrim 68 (1985), p. 351 con nota 2, 353, 356; resalta también este problema Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 107, quien considera que la ambivalencia es "probablemente la característica más significativa de los argumentos victimodogmáticos"; cf. también en sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.

victimodogmáticas, esto es, el redescubrimiento de la víctima en las investigaciones empíricas de la victimología, por sí mismo no aporta mucho a la resolución de los problemas jurídicos que la materia plantea: pues por un lado, son precisamente los victimólogos los que temen que la victimología acabe convirtiendo en autores a las víctimas; el hecho de que la victimología como ciencia se ocupe de las víctimas no significa, desde luego, que quiera culparlas.⁷⁷ Por otro lado, en el momento actual los objetos de investigación de la victimología son completamente distintos de las preocupaciones dogmáticas de la victimodogmática.⁷⁸ De hecho, se puede decir que en muchos casos la vinculación entre victimodogmática y victimología se agota en una mera coincidencia terminológica, en la utilización de la victimología como etiqueta.⁷⁹

La victimología, en todo caso y como conclusión previa, no puede ser responsable de una eventual victimización que pueda producirse a través de una "victimodogmática". Por otro lado, también es un "malentendido", probablemente debido a la "polarización, por lo general inconsciente, entre víctima (inocente) y autor (culpable)"⁸⁰ pensar que la victimología persiga una mayor punición de los autores. Dependerá, entonces, de modo decisivo de la traducción jurídico-dogmática de los conocimientos victimológicos que éstos no puedan ser usados como coartada para una "instrumentalización del Derecho penal con intenciones político-sociales".⁸¹ Pues -como se verá- la existencia de varios dilemas de política criminal en este ámbito no basta por sí sola para descalificar todo desarrollo dogmático, sino que, por el contrario, es precisamente el reconocimiento de la problemática y su solución a través de una fundamentación y construcción dogmáticas consistentes lo que debe ser enjuiciado al valorar la "victimodogmática". Dicho de otro modo, la discusión político-criminal no puede erigirse en el único juez de la victimodogmática. Pues como se ha intentado mostrar en las páginas anteriores, la existencia en este contexto de un verdadero dilema entre diversos fines político-criminales obliga a un análisis de las propuestas dogmáticas concretas.

2. Dogmática y victimodogmática

2.1 Elementos esenciales de la victimodogmática

2.1.1 El principio victimológico

Las aproximaciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de la "victimodogmática" se han concretado, en lo que se refiere a la dogmática de la Parte

⁷⁷ Así, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 12; en este sentido también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322; vid., por lo demás, las referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 196 y ss.

⁷⁸ Esto lo reconoce Schünemann, en: W. Zeidler et al. (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, p. 372.

⁷⁹ Puede servir de muestra de lo dicho el hecho de que, por ejemplo, en la monografía "victimodogmática" de Fiedler (*Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main etc., 1990), que incorpora el "principio victimológico" a su título, no aparece ni el más mínimo tratamiento de la bibliografía victimológica.

⁸⁰ Kiehl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 15; en sentido similar también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322.

⁸¹ W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 230; en similar sentido también Ebert, JZ 1983, p. 643.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

General, ante todo en el así llamado "principio victimológico". Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.⁸² En cuanto a su contenido material, en palabras de Schünemann, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los "victimodogmáticos") en la tesis de que "la imposición de la pena como *ultima ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección", de modo que han de "eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más".⁸³ La fundamentación de este principio se obtiene de modo deductivo⁸⁴ sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Pues, de nuevo según Schünemann, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva normativa resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima..."⁸⁵. El Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas.⁸⁶

En este sentido, sólo cabría incriminar conductas necesitadas de pena: debe existir una correspondencia entre la necesidad de pena del comportamiento del autor y la necesidad de protección de la víctima.⁸⁷ A esta argumentación se le añade que el principio de subsidiariedad impone la incriminación penal tan sólo si no existen medios sociales de solución del conflicto⁸⁸; en este sentido, se llega a la conclusión antes reproducida de que no cabría incriminar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí misma.

2.1.2 Ambito de aplicación

No es muy claro el ámbito de aplicación que sus partidarios proponen para este "principio" victimológico. Hasta el momento, la mayoría de los análisis monográficos y de las aportaciones victimodogmáticas en general se han centrado en algunas figuras

⁸² Schünemann, FS Faller (n. 78), p. 362; idem, NStZ 1986, p. 439, 442; Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 639; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 28.

⁸³ NStZ 1986, p. 439; vid. también idem, en: Schneider (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982, p. 410 y s.; idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 450 y s.; cf. ya antes idem, en: Arthur Kaufmann et al. (ed.): *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 130 y s.; idem, FS Faller (n. 78), p. 362.

⁸⁴ Así lo afirma el propio Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechenopfer* (n. 83), p. 410; en este sentido también Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 637 y s.; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 26; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 110.

⁸⁵ FS Faller (n. 78), p. 362 (subrayado en el original).

⁸⁶ Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechenopfer* (n.83), p. 410; idem, NStZ 1986, p. 195, 439; en sentido similar, R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, p. 22 y ss.

⁸⁷ R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 y s.

⁸⁸ Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechenopfer* (n. 83), p. 411; idem, NStZ 1986, p. 195, 439; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 35 y s., 51 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

delictivas, como la revelación de secretos privados,⁸⁹ la estafa⁹⁰ o la apropiación indebida,⁹¹ pertenecientes en su mayoría al ámbito patrimonial. ⁹²Podría parecer, entonces, que las reflexiones victimodogmáticas no afectan, en realidad, al problema de la intervención de autor y víctima en cuanto problema de la Parte General. Como se verá a continuación, sin embargo, esta impresión estaría equivocada. La victimodogmática ha salido de ese su feudo inicial en la Parte Especial y muestra una clara tendencia expansiva hacia la configuración general del sistema de imputación en atención a la figura de la víctima.

Como reflexión general sobre el campo de aplicación de la victimodogmática ha tenido cierta aceptación la diferenciación entre "*delitos de relación*" y "*delitos de intervención*". En la concepción de Schultz, quien propuso que se estableciese la categoría de los "*delitos de relación*", éstos son "aquellos hechos que se generaron en una determinada relación humana o al menos fueron determinados de modo decisivo por tal relación". Para que pueda considerarse que se trata de un delito de relación, es necesario que se produzca "una confrontación actual, directa entre autor y víctima".⁹³ Como ejemplo típico de delito de relación, Schultz se refiere a la estafa; el delito de hurto, por el contrario, para él no entra "por regla general" en el campo de los delitos de relación. Las consideraciones de Schultz demuestran claramente que utiliza esta categorización para justificar que la relación entre autor y víctima constituye un objeto específico de la investigación criminológica. ⁹⁴Posteriormente, y por oposición al grupo de los delitos de relación, se empezó a hablar de "*delitos de intervención*", que son aquellos hechos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe en el comportamiento, sino en los que el autor "interviene en" o "accede a" los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Esta diferenciación también se utiliza dentro de la victimodogmática, concretamente, para delimitar su ámbito de aplicación.

⁸⁹ Así Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 11 y ss., 54 y ss.

⁹⁰ Es éste el delito respecto del cual mayor número de aproximaciones victimodogmáticas se han producido: mientras que Amelung (GA 1977, p. 1 y ss., 10 y ss.) y R. Hassemer (*Schutzbedürftigkeit* [n. 86], p. 127 y ss., 141 y ss.) reinterpretan el elemento típico del error desde la perspectiva victimodogmática, Arzt (MschRKRim 67 [1984], p. 105) y Ellmer (*Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, p. 278 y ss.) prefieren hacer uso de esta perspectiva para redefinir el comportamiento engañoso; Kurth (*Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main etc., 1984, p. 169 y ss., 177 y ss.) intenta, partiendo de la teoría de la imputación objetiva como imputación de resultados, abarcar la problemática de la relación entre engaño y error con ayuda del criterio del "fin de protección de la norma" fundamentado en consideraciones victimodogmáticas. Sobre estas construcciones cf. sólo las valoraciones críticas de Lenckner, en: idem *et al.*, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.^a edición, München, 1991, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 19 y s., 21 y ss., 31 y ss.; Arzt, GA 1982, p. 522 y s.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 164 y s., nota 49; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 116 y ss.

⁹¹ Materialmente en esta línea, por ejemplo, Weber, en: Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Hefen. Lehrheft 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*, 2.^a edición, Bielefeld, 1986, n.m. 246 y ss., 248 y s.

⁹² Por lo demás, cf. el detallado análisis de estas aportaciones en la dogmática alemana realizado por Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 17 y ss.

⁹³ Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 172; Schultz, sin embargo, en este trabajo no contrapone terminológicamente los delitos de relación a los de "intervención", sino se refiere como grupo distinto a los delitos de relación a "aquellos hechos que no pueden afectar a una víctima individualmente determinada, así como aquellos en cuyo desarrollo fáctico en el caso individual la relación autor-víctima no juega un papel de configuración" (ibid.).

⁹⁴ Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 179; cf. también p. 172 y ss., 177 y ss., donde Schultz se refiere a las tipologías de víctimas; también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 cita a Schultz dentro de la bibliografía criminológica.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En este sentido, quizás ha sido R. Hassemer quien ha incorporado de modo más destacado esta distinción a su construcción victimodogmática. En su opinión, en el ámbito de los delitos de relación basta con que la víctima deje de tomar las medidas de autoprotección normales para que desaparezca la necesidad de protección, mientras que en los delitos de intervención la necesidad de protección sigue existiendo mientras no sea responsable la víctima misma del riesgo generado.⁹⁵

R. Hassemer asienta la diferenciación entre "delitos de relación" y "delitos de intervención", como él mismo reconoce, "de modo parcialmente distinto a como se lleva a cabo en la bibliografía victimológica" ⁹⁶en otra categorización, que distingue entre *tipos congruentes*, en los que cualquier afectación del bien jurídico da lugar a la relevancia típica de lo acontecido: "[que exista] un comportamiento típico depende únicamente del resultado producido" ⁹⁷y tipos incongruentes, en los que "...existen posibilidades de afectación que no son abarcadas por el precepto penal". ⁹⁸Para R. Hassemer, los "delitos de relación" son a la vez "tipos incongruentes", y por ello permiten la introducción de consideraciones victimodogmáticas para restringir el alcance del tipo. Está claro que un análisis pormenorizado de la propuesta de distinguir entre "tipos congruentes" y "tipos incongruentes" llevaría a una categorización amplia de las diversas infracciones previstas en la Parte Especial y excedería, por tanto, del ámbito del objeto de estudio que aquí interesa. Pero sí puede señalarse que la evolución de la teoría del tipo, particularmente la teoría de la imputación objetiva, si ha aportado algo es la idea que todos los tipos necesitan de algo más que un mero resultado natural para su cumplimiento, es decir, en contra de R. Hassemer, que en todos los tipos existen posibilidades de afectación que no están abarcadas por el precepto: ⁹⁹no toda causación de una muerte automáticamente está abarcada por el tipo del homicidio. En este sentido, la propuesta de R. Hassemer significaría un retroceso muy notable.

La perspectiva victimodogmática, como se ha apuntado antes, ha comenzado a trascender del campo original en el que se han producido las primeras formulaciones dogmáticas apoyadas en ella. Puede advertirse con claridad que existen intentos de ampliar el ámbito de actuación del enfoque victimodogmático, en particular, de compatibilizarlo con la doctrina de la diferenciación entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. ¹⁰⁰Así, por ejemplo, el propio Schünemann resalta la relevancia de la interacción entre víctima y autor en atención al ejemplo de la "heteropuesta en peligro consentida" ¹⁰¹y también respecto de la "autopuesta en peligro", ¹⁰²interpretando otras soluciones desarrolladas en ese ámbito como emanadas del principio

⁹⁵ R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y ss., especialmente 54 y s., 63 y ss., 97 y s. También Schünemann considera que se trata de una "diferenciación categorial" "útil" (NSTz 1986, p. 440; en este sentido también idem, FS Faller [n. 78], p. 370 con nota 41); afirma que no puede fundamentarse desde el punto de vista victimológico la descriminalización de los hurtos en grandes almacenes, al tratarse de un delito de intervención (NSTz 1986, p. 440, nota 81) y que no es pretensión de la victimodogmática extender su ámbito a los "delitos violentos" (loc. cit., p. 440). También utiliza -si bien en otro contexto algo distinto- esta terminología la STS 20.2.1993 (RA 1383).

⁹⁶ *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54.

⁹⁷ R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y s.

⁹⁸ R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 53 (subrayado en el original).

⁹⁹ Como ha demostrado la teoría de la imputación objetiva.

¹⁰⁰ Vid. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6.

¹⁰¹ NSTz 1986, p. 440; vid. también el trabajo de Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), *passim*, al que se aludirá a continuación en el texto.

¹⁰² NSTz 1982, p. 62; en este sentido también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 147 y ss.

victimológico.¹⁰³Incluso formula un pronóstico conforme al cual el "punto de partida victimológico" ha de resultar fructífero para el consentimiento, la legítima defensa, los delitos contra la libertad sexual y los delitos de funcionarios.¹⁰⁴Está claro ya desde un principio que esta postura "maximalista" contradice, por ejemplo, el contundente rechazo del propio Schünemann a tener en cuenta la perspectiva victimodogmática para la problemática de la transmisión del SIDA. Pues en opinión de Schünemann, la victimodogmática "carecería de toda relevancia" en ese ámbito, invocando para los delitos de homicidio la existencia del § 216 StGB -que castiga el homicidio a petición- como razón para excluir cualquier consideración victimodogmática.¹⁰⁵

Al mismo tiempo, estas afirmaciones contradictorias arrojan una luz poco favorable sobre la utilización de la distinción entre "delitos de relación" y "delitos de intervención" que hace Schünemann. Pues aunque no ofrece ninguna fundamentación de las dos categorías, considera que pueden ser un elemento para delimitar el ámbito de aplicación del principio victimológico.¹⁰⁶Y partiendo de cualquiera de las definiciones de la distinción, sea la de Schultz o la de R. Hassemer, ¿difícilmente puede imaginarse una situación más "de relación" que la de los contactos sexuales!.

Particularmente ha profundizado en esa "vía expansiva" en cuanto al ámbito de aplicación de la victimodogmática Fiedler, intentando tomar como base el "principio victimológico" formulado por Schünemann para realizar una construcción dogmática que permita alcanzar una solución a los casos de "heteropuesta en peligro consentida".¹⁰⁷Para Fiedler, el "principio victimológico", tal y como ha sido formulado por Schünemann, es el que permite introducir en este ámbito adecuadamente la idea de "autorresponsabilidad" de la víctima.¹⁰⁸De este modo, el principio victimológico se incorpora como instrumento dogmático a la Parte General de la teoría del delito. En el plano metodológico, ello ha de suceder por la vía de la interpretación teleológica de los tipos penales.¹⁰⁹Concretamente, según Fiedler, la decisión ha de tomarse en cada caso individual sobre la base de una ponderación en el plano de la tipicidad.¹¹⁰

¹⁰³ Recuérdese que antes de propugnar el principio victimológico, Schünemann se había sumado a la propuesta de Roxin de resolver el problema de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida en la categoría del "fin de protección de la norma" (cf. Schünemann, JA 1975, p. 722 y s.). Posteriormente, Schünemann ha reinterpretado su posición original como derivada materialmente del principio victimológico (en: Schneider, *Verbrechensopfer* [n. 83], p. 415; idem, NSTz 1982, p. 62).

¹⁰⁴ FS Faller (n. 78), p. 364.

¹⁰⁵ Así lo afirma en JR 1989, p. 90; en sentido similar idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 450 y ss., 465 y ss.; idem, en: Busch/Heckmann/Marks (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe*, Bonn, 1991, p. 112 y s.

¹⁰⁶ NSTz 1986, p. 440, nota 81.

¹⁰⁷ En su monografía *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1990; cf. también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 83 y ss.

¹⁰⁸ Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

¹⁰⁹ Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 178 y ss.

¹¹⁰ *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y ss., 183 y ss., mostrando la configuración concreta de esa ponderación notables similitudes con soluciones de ponderación planteadas desde la teoría del consentimiento (cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 I. B., § 5 II. A. 3.).

2.1.3 Elementos definitorios de la victimodogmática

Como rasgos comunes de estas aportaciones victimodogmáticas pueden entonces enunciarse las siguientes características materiales: en primer lugar, pretenden deducir la necesidad de valorar la intervención de la víctima en la imputación penal de los principios limitadores del Derecho penal de subsidiariedad y fragmentariedad. En segundo lugar, la concreción dogmática básica de estas consideraciones debe lograrse de acuerdo con estas concepciones mediante una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales.

2.2 Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas

2.2.1 Insuficiente conexión con la construcción dogmática global

Como se ha dicho antes, una de las características que distingue a las aproximaciones victimodogmáticas es su especificidad respecto del problema tratado. Probablemente por haber recibido su impulso inicial desde el campo de la criminología, este carácter específico se expresa en una notable *desconexión* respecto de instituciones dogmáticas ya existentes que habían servido con anterioridad para el tratamiento de los problemas materiales en cuestión. Por otro lado, también se expresa en que de forma mayoritaria el marco sistemático elegido para aplicar dentro de la teoría del delito esté tan alejado de las instituciones tradicionales de la Parte General como la mera referencia a la "interpretación teleológica". En este sentido, puede decirse que desde la perspectiva dogmática tradicional la victimodogmática se presenta como una especie de bloque errático en la teoría del delito: ¹¹¹las concepciones victimodogmáticas en gran medida intentan trasladar sus consideraciones materiales al campo dogmático sin integrarlas en las elaboraciones dogmáticas ya existentes o al menos ponerlas en relación con éstas. ¹¹²

2.2.2 Ambito de aplicación

Quizás una de las cuestiones que menos claras estén en las aproximaciones victimodogmáticas es el *ámbito de aplicación* que pretenden abarcar. Si bien es cierto que la mayoría de sus representantes se han ocupado de modo sectorial de ciertos

¹¹¹ Como ya se ha señalado, esta condición de "bloque errático" se ve "correspondida" en gran medida por algunas aproximaciones dogmáticas de corte más tradicional (vid., por ejemplo, la escasa atención que presta en su por lo demás amplia monografía Walthers, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], *passim*, a la victimodogmática). Ello no sólo puede explicarse con base en el poco claro campo de aplicación de la victimodogmática -sobre esto, además de las consideraciones ya hechas, vid. a continuación en el texto en el siguiente apartado-, pues no parece que pueda optarse por la "solución" de confinar a la victimodogmática a la Parte Especial, ya que -como también se verá a continuación en el texto- al menos existe la pretensión de algunos victimodogmáticos de asentar la victimodogmática en la Parte General.

¹¹² Llama, por el contrario, la atención sobre el hecho de que ya existen aproximaciones doctrinales sobre el ámbito de actuación de la victimodogmática, por ejemplo, con una actitud crítica hacia la victimodogmática, Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 714 y ss.; cf. también en este sentido Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13; cf. también, desde otra perspectiva, menos crítica, Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 635, 643; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19, 32.

delitos,¹¹³ muy particularmente de la estafa, también está claro que la formulación de sus bases metodológicas ("principio victimológico" como principio general de interpretación teleológica) llevan implícita la vocación de expansión hacia la Parte General.¹¹⁴ Además, ya se ha señalado que representantes muy señalados de la "victimodogmática" afirman explícitamente que habría que extender el ámbito de aplicación de aquella, por ejemplo, a los topos de la "participación en una autopuesta en peligro" y de la "heteropuesta en peligro consentida".¹¹⁵

Como expresión de estas inseguridades en torno a cual es el campo que pretenden abarcar las aproximaciones victimodogmáticas merece una mención especial la diferenciación entre "delitos de intervención" y "delitos de relación" que antes se ha mencionado. Desde que Schultz plantease las bases de esta distinción¹¹⁶, ha venido vagando por la dogmática jurídico-penal sin que se concretase de modo satisfactorio su contenido o sus fundamentos materiales.¹¹⁷ De hecho, Schultz -como ya se ha señalado- no propuso esta terminología con la finalidad de establecer una categorización dogmática, sino para justificar metodológicamente la autonomía de las investigaciones *criminológicas* sobre la víctima del delito. Pues las afirmaciones dogmáticas de Schultz en el trabajo citado se refieren a consideraciones de medición de la pena, y no a la distinción entre "delitos de relación" y otros. Esto queda corroborado además por una posterior recensión de Schultz al trabajo de habilitación de Hillenkamp *Vorsatztat und Opferverhalten*, en la que hace una "interpretación auténtica" de su trabajo de 1956 en el sentido expuesto.¹¹⁸ Como se ha dicho antes, los propios victimodogmáticos hacen un uso poco coherente de la distinción. De hecho, la mencionada diferenciación no ha logrado imponerse¹¹⁹, y parece que con razón: pues es evidente que puede existir una relación jurídico-penalmente relevante (o mejor dicho: que debería ser relevante desde los propios postulados victimodogmáticos) entre autor y víctima en delitos catalogados como "de intervención",¹²⁰ por lo que la utilidad de la distinción es nula,¹²¹ además de mostrarse desde el punto de vista intrasistemático como un cuerpo extraño en las construcciones victimodogmáticas.

Puede pensarse que esta llamativa inseguridad de la victimodogmática acerca del campo de aplicación que corresponde a sus construcciones puede deberse a ciertas incongruencias en la estructura de sus bases dogmáticas -que pasan a estudiarse a continuación-, en el sentido de que cabe sospechar que resulta más cómodo permanecer

¹¹³ De hecho, se ha defendido a la victimodogmática frente a ciertos ataques afirmando que en realidad ésta no pretende abarcar tanto como le imputan sus críticos (en esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, en: CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 29).

¹¹⁴ Cf., sin embargo, la perspectiva algo distinta de Silva Sánchez (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 202), para quien más que una teoría de la corresponsabilidad de la víctima, es necesario desarrollar una "tópica".

¹¹⁵ Cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6, y *supra* II. A. 2.

¹¹⁶ ZStR 71 (1956), p. 172.

¹¹⁷ Cf. *supra* I. A. la crítica al planteamiento de R. Hassemer.

¹¹⁸ ZStR 100 (1983), p. 112 a 114.

¹¹⁹ Así lo sostiene respecto de la doctrina científica germanoparlante -desde el punto de vista aquí sostenido, acertadamente- Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 108 y s., nota 14.

¹²⁰ Arzt, *ibidem*: por ejemplo, en un delito de hurto o de lesiones.

¹²¹ En este sentido, Arzt califica esta distinción (en su recensión de la obra de R. Hassemer, GA 1982, p. 522) como "poco plausible" y "arbitraria"; críticos también Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 221 y s.; Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren* (n. 16), p. 390, nota 39.

en el refugio de ciertos delitos en particular¹²² que enfrentarse a las (supuestas) repercusiones del "principio victimológico", por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la vida. En este sentido, cabe plantear la sospecha de que el pretendido carácter deductivo-axiológico de los razonamientos victimodogmáticos oculta en realidad el procedimiento exactamente inverso: la generalización precipitada de determinadas conclusiones halladas en relación con ciertos tipos de delitos en particular. De todos modos, para corroborar esta sospecha es necesario someter a análisis las bases normativas aducidas como fundamento del principio victimológico.

2.2.3 Fundamentos

La base sobre la que descansa el principio victimológico, como ya se ha señalado, es la idea de que el Derecho penal no debe intervenir cuando la prevención de lesiones a los bienes jurídicos estaba en manos de su propio titular. Esto, según los partidarios de la victimodogmática, tiene dos repercusiones fundamentales: por un lado, en estos casos no existe *necesidad de pena* respecto del comportamiento del autor. Y, por otro, la persona lesionada ha perdido el derecho a la intervención del sistema penal, no es merecedora de protección.¹²³ Esta concepción, en lo que se refiere a la primera idea de la falta de necesidad de pena, se articula en cuanto a su fundamentación -de modo poco claro a veces- bien acudiendo al principio de subsidiariedad,¹²⁴ bien al principio de proporcionalidad,¹²⁵ ambos expresados en la máxima -prácticamente indiscutida- de que el Derecho penal ha de ser la ultima ratio de la protección de bienes jurídicos.¹²⁶ La segunda consideración, la idea de la falta de merecimiento de protección de la víctima en los supuestos en cuestión, se ubica en otro plano metodológico distinto, en cierto modo previo al anterior: el comportamiento de la víctima haría desaparecer la existencia misma de un bien jurídico digno de protección. Estos dos argumentos aparecen frecuentemente entremezclados,¹²⁷ y se llega a decir que sólo este doble fundamento puede servir de base al principio victimológico, desapareciendo la diferencia teórica entre ambos argumentos con su "utilización práctica".¹²⁸

2.2.3.1 Subsidiariedad, proporcionalidad y ultima ratio - Como se ha dicho, para articular la primera idea, la de la falta de necesidad de pena, se acude al *principio de subsidiariedad*, según el cual la intervención estatal -en este caso, la penal- debe producirse tan sólo cuando no existen medios sociales de resolución del conflicto, es

¹²² Como queda claro por lo expuesto *supra* II. A. 2., ésta es sólo una valoración global, pues sí existen aportaciones "extensivas" en cuanto al alcance de la victimodogmática.

¹²³ Cf. sólo Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410 y ss.

¹²⁴ En este sentido, vid. la argumentación de Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32 y s., 54; idem, FS Bockelmann (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 22 y ss.; también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 130.

¹²⁵ El propio Schünemann (NSTZ 1986, p. 442) atribuye una importancia secundaria a que el principio victimológico sea derivado del principio de subsidiariedad general o del principio de proporcionalidad de la intervención penal en relación con otros medios de intervención estatales.

¹²⁶ Sobre las difíciles y poco claras relaciones entre estos tres principios, cf. últimamente Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 387 y ss.

¹²⁷ Así lo constata también Roxin, AT I2(n. 19), 14/18.

¹²⁸ Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411.

decir, cuando la víctima hubiera podido protegerse a sí misma.¹²⁹ Salta inmediatamente a la vista que en esta argumentación este principio es entendido de modo muy distinto a su comprensión tradicional: de hecho, el principio de subsidiariedad es formulado habitualmente como límite a la intervención reguladora del Estado en ámbitos de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, difícilmente puede pensarse que en el campo penal, es decir, de conflictos sociales graves -en el ámbito de nuestro problema, entre ciudadanos- el principio de subsidiariedad deba entenderse como obligación del Estado de retirarse por completo del ámbito conflictivo, convirtiéndolo, por tanto, en un "asunto privado".¹³⁰ Entonces, si bien está claro que es cierto que la valoración dogmática del problema que aquí interesa no debe romper con el criterio rector del Derecho penal como reacción exclusivamente justificada en los casos más graves, también es evidente que este mandato se refiere sobre todo al legislador¹³¹ antes que al dogmático. En este sentido, la extensión del principio de subsidiariedad al ámbito de la autoprotección de los ciudadanos dejaría de tener en cuenta que la incriminación penal de determinadas conductas tiene precisamente -entre otras cosas- el significado de exonerar a los particulares de las medidas de autoprotección.¹³² El principio de subsidiariedad no puede fundamentar un principio victimológico.¹³³

Parece a primera vista que tiene más sentido el intento de hallar una fundamentación en atención al *principio de proporcionalidad*:¹³⁴ aparentemente, no hay nada que objetar a la reflexión de que los hechos que sólo adquieren virtualidad lesiva a través de la interacción con la víctima son menos graves y requieren por ello de un tratamiento penal distinto, proporcional, de modo que -en aplicación del principio de fragmentariedad- esta intervención de la víctima puede llegar a hacer desaparecer la gravedad de injusto necesaria para que pueda hablarse de la concurrencia de un injusto típico.¹³⁵ Y cabría pensar que de este modo, superando una perspectiva unilateral fijada exclusivamente en el autor, se evitaría, como se ha dicho, la "hipertrofia de imputación"

¹²⁹ Cf. sólo Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32 y s.; idem, FS Bockelmann (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; en el mismo sentido -si bien identificando principio de subsidiariedad y principio de *ultima ratio*- Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y s., 127 y ss.

¹³⁰ En este sentido, la crítica de Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13 y s.

¹³¹ Cf. sobre todo, en lo que se refiere a la argumentación que aquí interesa, el análisis de Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 175 y ss.; desde una perspectiva general cf. sólo Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 393.

¹³² Así, por ejemplo, Roxin, *AT I*2(n. 19), 14/20; Jescheck/Weigend, *AT*5(n. 46), § 25 V. 2., y, sobre todo, Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 178 y ss.

¹³³ Rechaza la fundamentación a través del principio de subsidiariedad, por ejemplo, S/S24(n. 90)-Lenckner, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss., quien incluso afirma que esta posición se basa en un entendimiento "erróneo" de la subsidiariedad; vid. también en esta línea Roxin, *AT I*2(n. 19), 14/20; idem, *Política criminal y estructura del delito* (n. 47), p. 69; Maiwald, ZStW 96 (1984), p. 71 y ss.; Eschweiler, *Selbstgefährdung* (n. 58), p. 120 y ss.; Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), p. 119.

¹³⁴ De hecho, hay quien identifica al principio de subsidiariedad como criterio que en realidad es la "variante jurídico-penal del principio constitucional de proporcionalidad" (Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.^a edición, Berlin etc., 1991, 2/27; le sigue Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften [ed.], *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 397 y s.).

¹³⁵ Esta parece ser la reflexión de Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; menos claro Schünemann, NStZ 1986, p. 195, 442.

a la que puede llevar la idea de protección de bienes jurídicos enlazada con la configuración del injusto como mera causación evitable.¹³⁶

Pero un análisis más detenido revela rápidamente que estamos ante una verdadera *petitio principii* -y con independencia de que, de nuevo, sea dudoso que pueda integrarse en el análisis dogmático de modo directo un principio que debe regir sobre todo el establecimiento de normas penales¹³⁷-, pues: ¿cuáles son los criterios que atribuyen relevancia a la intervención de la víctima? Dicho de otro modo: ¿cómo puede determinarse siquiera que hay "víctima" y "autor"?¹³⁸. En efecto, se le exige aquí demasiado al principio de proporcionalidad. Pues éste no puede llegar a dar una pauta para determinar cuando se cruza la línea a partir de la cual ya no resulta legítimo criminalizar la conducta de quien actúa junto a la víctima, ya que "todo conflicto puede solucionarse si se renuncia a la expectativa defraudada"¹³⁹, esto es, en el ámbito que aquí interesa, afirmando que la víctima es la persona responsable. Pero el principio de proporcionalidad no puede dar la razón material-dogmática por la que en tal o cual caso no es "proporcional" considerar como jurídico-penalmente relevante el comportamiento: "Pues el principio de proporcionalidad tiene como presupuesto [que existan determinados] fines y tan sólo regula la proporcionalidad de los medios, es por tanto un principio formal."¹⁴⁰Y, sobre todo y en todo caso -con independencia de cual sea el funcionamiento del principio de proporcionalidad como principio rector de todo el ordenamiento penal-, el recurso al principio de proporcionalidad para justificar la solución dogmática de la victimodogmática es formal, está "vacío" si no se especifica cual es la base -en la conducta de la víctima- para fundamentar una hipotética falta de proporcionalidad de la sanción penal (y, con ello, la solución dogmática).

Hay que volver entonces a la idea del Derecho penal como *ultima ratio*, que promete al menos cierto contenido material: sólo debe reaccionarse con el sistema penal ante los ataques más graves. Si bien ello es un programa sobre todo dirigido al legislador,¹⁴¹ como se ha dicho, también quien interpreta la Parte General debe estar obligado por él. Pero inmediatamente ha de percibirse que este programa en el ámbito que nos interesa no es más que eso, un programa: pues ¿por qué y cuándo el comportamiento de la víctima convierte un hecho en menos grave? Aparece aquí una extraordinaria confusión: pues no queda claro que la "victimización fáctica" no tiene -naturalmentenada que ver con la valoración jurídica del suceso. En este sentido, parece evidente que desde el punto de vista fáctico-natural, es en alguna medida "víctima" de un delito de allanamiento de morada también aquella persona quien da su consentimiento a la entrada por algún engaño menor por parte del "autor", y a pesar de

¹³⁶ Schünemann, NSTz 1986, p. 442; cf. sobre la cuestión general de la necesidad de componentes normativos en el concepto de injusto, por todos, Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 1 y ss., 18 y s.

¹³⁷ Desde esta perspectiva, cf. últimamente las consideraciones del TC sobre las exigencias que el principio de proporcionalidad plantea al legislador en STC 55/1996 (FJ 6.º y ss.).

¹³⁸ En este sentido plantea su crítica Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, p. 12.

¹³⁹ Jakobs, AT2(n. 134), 2/27.

¹⁴⁰ Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 398; cf. otro punto de vista -conectado con una valoración material en el marco constitucional-, por ejemplo, en Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 259 y s., p. 278 y ss.

¹⁴¹ Cf. desde esta perspectiva sólo las consideraciones de Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 246 y ss., 247, con referencias.

ello el autor "se hace invisible jurídicamente", ¹⁴²es decir, no es autor de un delito de allanamiento de morada. ¹⁴³Si se pretende partir sencillamente de una concepto "natural" de víctima, se advierte rápidamente que éste no existe. ¹⁴⁴

En este sentido, se ha señalado con razón que existen divergencias muy significativas entre el concepto de víctima utilizado por la Ley penal y el acuñado en la victimología; ¹⁴⁵hay que destacar en este contexto que las definiciones sociales y "técnicas" de delito no tienen por qué coincidir. ¹⁴⁶De hecho, tampoco la victimología dispone de un concepto autónomo-material de víctima. ¹⁴⁷En este ámbito, es indicativo de la magnitud de las discrepancias sobre la idea de "víctima" dentro de la propia victimología el hecho de que exista un sector científico que propone como objeto de estudio no sólo las víctimas de hechos delictivos, sino de cualquier forma de opresión (tendencia denominada "victimología radical" ¹⁴⁸) y otra concepción que bajo el rótulo de "victimología general" persigue el tratamiento de todo tipo de sufrimiento-victimización, incluyendo los que tienen causas naturales como enfermedades, catástrofes, etc. ¹⁴⁹

Y ¿desde esta perspectiva, qué más se sabe aparte de que ha habido alguna "intervención" o "interacción" de la víctima? Pareciera que se produce una especie de *versari in interactio* (con el autor) por parte de la víctima, pero sin que quede fijado qué relevancia corresponde a ese hecho. Esta indefinición, esta pérdida de un punto de referencia, puede en fin admitir incluso la posibilidad de sancionar a la víctima. ¹⁵⁰También para la fundamentación del principio victimológico, por tanto, desde el ángulo de la mínima intervención, antes habrá que determinar la relevancia normativa de las "posibilidades de autoprotección" de la víctima. ¹⁵¹Y para ello ha de valorarse que se trata de normas públicas, no disponibles por las "partes", como dice con razón W. Hassemer. ¹⁵²Pues el quebrantamiento de la norma penal como elemento del injusto, la misma lesión del bien jurídico no desaparecen por la mera existencia fáctica de posibilidades de autoprotección por parte de la víctima: dicho en palabras de Zaczyk "...del hecho de que alguien es víctima, nada se deduce respecto de la cuestión acerca de si lo es 'justamente'". ¹⁵³O en la formulación de esta idea aportada por Larrauri Pijoan: "...la afirmación de que la víctima ha 'precipitado' el delito no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo". ¹⁵⁴Pues el contenido del Derecho penal -como dice en esta misma línea Puppe- "...consiste

¹⁴² El ejemplo es de Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 116.

¹⁴³ Cf. respecto de la cuestión en el art. 490 del Código penal español de 1973, por todos, Jorge Barreiro, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 64 y ss., 70 y s.

¹⁴⁴ Cf. Zipf, MSchrKrim 53 (1970), p. 2 y ss.; Ebert, JZ 1983, p. 633 y ss.

¹⁴⁵ Correria/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 27 y ss.

¹⁴⁶ Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 85 y ss.

¹⁴⁷ Sobre la agitada discusión acerca del concepto de "víctima" en el campo de la criminología, cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 85 y ss.

¹⁴⁸ Cf. sobre esta aproximación sólo Sessar, FS Jescheck II (n. 50), p. 1146 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 13 y ss.

¹⁴⁹ Cf. sobre esta tendencia sólo Rodríguez Manzanera, *Victimología* (n. 11), p. 18 y ss.

¹⁵⁰ Cf. *supra* I. B. 2.

¹⁵¹ En este sentido la crítica de Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 120, 132 y ss.

¹⁵² FS Klug II (n. 24), p. 224.

¹⁵³ *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 11.

¹⁵⁴ En: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 93, nota 12.

precisamente en las decisiones acerca de frente a cuáles peligros el ciudadano es protegido y frente a cuáles [otros] es remitido a sus posibilidades de autoprotección".¹⁵⁵

Parece claro que la primera consideración aducida como fundamento de las posturas victimodogmáticas no es en realidad una base del principio victimológico, sino que en todo caso puede ser un mecanismo de ejecución de un hipotético fundamento normativo que, en su caso, ha de buscarse en otro ámbito.

2.2.3.2 Merecimiento y necesidad de protección - Parece entonces que ese elemento normativo que de modo palmario falta en el esquema de deducción de la victimodogmática antes esbozado ha de encontrarse en la consideración, antes referida, que al igual que en el autor en los supuestos que interesan no concurre ni necesidad ni merecimiento de pena, la víctima carece de "merecimiento" o "necesidad de protección". Con independencia de cual sea la relevancia de los conceptos de "merecimiento" o de "necesidad de pena" para la teoría del delito,¹⁵⁶ hay que señalar desde un principio que ésta no es la cuestión decisiva. Pues como se observará a continuación, el problema esencial de la aproximación propuesta por los victimodogmáticos en este punto es la explicación del salto dado desde el "merecimiento" o la "necesidad" de pena del autor al "merecimiento" de protección¹⁵⁷ de la víctima, es decir, la conexión de las consideraciones valorativas expresadas en la noción de "merecimiento" de pena con la figura de la víctima. Como se intentará demostrar a continuación, esa conexión no existe: la invocación de este pretendido fundamento material es un mero eslogan.

Ante todo -como cuestión previa-, hay que destacar que llama la atención en este punto -como en otros campos dogmáticos- la ambivalencia del uso del concepto de bien jurídico. En efecto, entendido como "principio crítico", destinado a limitar la intervención penal, parece estar en la base de este "principio victimológico" despenalizador a través del principio de "ultima ratio".¹⁵⁸ Sin embargo, aún dentro de este mismo plano de legitimación del ordenamiento, si la noción de bien jurídico se concibe como idea proteccionista-naturalista, en el pensamiento del bien jurídico parece estar ínsita una tendencia expansiva, hacia una "hipertrofia del Derecho penal"¹⁵⁹ -como

¹⁵⁵ NK (n. 56), n.m. 177 previo a los §§ 13 y ss.

¹⁵⁶ Sobre la controvertida discusión de estos dos conceptos desde una perspectiva general, en cuanto principios que pueden informar los distintos planos de la teoría del delito o configurar categorías propias dentro de ésta - que, como se verá a continuación, no coincide con el uso dado por los victimodogmáticos-, cf. últimamente sólo el análisis de Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, p. 199 y ss.

¹⁵⁷ Como se expondrá a continuación en el texto, en el contexto de esta argumentación carece de interés, en realidad, la idea de "necesidad" de protección, reduciéndose en realidad la idea al "merecimiento" de protección.

¹⁵⁸ Cf. en este sentido la postura adoptada por W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221, para quien el pensamiento del bien jurídico "no persigue la protección de las víctimas, sino la protección de la libertad general de actuación frente al control jurídico-penal ilegítimo"; Schünemann, NStZ 1986, p. 442: el "Derecho penal como ultima ratio de la protección de los bienes jurídicos".

¹⁵⁹ En este sentido, desde otra perspectiva, respecto de las distorsiones en el sistema de imputación (objetiva), Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 18 y s.; desde un punto de vista más general, idem, ZStW 97 (1985), p. 751, 752 y ss.; idem, ATZ(n. 134), 2/25a; idem, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992, p. 36; cf. también Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 157; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, p. 152, nota 9, con ulteriores referencias.

critican los victimodogmáticos¹⁶⁰-. Es claro que -sin advertirlo expresamente- especialmente Schünemann utiliza la idea de "bien jurídico" en este campo en el primero de los dos sentidos aludidos, es decir, en el plano de la discusión crítica acerca del ordenamiento. Pues al afirmar que ya no existe bien jurídico merecedor de protección, ¹⁶¹porque la víctima no es "merecedora de protección", es evidente que se está invocando la idea de bien jurídico como "concepto crítico" -no como instrumento dogmático ¹⁶²; precisamente para fundamentar una institución dogmática general!. Pero no queda dicho cual es el fundamento, el paso de conexión material que permite esta utilización del concepto de bien jurídico en un análisis que evidentemente pretende ser dogmático-descriptivo (restringir teleológicamente y de lege lata ciertos tipos, como se ha visto).

Volviendo al hilo central del análisis de la argumentación de fundamentación del "principio victimológico", se plantea entonces cuál es la razón por la que no existe tal lesión relevante de un bien jurídico. Dicho de modo sintético: ¿por qué razón la víctima no "merece" protección?

Es ésta cuestión, la del "merecimiento" de pena, la única en realidad relevante. Pues es evidente que si la idea de "necesidad de protección" se entiende de modo ontológico, ¹⁶³queda claro que la víctima sí "necesitaba" protección; de lo contrario, no hubiera resultado lesionada. ¹⁶⁴Por ello, también la idea de "necesidad de protección" ha de entenderse como que no la necesitaba en cuanto hubiera podido protegerse, y que por ello -por razones normativas ¹⁶⁵- no merece tal protección. ¹⁶⁶En este sentido, el propio Schünemann plantea el nivel del "merecimiento" de protección como el plano "de ponderación" decisivo ¹⁶⁷.

Estudiando las argumentaciones de los victimodogmáticos antes expuestas, la sorpresa es mayúscula al comprobar que no hay más respuesta que el razonamiento de que la víctima "podría haber evitado" el suceso. Esta constatación parece indicar que implícitamente se parte de que ha de derivarse de esa posibilidad de evitación la falta de

¹⁶⁰ Concretamente aludiendo a la necesidad de integrar la perspectiva de la víctima para evitar tal hipertrofia, Schünemann, NStZ 1986, p. 439, notas 66 y 70, p. 442; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 77 y s.

¹⁶¹ Cf., por ejemplo, la argumentación de Silva Sánchez (*Aproximación* [n. 58], p. 287 y ss.) en este plano de la teoría del bien jurídico -incorporando las nociones de "necesidad" y "merecimiento" de protección- como teoría de legitimidad del ordenamiento penal.

¹⁶² Sobre esta diferencia, por todos, Mir Puig, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4.ª edición, Barcelona, 1996, 4/50 y 6/36 y s.

¹⁶³ A menos que la definición de "necesidad" de protección se quiera hacer en términos de costes-beneficios: es decir, definir la "necesidad" de protección como aquella que precisamente *no* concurre cuando hay determinada desproporción entre los costes privados y públicos que hubieran sido necesarios para evitar la lesión (como propone Harel, cf. *infra* § 7 II. B. 4.). Pero aún desde este entendimiento es preciso incorporar referentes normativos (¿por qué es decisiva la desproporción de costes?).

¹⁶⁴ En sentido similar W. Frisch, NStZ 1992, p. 6.

¹⁶⁵ De modo paralelo a la argumentación victimodogmática discurre la aproximación de P. Frisch (*Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, p. 119 y ss.), quien sostiene que la infracción de deberes de autoprotección necesarios para el tráfico por parte de la víctima, cuando le era exigible su respeto, produce la desaparición de la infracción del deber de cuidado por parte del autor en los delitos imprudentes; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4. II. B. 2. b).

¹⁶⁶ Duda también de que el criterio de la "necesidad" pueda ser de utilidad sin referencias normativas W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 164.

¹⁶⁷ En: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 451.

"merecimiento de protección".¹⁶⁸ De hecho, como se ha señalado, es ésta idea de la pérdida del derecho a la protección (*Verwirkung*) la que más críticas ha acarreado a la perspectiva victimodogmática.¹⁶⁹ Y estas críticas político-criminales no quedan rebatidas por un análisis dogmático, una fundamentación distinta de la propuesta de construcción de la victimodogmática. Pues parece -a falta de otra fundamentación, como se ha visto- que su única base está en una respuesta intuitiva al dilema victimológico: en imponer a la víctima la "sanción" de la retirada de la protección jurídico-penal. En efecto, cabe establecer cierto paralelismo con una tendencia a penalizar de este modo a víctimas que a su vez se han comportado de modo reprochable.¹⁷⁰ Pero está claro que esta aproximación carece de valor normativo, y por ello de relevancia dogmática: en primer lugar, un criterio tan individualista como el del merecimiento de protección de tal o cual víctima no puede aspirar a jugar un papel relevante en una concepción dogmática.¹⁷¹ En segundo lugar, al igual que la argumentación antes expuesta, tampoco se libra del reproche de contener una petitorio principii, de carecer de justificación normativa.¹⁷² Y esta debilidad dogmática de la base misma de la concepción conlleva, como es lógico, una gran indefinición en la solución de los casos concretos, atribuyendo al juez un excesivo margen de determinación, al depender la constatación del "merecimiento" o no de protección de la víctima de criterios valorativos sin refrendo normativo.¹⁷³

Tampoco puede convencer el intento realizado por algunos victimodogmáticos, y particularmente por Fiedler, de conectar el "principio victimológico" con la idea de "autorresponsabilidad",¹⁷⁴ al afirmar que el "principio victimológico" deriva de la dignidad del hombre y es, en ese sentido, expresión del principio de autorresponsabilidad. Este punto de partida tiene el indudable mérito de intentar dotar de una base normativa a la valoración de la conducta de la víctima. Pero en la aproximación de Fiedler, esta conexión tan sólo se anuncia, se postula, sin ser llevada a cabo. Pues al mantenerse como núcleo de la argumentación la posibilidad fáctica de la víctima de autoprotgerse (como contenido del principio victimológico), en realidad no se da el paso desde la idea de autorresponsabilidad a la propuesta dogmática del

¹⁶⁸ Así lo entiende también Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140.

¹⁶⁹ Cf. *supra* I. B. 1.

¹⁷⁰ Cf. los ejemplos aducidos por Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 173 y ss.; enérgicamente en contra de la idea del reproche a la víctima, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 10 y ss.; Dölling, GA 1984, p. 82, nota 84; también Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 35, para quienes este planteamiento se acerca a los de la escuela nazi de Kiel.

¹⁷¹ Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; en efecto, cabe hablar de que la utilización del criterio se hace con una perspectiva individual, centrada en si en el caso concreto existe el "merecimiento de protección" con el consiguiente merecimiento de pena para el autor; muy distinta es, en realidad, la discusión en torno al merecimiento o necesidad de protección que se ha desarrollado en los últimos años en la doctrina, en la que se discute -desde muy diversos puntos de vista- cuál es el valor que debe atribuirse a estos dos elementos desde una perspectiva general, de valoración externa introducida en las categorías dogmáticas, de la relevancia del comportamiento (del autor; cf. Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal* [n. 156], p. 199 y ss.), y no de una constatación de ese "valor", dentro del análisis dogmático, en función de la situación concreta (de la víctima), como se hace en la argumentación victimodogmática.

¹⁷² Así también Roxin, AT I2 (n. 19), 14/19; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 3, nota 14; en sentido similar W. Frisch, NStZ 1992, p. 4; idem, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 129 y s.

¹⁷³ En sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27, 71.

¹⁷⁴ *Fremdfährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

"principio victimológico", ¹⁷⁵sino que tan sólo se afirma que el principio victimológico deriva de la autorresponsabilidad, pero no se lleva a cabo una fundamentación material de esa idea de autorresponsabilidad¹⁷⁶. Dicho de otro modo: decir que el principio victimológico deriva de la "autorresponsabilidad" no es más que una mera afirmación, un postulado, mientras no se concrete algo más el contenido de aquella¹⁷⁷. Y esta debilidad en la fundamentación material de la postura ha de repercutir en inseguridad en el tratamiento dogmático.¹⁷⁸

2.2.4 Excurso: victimodogmática y "eficiencia" del sistema penal

Las ideas centrales de las aproximaciones victimodogmáticas, dicho sintéticamente, la consideración de que no es necesario incriminar los comportamientos realizados contra víctimas que estaban en condiciones de evitarlos con medidas de autoprotección, también puede ser tomada como punto de partida para una reflexión en clave de costes y beneficios. En este sentido, parece claro, en principio, que el mantenimiento de un sistema público penal para víctimas "despreocupadas" genera más costes que la protección de víctimas que toman medidas de autoprotección. Esta es en síntesis la idea que recientemente ha tomado como punto de partida Harel ¹⁷⁹en la doctrina anglosajona desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Después de rechazar algunas posiciones desarrolladas dentro de esa corriente del análisis económico del Derecho, según las cuales la disminución de costes sólo debe buscarse en el lado del autor (es decir, evitar la realización del comportamiento delictivo), ¹⁸⁰Harel construye una propuesta de reformulación, o, mejor dicho, de reinterpretación del sistema penal como mecanismo estatal de reparto de protección, ¹⁸¹bajo el rótulo de la necesidad de introducir un principio de *comparative fault*¹⁸² en Derecho penal. Desde esta perspectiva

¹⁷⁵ En este sentido se pronuncia sobre la obra de Fiedler, en su reseña de la misma, Zaczyk, GA 1991, p. 573; cf. también idem, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 10 y s.

¹⁷⁶ Cf. Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 118 y ss.: primero se habla brevemente de la autorresponsabilidad como emanada de la dignidad del hombre como valor constitucional (p. 118 a 120), y a continuación simplemente se agrega el principio victimológico (p. 121 y ss.), sin que en ningún momento se explicita el mecanismo de deducción entre ambos.

¹⁷⁷ Así, frente a la aproximación propuesta por Fiedler estaría plenamente justificada la crítica formulada por Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan (*Victimología* [n. 11], p. 25 y ss.; 32 y ss.; en sentido similar también Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª edición, Barcelona, 1994, p. 299 y s.), frente a esta formulación de un principio de "autorresponsabilidad"; en este sentido, puede afirmarse que tal principio "desnaturalizaría las bases del Derecho penal" (Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* [n. 11], p. 28). Pero hay otras formas de construir un "principio de autorresponsabilidad" (cf., por ejemplo, Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], p. 78 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 8).

¹⁷⁸ Respecto de Fiedler ha de decirse que su propuesta se limita prácticamente a recomendar una cuidadosa ponderación, sin que quepa distinguir criterios materialmente asentados para realizarla (*Fremdgefährdung* (n. 79), p. 178 y ss., p. 183 y ss., cf. también *supra* II. A. 2.); en este sentido crítico respecto de la posición de Fiedler también se pronuncia Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 55.

¹⁷⁹ CalLR 82 (1994), p. 1181 y ss.

¹⁸⁰ Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1197 y ss.

¹⁸¹ CalLR 82 (1994), p. 1201 y ss.

¹⁸² Similar a la compensación de culpas en los ordenamientos continentales; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4 I. A. 4., sobre el tratamiento jurisprudencial -próximo al de la jurisprudencia española- en el ámbito anglosajón de este principio en el ordenamiento jurídico-penal.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

-junto con razones de "eficiencia"¹⁸³-, un reparto racional de cargas exigiría un reparto igualitario de los costes de la protección, esto es, una disminución en la punición de quienes actúan contra víctimas descuidadas.¹⁸⁴ Claro está que Harel realiza restricciones normativas a este punto de partida para poder hacer casar su concepción con el Derecho penal positivo,¹⁸⁵ ya que su intención es la de reinterpretar el ordenamiento norteamericano vigente.¹⁸⁶ Pero estas restricciones vienen acompañadas de un radical cambio de perspectiva (de la "eficiencia" o justicia en el reparto de costes a una "justicia distributiva" de orden superior), rompiéndose así la coherencia de la concepción.

En el marco del presente trabajo no puede dedicarse toda la atención que sería deseable a las particularidades de esta propuesta. Pero resulta interesante constatar que, aparte de la idea de necesidad de protección, el punto de vista de Harel, desarrollado en un contexto que aparentemente carece de puntos de contacto con el de la discusión dogmática continental europea, comparte¹⁸⁷ con los postulados victimodogmáticos dos elementos problemáticos: la delimitación de su ámbito de aplicación y su fundamentación normativa, siendo el primero, al igual que en el caso del principio victimológico, consecuencia del segundo.

2.2.5 Dogmática en lugar de victimodogmática

Puede concluirse que el intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. Con independencia de que este sector de la doctrina esté aún en desarrollo y de que algunas concepciones hayan sido presentadas de modo precipitado,¹⁸⁸ parece que ya puede decirse que a la hora de resolver el problema dogmático no se trata de averiguar las consecuencias de la investigación de la etiología del delito en relación con la contribución de la víctima (= victimología) en la dogmática de la imputación. Pues la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. En este

¹⁸³ Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1193 y ss.: si el Derecho penal no protege en mayor medida a las víctimas cuidadas, las potenciales víctimas en su conjunto no tendrán suficientes incentivos para autoprotegerse (p. 1197).

¹⁸⁴ Harel, CalLR 82 (1994), p. 1207 y s.

¹⁸⁵ CalLR 82 (1994), p. 1208 y s.: sólo pueden exigirse medidas de autoprotección "razonables", aunque desde el punto de vista de la pura eficiencia éstas hubieran de ser "óptimas"; pues la perspectiva de la eficiencia llevaría *per se*, como parece evidente y Harel reconoce, a retirar la protección penal a la víctima cuyo "descuido", por ejemplo, consiste en vestirse de una determinada manera siendo una mujer atractiva. Pues la perspectiva de la mera eficiencia en la protección debería conducir, en principio, sencillamente a seleccionar como destinatario de la obligación de evitar el daño a quien esté en mejor posición fáctica para ello (como señala, desde otra perspectiva, Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985, p. 359; idem, en: Rolf Dietrich Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln etc., 1985, p. 69 y s.).

¹⁸⁶ CalLR 82 (1994), p. 1210 y ss., 1226.

¹⁸⁷ También en este caso cabe lamentar la poca atención que por lo general se prestan recíprocamente las respectivas doctrinas penales de los círculos jurídicos continental y anglosajón, cuando lo cierto es que -más allá de las diferencias estructurales existentes en los dos sistemas- frecuentemente se discuten problemas idénticos, como demuestra la notable coincidencia de la propuesta reseñada con la victimodogmática continental.

¹⁸⁸ w. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 231; también considera que las concepciones victimodogmáticas aún están en sus inicios Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 108.

sentido, quizás lo adecuado sea hablar tan sólo del "punto de partida" ¹⁸⁹o de la "perspectiva" ¹⁹⁰victimológica o victimodogmática, como un punto de vista a adoptar para interpretar determinadas realidades jurídico-penales. Pero queda claro, entonces, que el "principio victimológico" postulado por los victimodogmáticos no puede alcanzar la relevancia que le es atribuida por sus defensores.

Posiblemente la victimología sea fructífera para la determinación de propuestas de *lege ferenda* en delitos en los que la Ley diseña una frontera de intervención penal específica para, precisamente, casos de interacción entre víctima y autor. ¹⁹¹Y muy probablemente sirva para concretar el contenido de los bienes jurídicos protegidos por determinados delitos, al aportar análisis empíricos de los daños producidos en las víctimas. ¹⁹²Pero la mera invocación de la perspectiva "victimodogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal, y en este sentido, desde este sector doctrinal se han planteado pretensiones exageradas. ¹⁹³

Debe señalarse, de todos modos, que a las aportaciones dogmáticas reunidas bajo el rótulo de la "victimodogmática" les corresponde sin duda el muy considerable mérito de haber llamado la atención de la dogmática jurídico-penal sobre los importantes problemas que plantea la intervención de la víctima, mientras que en cierta medida el tratamiento de estos problemas en algunas ubicaciones dogmáticas más "tradicionales" que había tenido lugar con anterioridad ocultaba las dimensiones y el carácter específico de la cuestión. Muy especialmente, la victimodogmática ha contribuido de modo esencial a que se perfilase la relevancia de las cuestiones político-criminales que conlleva el tratamiento dogmático del problema. En este sentido, es de esperar que la dogmática más "tradicional" del tratamiento de la víctima se vea impulsada por la discusión creada por las aportaciones victimodogmáticas a explicar claramente cuales son sus soluciones, en vez de negar la existencia del problema y abordarlo con construcciones *ad hoc* de dudosa corrección dogmática. ¹⁹⁴Tampoco cabe dudar de las aportaciones que la victimodogmática ha hecho en la interpretación de determinados tipos de la Parte Especial. ¹⁹⁵Por otra parte, debe destacarse que la victimodogmática -si bien, como se ha visto y desde el punto de vista aquí defendido, con una formulación dogmática fallida-, introduce, al resaltar la génesis de la condición de víctima, un cambio de paradigma esencial, pues supera la perspectiva centrada exclusivamente en la perspectiva subjetiva de los intervinientes -ya sea de la víctima (consentimiento y equivalentes funcionales) o del autor (previsibilidad)-, y propone, por el contrario, una perspectiva de conjunto de la relación entre víctima y autor.

Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimo"-dogmática, es decir, en su carácter de una construcción específicamente

¹⁸⁹ Así en el título de uno de los trabajos de Schünemann (en: Schneider [ed.], *Verbrechensopfer*, p. 407 y ss.).

¹⁹⁰ Como en la formulación utilizada por Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 17.

¹⁹¹ Así, por ejemplo, Jung, MSchrKrim 67 (1984), p. 133.

¹⁹² Escéptico al respecto, sin embargo, Arzt, MSchrKrim 67 (1884), p. 117 y s.

¹⁹³ Así lo afirma Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 717.

¹⁹⁴ Como es el caso, señaladamente, de la jurisprudencia del TS en España con su doctrina de la concurrencia de culpas (cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 4 I.) o la aplicación eclética del *topos* de la autopuesta en peligro por parte del BGH en Alemania (cf. Cancio Meliá, op. cit., § 6 I.).

¹⁹⁵ Cf. Roxin, AT I2 (n. 19), 14/22.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un problema aislado, de modo independiente del edificio ya existente de la teoría del delito.¹⁹⁶ En este sentido, puede decirse que ya existía "victimodogmática" en el sistema de la teoría del delito -en distintos instrumentos dogmáticos antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema.¹⁹⁷ Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja el uso del término "victimodogmática":¹⁹⁸ el tratamiento del comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Cf. en sentido similar Kratzsch, *Verhaltenssteuerung* (n. 185), p. 100 y s., quien subraya que el elemento de la responsabilidad de la víctima no es más que uno entre otros aspectos cuya relevancia para el injusto debe ser valorada de modo conjunto.

¹⁹⁷ Así Arzt, MSchrKrim 67 1984), p. 113 y s., quien es precisamente un destacado oútor de propuestas-especialmente, en materia de apropiación indebida, cf. las referencias en Arzt/Weber, *BT* 3 (n. 91), n.m. 248, nota 2- que han sido calificadas de "victimodogmáticas".

¹⁹⁸ En este sentido, W. Hassemer dice que se trata "más bien de un eslogan que de un concepto" (*Grundlagen* [n. 1], p. 77), mientras Kuhlen (*Fragüen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, p. 127) considera que es un término "más polarizante que aclarador".

¹⁹⁹ Cf. en este sentido, por ejemplo, las propuestas defendidas en los trabajos citados en la nota 8.

LIBERDADE RELIGIOSA E USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS

Marcela Polido Serra

Advogada. Mestranda pela UNIMES - Universidade Metropolitana de Santos. Aluna regular do Doutorado em Direito pela Universidad de Buenos Aires.

RESUMO: Muito se discute sobre a legalidade da utilização de substâncias psicoativas em rituais religiosos. Dentre as religiões que defendem o uso de tais substâncias destacaremos as que mais são objetos de discussões em nossos Tribunais. Frisa-se que as elencadas abaixo foram selecionadas por serem as mais conhecidas na esfera jurídica. O tema ora proposto é de suma importância e trata-se de assunto ainda pouco discutido, se levada em conta a enorme diversidade religiosa existente e a crença de que determinadas substâncias psicoativas estão diretamente relacionadas às graças pretendidas. O uso de tais substâncias está, para os seguidores de muitas religiões, intimamente relacionado à proximidade com Deus. Ao realizarmos este estudo, encontramos diversos questionamentos que abarcam ofensas a princípios constitucionais de suma importância. Tal estudo tem objetivo de destacar a importância de se discutir o assunto sem fazer qualquer juízo de valor sobre os preceitos religiosos aqui destacados. O que buscamos foi uma análise, ainda que superficial da importância que tais substâncias têm no uso em rituais religiosos para seus seguidores.

Palavras chave: Religião; ayahuasca; cannabis sativa; liberdade religiosa.

LIBERDADE RELIGIOSA E USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS

Iniciaremos nosso trabalho expondo os principais pontos sobre o Daime. Trata-se de uma manifestação religiosa que nasceu na região amazônica do Brasil no século XX, mais especificamente no Estado do Acre, fundada por Raimundo Irineu Serra, mais conhecido como Mestre Irineu, consistente em doutrina espiritualista que se baseia no uso sacramental de uma bebida enteógena, denominada ayahuasca.

A questão sobre o uso ayahuasca é tão interessante que tal matéria foi assunto de um dos episódios da série Tabu Brasil, com 50 minutos de duração, que foi exibida em 3 de fevereiro de 2010 no *National Geographic television*¹

A referida doutrina, consoante seus adeptos, é uma missão espiritual cristã, que encaminha os seus praticantes ao perdão e a regeneração do seu ser. A ingestão da ayahuasca proporciona autoconhecimento, objetivando o aperfeiçoamento e evolução do ser humano, na busca incessante de correção de seus defeitos. Tal chá, segundo depoimentos de fieis, possui também a propriedade de purificar o corpo.

Mestre Irineu, após conhecer a ayahuasca pelos nativos da região Amazônica, teve uma visão de características marianas, em que um “ser” espiritual superior lhe entrega a missão do Santo Daime e iniciou tais trabalhos espirituais no ano de 1930. O Mestre foi responsável pela cristianização do uso da ayahuasca, rebatizando a bebida a partir do rogativo “Dai-me Amor”, “Dai-me Firmeza”, denominado o chá como chá de Santo Daime.

Destacamos aqui uma interessante passagem sobre a questão:

¹ O episódio do Tabu Brasil sobre o uso da ayahuasca está disponível no web site : <https://www.youtube.com/watch?v=ZPKFASyjpOU>. Visualizado em

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

“A doutrina nasceu da fê Cristã é uma bebida pagã comumente encontrada na parte oeste da floresta Amazônica chamada Ayahuasca. Essa bebida significou um forte veículo de busca, entretanto ela só teve estrada quando a Doutrina da Nossa Senhora da Conceição lhe deu direção. Foi desta união, que foi despertado o Cristo da Nova Era, "Juramidam". O Cristo que só é acessado espiritualmente e que habitava nosso Mestre Raimundo de Irineu Serra. Os preceitos morais da Doutrina são fundados no Novo Testamento Bíblico, o ritual tem origem indígena e a visão do mundo é espírita²”

O Santo Daime³ difunde elementos culturais diversos como as tradições caboclas e xamânicas⁴. Estimava-se, no ano de 2006, existiam aproximadamente dez mil seguidores do Santo Daime no Brasil e no mundo.

Cumpramos ressaltar aqui, que existem centros legalmente instituídos praticamente em todos os estados do Brasil e, ainda na Espanha e Países Baixos, Portugal, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile, Japão, Uruguai e Venezuela.

No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo nº 90, de 5/12/1972, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, realizada em Viena, na Conferência das Nações Unidas, em 21 de fevereiro de 1971, sendo o instrumento de ratificação depositado em 14/12/1973, após o que foi editado pelo Presidente da República o decreto nº 79388, de 14/03/1977, observadas reservas aos parágrafos 1 e 2 do artigo 19 e ao artigo 31, promulgando o documento internacional, aprovando, a relação de substâncias psicotrópicas que estão sob o controle internacional⁵.

Atualmente está em vigor no Brasil Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, instituidora do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-SISNAD, que proíbe em todo o território nacional o uso de drogas cujas substâncias ou os produtos sejam capazes de causar dependência, que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas por órgão da União (art. 1º § único), bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas e produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar. É o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Os tipos penais referidos no art.33 *caput* da Lei 11.343 de 2006 dispõe sobre as formas de condutas puníveis e que são os núcleos do tipo, alguns permanentes, como guardar, ter em depósito, trazer consigo e expor à venda, e as demais instantâneas. A referida lei considera como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência.

O Conselho Nacional Anti Drogas (CONAD), é o órgão normativo do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Suas decisões “deverão ser cumpridas pelos órgãos e entidades da Administração Pública integrantes do Sistema”, consoante artigos. 3º, I, 4º, 4º, II e 7º, do Decreto no 3.696, de 21/12/2000.

² Passagem retirada do web site: <http://www.santodaime.com/doutrina/historia/> em 01/12/2014

³ Outros pontos interessantes e relevantes sobre essa doutrina estão disponibilizados no web site: <http://www.santodaime.org/>

⁴ Também encontramos informações interessantes e curiosas que nos fazem entender mais sobre a doutrina, tal material esta disponível no web site: http://www.santodaime.be/pt_bemvindo.html

⁵Tais informações foram retiradas em 30/11/2014 do web site: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5967

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A Resolução N 5-CONAD, de 4 de novembro de 2004⁶⁷, dispõe sobre o uso religioso e sobre a pesquisa da ayahuasca, *ex vi*:

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL ANTIDROGAS - CONAD, no uso de suas atribuições legais, observando, especialmente, o que prevê o art. 6º do Regimento Interno do CONAD; e

CONSIDERANDO que o plenário do CONAD aprovou, em reunião realizada no dia 17 de agosto de 2004, **o parecer da Câmara de Assessoramento Técnico-Científico que, por seu turno, reconhece a legitimidade, juridicamente, do uso religioso da ayahuasca**, e que o processo de legitimação iniciou-se, há mais de dezoito anos, com a suspensão provisória das espécies vegetais que a compõem, das listas da Divisão de Medicamentos - DIMED, por Resolução do Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN, nº 06, de 04 de fevereiro de 1986, suspensão essa que tornou-se definitiva, com base em pareceres de 1987 e 1992, indicados em ata do CONFEN, publicada no D.O. de 24 de agosto de 1992, sendo os subsequentes considerandos baseados na já referida decisão do CONAD;

CONSIDERANDO que a decisão adequada, da Administração Pública, sobre o uso religioso da ayahuasca, foi proferida com base em análise multidisciplinar;

CONSIDERANDO **a importância de garantir o direito constitucional ao exercício do culto e à decisão individual, no uso religioso da ayahuasca**, mas que tal decisão deve ser devidamente alicerçada na mais ampla gama de informações, prestadas por profissionais das diversas áreas do conhecimento humano, pelos órgãos públicos e pela experiência comum, recolhida nos diversos segmentos da sociedade civil;

CONSIDERANDO que **a participação no uso religioso da ayahuasca, de crianças e mulheres grávidas, deve permanecer como objeto de recomendação aos pais, no adequado exercício do poder familiar** (art. 1.634 do Código Civil), e às grávidas, de que serão sempre responsáveis pela medida de tal participação, atendendo, permanentemente, à preservação do desenvolvimento e da estruturação da personalidade do menor e do nascituro;

CONSIDERANDO que qualquer prática religiosa adotada pela família abrange os deveres e direitos dos pais “de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade”, aí incluída a liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, observadas as limitações legais ditadas pelos interesses públicos gerais (cf. Convenção Sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/1990, art. 14);

CONSIDERANDO **a conveniência da implementação de estudo e pesquisa sobre o uso terapêutico da ayahuasca, em caráter experimental**;

CONSIDERANDO que o controle administrativo e social do uso religioso da ayahuasca somente poderá se estruturar, adequadamente, com o concurso do saber detido pelos grupos de usuários;

R E S O L V E:

⁶ Tal resolução foi republicada por ter saído com incorreção no DOU do dia 08/11/2004, Seção 1, p. 8

⁷ Letra da lei extraída em 1/12/2014 do web site: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/769289/pg-14-sec-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-10-11-2004>

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Art. 1º Fica instituído GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE TRABALHO para levantamento e acompanhamento do uso religioso da ayahuasca, bem como para a pesquisa de sua utilização terapêutica, em caráter experimental.

Art. 2º O GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE TRABALHO será composto por seis membros, indicados pelo CONAD, das áreas que atendam, entre outros, aos seguintes aspectos: antropológico, farmacológico/bioquímico, social, psicológico, psiquiátrico e jurídico. Além disso, o grupo será integrado por mais seis membros, convidados pelo CONAD, representantes dos grupos religiosos, usuários da ayahuasca.

Art. 3º O GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE TRABALHO escolherá seu presidente e vice-presidente e deverá, como primeira tarefa, promover o cadastro nacional de todas as instituições que, em suas práticas religiosas, adotam o uso da ayahuasca, devendo essas instituições manter registro permanente de menores integrantes da comunidade religiosa, com a indicação de seus respectivos responsáveis legais, entre outros dados indicados pelo GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE TRABALHO.

Art. 4º O GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE TRABALHO estruturará seu plano de ação e o submeterá ao CONAD, em até 180 dias, com vistas à implementação das metas referidas na presente resolução, tendo como objetivo final, a elaboração de documento que traduza a deontologia do uso da ayahuasca, como forma de prevenir o seu uso inadequado.

Art. 5º O CONAD, por seus serviços administrativos, deverá consolidar, em separata, todas as decisões do CONFEN e do CONAD sobre o uso religioso da ayahuasca, para acesso e utilização dos interessados que poderão, às suas próprias expensas, extrair cópias, observadas as respectivas regras administrativas para tanto”.

(grifos nossos)

(...)

Dessa forma, notória a possibilidade do consumo do chá de ayahuasca no Brasil para tais fins religiosos, sendo neste sentido também, o entendimento mais balizado de nossos Tribunais Superiores, ao tratar de casos relacionados, uma vez que excluído das listas da DIMED ou do órgão que tenha a responsabilidade de cumprir o que determina o art. 36, da Lei nº 6.368/76:

“PENAL – RESTITUIÇÃO DE MATERIAL APREENDIDO – “CHÁ SANTO DAIME” – DELIBERAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE ENTORPECENTES – CONDUTA ATÍPICA I – Deliberado pelo Conselho Federal de Entorpecentes que as substâncias que integram o “Chá Santo Daime” **devem permanecer excluídos das listas da DIMED ou do órgão que tenha a responsabilidade de cumprir o que determina o art. 36, da Lei nº 6.368/76, ficou afastada a tipicidade da conduta dos apelantes.** II – Decisão reformada, para determinar a restituição aos apelantes do material apreendido. III – Recurso provido. (TRF-2 - ACR: 3937 2003.51.01.505418-3, Relator: Desembargador Federal CARREIRA ALVIM, Data de Julgamento: 01/06/2004, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::14/06/2004 - Página::235)”. (grifos nossos)

Em 23 de novembro de 2006, depois de 18 anos de estudos relacionados ao tema, o Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas do Brasil excluiu, definitivamente, a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ayahuasca da lista de drogas alucinógenas. Frise-se, neste ponto que, a ayahuasca já havia sido excluída desta lista em caráter provisório desde setembro de 1987.

Por meio de parecer do CONAD, o Governo Brasileiro dispôs, regulamentando, em de janeiro de 2010 o uso da ayahuasca para fins religiosos. Este mesmo parecer veta determinadas condutas, quais sejam: o plantio, o preparo e a ministração da bebida com o fim de auferir lucro, a prática do comércio, a exploração turística da bebida, o uso associado a substâncias psicoativas ilícitas, o uso fora de rituais religiosos, o curandeirismo, a propaganda, e dispõe sobre a vedação da atividade terapêutica privativa de profissão regulamentada por lei sem respaldo de pesquisas científicas e também veda práticas que possam colocar em risco a saúde física e mental dos indivíduos, com a criação de um cadastro facultativo para as entidades que o utilizam.

Dessa forma, vale transcrever a Resolução nº 1 de 25 de janeiro de 2010, que dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam.

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS - CONAD, no uso de suas atribuições legais, e tendo em vista as disposições contidas no artigo 10 do Decreto nº. 5.912, de 27 de setembro de 2006, e Considerando o Relatório Final elaborado pelo Grupo Multidisciplinar de Trabalho (GMT), instituído pela Resolução nº. 5 - CONAD, publicada no D.O.U. de 10/11/2004; Considerando que o referido Relatório Final foi aprovado pelo CONAD, consoante Ata de sua 2ª Reunião Ordinária, realizada em 06 de dezembro de 2006; Considerando que o Grupo Multidisciplinar de Trabalho (GMT) baseou-se, em seu Relatório Final, na legitimidade do uso religioso da Ayahuasca, como matéria já examinada e decidida pelos plenários do antigo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN) e do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), cabendo ao GMT, no âmbito de sua competência, definida na Resolução nº. 5 - CONAD, 2004, identificar normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e implementar o estudo e a pesquisa sobre o uso terapêutico da Ayahuasca em caráter experimental”;

No caso do Santo Daime, resta demonstrado pela legislação regulamentadora que atualmente não há como se proibir o uso deste nos rituais religiosos no Brasil, desde que observados os termos da lei vigente⁸.

⁸ No tocante a legalidade do uso da ayahuasca encontramos em nossa pesquisa um projeto de autoria do deputado Federal Paes de Lira do partido PTC/SP requerendo que o Congresso Nacional suste os efeitos da resolução de 25 de janeiro de 2010. Em suas justificativas destacamos que para ele o “uso mesmo que religioso de uma droga no caso em tela o chá de Santo Daime ou a ayahuasca deve ser vetado quando gera malefício a saúde do indivíduo, esse é o motivo de se proibir as drogas, o direito a saúde, e o direito a vida. Estes são indisponíveis e sabe-se que não somente o usuário é vítima de seu uso, mas toda a sociedade. A resolução de 1 do Congresso Nacional quando passou a permitir o uso da ayahuasca para fins religiosos violou o espírito consagrado pela Constituição de vedação ao uso e comércio de drogas, pois a citada substância, assim como diversas outras que ainda são vedadas gera malefícios a integridade física e mental de seus usuários.”

Nota-se que ao buscar sobre este pleito não encontramos dados suficientes, ou seja tal projeto não possui sequer número e nem data, por mais que o link aparente ser do site da câmara ao abrir tal documento não

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Outra religião que também adota o referido chá em seus rituais é o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, porém os fundamentos de seu uso possuem algumas diferenças em relação ao Daime pois utilizam, principalmente para efeito de concentração mental, um estado equilibrado de percepção e ampliação da consciência.⁹

Trata-se referido Centro de uma sociedade religiosa nascida na Amazônia e fundada a 22 de julho de 1961 por José Gabriel da Costa, conhecido como Mestre Gabriel, que tem por finalidade promover a paz e “trabalhar pela evolução do ser humano no sentido do seu desenvolvimento espiritual”, consoante prevê seu regimento interno. O Centro é dividido em núcleos e distribuições autorizadas, sendo dirigidos pelo referido mestre e seus ensinamentos baseiam-se no princípio da reencarnação evolucionista e orientados pelo princípio cristão segundo o qual "o discípulo deve amar ao próximo como a si mesmo para ser merecedor do símbolo da União: Luz, Paz e Amor", sendo sua doutrina oral, transmitida exclusivamente em seus rituais religiosos. Nas sessões, o Mestre dirigente dos trabalhos distribui o chá, também chamado de Vegetal.

Com base no acima exposto, concluímos que se aplica o mesmo princípio da religião Daime ao Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, seguindo a mesma linha, uma vez que a substancia questionada é a mesma.

Encerrado o assunto sobre a Ayahuasca, adentraremos agora a enorme polêmica sobre o uso da cannabis pelos seguidores da religião rastafári. O questionamento surge com a principal argumentação de seus defensores ao entenderem que, por analogia ao santo daime (Ayahuasca), o uso da cannabis em seus rituais religiosos devem ser permitidos.

Tal analogia é defendida principalmente por uma igreja da religião rastafari, cuja sede no Brasil encontra-se no interior de São Paulo, na cidade de Americana, que em seus rituais o utilizam a cannabis sativa.

Contudo, a legislação brasileira não entende dessa maneira e inclusive, já foram realizadas inúmeras operações policiais na sede da referida igreja, onde foram apreendidos dezenas de pés da planta¹⁰.

O líder da igreja já foi anteriormente preso por tráfico de drogas, mesmo informando que a erva plantada em seu quintal, destinava-se tão somente para uso pessoal e dos membros da igreja¹¹.

No dia 07 de agosto de 2014, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, negou o pedido de liberdade feito pela defesa de Geraldo Antonio Baptista, conhecido como Rás Geraldinho Rastafári, líder da Primeira Igreja Niubingui

aparece nem mesmo o timbre, por estes motivos não podemos garantir a veracidade e confiabilidade de seu conteúdo. Constatamos esta informação apenas por amor a argumentação.

⁹ O episódio da série Tabu Brasil que abordou a questão do Daime citou também religião União do Vegetal como confissão religiosa que utiliza o chá da ayahuasca. Porém no web site da União do Vegetal eles afirmam que o chá tomado por eles não seria a mesma coisa que ayahuasca e sim um chá misterioso. Tais informações estão disponíveis no web site: <http://www.uniaodovegetal.org.br/udv/>.

¹⁰ Informações extraídas em 1/12/2014 do web site:

<http://libertosdoopressor.blogspot.com.br/2011/12/igreja-da-maconha-e-descoberta-em-sao.html>

¹¹ Como já explanado acima, Baptista foi preso em agosto de 2012, na cidade de Americana/SP, haja vista que a polícia encontrou 37 pés de maconha plantados na igreja. Informação constante no web site: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/08/stj-nega-liberdade-lider-de-igreja-rastafari-que-plantou-pes-de-maconha.html>

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Etíope Coptic de Sião do Brasil, que prega a crença rastafári e o consumo de cannabis sativa em seus rituais.

Foi condenado a mais de 14 anos pelo crime de tráfico de drogas. Seu advogado, o Doutor Rodrigo Mello Mesquita, requereu que o Superior Tribunal de Justiça reconhecesse que o cliente fez uso religioso da cannabis e o libertasse com base no artigo quinto da Constituição, que garante a liberdade religiosa. Após a referida decisão, o advogado afirmou que vai recorrer ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda, o advogado do fundador da igreja, declarou¹²:

“[O réu] é fundador de uma igreja etíope, que professa a fé rastafariana, de origem africana, desenvolvida na Jamaica no fim do século 19 e no início do século 20. [...] A discussão aqui tratada demanda análise profunda de questões antropológicas. É inviolável a liberdade de crença.”

“Levaremos ao Supremo Tribunal Federal porque entendemos que aquele tribunal é o ambiente adequado para essa discussão, que é constitucional”.

Pronunciou-se o advogado no sentido de que o uso da cannabis pelo seu cliente se deu no exercício de sua religiosidade, e ele não representa problemas para a sociedade, citando, inclusive, a legalização da cannabis no Uruguai.

Neste sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Min. Marco Aurélio Belizze, afirmou¹³:

“Não há dúvida de que a droga é controlada socialmente, a atividade é crime, e o paciente sabia disso. Não estamos desconsiderando a sua fé.”

Referido Ministro, relator do pedido de liberdade, afirmou ainda, que o tema é “polêmico”, mas não cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar se o uso da maconha no contexto religioso é ou não permitido, destacamos seu entendimento¹⁴:

“Não vou entrar na discussão de fé, religião. Não temos essa função aqui. Este tribunal tem limites para a discussão. Não se pode trazer discussão se é melhor ou pior que o álcool. É momento oportuno de discussão, com a renovação no Executivo e no Legislativo. Mas o espaço do STJ é pequeno para a discussão sobre isso”.

Todos os outros Ministros da turma concordaram. A Ministra Laurita Vaz aproveitou para afirmar que é contra a descriminalização da maconha¹⁵.

“Maconha é caminho para outras drogas e para o fundo do poço. [...] Vamos descriminalizar o uso de uma droga que só leva ao mal? Sou extremamente contra e queria mostrar minha posição”.

Em virtude da carência de jurisprudência e doutrina sobre o tema, faremos menção ao direito estrangeiro em caso similar:

¹² Informações retiradas da matéria disponível em 1/12/2014 no web site: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/08/stj-nega-liberdade-lider-de-igreja-rastafari-que-plantou-pes-de-maconha.html>

¹³ idem

¹⁴ Informações retiradas da matéria disponível em 1/12/2014 no web site: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/08/stj-nega-liberdade-lider-de-igreja-rastafari-que-plantou-pes-de-maconha.html>

¹⁵ idem

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Uma igreja no Canadá, chamada Igreja do Universo, representada por seu Sacerdote Christopher Bennett, que passou a frequentar a igreja em 1990, atualmente com 49 anos de idade, iniciou uma disputa judicial, em 2009, quando Bennett enviou uma carta ao ministro da saúde solicitando que a erva fosse incluída como item de prática religiosa na lei que regulamenta o uso de substâncias controladas¹⁶.

Entretanto, o Juiz Michel Shore prolatou decisão contrariando as solicitações feitas pelo representante da referida igreja, sob o fundamento que não existem provas de que a erva tenha “qualquer ligação com a religião”.

Em contrapartida, Christopher Bennett afirma que após estudos, concluiu que a maconha, trata-se de uma forma de consciência coletiva, uma manifestação divina. Nos três livros sobre o tema, publicados por Bennett este afirma utilizar a erva nos rituais religiosos há mais de vinte anos e afirma ainda que, em uma de suas sessões recebeu uma revelação da própria maconha de que na verdade, a *cannabis* não era uma droga, mas sim, a árvore da vida mencionada no Apocalipse. Bennett relacionou inúmeros casos de religiões que, ao longo do tempo, utilizaram a maconha em seus rituais, como forma de alcançar um nível superior de espiritualidade.

O Magistrado do caso, embora tenha reconhecido os fatos históricos listados, Bennett não obteve êxito em comprovar a efetiva relevância da *cannabis* para uma religião, entendendo que a legislação vigente naquele país não poderia privilegiar os adeptos de uma seita.

Neste ponto, cabe ressaltar que, no Canadá, a maconha é permitida para fins medicinais, com uso controlado por meio de prescrições médicas, e em relação a isso, o juiz entende que nesses casos, a erva é utilizada para proteger a segurança e a saúde pública.

Diante de toda a situação, Bennett afirmou tratar-se “claramente de uma discriminação religiosa¹⁷”.

A igreja cita em seus argumentos uma dessas passagens do livro sagrado: Êxodo 30:23, vejamos:

“ Tu pois toma para ti das principais especiarias, da mais pura mirra quinhentos siclos, e de canela aromática a metade, a saber duzentos e cinquenta siclos e da cânamo aromático duzentos e cinquenta siclos(...)”

Segundo o disposto na Bíblia, a passagem acima citada faz menção a uma quantidade de cânamo para a unção da tenda da congregação e a arca do testemunho congregação e objetos sagrados , santificando assim estas “cousas”.

Entende o sacerdote da igreja que referida palavra trata-se de uma tradução errônea de “Kaneh-Bosum”, e que o correto seria “cânhamo”, que seria um sinônimo para à maconha e dessa maneira, acredita que Jesus e seus discípulos usaram maconha para ungir e curar doentes.

¹⁶ As informações sobre o caso semelhante usado, sobre A Igreja do Universo, foram retirada em 1/12/2014 do web site: <http://libertosdoopressor.blogspot.com.br/2011/11/igreja-entra-na-justica-para-garantir.html>

¹⁷ Idem ao 16

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Inconformados com a decisão, Christopher Bennett e a Igreja do Universo irão recorrer da sentença, para garantir que seus rituais continuem sendo praticados de maneira completa, segundo seus entendimentos e costumes.

Dessa forma, podemos concluir que muito ainda está por se discutir o tema no Brasil e no mundo tendo em vista a enorme diversidade religiosa existente e a crença de que determinadas substâncias psicoativas estão diretamente relacionadas às graças que cada crença entende ser alcançada ou até mesmo a proximidade de Deus com sua utilização, cabendo ao Estado, decidir de forma imparcial e laica, observado os ditames da legislação vigente.

Em relação às garantias fundamentais, no que tange a inviolabilidade de crença religiosa, encontra-se também, assegurada a proteção dos lugares de culto, bem como suas liturgias, consoante previsto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal.

A proteção garantida pelo legislador não abarca a prática de ato que ofenda as leis pátrias, principalmente ato ilícito, assim sendo, não há como imaginar que se possa admitir, simplesmente sob a alegação de proteção à liberdade religiosa, o uso de substância expressamente proibida, já que em nosso sistema jurídico vigora a lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-SISNAD, que proíbe no Brasil o da cannabis e outras substâncias, porém a ayuhasca não faz parte de tal rol. É este o principal argumento usado para permitir o chá de Santo Daime e proibir o uso da cannabis em rituais religiosos, ainda que pareça ofensa ao princípio da igualdade, tal argumento é suficiente para embasar tal distinção entre cultos.

No tocante ao tema, ainda que não trate de questão exatamente religiosa, um importante documentário foi realizado estudando os principais usos para a “maconha”, dentre eles a indústria têxtil, construção civil e principalmente como solução para o problema ambiental relacionado ao corte de madeira para produção de papel¹⁸.

Referências

AMARAL, Sergio Miranda *A garantia constitucional da liturgia religiosa – a criminalização e a norma penal em branco*-. Disponível em :http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5967. Visualizado em 03/2015

ALVES, Othon Moreno de Medeiros Alves. *Liberdade religiosa institucional: direitos humanos, direito privado e espaço jurídico multicultural*. Fundação Konrad Adenauer, Fortaleza, 2008

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed.: Saraiva, 2007

Blog: Libertos do Opressor, matéria: Igreja entra na Justiça para garantir direito de usar maconha em cultos publicada em 28/11/2011

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 7ª ed.; Renovar, 2007.

¹⁸ A Demonização da Cannabis, Filme / Documentário, Direção: Barbara Ann Chobock.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*, 2ª ed.: Saraiva, 2012.

MAUZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldeir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAIS, Marcio Eduardo Pedrosa. *Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro*. Artigo científico publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional em 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 9ª ed.: Atlas, 2013.

_____, *Direito constitucional*. 30ª ed.: Atlas, 20014

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Proteção constitucional À liberdade religiosa – 2ª edição* – São Paulo: Saraiva, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

_____, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 13ª ed: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Mariana. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/08/stj-nega-liberdade-lider-de-igreja-rastafari-que-plantou-pes-de-maconha.html> Acesso em 26 nov. 2014.

RACHEL, Andrea Russar. *Brasil: a leicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988* –Disponível em : <http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/3#ixzz3LFfiyrXX>

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*, 2010. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

Documentários:

A Demonização da Cannabis, Filme / Documentário, Direção: Barbara Ann Chobock-País: Austrália; ano: 1994.

Episódio do Tabu Brasil sobre o uso da ayahuasca disponível no web site: <https://www.youtube.com/watch?v=ZPKFASyjpOU>. Visualizado em 01 dez. 2014.

A EMENDATIO LIBELLI E SUA EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO: UMA RELEITURA DO INSTITUTO À LUZ DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Mario Cesar Felippi Filho

Mestre em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público - ACOMP. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB. Professor Universitário nas áreas de Direito Penal e Processual Penal junto ao Centro Universitário - Católica de Santa Catarina.

RESUMO: O presente estudo visa analisar se o instituto da *emendatio libelli* previsto no Código de Processo Penal estaria em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como tecer algumas reflexões quanto a sua aplicabilidade pelo magistrado, conforme procedimento previsto no Estatuto Processual Criminal. O estudo adota como base o sistema acusatório para a persecução criminal, seguindo os preceitos da Carta Magna de 1988, muito embora haja certa divergência na doutrina pátria acerca do seu exato alcance¹. Propõe, ainda, uma reanálise do princípio da correlação entre acusação e sentença, trazendo à baila o reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia* e *narar mihi factum dabo tibi jus*, utilizados por grande parte da doutrina para justificar a máxima de que o acusado apenas se defende dos fatos narrados na peça acusatória, não havendo qualquer prejuízo em se proceder à modificação da classificação jurídica.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do objeto do processo penal; 2 Do contraditório; 3 Da ampla defesa; 4 Da correlação entre acusação e sentença; 4.1 A importância da leitura do princípio da congruência sob a ótica do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório; 5 A *emendatio libelli* no processo penal brasileiro; 5.1 Noções iniciais; 5.2 Breves ponderações acerca das expressões: *jura novit curia* e *narar mihi factum dabo tibi jus*; 5.3 A equivocada interpretação do instituto: o errôneo e ingênuo reducionismo perpetrado pela doutrina e tribunais brasileiros; Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Assim, embora para a grande maioria da doutrina o sistema hodierno seja o acusatório, alguns autores entendem estar o processo penal pautado em um sistema misto. Guilherme de Souza Nucci, contrário a grande maioria da doutrina, entende ser o sistema processual penal misto, justificando: “Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigiloso, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.).” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; p. 72). Justificando seu posicionamento, cita Nucci autores como: Rogério Lauria Tucci, Antonio Magalhães Gomes Filho, Marco Antônio de Barros, e Geraldo Prado, este último que defende que “se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória” (*apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. p. 73).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Introdução

Segundo o art. 1º, *caput*, da Carta Magna, o Brasil se constitui em um “Estado Democrático de Direito”², fato este que inegavelmente se reflete sobre a sistemática adotada pelas legislações infraconstitucionais, em especial, sobre o processo penal.

A atual Carta Maior, conforme ensina Fauzi Hassan Choukr³, tratou a perseguição criminal “com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou”, bem como buscou “dar ao processo penal uma roupagem democrática”.

Destaca o referido autor⁴, inclusive, que de uma leitura mediana do texto constitucional, torna-se clara a adoção do modelo acusatório para o processo penal brasileiro, havendo nítida separação de papéis entre acusador, defensor e julgador, bem como um tratamento diferenciado ao acusado, ou seja, “como titular de direito e não objeto da perseguição”.

Sobre o referido sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, Paulo Rangel⁵ aponta as seguintes características:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*);

b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, §1º, c/c art. 481, ambos do CPP);

c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;

d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei 11.690/08 c/c art. 93, IX, da CRFB);

e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está diante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

² “A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera processa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002; p. 119).

³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal à luz da Constituição – temas escolhidos. 1ª. ed. São Paulo: Edipro, 1999; p. 62.

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal à luz da Constituição. p. 62.

⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juis, 2009; p. 50-51 – grifos no original.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

No que concerne à chamada “roupagem democrática”⁶ introduzida no sistema processual penal, Geraldo Prado muito bem destaca que o processo penal:

[...] não é apenas o instrumento de composição do litígio penal mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade. Para tanto, afigura-se imprescindível a coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição, porquanto, institucionalizando a proteção dos mencionados direitos, reconhece-se que somente pela via democrática atingirão sua plena efetividade.⁷

Não haveria melhor definição que esta empregada por Geraldo Prado, para se identificar o chamado processo penal democratizado.

A propósito, como bem observa Feitoza⁸, “um processo penal acusatório, fundado no princípio do estado democrático de direito, não deixa espaço para um juiz autocrático, com poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos.”

Todavia, a atual fria letra da lei disposta no Cânone Processual Penal, permite ao magistrado alterar a capitulação do fato descrito na denúncia ou da queixa, sem a oitiva da parte contrária ou do Ministério Público, ainda que tenha que aplicar pena mais grave.

Esta modificação da capitulação do fato criminoso é doutrinariamente conhecida por *emendatio libelli*, conforme disposição do art. 383 do mencionado Digesto.

No entanto, “não se pode mais fazer uma leitura superficial do art. 383 do CPP e, principalmente, desconectada da principiologia constitucional.”⁹

Nessa toada, muito bem esclarece Aury Lopes Jr.¹⁰ que:

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É obvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses.

Assim, ao realizar a *emendatio libelli* quando da promulgação do decreto condenatório, estaria o magistrado excedendo suas funções processuais, em verdadeira afronta as premissas do sistema acusatório? E, mais especificamente, a atual disposição do referido instituto no Código de Processo Penal estaria em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa?

Com base em tais questionamentos, embora tolhidos em parte pela elasticidade que o presente estudo permite, passa-se a analisar inicialmente o objeto do processo penal,

⁶ Na expressão de Fauzi Hassan Choukr.

⁷ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; p. 50.

⁸ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 5ª ed. rev. ampl. e atual. 2ª tiragem. Niterói: Impetus, 2008; p. 59.

⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. vol. II. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010; p. 384.

¹⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 384.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para em seguida ponderar os princípios do contraditório, da ampla defesa e o princípio da congruência da sentença, culminando, ao final, com o esmiuçamento de algumas questões sobre o instituto da *emendatio libelli* previsto no art. 383 do Estatuto Processual Penal.

1 DO OBJETO DO PROCESSO PENAL

Magalhães Noronha¹¹ inicia sua obra Curso de Direito Processual Penal afirmando que: “É o Estado o titular do direito de punir”. Segundo o saudoso mestre processualista, “o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária.”

Com esse entendimento, leciona que a consecução do bem comum é incumbência do Estado, o qual não conseguiria alcançar se não estivesse investido do chamado *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir o crime.¹²

Fernando da Costa Tourinho Filho¹³ explica que o *jus puniendi* pertence ao Estado, sendo esta uma das expressões mais características de sua soberania. De acordo com o renomado autor, o *jus puniendi* existe *in abstracto* (quando da elaboração das leis penais pelo Poder Legislativo, cominando-se sanções àqueles que transgredirem o mandamento proibitivo da norma penal) e *in concreto* (quando alguém realiza a conduta proibida pela norma penal).

Destaca, no entanto, que “embora o Estado detenha o *jus puniendi*, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força”.¹⁴ Nesse sentido, Eberhard Schmidt, *apud* Tourinho Filho, pondera que:

‘hecha abstracción de las empresas guerreras de los detentadores del poder, nada hay causado a la humanidad tantos sufrimientos, tormentos y lágrimas, como el poder del Estado que se realiza em la actividad penal pública. Es por esto que la gran idea del Estado del derecho, que se desconfía a si mismo y que por eso reprime y compromete su poder teniendo en cuenta las trágicas experiencias que la historia del derecho penal nos proporciona, se impone em forma subyugante a cualquiera que se muestre sensible a las enseñanzas de la historia’ (Derecho procesal penal, trad. esp. José M. Muñoz, Ed. Argentina, 1957, p. 24).¹⁵

Com a propriedade que lhe é peculiar, Noronha¹⁶ ressalva que o direito estatal de punir não é ilimitado. Isso porque “mesmo depois de cometido o delito, não se pode discricionariamente[sic] aplicar a sanção, isto é, a pena ou consequência do crime.”

Nessa linha de raciocínio, Gilson Bonato¹⁷ dispõe que:

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966; p. 3.

¹² NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. p. 3.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 29.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. p. 32.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. p. 32.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. p. 3.

¹⁷ BONATO, Gilson. Processo Penal: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; p. xiii.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Violado um bem protegido penalmente, surge para o Estado a possibilidade – o dever – de investigação do fato. O único meio possível a ser utilizado será a invocação da tutela jurisdicional, através do devido processo judicial. A imposição da sanção somente será legítima se efetivada através do processo.

Nessa vertente, Noronha¹⁸ bem recorda que além da observância do princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a sanção aplicada pelo Estado “só tem lugar mediante processo e julgamento, pois a ação punitiva estatal atinge o *status libertatis* do indivíduo, donde a necessidade de obediência a outro princípio liberal: ‘*Nulla poena sine iudicio*’”.

Completa, ainda, o mencionado autor,¹⁹ que além do *jus puniendi*, deve o Estado dispor de outro direito necessário para realizar aquele: “é o *jus persequendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.”

Assim, não há como se olvidar de que a estatização da pena, conforme preleciona Bonato²⁰, “faz parte do desenvolvimento experimentado pelo direito penal, limitando o poder de perseguir e punir, que somente pode ser exercido mediante o processo judicial e pelo Estado.”

Nesse norte, muito bem explica José Frederico Marques²¹ que:

A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório. O *ne procedat judex ex officio* sucedeu à velha parêmia do direito gaulês de que “*tout juge est procureur general*”. A justiça penal passou a figurar sob a forma de um trinômio (juiz, autor e réu), em que o órgão propulsor da atividade persecutória do Estado é aquele que está investido da titularidade da pretensão punitiva, isto é, o Ministério Público.

Mais adiante, ressalta o respeitado doutrinador²² que “Despido o juiz de qualquer função persecutória, cinge-se êle[sic], pura e simplesmente, à função de órgão jurisdicional do Estado.” E conclui dispondo que a tarefa do magistrado “consiste, tão-só, em atuar, processualmente, para que seja apreciada e julgada a pretensão de punir do Estado”.

Não pairando dúvidas de que o verdadeiro detentor do *jus puniendi* seja o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, bem como o processo criminal seja o caminho para sua realização, passa-se a identificar de forma específica qual seria o verdadeiro objeto do processo penal.

Nesse passo, muito bem explica o professor Aury Lopes Jr.²³, que o referido objeto é identificado pela “pretensão acusatória”, que é composta pelos seguintes elementos:

Elemento subjetivo: refere-se àquele que figuram como titulares, ou seja, o pretendente (acusador) e àquele contra quem se pretende valer essa pretensão (réu). No processo penal, o elemento subjetivo determinante é exclusivamente a

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. p. 3.

¹⁹ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. p. 3-4.

²⁰ BONATO, Gilson. Processo Penal; p. xiii.

²¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965; p. 15.

²² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. p. 15.

²³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 378-379 – destaques no original.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pessoa do acusado, pois inaplicável a tríplice identidade da coisa julgada do processo civil.

Elemento objetivo: o elemento objetivo da pretensão no processo penal é o fato aparentemente punível, aquela conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em suma, é o *fumus commissi delicti*. Esse caso penal funcionará como delimitador da imputação, *não como cimento em que se embasa, mas como muros que a delimitam*. É, portanto, o fato naturalístico juridicamente qualificado como delito.

Elemento de atividade (declaração petitoria): é o *ius ut procedatur*, ou seja, o exercício da pretensão acusatória através as ação processual penal, que é corporificada pela acusação (denúncia ou queixa). Empregamos o termo ‘ação’ no sentido literal, de instrumento portador de uma manifestação de vontade, por meio do qual se narra um fato com aparência de delito e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma pessoa determinada. É a ação como *poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales*.

O exercício da referida pretensão é, conseqüentemente, a acusação, “fundamental para se aferir se é a sentença (in)congruente no processo penal, pois é ela quem demarca os limites da decisão jurisdicional”.²⁴

Assim, a dita “pretensão acusatória” (objeto do processo penal), pode ser vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional pelo seu titular (seja ele o Órgão Ministerial ou um particular), através da afirmação da ocorrência de um crime, para que o Poder Estatal (representado pelo togado), concretize seu poder punitivo.²⁵

Seguindo este mesmo entendimento, Paulo Rangel²⁶ ao citar Lopes Jr., também defende que “O objeto do processo penal não é a lide, mas sim a pretensão processual (acusatória), através da qual o autor deduz uma parcela da lide em juízo.”

Ao acusador, portanto, seja ele público ou privado, cabe “apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir”.²⁷

Em outras palavras, não cabe ao Estado, neste caso representado pelo magistrado, intervir de ofício na pretensão acusatória, seja ela pública ou privada, sob pena de se ferir o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), bem como a própria imparcialidade do julgador.

Gustavo Henrique Badaró, na obra “Correlação entre Acusação e Sentença”, ao aprofundar com maior propriedade o assunto relativo ao objeto do processo, em especial do processo penal, apresenta relevantes considerações.

Inicialmente esclarece Badaró que o objeto do processo, seja este penal ou civil, é a pretensão. Entretanto, adverte que não seria a chamada “pretensão punitiva”, muito utilizada em direito penal e processual, o verdadeiro objeto do processo penal.²⁸ Isso porque a pretensão pode ser material (relativa à lide e conseqüentemente anterior ao processo) ou processual (inerente ao processo). E a chamada “pretensão punitiva”

²⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 379.

²⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 379.

²⁶ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. p. 65.

²⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 379.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; p. 68-69.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

(denominada por Carnelutti como pretensão penal) “surge toda vez que alguém pratica um determinado delito, podendo o Estado exigir que essa pessoa sacrifique sua liberdade para que prevaleça a punição estatal.”²⁹ Assim, tal conceito de pretensão punitiva refere-se à pretensão material e não processual, ou seja, “uma pretensão que já existe antes do processo, e que será seu substrato”, consequentemente, não sendo o objeto do processo penal.

O objeto do processo penal, segundo Badaró³⁰, é a pretensão processual, ou seja, “aquela veiculada em juízo através do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor. Sem a pretensão processual, não existiria processo”. Essa pretensão, segundo o autor, ao final poderá ser acolhida ou rejeitada, porém jamais será uma pretensão inexistente. Enfim, a pretensão objeto do processo penal, para Gustavo Badaró é a denominada pretensão processual penal.

Contudo, indo mais além em suas exposições, conclui o referido autor que “no campo penal, o que, verdadeiramente, caracteriza a pretensão é a imputação³¹, sendo o objeto do processo o fato-crime imputado a alguém”.³² Consequência disto é que o objeto da imputação (ou seja, o fato que é imputado a alguém) deve permanecer o mesmo (imutável) ao longo de todo o processo, “pois o objeto da sentença tem de se o mesmo objeto da imputação, lá baseado em um juízo de certeza, aqui em uma possibilidade.”³³

Aury Lopes Jr. ao se alinhar as lições de Badaró, aduz que:

[...] o objeto do processo penal está ligado à imputação, que consiste na formulação da pretensão processual penal (conceito esse compatível com nossa posição), isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém e que deve permanecer imutável ao longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação. Assim, a sentença não pode ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação. A regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal.³⁴

Quanto a esta imutabilidade, Lopes Jr. destaca, ainda, o posicionamento adotado por Diogo Rudge Malan, na obra “A Sentença Incongruente no Processo Penal”, em que este autor acaba por relacionar o objeto do processo com o sistema processual, por entender que “o processo de feição acusatória se caracteriza por ser tendencialmente rígido, pois essa rigidez decorre da garantia da vinculação temática do juiz.” Esclarece Lopes Jr., inclusive, que Malan desvela uma importante relação entre a rigidez do objeto

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 75

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 77-78.

³¹ Para Badaró: “Importante destacar que, se o objeto do processo penal é a pretensão processual penal, e sendo a imputação o meio pelo qual se formula tal pretensão, o objeto do processo penal não pode ser a imputação, que é o veículo da pretensão. Por isso, o objeto do processo penal não é a imputação, mas sim aquilo que foi imputado, isto é, o objeto dessa imputação.

A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese: trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser a atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal. O objeto da imputação, por outro lado, é o fato que foi atribuído a alguém” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p.81-83).

³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 91.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 87.

³⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 379-380.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

e o sistema acusatório, no qual o juiz, atuando como mero expectador, “não tem a gestão da prova e tampouco invade o elemento objetivo da pretensão para alterá-lo”.³⁵

Por fim, conclui Aury Lopes Jr. ser indispensável que o juiz se abstenha em ampliar ou restringir a pretensão acusatória, julgando-a sempre dentro dos seus limites, muito embora nada o impeça de julgar acolhendo-a no todo ou em parte, diante das provas produzidas pela persecução criminal.³⁶

Todavia, em sendo necessário tal intervenção judicial, visto que toda regra possui exceções, indispensável, consequentemente, assegurar as garantias decorrentes do sistema acusatório, especialmente relativas ao contraditório e a ampla defesa.

Desse modo, forçoso concluir ser imprescindível para a compreensão dos limites do sistema acusatório, em especial para a atuação do juiz perante o processo penal, a exata delimitação do objeto do processo penal, que para Badaró seria, em apertada síntese, a “pretensão processual penal”, mais precisamente o “objeto da imputação”, já para Lopes Jr., seguido por Rangel, a “pretensão acusatória”. Tal objeto, empregado pelo acusador através da denúncia ou da queixa-crime, deverá, contudo, permanecer, inalterado ao longo do processo, pois delinea os limites da decisão jurisdicional.

2 DO CONTRADITÓRIO

Nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal³⁷: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Presente expressamente no texto constitucional, o princípio do contraditório, também conhecido por princípio da bilateralidade da audiência, princípio *audiatur et altera pars* ou princípio da bilateralidade da ação, de acordo com Denilson Feitoza³⁸:

Consiste na ciência bilateral (ao autor e ao réu) dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los, tendo as partes a ocasião e a possibilidade de intervir no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.

Significa, pois, “a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse.”³⁹

Para Norberto Avena⁴⁰, trata-se de um direito assegurando aos litigantes de serem cientificados “de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo se manifestar a respeito e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional a respeito.”

³⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 380.

³⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. p. 380.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no D.O.U. em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2012.

³⁸ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. p. 857.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; p. 286.

⁴⁰ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 3ª tiragem. São Paulo: Método, 2009; p. 22.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Vicente Greco Filho⁴¹ muito bem explica que “o contraditório não se refere apenas à instrução, colheita de provas, mas à própria oportunidade de contrariar a acusação de modo, em tese, eficiente.”

No entanto, o que interessa ao processo é se tal direito (garantia) fora efetivamente assegurado, ou seja, dando-se efetivamente ciência e oportunidade as partes para manifestarem no exercício de sua defesa. Nesse sentido, Feitoza preleciona que:

O contraditório e a ampla defesa são “assegurados” nos processos judiciais e administrativos, o que não significa que tenham que ocorrer como se fossem da essência dos processos. O que interessa é se foram efetivamente assegurados.⁴²

Caminhado mais a fundo no tema em comento, especialmente no que concerne a efetividade e o equilíbrio do contraditório, Gustavo Henrique Badaró leciona que:

A incidência da igualdade substancial no contraditório mostrou a necessidade de implementá-lo e efetivá-lo. O contraditório deixa de ser uma mera possibilidade para se transformar em uma realidade. Deve haver uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denominou contraditório efetivo e equilibrado.⁴³

Na sequência, adverte o referido autor, contudo, que este não mais se satisfaz com a mera possibilidade de reação. Defende, desse modo, ser:

[...] necessário estimular e buscar a realização da reação, para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe através de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, para se atingir uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja mais justa.

A releitura das regras processuais, que concretizam o princípio do contraditório, exige uma interpretação que assegure ao máximo a efetividade e plenitude do contraditório, com ampla e igualitária atuação das partes e do próprio juiz. Esse contraditório pleno e efetivo traz como consequência a necessidade de reação que deve ser estimulada, não mais se satisfazendo com a mera possibilidade.⁴⁴

Contudo, merece especial destaque a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁵, ao ressaltar que do princípio do contraditório decorrem duas importantes regras: a igualdade processual e a liberdade processual.

Quanto à igualdade processual, explica o renomado autor⁴⁶ que:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 8ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010; p.57.

⁴² FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 135.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 30-31.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 31.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. p. 74.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. p. 72.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

“superpartes”, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”.

Já quanto à regra da liberdade processual, ressalta que:

Esta última consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem quiser e entender; na faculdade que possui de apresentar provas que entender convincentes, desde que permitidas em Direito, de formular ou não perguntas às testemunhas etc.⁴⁷

Por fim, facilmente se constata que o princípio em tela atua como um dos mais importantes postulados do sistema acusatório, revelando-se como o direito constitucionalmente garantido às partes (acusação e defesa), em especial no processo criminal, de tomarem ciência de todos os atos processuais, além de poderem se manifestar sobre tais atos, produzir e contrariar provas, assegurando absoluta equidade processual (de modo pleno e eficaz) entre os litigantes.

3 DA AMPLA DEFESA

Do mesmo modo que o princípio anteriormente estudado, a ampla defesa também está prevista expressamente na Carta Magna, junto ao supra citado inciso LV.

Além de estar prevista no mesmo dispositivo em que se encontra o contraditório, a ampla defesa acaba por guardar forte ligação com aquele, pois, nas palavras de Norberto Avena⁴⁸, se não bastasse traduzir o dever do “Estado de facultar ao acusado a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada”, assegura que “ninguém pode ser condenado sem antes ter a oportunidade de ser ouvido quando aos fatos imputados”.

Nesse norte, Rogério Lauria Tucci, citado por Avena⁴⁹, esclarece que:

[...] a concepção moderna da garantia da ampla defesa reclama, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, genericamente consideradas, a saber: a) o direito a informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contrariedade); c) o direito à prova legalmente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade).

Interessante ressaltar que alguns autores pátrios acabam por tratar de forma unitária os princípios do contraditório e da ampla defesa⁵⁰, especialmente por ambos tratarem diretamente sobre a defesa do acusado.

Contudo, não há como se negar que ambos estão intrinsicamente ligados na persecução criminal de cunho acusatório, perante um Estado Democrático de Direito,

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. p. 74.

⁴⁸ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático; p. 23

⁴⁹ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. p. 23

⁵⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho, por exemplo, ao analisar os princípios que regem o processo penal, trata com profundidade o princípio do contraditório em tópico específico, sem abrir novo tópico para tratar da ampla defesa. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1 p. 72-77).

Vicente Greco Filho, ao seu passo, ao tratar dos princípios constitucionais do processo penal, afirma que: “A ampla defesa se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória, em algumas soluções técnicas dentro do processo, as quais, na verdade, tornam efetiva a garantia”. E, mais adiante: O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa [...]”. (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. p.55-57).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

em que o processo penal é verdadeiro instrumento de garantia constitucional contra possíveis abusos do Estado. Nessa ótica é a lição de Castanho de Carvalho.⁵¹

Para Denilson Feitoza⁵², o princípio da ampla defesa retrata o dever do Estado em proporcionar a qualquer acusado a mais completa defesa, seja ela pessoal ou técnica, além de prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem dela necessite. Dessa forma, a ampla defesa estaria também implicitamente presente no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal⁵³, *in verbis*: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Objetivando facilitar a compreensão de sua abrangência, boa parte da doutrina acaba por subdividir o princípio em tela em duas vertentes ou garantias: autodefesa e defesa técnica.

A autodefesa consiste, segundo Feitoza⁵⁴, na pessoal participação do acusado no contraditório, através de sua contribuição para a função defensiva. Esta, por sua vez desdobra-se no direito de audiência (consistente na oportunidade do acusado de influir na defesa através do seu interrogatório) e no direito de presença (consistente na possibilidade do acusado tomar posição sobre o material produzido, sendo-lhe garantida, ainda, a imediação com o defensor, o juiz e as provas).

Esclarece Nucci⁵⁵, inclusive que a autodefesa “é promovida pelo próprio acusado, valendo-se de seus argumentos e raciocínio lógico, ainda que despidos de juridicalidade.” Destaca, ainda, que seu momento inicial deflagra-se com a prisão em flagrante ou indiciamento em investigação policial, eis que surge ao réu o direito ao silêncio (sob o prisma da presunção de inocência) para amparar sua autodefesa.

Já a chamada defesa técnica, segundo o referido autor⁵⁶, é “sustentada pelo advogado, cuja habilitação é supervisionada pelo Estado e depende de elevado grau de conhecimento técnico”.

A referida defesa, no entanto, caracteriza-se por vários aspectos, como bem lembra Denilson Feitoza:

[...] o advogado constituído deve, efetivamente, enviar esforços para carrear aos autos elementos favoráveis ao acusado; o juiz deve verificar se a defesa técnica está sendo ou foi desempenhada adequadamente, sob pena de considerar o réu indefeso; o juiz de 1º grau, diante de atividade defensiva insatisfatória, deve diligenciar sua integração pela repetição do ato processual viciado ou por sua realização, só sentenciando após as diligências necessárias à concreta garantia da ampla defesa; o tribunal de segundo grau, ao apreciar sentença que julgou o mérito sem o devido controle das garantias da defesa, deve presumir o prejuízo, no caso de não-exercício de atividades defensivas consideradas essenciais, ou, nos

⁵¹ “Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais. Se para o autor da ação penal exige a garantia do direito de ação, para o réu há a garantia de desembaraçar-se desta, dentro dos prazos legais.” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; p. 143).

⁵² FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*; p. 135.

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁵⁴ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*; p. 135.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*; p. 264.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*; p. 264.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

demaís casos, de repetir o ato viciado ou realizar o omitido, em contraditório, podendo confirmar ou reformar a sentença, ou ainda, anular o ato processual viciado e a sentença, na hipótese de comprovação do prejuízo.⁵⁷

Além da autodefesa e da defesa técnica, Eugênio Pacelli de Oliveira elenca como indispensável para a realização do princípio da ampla defesa a chamada defesa efetiva⁵⁸, bem como a defesa por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado⁵⁹.

Por fim, o princípio da ampla defesa pode também ser entendido como o direito concedido ao réu “de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.” E, ao justificar tal assertiva, Guilherme de Souza Nucci⁶⁰ explica que, por ser o réu a parte mais hipossuficiente frente ao Estado, o qual age por órgãos constituídos e preparados, e vale-se de dados e informações de fontes que detém maior acesso, “merece um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.”

Assim, nessa perspectiva, a ampla defesa não se restringe apenas em dar oportunidade ao acusado em se defender pessoalmente, ou ter sua defesa realizada por meio de defensor devidamente habilitado. Deve ela ser verdadeiramente efetiva para a consagração do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, em que o processo é tratado como instrumento de garantia constitucional.

⁵⁷ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*; p. 135-136.

⁵⁸ “Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado. Aliás, conforme teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, a manifestação da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de condenação ao mínimo legal, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa efetiva (HC nº 82.672/RJ, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio. Informativo STF nº 325, p. 2). Na oportunidade, o Ministro Carlos Brito, vencido no julgamento, argumentou tratar-se de estratégia da defesa, com o único objetivo de obter a nulidade do processo. Com ou sem razão Sua Excelência, no que se refere a ser ou não estratégia da defesa, o fato é que o Judiciário impõe-se o controle do efetivo exercício da ampla defesa. Nessa medida, se o defensor, constituído ou dativo, não a exerce, cabe ao julgador nomear defensor unicamente para aquele ato, tal como ocorre no plenário do júri, nos termos do art. 497, V, do CPP, prosseguindo-se com o processo. Infelizmente, o STF não adota o mesmo ponto de vista quando se trata de ausência de alegações finais pelo defensor CONSTITUÍDO; em tais situações, reconhece-se apenas hipóteses de nulidade relativa, ou seja, dependente da arguição do interessado, sob pena de preclusão. Nesse particular, não só parece, mas, a nosso juízo, trata-se mesmo de contradição.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008; p. 33).

⁵⁹ “De outro lado, conquanto possa ser justificado sob fundamentação diversa porque não se pode esperar outra atitude de um Estado que se proclama democrático e de Direito, é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas ilicitamente, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do estado de necessidade, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da necessidade do comportamento e/ou de sua eminência.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed.; p. 34).

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; p. 40.

4 DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E SENTENÇA

De acordo com Reinaldo Alves, “vigora no processo penal o princípio da correlação (correspondência ou congruência), segundo o qual a sentença deve estar em consonância com os fatos descritos na denúncia ou queixa.”⁶¹

Como princípio enraizado na sistemática do processo penal, a correlação entre acusação e sentença também é identificada pela doutrina como princípio da vinculação do magistrado aos fatos da causa ou, ainda, como princípio da correspondência entre postulado e pronunciado.⁶²

Segundo Denilson Feitoza⁶³, o referido princípio, no âmbito processual penal, “consiste na correlação que deve haver entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado”.

Sobre o princípio em comento, Paulo Rangel explica que:

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre as quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes, sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra e extra petita*.

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos os pedaços do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento a denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas, substancialmente, novas a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial. Do contrário, a sentença será manifestamente nula.⁶⁴

No mesmo sentido, Norberto Avena⁶⁵ aduz que a correlação ou congruência traduz-se, pois, “como a necessidade de que a sentença amolde-se ao fato descrito na denúncia ou na queixa”, vedando-se, conseqüentemente o julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*.

Utilizando-se do conceito de Aragoneses Alonso, e adaptando-o ao processo penal, Aury Lopes Jr⁶⁶, define a congruência como “aquele princípio normativo dirigido a delimitar as faculdades resolutórias do órgão jurisdicional, pelo qual deve existir identidade entre a decisão e o debatido, oportunamente, pelas partes”.

Em outras palavras, explica Badaró que:

A regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado, durante todo o desenvolver do iter

⁶¹ ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal. 7ª ed. rev. atual e ampl. Niterói: Impetus, 2010; p. 470.

⁶² FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 857.

⁶³ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 857.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. O Garantismo Penal e o Aditamento a Denúncia; p. 4.

⁶⁵ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado; p. 920

⁶⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 380.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

procedimental. Não pode haver alterações do objeto do processo, considerado em seus momentos extremos. Desde o momento inicial, com a acusação, até o seu término, com a sentença, o objeto do processo não pode, em regra, sofrer alterações.⁶⁷

Pode-se, desse modo, entender o princípio da correlação como sendo o “liame que conecta os termos da acusação e aquilo que será enfrentado pelo juiz na prolação da sentença”⁶⁸. Inegável, contudo, reconhecer que tal princípio também “trata-se de uma garantia do devido processo legal e, consequentemente, do direito de defesa” do acusado, conforme aduz Reinaldo Rossano Alves.⁶⁹

4.1 A IMPORTÂNCIA DA LEITURA DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO CONTEXTO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Inicialmente, importante relembrar a conclusão esposada por Lopes Jr. no sentido de que “respeitada a opção ‘acusatória’ feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz”.⁷⁰

Nesse passo, colhe-se dos ensinamentos de Badaró:

Particular relevo merece a nova ordem constitucional, que instituiu um processo penal, preocupado sim com a eficácia da persecução penal, mas, sobretudo, um processo penal acusatório, em que o réu é um verdadeiro sujeito de direitos e garantias inerentes a um processo justo. O processo penal atual tem balizas bem definidas, não podendo desrespeitar os direitos e garantias constitucionais do acusado. Não se pode aceitar qualquer processo, mas somente o devido processo legal.

Nesse contexto, e devido à insuficiente disciplina legislativa da matéria aqui versada⁷¹, será necessário analisar as normas legais sobre a correlação entre acusação e sentença à luz do novo modelo processual penal.⁷²

Aury Lopes Jr.⁷³ destacando, então, o quão fundamental é a leitura conjugada do princípio da congruência com os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como sua correlação com o sistema acusatório, pois se vincula ao princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), tece alguns pontos relevantes a serem refletidos.

O primeiro deles é relativo ao sistema acusatório, no qual Lopes Jr.⁷⁴ afirma que a congruência somente tem razão de existir neste tipo de sistema (acusatório), pois ela é um mecanismo que concretiza, na dinâmica processual penal, os princípios

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 110.

⁶⁸ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado; p. 920

⁶⁹ ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal; p. 470.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal; p. 170.

⁷¹ No caso, a *emendatio libelli*.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 160.

⁷³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 380.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 381.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

constitucionais, em especial o princípio do contraditório, que somente encontra efetiva condição de existência no referido sistema.

Segundo o autor⁷⁵, grande parte da problemática que circunda a aplicação da congruência perante o sistema processual penal brasileiro decorre do fato de que a estrutura do Código de Processo Penal está alicerçada em uma matriz inquisitória, embora não haja “outra opção a ser seguida que não a luta pela prevalência da Constituição e da filtragem constitucional”.

Desse modo, em virtude do sistema acusatório-constitucional, “deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação”. Isso porque quando o magistrado assume uma postura ativa, como, por exemplo, ao agir de ofício na busca de probatória ou na decretação de medidas cautelares, embora previstas tais possibilidades nas legislações infraconstitucionais, estaria ele fulminando, “numa só tacada, a estrutura acusatória, o contraditório, a ampla defesa e o princípio supremo do processo: a imparcialidade do julgador”.⁷⁶

Não é por outro motivo que Geraldo Prado⁷⁷ destaca a necessidade de serem observados alguns cuidados, em se tratando da aplicação do princípio da correlação no processo penal, em que acusação, defesa e juiz possuem funções bem delimitadas, especialmente com o fim de se evitar prejuízo ao exercício da defesa, em verdadeiro respeito ao sistema acusatório.

O **segundo** ponto posto em debate por Lopes Jr. refere-se ao princípio do contraditório, também diretamente relacionado com o princípio da correlação (ou congruência), visto que o campo decisório do magistrado deve pautar-se no binômio informação-reação, não podendo julgar questões não debatidas pelas partes no processo.

Crucial nesta questão é compreender que o contraditório deve incidir sobre as questões de fato e de direito, como bem aponta BADARÓ, não havendo mais espaço constitucional para continuarmos mutilando o contraditório em nome de uma equivocada leitura do adágio *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Não há mais razão, no marco do processo penal constitucional, para aceitar-se a exclusão das questões de direito do princípio da correlação, havendo uma imperiosa necessidade de (re)ler-se o art. 383 [...] com a consciência de que o contraditório também sobre elas incide. Até porque, essa lógica binária de questão de fato – questão de direito, na complexidade contemporânea, não é nada clara, ou seja, as questões se misturam e coexistem, não se excluem, sendo reducionismo operar-se na lógica binária.⁷⁸

Nessa toada, ressalta Gustavo Badaró⁷⁹ que “o respeito ao contraditório visa, também, a evitar surpresas às partes.” Assim, tal princípio, segundo o autor, impõe ao juiz a comunicação prévia às partes antes de tomar qualquer decisão, ainda que lhe seja autorizado atuar de ofício.

E, na sequência, destaca que “O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito.”

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 381.

⁷⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 381.

⁷⁷ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 164-165.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 381-382.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 162.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

⁸⁰ Ou seja, embora a descrição jurídica seja apenas matéria de direito, em caso de sua modificação pelo togado, as partes devem ser previamente comunicada, evitando-se surpresas.

Assim, muito embora a modificação da qualificação jurídica do fato descrito pela acusação não represente, “para fins de correlação entre acusação e sentença, quebra da identidade do objeto do processo”, visto que tal correlatividade diz respeito unicamente ao fato concreto e não ao direito, como bem adverte Badaró⁸¹, isso não significa que o magistrado, não deva “respeitar e fazer observar o contraditório, determinando que as partes se manifestem, previamente, sobre a nova definição jurídica que poderá ser dada ao fato imputado”⁸²

Por fim, destaca ainda Lopes Jr.⁸³ a necessidade de identidade entre o que foi decidido e debatido, pois o que for além do pedido, necessário antes passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. De igual forma, entende que seria uma forma de reducionismo pensar o princípio da congruência no binômio acusação-sentença, porque “não se pode admitir a decisão acerca da matéria não submetida ao contraditório. Portanto, os limites da decisão vêm demarcados por uma dupla dimensão: acusação e contraditório.”

O **terceiro** questionamento envolve o direito de defesa, diretamente atingido pela promulgação de uma sentença incongruente, pois retira a possibilidade do réu de se defender de tudo aquilo que foi objeto da decisão, mas que não se encontrava na acusação. Tal surpresa, segundo Aury Lopes Jr.⁸⁴, acarreta um “inegável estado de indefesa”, sendo óbvio o prejuízo ao acusado.

Seguindo essa linha de raciocínio, o referido autor⁸⁵ esclarece que tal direito de defesa mantém íntima correlação com o contraditório, devendo, inclusive, a acusação ser clara e individualizada para permitir a defesa do réu.

Da estreita relação entre a defesa do acusado e a correlação entre acusação e sentença, Castanho de Carvalho aduz que:

Decorrencia da ampla defesa é, também, a similitude entre a acusação e a sentença condenatória, nos termos dos arts. 383 e 384 do Código, que tratam da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. A desobediência a esses preceitos acarreta nulidade processual. A crítica fica por conta da redação de ambos os dispositivos que carecem de uma interpretação sistemática. Por decorrência do princípio da

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 162.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 117.

⁸² Colhe-se do escólio de Badaró, *in verbis*: “[...] Sendo a imputação a atribuição de um fato penalmente relevante a alguém, ela exige não só a atribuição do fato, mas também que esse fato esteja juridicamente qualificado, do ponto de vista do direito penal. Melhor dizendo, trata-se de atribuição de um fato concreto, mas enquadrado em um determinado tipo penal. A qualificação jurídica do fato também integra a imputação. Porém, permanecendo inalterado o substrato fático da imputação, eventual mudança da qualificação jurídica de tal fato não representa, para fins de correlação entre acusação e sentença, quebra da identidade do objeto do processo. A relação de correlatividade, portanto, diz respeito, unicamente, ao fato e não ao direito. Contudo, embora possa o juiz alterar a qualificação jurídica dos fatos, sem que se altere o objeto do processo, isso não significa que não deva ele próprio respeitar e fazer observar o contraditório, determinando que as partes se manifestem, previamente, sobre a nova definição jurídica que poderá ser dada ao fato imputado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 117).

⁸³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 382.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 382.

⁸⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 382.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

correlação entre sentença e pedido, é indispensável, sempre, que o Ministério Público adite o pedido no caso de *mutatio* ou *emendatio*, bem como, em obediência ao princípio de ampla defesa, o réu se manifeste especificamente sobre o aditamento, devendo novamente ser citado e interrogado.⁸⁶

Por outro lado, explica Lopes Jr. que “de nada servem essas regras em torno da imputação, se o juiz modificar, no curso do processo, as questões de fato ou de direito gerando a surpresa e a situação de evidente cerceamento de defesa”, seja porque não se defendeu do fato novo, seja porque não se defendeu de nova qualificação jurídica.⁸⁷

No mesmo sentido a lição de Badaró⁸⁸: “Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la.”

Conclui Lopes Jr.⁸⁹ que a aplicação (ou abrangência) do princípio da correlação não seria apenas adstrito entre acusação e sentença, de modo simplista nesta superficial bilateralidade, mas sim entre a acusação, a defesa, a instrução e a sentença. Ressalta, no entanto, ser possível alterar a pretensão acusatória, especialmente seu elemento objetivo, desde que haja estrita observância do princípio do contraditório, peça fundamental do sistema acusatório, evitando-se qualquer forma de surpresa ao réu, bem como garantindo-lhe o seu pleno direito de defesa.

Geraldo Prado, da mesma forma, também entende ser absolutamente razoável que se possibilite ao acusador (Ministério Público ou Querelante) alterar a qualificação jurídica do fato criminoso (seja por reconhecer outro de igual ou menor gravidade, seja por reconhecer outro mais grave), durante a instrução processual.⁹⁰ Contudo, adverte que “admitir que o juiz o faça afronta o princípio acusatório, o que não é aceitável mas se admite, quando muito, em uma medida de preservação das garantias do acusado”⁹¹, nos casos em que a modificação da qualificação jurídica do fato seja para outra infração de igual ou menor gravidade.

Por fim, ressalta o referido doutrinador ser condição *sine qua non* para sua validade, que seja oferecido à defesa oportunidade para debater, bem como produzir provas caso esta entenda necessário, para, somente então, o magistrado proferir o decreto condenatório. Contudo, tal modificação realizada pelo juiz seria excepcional, sendo que, “O ideal, conforme o princípio acusatório, é que apenas ao autor seja permitido alterar a qualificação jurídica do fato, em qualquer hipótese.”⁹²

⁸⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição; p. 154.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 382.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 162.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 383.

⁹⁰ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 167.

⁹¹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 167-168.

⁹² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 168.

5 A EMENDATIO LIBELLI NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

5.1 NOÇÕES INICIAIS

A *emendatio libelli*, de acordo com Vicente Greco Filho⁹³, “é a correção da classificação do delito sobre o mesmo fato constante da denúncia ou queixa”.

Para Andrey Borges de Mendonça⁹⁴ a *emendatio libelli* seria uma “mera correção na classificação jurídica da acusação – inclusive sendo este o sentido da expressão latina, pois emenda significa correção, enquanto libelo tem o significado de imputação”.

Esclarece José Eulálio Figueiredo de Almeida⁹⁵ que o referido instituto permite ao juiz “antes da prolação da sentença, corrija a errônea ou equivocada classificação do crime, seja o delito de ação penal pública ou privada”.

Ensina Eugênio Pacelli de Oliveira⁹⁶ que a *emendatio* não seria outra coisa senão “a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto em lei.”

Prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, a *emendatio libelli* assim dispunha antes da reforma processual:

Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Empós a edição da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008⁹⁷, assumiu a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Em análise a tal modificação, Andrey Borges de Mendonça⁹⁸, afirma que o fato descrito na denúncia continua o mesmo. Segundo o autor “A reforma deixou isto claro, melhorando a antiga redação do art. 383 ao gizar que o juiz pode alterar a definição

⁹³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. p. 307.

⁹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008; p. 227.

⁹⁵ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; p. 274.

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal; p. 508.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 20 mai. 2013.

⁹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal. p. 228.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

jurídica do fato, mas “sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa”.

A reforma introduzida pela referida Lei, conforme se observa, apenas melhorou a compreensão do instituto, clareando sua redação o mais próximo possível do entendimento já firmado pela doutrina e jurisprudência, no que concerne a impossibilidade do magistrado alterar a descrição do fato, tratando-se da hipótese apenas da modificação de sua capitulação.

Incluiu, ainda, dois novos parágrafos referentes à suspensão condicional do processo (§ 1º) e a mudança de competência (§ 2º) cuja orientação, na prática, já era adotada pelos tribunais.

Insta ressaltar, por oportuno, que com a dita reforma, o procedimento da *emendatio* passou a estar expresso no art. 418⁹⁹ do CPP para os procedimentos relativos aos processos da competência do Júri.

Percebe-se, em contrapartida, que a Reforma do instituto em foco foi omissa quanto à necessidade de se dar ciência as partes processuais (acusação e defesa) antes de efetivar-se a modificação, em evidente desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa (corolários do sistema acusatório albergado pela Carta Maior), mantendo-se o entendimento de que o togado pode, conseqüentemente, proceder de ofício ao proferir o *decisum*, sem observância a outras formalidades.

No entanto, tal problemática facilmente seria evitada se a redação do projeto de Lei que deu origem a edição da Lei 11.719/2008, tivesse sido respeitado em sua integralidade.

Isso porque o referido Projeto de Lei nº 4.207/2001¹⁰⁰, em sua proposta inicial para a nova redação do art. 383, assim dispunha:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

§ 2º A providência prevista no *caput* deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

§ 3º Se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.(NR)

No parágrafo 1º de seu texto legal, claramente se percebe a preocupação do legislador em garantir o contraditório e a ampla defesa, ao dispor que, em sendo

⁹⁹ “Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.” (BRASIL. Código de Processo Penal).

¹⁰⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.207, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/PL/2001/msg213-010308.htm Acesso em: 23 mai. 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

modificada a capitulação jurídica ao fato descrito na exordial, as partes deverão ser intimadas, antes da prolação da sentença.

Entretanto, tal disposição não restou albergada pela Lei reformadora, a qual apenas quedou-se silente quanto ao assunto, em verdadeira afronta ao sistema acusatório-constitucional e aos seus princípios norteadores, conforme adiante demonstrado.

5.2 BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DAS EXPRESSÕES: *JURA NOVIT CURIA* E *NARRA MIHI FACTUM DABO TIBI JUS*

Antes de se adentrar ao tema propriamente dito, necessário esclarecer e uniformizar alguns pontos acerca das expressões em epígrafe. Isso porque a doutrina diverge na sua qualificação, descrevendo-as ora como axiomas, ora como brocardos, ora como aforismos, e até mesmo como princípios. De igual modo, também não há unanimidade quanto as suas formas escritas.

Desse modo, importante observar que o vocábulo “axioma”, segundo Deocleciano Torrieri Guimarães¹⁰¹, significa: “Proposição cuja verdade é de evidência imediata, que não requer demonstração”. Já o denominado “brocardo”, para o referido autor é o:

Adágio jurídico, Aforismo. Os brocardos são ensinamentos práticos reduzidos a pequenas lições e funcionam como auxiliares na aplicação das normas. Guardam experiência jurídica de antigos legisladores, com a qual ajudam na aplicação correta das leis. Têm conexão com os “princípios gerais do Dir.” [...] ¹⁰²

De Plácido e Silva, contudo, é mais contundente em suas explicações, donde se pode constatar a semelhança nas referidas expressões:

AXIOMA: Também chamado ditado, brocardo, máxima, parêmia, provérbio, indica o preceito abstrato, geralmente formulado em latim, que se evidencia por si mesmo, desnecessária a demonstração, base da interpretação enunciativa. ¹⁰³

BROCARDO: denominação dada aos adágios ou aforismos jurídicos. ¹⁰⁴

AFORISMO: É a expressão usada para designar certas máximas, que contêm verdades fundadas na experiência e na reflexão, e que, por isso, em síntese, estabelecem um princípio, uma regra, uma sentença, que deva ser aceita. ¹⁰⁵

Constata-se, conseqüentemente, que o axioma, o brocardo e o aforismo são expressões que podem ser utilizadas como sinônimas. Estas indicariam, em suma, preceitos abstratos, geralmente em latim, que demonstrariam uma evidência que independe de comprovação.

No âmbito jurídico seriam ensinamentos práticos reduzidos a pequenas lições, com elevado grau de abstração e generalidade, oriundas da experiência jurídica de antigos legisladores. Por conta disto, um axioma (brocardo ou aforismo) pode também ser

¹⁰¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2005; p. 121.

¹⁰² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico; p. 138.

¹⁰³ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997; p. 108 – destaques no original.

¹⁰⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico; p. 44 – destaques no original.

¹⁰⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico; p. 136 – destaques no original.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

considerado uma máxima que em poucas palavras contém uma regra ou um princípio de grande alcance.

Uma vez justificado suas qualificações, passa-se agora a análise dos seus conteúdos, iniciando-se pela expressão latina *jura novit curia*.

Acerca de sua etimologia, Carlos Alberto Matheus López e Silvia V. Solorzano Astete, no texto “*La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*”¹⁰⁶, explicam pormenorizadamente seu significado, conforme segue:

A “IURA NOVIT CURIA” é um aforismo latino de grande importância no campo do direito material e processual. Por tanto resulta indispensável para seu melhor estudo e análise, partir de suas raízes etimológicas, com isso o significado do aforismo deve desintegrar-se e, em seguida, avançar para conceituar cada uma das três palavras que o compõem.

CURIA: Tribunal, constitui o sujeito da oração; concebendo-se como “a autoridade judicial” – Juízes em seus diversos níveis –, que exerce a função jurisdicional; ou seja, responsáveis pela resolução de conflitos ou casos específicos levantados pelo requerente e contrariado pelo requerido.

NOVIT: Verbo que significa “conhecer”, “saber”; este último no sentido de não haver mais o que averiguar e que a autoridade judicial conhece o direito.

IURA: Significa “direito” entendendo-se todas as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

A partir desta estrutura etimológica podemos determinar que o aforismo latino “IURA NOVIT CURIA” significa “O Tribunal conhece os direitos”.

Então o aforisma IURA NOVIT CURIA faz alusão tanto a função do Tribunal – Juiz –, como ao seu profissionalismo, quer dizer, ao seu conhecimento do direito aplicável ao caso que deve julgar, sem que lhe seja permitido deixar de julgar, mesmo em situações de lacunas ou vazios do direito.

No desenvolvimento da etimologia de IURA NOVIT CURIA surge uma polêmica ao estabelecer se a palavra “IURA” deve ser considerada em sua forma plural ou singular; sem embargo, ao constituir a palavra “IURA” como o plural da palavra latina IUS = DERECHO e atendendo ao significado dos outros dois componentes que compõe o aforismo, IUS deve empregar-se em sua aceção plural, ou seja, IURA que significa “direitos” alcançando tanto os direitos objetivos e subjetivos, como hoje em dia vem se cogitando, e por essa razão tal polêmica não requer maior análise por carecer de transcendência.¹⁰⁷

¹⁰⁶ LOPÉZ, Carlos Alberto Matheus; ASTETE, Silvia V. Solorzano. *La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*. Artigo elaborado durante o doutorado em direito da segunda autora na Universidad de San Martín de Porres (USMP), em Santa Anita, Lima, Peru. Disponível em:

<<<http://www.derecho.usmp.edu.pe/>>> Acesso em: 30 maio 2013 – destaques no original.

¹⁰⁷ No original: “*El “IURA NOVIT CURIA” es un aforismo latino de gran importancia en el campo del derecho material y procesal. Por tanto resulta indispensable para su mejor estudio y análisis, partir de sus raíces etimológicas, con esa razón el significado del aforismo debe desmenuzarse y luego procederse a conceptuar cada una de las tres palabras que la conforman.*

CURIA: Tribunal, constituye el sujeto de la oración; concibiéndose como tal “a la autoridad judicial – Jueces en sus diversos niveles –, que ejerce función jurisdiccional; esto es, encargados de resolver las controversias o los casos concretos formulados por la parte accionante y contradicha por la parte accionada. NOVIT: Verbo que significa “conocer”, “saber”; éste ultimo en el sentido de no haber mas que averiguar y que la autoridad judicial sabe de derecho.

Tratando a expressão como um princípio, Geraldo Prado Aduz que: “Ao juiz caberá, de acordo com o princípio tantas vezes aludido – *jura novit curia* – a dicção do direito aplicável à espécie.”¹⁰⁸

Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰⁹, também empregando a expressão *jura novit curia* como um dos princípios do processo penal pátrio, explica que ele refere-se ao: “princípio da livre dicção do direito – o Juiz conhece o direito”.

Embora não se saiba com exatidão a origem exata deste princípio, Carlos Alberto Matheus López e Silvia V. Solorzano Astete explicam que implicitamente ele pode ser encontrado em quase todos os sistemas jurídicos. Aludem, contudo, os referidos autores a obra de Santiago Sentís Melendo, o qual explica que este aforismo pode ter surgido da frase de um juiz que cansado das dissertações jurídicas de um advogado, interrompia-o dizendo: “Vá aos fatos. O tribunal conhece o Direito”. Por fim, aduzem que umas das primeiras manifestações do mencionado princípio encontram-se na atuação do pretor do Direito Romano.¹¹⁰

Contudo, o referido brocardo jurídico é comumente associado pela doutrina pátria com a segunda expressão em estudo – *narra mihi factum dabo tibi jus* – a qual pode ser traduzida como “narra-me o fato e te darei o direito”.

Nesse sentido preleciona Reinaldo Rossano Alves:

IURA: Significa “derecho” entendiéndose todas las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

A partir de esta estructura etimológica podemos determinar que el aforismo latino “IURA NOVIT CURIA” significa “El Tribunal conoce los derechos”.

Entonces el aforisma IURA NOVIT CURIA hace alusión tanto a la función del Tribunal – Juez –, como a su profesionalismo, es decir, a su conocimiento del derecho aplicable a la situación que debe juzgar, sin que le sea permitido dejar de juzgar, incluso, en situaciones de laguna o vacíos del derecho.

*En el desarrollo de la etimología del IURA NOVIT CURIA a existido una polémica al establecer si la palabra “IURA” debe ser considerada en su forma plural o singular; sin embargo, al constituir la palabra “IURA” como el plural de la palabra latina IUS = DERECHO y atendiendo el significado de los otros dos componentes que conforman el aforismo, IUS debe emplearse en su acepción plural, es decir IURA que significa “derechos” alcanzando tanto a los derechos objetivos y subjetivos, como hoy en día se viene acogiendo, y por esa razón tal polémica no há requerido mayor análisis al carecer de trascendencia.” (LOPÉZ, Carlos Alberto Matheus; ASTETE, Silvia V. Solorzano. *La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*; p.1 – destaques no original).*

¹⁰⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*; p. 167.

¹⁰⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*; vol. 4. p. 341-342.

¹¹⁰ Segundo López e Astete: “No existe con exactitud la fecha probable en la que se haya dado origen el Principio ‘Iura Novit Curia’, pero implícitamente se encuentra en casi todos los sistemas jurídicos.

Sentís Melendo, en su obra ‘El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)’ precisa que el aforismo há de encontrarse en la frase de un Juez, que fatigado por las disquisiciones jurídicas del abogado, lo interrumpiría exclamando: ‘venire and factum. Curia novit ius’ (‘Vaya a los hechos. El tribunal conoce el Derecho’), opinión que coincide con la tan autorizada de Planiol, que se refiere igualmente a la famosa advertência que, en otro tempo, interrumpió más de un informe oral: ‘Abogado, pasad a los hechos; la corte sabe el derecho.’”

[...]

En el derecho romano el Principio ‘IURA NOVIT CURIA’ tiene fuertes cimientos en el proceso civil, específicamente en la actuación del pretor (que era un magistrado).

Una de las primeras manifestaciones provendrían de los actos que al pretor se le asignaba en los edictos – disposiciones –, que en su conjunto formó el Derecho pretoriano cuyo triple objeto era aplicar, completar y corregir el derecho, al suponerse que el pretor conocía el derecho de su región así como la costumbre y la tradición lo que le permitía modificar y corregir ese derecho.” (LOPÉZ, Carlos Alberto Matheus; ASTETE, Silvia V. Solorzano. *La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*. p. 2).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

[...] Daí, a afirmação corrente na esfera processual penal segundo a qual o réu se defende dos fatos descritos na denúncia ou queixa e não da capitulação dada ao fato. A assertiva decorre, também, do princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o direito), consubstanciado na regra *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).¹¹¹

Do mesmo modo, Lopéz e Astete: “Este aforismo latino guarda estreita relação com outro aforismo: ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’, o qual se traduz como ‘da-me os fatos, eu te darei o direito’”.¹¹²

Importante destacar, conforme já percebido, que ambas expressões latinas podem ser encontradas na doutrina com diferentes grafias, embora com o mesmo significado. Ainda como exemplo, cita-se Gustavo Badaró, que as elenca como princípios da seguinte forma: “*iura novit curia*” e “*narra mihi factum, dabo tibi ius*”. Já Lopes Jr.¹¹³ enumera-as como axiomas da seguinte maneira: “*jura novit curia*” e “*narra mihi factum dabo tibi ius*”.

Todavia, como não é o objetivo do presente estudo o aprofundamento gramatical das referidas expressões, adotar-se-á como padrão as seguintes formas escritas: ***jura novit curia*** e ***narra mihi factum dabo tibi jus***.

De igual modo, inexistente qualquer óbice em se qualificar as referidas expressões latinas em axiomas, brocardos ou aforismos (aqui utilizados como sinônimos) tendo em vista que estas traduzem-se em pequenos ensinamentos oriundos da experiência jurídica de antigos legisladores. E, pelo conteúdo que apresentam, especialmente para o Direito Processual, podem também ser consideradas como uma máxima que em poucas palavras contém um princípio de grande alcance. Portanto, mesmo que nem todo axioma (brocardo ou aforismo) contenha algum princípio enraizado em seu conteúdo, perante as referidas expressões, comum se tornou identificá-las como princípios processuais, assim empregado por boa parte dos doutrinadores.

Por fim, o ponto nevrálgico do presente trabalho circunda a interpretação e o alcance de tais brocardos perante as normas de direito processual penal, especialmente sua associação ao princípio da correlação entre acusação e sentença e sua relação com o instituto da *emendatio libelli*, adiante esmiuçados.

5.3 A EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DO INSTITUTO: O ERRÔNEO E INGÊNUO REDUCIONISMO PERPETRADO PELA DOUTRINA E TRIBUNAIS BRASILEIROS

Para justificar a legalidade da aplicação da *emendatio libelli* pelo magistrado, nos termos do Digesto Processual Penal, grande parte dos doutrinadores pátrios agarram-se ao entendimento de que o acusado se defende dos fatos narrados na peça acusatória, sendo irrelevante a sua classificação jurídica.

¹¹¹ ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal; p. 471.

¹¹² No original: “Este aforismo latino guarda estrecha relación com outro aforismo: ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’, el cual se traduce como ‘dame los hechos, yo te dare el derecho’.” (LOPÉZ, Carlos Alberto Matheus; ASTETE, Silvia V. Solorzano. *La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*. p. 2).

¹¹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 391.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A jurisprudência pátria também esposou esta premissa de modo amplamente majoritário¹¹⁴.

Tal assertiva não está prevista expressamente em nenhum dispositivo legal, decorrendo de uma construção jurídica que passa pelos brocados *jura novit curia* e pelo *narra mihi factum dabo tibi jus*, geralmente associados com o próprio princípio da congruência (já comentado no item “4”).

Vários são os seus defensores, conforme se verifica na sequência.

Segundo Paulo Rangel¹¹⁵, da aplicação do princípio da correlação entre acusação e a sentença, decorre a seguinte máxima: “o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não do que ficou apurado na instrução, ou quiza, da capitulação penal dada ao fato”.

Nesse sentido, ao explicar o conceito de definição jurídica no âmbito do processo penal, Magalhães Noronha reafirma a referida máxima:

Definição Jurídica é a classificação do crime, é a subsunção do fato ao tipo, compreendendo-se que este possa ser alterado, pois, não obstante a presunção legal de que a lei é conhecida de todos, a verdade é que o réu não se defende deste ou daquele delito definido no Código, mas do fato criminoso que lhe é imputado.
¹¹⁶

Tal entendimento, explica Norberto Avena¹¹⁷ decorre do princípio por ele denominado consubstanciação, “segundo o qual o réu defende-se dos fatos descritos na denúncia ou na queixa-crime e não da capitulação incorporada à peça.”

Acerca desta corriqueira afirmação que percorre grande parte da doutrina processualista pátria, Reinaldo Rossano Alves leciona que:

Com efeito, os fatos descritos na exordial é que serão analisados na sentença. Daí, a afirmação corrente na esfera processual penal segundo a qual o réu se defende dos fatos descritos na denúncia ou queixa e não da capitulação dada ao fato. A assertiva decorre, também, do princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o direito), consubstanciado na regra *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).¹¹⁸

Ao tratar do princípio da correlação, Fernando Capez tece a seguinte observação, não destoando dos autores já citados:

No processo penal, vigora o princípio do *jura novit curia* (princípio da livre dicção do direito), pelo qual se entende que o juiz conhece o direito, cancelando-se o princípio *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Aplica-se tal princípio no processo para se explicar que o acusado não de defesa da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim dos fatos narrados na referida peça acusatória.¹¹⁹

¹¹⁴ A título ilustrativo colaciona-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 94.443/MS, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. 29-06-2010; Habeas Corpus nº 102.375/RJ, Rel. Mina. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 29-06-2010; Habeas Corpus nº 92.181/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 03-06-2008.

¹¹⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal; p. 292.

¹¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal; p. 288.

¹¹⁷ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematzado; p. 921.

¹¹⁸ ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal; p. 471.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; p. 465.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

E, na sequência, escreve que: “segundo o princípio da correlação, a sentença está limitada apenas à narrativa feita na peça inaugural, pouco importando a tipificação legal dada pelo acusador.”¹²⁰

De igual modo, José Eulálio Figueiredo de Almeida¹²¹ aduz que “o acusado não se defende da classificação feita na denúncia ou na queixa, mas sim da imputação a ele dirigida”.

Fernando da Costa Tourinho Filho¹²², ao comentar que no âmbito penal vigem os princípios do “*jura novit curia*” e “*narra mihi factum dabo tibi jus*”, justifica que uma errada classificação da infração descrita na peça acusatória não seria, em princípio, obstáculo para que se profira sentença condenatória, concluindo, para tanto, que: “Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste.”

Ao buscar a origem da aplicação da *emendatio libelli* no processo penal brasileiro, bem como da justificativa amplamente difundida de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia ou queixa, e não da classificação legal, Denilson Feitoza também se deparou com os referidos brocardos jurídicos (embora com pequena divergência na escrita), nos seguintes termos:

Na *emendatio libelli*, o fato encontra-se descrito na denúncia, ainda que implicitamente, com todas as elementares. Apenas a classificação legal é incorreta. O juiz, então, corrige a classificação.

Essa correção da classificação legal feita pelo juiz é uma aplicação do princípio *iuria novit curia* (o juiz ou tribunal conhece o direito) ou princípio da livre convicção do direito, equivalente aos brocardos latinos seguintes: *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito), ou *narra mihi factum, narrabo tibi ius* (conta-me o fato, contar-te-ei o direito), ou, ainda, como é mais conhecido, *narra mihi factum dabo tibi ius* (narra-me o fato e te darei o direito). [...]

A *emendatio libelli*, em outras palavras, significa que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia ou na queixa, e não da classificação legal.¹²³

Pode-se claramente perceber que a partir de uma interpretação do princípio da correlação entre a acusação e a sentença, associado aos brocardos (encarados por boa parte da doutrina como princípios do processo penal) *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito), a doutrina pátria, em sua grande maioria, justifica a mencionada premissa de que o réu se defende dos fatos descritos na exordial acusatória, sendo irrelevante a sua classificação legal. Entendimento este cancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a grande problemática em se aceitar tal entendimento está ligada diretamente ao procedimento realizado pelo juízo para a mudança da capitulação jurídica, previsto no art. 383 do CPP, em verdadeira afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque, para os autores acima citados, bem como para a maioria da doutrina e jurisprudência pátrias, ao ser realizada a alteração da classificação, diretamente pelo magistrado, sem a oitiva das partes processuais, inexistiria, em tese, qualquer prejuízo

¹²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal; p. 465.

¹²¹ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal; p. 274.

¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal; vol. 4. p. 341-342.

¹²³ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 860-861.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para a defesa, haja vista que o acusado se defende dos fatos, e não da sua capitulação. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes entende ser incabível, ocorrendo a *emendatio libelli*, “a alegação de desrespeito ao direito de defesa, por não haver alteração do fato a respeito do qual foi exercido referido direito”.¹²⁴

Seguindo esta vertente, Vicente Greco Filho¹²⁵, dispõe:

Desde que os fatos sobre os quais incide sejam sempre os mesmos, a alteração da classificação independe de qualquer providência ou procedimento prévio, inexistindo nisso, qualquer cerceamento de defesa ou surpresa, porque o acusado defende-se de fatos e não da classificação legal, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação.

De igual modo Guilherme de Souza Nucci assevera que:

O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento. Se o promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude (pena de dois a oito anos de reclusão), mas terminou classificando como estelionato (pena de um a cinco anos de reclusão), nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado – convenientemente descrito na denúncia – embora tenha que aplicar pena mais grave.¹²⁶

Do mesmo modo, Fernando Capez¹²⁷ entende que o magistrado poderá dar aos fatos criminosos descritos explícita ou implicitamente na denúncia a “classificação jurídica que bem entender, ainda que, em consequência, venha a aplicar pena mais grave, sem necessidade de prévia vista à defesa, a qual não poderá alegar surpresa,” pois o acusado não se defende da classificação legal, mas sim da descrição fática da infração penal.

Colhe-se, ainda, dos ensinamentos de Reinaldo Rossano Alves, acerca da *emendatio libelli*:

Trata-se de corrigenda (correção) da peça acusatória realizada pelo magistrado. Os fatos estão dispostos na inicial, ainda que seja para aplicar pena mais grave. E, na hipótese, não há prejuízo algum à defesa, pois o réu se defende dos fatos, que já estavam descritos na denúncia, e não do pedido.¹²⁸

Seguindo também essa corrente majoritária, Norberto Avena¹²⁹ declara expressamente, que o procedimento da *emendatio libelli* é “independente de qualquer providência prévia relacionada, por exemplo, à concessão de novas oportunidades de defesa ao réu”.

Ocorre que, pensando dessa maneira, estar-se-ia laborando em equívoco, especialmente porque se estaria ferindo de morte os princípios do contraditório e da ampla defesa, baluartes do sistema processual acusatório e constitucionalmente garantidos a todo e qualquer acusado.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 513.

¹²⁵ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal; p. 307.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; p. 600.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal; p. 465.

¹²⁸ ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal; p. 471

¹²⁹ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático; p. 921.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Aury Lopes Jr., criticando ferozmente a aplicação literal do art. 383 sem a necessária conformidade constitucional, frente ao ingênuo reducionismo dos princípios *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi jus*, preleciona que:

Infelizmente, o senso comum teórico segue afirmando que o réu se defende dos fatos, de modo que a *emendatio libelli* seria uma mera correção na tipificação, que o juiz poderia fazer nos termos do art. 383 sem qualquer outra preocupação. [...]

Tal postura demonstra um errôneo e ingênuo reducionismo da complexidade, ainda atrelado a uma concepção simplista do processo penal e repetido acriticamente desde um passado bastante longínquo, incompatível com o nível de evolução do processo penal e dos cânones constitucionais contemporâneos.¹³⁰

Como bem explica Denilson Feitoza¹³¹, tal tratamento legal, de acordo com o disposto no CPP “ignora o princípio constitucional do contraditório e mais diretamente o princípio da ampla defesa, pois não dá oportunidade às partes de se manifestarem previamente sobre a nova classificação legal.”

Isso porque, conforme adverte Geraldo Prado, cabe a acusação e não ao juiz, a classificação jurídica do fato descrito na exordial acusatória. Contudo, esclarece o referido autor que mesmo sendo permitido ao magistrado “resolver a questão de mérito de acordo com a qualificação jurídica que estime mais ajustada aos fatos provados”¹³², em respeito ao princípio *jura novit curia*:

Não poderá, entretanto, levar em consideração suposto fato, ainda que verdadeiro, diferente daquele posto em causa pela acusação, nem tampouco deverá propor qualificação jurídica distinta daquela apresentada pelo autor da ação penal se isso significar surpresa para a defesa em razão das peculiaridades do processo penal, como é o caso do concurso aparente de normas (de tipos penais coexistentes), para cuja solução nem sempre doutrina e jurisprudência estão pacificadas. Se é possível que assim seja, podemos acentuar que o princípio da substanciação no processo penal é mitigado, em face do princípio da ampla defesa.¹³³

Com muita propriedade, justificando a existência de prejuízo às partes que podem ser surpreendidas pela modificação da capitulação jurídica, Feitoza elucida que:

Nem sempre é clara a separação entre o fato, enquanto fato puramente físico-social, e seu aspecto jurídico. A rigor, essa separação não existe, pois o fato, para o direito, somente o é enquanto fato jurídico. É submetido ao processo exatamente o fato jurídico enquanto tal. Ao tratarmos criticamente do princípio da verdade [...] vimos que o “juízo de realidade” é uma ilusão, pois ocorre um movimento circular entre os estímulos sensoriais “objetivos” que chegam ao juiz (declarações, documentos etc.) e o marco teórico-conceitual “subjetivo” do juiz, até o momento em que o juiz “constrói” sua convicção sobre a alegação de fato e, em última instância, “constrói” o próprio fato. Assim, não raras vezes as partes são surpreendidas com uma classificação legal estabelecida pelo juiz no momento derradeiro da sentença e até então não esperada ou imaginada.¹³⁴

¹³⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 383-384.

¹³¹ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 861.

¹³² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 164.

¹³³ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 167.

¹³⁴ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 861.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

De tal modo, muito embora o entendimento predominante seja no sentido de que o acusado se defende dos fatos imputados e não de sua classificação legal, não há dúvidas de que o tipo penal exerce grande influência na condução da defesa, sendo que uma eventual alteração ao final do processo certamente a surpreenderia, podendo ocasionar inestimáveis prejuízos. Nesse sentido é a lição de Gustavo Badaró:

[...] não se pode esquecer que a capitulação legal do delito exerce influência decisiva na defesa, sendo um indicador seguro do rumo a seguir. Embora o réu se defenda dos fatos constantes da denúncia e não de sua definição legal, a qualificação jurídica do delito indubitavelmente direciona a defesa de forma decisiva.¹³⁵

Com base nesse pressuposto, Lopes Jr. aduz que: “A garantia do contraditório, art. 5^a, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento.”¹³⁶

Rechaçando igualmente o entendimento majoritário acerca da irrelevância da qualificação jurídica do fato criminoso para a defesa do acusado, Antônio Scarance Fernandes¹³⁷, em seu artigo “A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri”, muito bem observa que “na realidade, o acusado não se defende, como normalmente se afirma, somente do fato descrito, mas também da classificação a ele dada pelo órgão acusatório”.

E Aury Lopes Jr., em suas censuras a aplicação da *emendatio libelli*, lembra, em tom rônico, que:

No que tange ao reducionista argumento de que se trata de “mera correção da tipificação”, adverte GERALDO PRADO que supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados na investigação preliminar é estar em rota de colisão com a realidade. Ora, não se está lidando com um mero burocrata, tecnólogo de ensino médio. Todo o oposto. Ou então teremos de afirmar que ali estão profissionais incompetentes para a função, o que, obviamente, não é o caso.¹³⁸

Reinaldo Rossano Alves, embora comungue do entendimento esposado pela maior parte da doutrina, menciona a existência de posicionamento contrário. Como exemplo, apresenta o posicionamento de Gustavo Henrique Badaró¹³⁹.

Badaró¹⁴⁰, por seu turno, é enfático ao expor que não há previsão legal no ordenamento pátrio, no sentido de oportunizar às partes (acusação e defesa) que se manifestarem sobre a possibilidade de modificação na capitulação (qualificação) jurídica dada inicialmente ao fato. Contudo, esclarece que muito embora o Estatuto Processual não exija tal providência, a Carta Magna, por meio do princípio do

¹³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 164.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 391.

¹³⁷ SCARANCE FERNANDES, Antonio. A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri. In: *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, nº 188, julho de 2008. Disponível em: <<<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-mudana-do-fato-ou-da-classificao.html>>> Acesso em: 26 maio 2013.

¹³⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 391.

¹³⁹ Segundo Alves: “Gustavo Henrique Badaró sustenta que, mesmo no caso de *emendatio libelli*, o magistrado deveria baixar os autos para a manifestação da defesa, em obediência ao princípio da ampla defesa”. (ALVES, Reinaldo Rossano. Direito Processual Penal; p. 471).

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 163.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

contraditório, assim o exige, criando-se um verdadeiro dever (obrigação) ao magistrado.¹⁴¹

Nesse sentido também é a solução apresentada por Geraldo Prado, senão veja-se:

[...] mesmo o simples ajustamento da qualificação jurídica da infração penal, em obediência ao princípio *jura novit curia*, ainda quando a petição inicial acusatória descreva minuciosamente o fato, haverá de ser promovido antes da emissão da sentença, assim como as partes têm de ser provocadas para manifestarem-se sobre circunstâncias que agravam ou diminuem a pena, tornando-se a matéria alvo do debate contraditório, núcleo fundamental da máxima acusatoriedade.¹⁴²

Reafirmando seu posicionamento que coaduna com as lições de Badaró, Prado e Scarance, quanto à necessidade de ser observado o contraditório para a modificação da capitulação jurídica, Aury Lopes Jr. apresenta, então, duas opções ao magistrado, objetivando amenizar ou evitar qualquer violação ao referido princípio constitucional, para realização da *emendatio libelli*, declarando, inclusive, a sua preferencia pela primeira hipótese:

a) consultar previamente as partes em nome do princípio constitucional do contraditório, em situação similar ao *planteamiento de la tesis*¹⁴³ do sistema espanhol,

¹⁴¹ Segundo Badaró: “A ausência de expressa previsão legislativa em nosso sistema processual não elimina tal necessidade. O princípio do contraditório, previsto constitucionalmente, impõe tal proceder. Contudo, nessa hipótese, não estará o juiz obrigado a julgar segundo a nova capitulação jurídica dos fatos, em face da qual convidou as partes a se manifestarem. O juiz comunica às partes a possibilidade de os fatos virem a ser subsumidos a um tipo penal diverso. Nesse momento há apenas possibilidade, mas não certeza, da nova qualificação jurídica dos fatos. Tal certeza só existirá com a sentença. Quando o juiz, em respeito ao contraditório, pede que as partes se manifestem sobre uma possível classificação jurídica diversa, não fica vinculado à nova definição legal. Diante dos argumentos apresentados pelas partes, e é precisamente essa a finalidade do exercício do contraditório em tais casos, o julgador poderá sentenciar tanto considerando a capitulação originária quanto a nova.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 164).

¹⁴² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório; p. 168.

¹⁴³ Acerca do referido instituto espanhol, explica Lopes Jr.: “Muito interessante, e inspirador, é o sistema espanhol, cujo art. 733 da LECrim (e art. 788.3, no procedimento abreviado), chega ao extremo cuidado de disciplinar a fórmula a ser empregada pelo Julgador:

Artículo 733

Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y de la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia exigente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal.

Esta facultad excepcional, que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.

É o chamado *planteamiento de la tesis*, em que o tribunal manifesta a intenção de que as partes lhe ilustrem acerca da possibilidade de o fato constituir outro delito, diverso daquele constante na imputação. Como explica OLIVA SANTOS, “*el planteamiento de la tesis suscita la oportunidad de defenderse y de debatir contradictoriamente aquello que, por no hallarse en las calificaciones, no se hubiera tenido ocasión de defender y debatir. Lo que se aduce de la concreta postura aquí impugnada es nada menos que el dominado principio acusatorio.*”

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

em que as partes são convidadas a esclarecer o juiz sobre a possível reclassificação do fato;

b) ou, se não houver a consulta prévia, devem as partes ser intimadas após a *emendatio libelli*, para que, em nome do contraditório, conheçam e se manifestem sobre a nova classificação jurídica do fato.¹⁴⁴

Ademais, ao comentar o Projeto de Lei nº 4.207/2001, Feitoza¹⁴⁵ deduz que muito embora se pudesse ter solucionado grande parte da problemática aqui discutida, especialmente pela redação inicial dada ao §1º do art. 383, relativa a intimação das partes da nova definição jurídica do fato, essa providência poderia ser tomada, independentemente de qualquer modificação legal, pelo próprio juízo, em virtude do sistema processual acusatório acolhido pela Constituição Federal. Destaca, inclusive, que a proposta de modificação deveria ser mais profunda, aproximando-se do mesmo instituo previsto no Código de Processo Penal Militar (CPPM), “para dar maior eficácia ao princípio da ampla defesa, pois, no processo penal militar, o réu se defende também da classificação legal”.

De tal modo, não se pode mais tolerar, perante o processo penal brasileiro, a acrítica e insuportável aplicação do reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia e narar mihi factum dabo tibi jus* tendo em vista que “o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador”, como bem sintetiza Aury Lopes Jr.¹⁴⁶

De igual forma, arremata Badaró¹⁴⁷ que os referidos axiomas “apenas asseguram que o juiz pode alterar a capitulação dos fatos constantes da denúncia”. Contudo, esclarece que tal permissão dada ao magistrado, “não significa que possa fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação às partes”. Para o autor, o princípio do contraditório impõe ao togado a comunicação prévia às partes, antes de tomar sua decisão, mesmo que lhe seja assegurado atuar de ofício. Por intermédio do contraditório, destaca Badaró, visa-se, também, evitar surpresas às partes. E, ao final, leciona que “O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito”, conforme anteriormente já mencionado.

Considerações Finais

Em que pese as divergências doutrinárias, empós a Carta Magna de 1988, não há como reconhecer um sistema processual penal brasileiro não pautado em uma base

A preocupação é no sentido de que as partes possam trazer suas alegações para melhor ilustrar o julgador da situação jurídica, pois o que aqui se discute é exatamente a possibilidade de alteração na tipificação legal. Não há perda da imparcialidade por parte do juiz quando faz o questionamento (*planteamiento*), pois não há prejulgamento, senão apenas uma possibilidade ventilada, ou seja, um horizonte decisório desvelado e compartilhado honestamente com as partes através do contraditório.

Pensamos que, na essência (não na plenitude), esse é um procedimento perfeitamente utilizável no sistema brasileiro, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 387-388 – destaques no original).

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 391-392.

¹⁴⁵ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal; p. 861.

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional; p. 391.

¹⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença; p. 162.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

acusatória, fortemente estabelecida com pilares de sustentação em princípios e garantias, dentre os quais se destacam o contraditório e a ampla defesa.

Restando claro que a pretensão acusatória é o objeto do processo penal, imprescindível que o togado abstenha-se em ampliá-la ou restringi-la, devendo julgá-la, conseqüentemente, dentro dos seus limites, permanecendo a seu critério e discricionariedade, acolhe-la no todo ou em parte, diante das provas produzidas pela persecução criminal.

Não cabe ao Estado, neste caso representado pelo magistrado, intervir de ofício na pretensão acusatória, seja ela pública ou privada, sob pena de se ferir o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), bem como a própria imparcialidade do julgador.

Por isso, diz-se que um processo penal acusatório, fundado no princípio do Estado Democrático de Direito, não deixa brechas para que o órgão julgador detenha poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos, especialmente em virtude da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar.

Todavia, em casos excepcionais, havendo a necessidade de alguma intervenção sobre qualquer ponto da pretensão acusatória, como, por exemplo, a necessidade de realização da *emendatio libelli*, para adequar-se a sentença a acusação, indispensável assegurar as garantias decorrentes do mencionado sistema acusatório, especialmente relativas ao contraditório e a ampla defesa.

O contraditório, sendo um dos mais importantes elementos do dito sistema acusatório, revela-se como a garantia constitucionalmente assegurada às partes (acusação e defesa), em especial no processo criminal, de tomarem ciência de todos os atos processuais, além de poderem se manifestar sobre tais atos, produzir e contrariar provas, assegurando absoluta equidade processual entre os litigantes.

E a defesa não se restringe apenas em dar oportunidade ao acusado de defender-se pessoalmente, ou ter sua defesa realizada por meio de defensor devidamente habilitado. Deve ela ser verdadeiramente efetiva para a consagração do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, em que o processo é tratado como instrumento de garantia constitucional.

Assim, não há mais como se sustentar perante o processo penal brasileiro, o errôneo e acrítico reducionismo realizado por boa parte da doutrina perante os axiomas *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi jus*, para tentar justificar a falácia de que o acusado somente se defende dos fatos e não da capitulação jurídica presente na exordial acusatória, inexistindo, para os que assim entendem, qualquer prejuízo em posterior modificação realizada de ofício pelo togado.

Por óbvio, não se olvide que a defesa trabalha não apenas com base nos fatos descritos dentro dos limites da imputação criminal, mas também no embasamento de sua tipificação legal, como parâmetro para nortear e desenvolver as suas teses.

Desse modo, pretendendo o julgador realizar a modificação da capitulação dos fatos descritos na denúncia ou na queixa, quando da promulgação do decreto condenatório, indispensável conceder oportunidade as partes (acusação e defesa) para se manifestarem previamente sobre a nova classificação jurídica, (conforme já ocorre no *planteamiento de la tesis* do Direito Espanhol, apresentado por Lopes Jr.), ou, no mínimo, oportunizar

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que as partes possam se manifestar posteriormente, em verdadeiro respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pilares de sustentação de qualquer sistema processual acusatório.

No entanto, a atual redação do art. 383 do Digesto Processual Penal é omissa quanto a realização de qualquer procedimento, seja prévio ou posterior a *emendatio libelli*, ocasionando um grave erro tanto na interpretação, quanto na aplicação do instituto, conforme sustentado pela maioria da doutrina e jurisprudência pátrias.

Portanto, ainda que o Código de Processo Penal autorize o magistrado a modificar ao final do processo a definição jurídica do fato elaborada pela acusação, deverá em respeito aos referidos princípios constitucionais convidar as partes a se manifestarem, seja previamente sobre a possibilidade de tal alteração, seja posteriormente a sua modificação realizada.

Certo, contudo, é que não se esgotou no presente estudo todas as possibilidades acerca do instituto e demais temas em comento. Porém, ante todo o desvelado, forçoso concluir a necessidade de uma reavaliação do procedimento previsto no Código de Processo Penal, especialmente em virtude do sistema processual adotado pela Constituição Federal, com destaque aos princípios do contraditório a ampla defesa, indispensáveis ao cumprimento pleno e efetivo do devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal*: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev. atual e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. 3ª tiragem. São Paulo: Método, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BONATO, Gilson (Org). *Processo Penal*: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Publicado no *D.O.U.* em 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 7 nov. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no *D.O.U.* em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2012.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 20 mai. 2013.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.207, de 2001*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg213-010308.htm. Acesso em: 23 mai. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da Constituição – temas escolhidos*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 1999.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5ª ed. rev. ampl. e atual. 2ª tiragem. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2005

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. vol. II. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LOPÉZ, Carlos Alberto Matheus; ASTETE, Silvia V. Solorzano. *La Aplicación Procesal del Principio Iura Novit Curia*. Artigo elaborado durante o doutorado em direito da segunda autora na Universidad de San Martín de Porres (USMP), em Santa Anita, Lima, Peru. Disponível em: <<<http://www.derecho.usmp.edu.pe/>>> Acesso em: 30 maio 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juis, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri*. In: *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, nº 188, julho de 2008. Disponível em:

<<<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-mudana-do-fato-ou-da-classificacao.html>>> Acesso em: 26 maio 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo Penal*. vol. 4. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRÁTICAS RESTAURATIVAS PENAIS. A IMPORTÂNCIA DE SUA INSERÇÃO NO PROCEDIMENTO PROCESSUAL PENAL

Natassia Medeiros Costa

Doutoranda em Direito Penal – Universidade de Buenos Aires – UBA, Mestra em Ciências Jurídicas – Universidade Americana de Assunção - UA, Especialista em Direito Público – Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Bacharelada em Direito pela Universidade Fortaleza – UNIFOR, Professora da Faculdade ATENEU de Fortaleza e Procuradora do Município de Caucaia – Ceará.

RESUMO: O tema deste artigo pretende expor as diversas formas de práticas restaurativas penais consideradas e a importância de sua inserção no procedimento processual penal. Ao final, o seu ideal manejo, tendo por consideração recorrente a sua entrada nos postulados contemporâneos do nosso Estado Democrático de Direito. O artigo baseia-se na revisão bibliográfica e na exploração analítica de documentos sobre algumas práticas utilizadas nos projetos pilotos que já estão em funcionamento no Brasil e nos demais países. Com o seu aprimoramento, é provável alcançar o seu real objetivo: implantar no procedimento processual penal as práticas restaurativas tornando, assim, a justiça penal mais digna, a sociedade civil mais saudável e o procedimento punitivo melhor para as partes.

Palavras chave: Práticas Restaurativas, Procedimento Processual Penal, Sistema de Justiça Criminal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Processos Restaurativos; 2.1. Mediação; 2.2. Conciliação; 2.3. Conferência; 2.4. Círculos De Sentença; 3. Considerações Finais; 4. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo adota uma opção ao vetusto modelo processual penal, não tendo o novo por fim aboli-lo, propugnando, sim, pela diminuição de seus efeitos, punitivo e marginalizador, obtendo um maior respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e a democracia social.

Para isso, os operadores do Direito terão que facilitar as suas práticas, adotando uma nova atitude. Visa proporcionar uma abertura ao pluralismo jurídico, reconhecendo a legitimidade do senso jurídico comum das pessoas direta ou indiretamente envolvidas no conflito criminal que participarão do diálogo e da customização da solução restaurativa e sem deixar de observar a voluntariedade das partes em sua aplicação.

Baseia-se, igualmente, em valores e na ética e não nas leis. Esses valores estão investidos de Poder Normativo e, como contidos nos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente.

O desenvolvimento dessa cultura de reconciliação humana estimula e apoia organismos alternados, desviados e menos formais no lidar com a eventualidade nociva, incluindo-os e adequando-os. Procura, assim, nesse contexto, constituírem uma nova atitude de se abordar a Justiça Processual Penal com a sua, posterior, inclusão.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Compõe, nesse sentido, em um Sistema Processual Penal que possuirá uma novidade prática na Justiça Criminal os quais toda a comunidade almeja e espera que se alcance.

2. PROCESSOS RESTAURATIVOS

Ocorre, basicamente, quando a vítima e ofensor e quaisquer indivíduos ou membros da comunidade afetada por um crime optam, voluntariamente, por esse processo por meio da ajuda de um facilitador a conseguirem obter uma resolução e em seguida, ser, devidamente, homologada pelo juiz, na esfera penal.

As práticas restaurativas, portanto, não se prende a ritos ou roteiros rígidos. É comunitário, é sempre informal e funciona com as pessoas acima envolvidas, prevalecendo um trabalho voluntário e colaborativo. Consideram-se como partes desse procedimento: a vítima, o agressor, a comunidade, as autoridades, os profissionais do Direito e outros profissionais (como os psicólogos), ocorrendo a sua conclusão por meio de um processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas, sendo um procedimento multidimensional, ou seja, indo além do que está previsto em lei.

Essa metodologia, portanto, identifica-se de forma mais sedimentada a ser realizada por meio de: mediação entre vítima e ofensor, conciliação, conferências e círculos de sentença ou tratado de paz, mas, sempre, resultando em práticas criativas e inovadoras, que não devem ser tolhidas pelo legislador.

A seguir, serão abordados, de modo resumido, alguns dos principais processos restaurativos que poderão ser empregados, de forma voluntária pelas partes e conforme suas reais necessidades.

2.1. Mediação

Derivada de o termo latino *mediar* que significa “se interpor”, a mediação tem lugar em um conflito emergente em que as pessoas envolvidas sintam dificuldade em preveni-lo, travá-lo ou resolvê-lo por si próprias, carecendo dos serviços de um terceiro para ajudar¹.

Constitui, portanto, em um dos mais importantes instrumentos da Justiça Restaurativa, na preparação de um terreno fértil para grandes transformações sociais, na proporção em que introduz, também, uma nova cultura no mundo jurídico e na forma de selecionar o conflito pelo diálogo e de forma efetiva.

Na prática, a mediação penal possibilita, por conseguinte, que a vítima se reúna com o seu ofensor, em um ambiente seguro e estruturado (preferencialmente fora da estrutura rígida do judiciário), fazendo-se acompanhar por mediador (profissional habilitado) para traçar estratégias de ação para o tratamento do conflito e a sua solução².

¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 73.

² SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de Proximidade (restorative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 141.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Desse modo, averigua-se que os aspectos mais positivos desse programa são a redução do medo da vítima e uma maior probabilidade do infrator cumprir as metas acordadas³. A mediação pode ser invocada, na maioria das vezes, após a condenação, mas pode até ser aproveitada antes, muitas vezes, para evitar a abertura do procedimento judicial.

Todavia, o seu sucesso sempre dependerá⁴ de diversas variáveis, nomeadamente: o nível de desenvolvimento do conflito e o momento em que se inicia a intervenção do mediador; à vontade, o ânimo e a capacidade dos mesmos para acederem à comunicação; a igualdade de poder e mútua influência psicológica entre os mediadores e o seu papel como fator de equilíbrio de poder; o nível dos procedimentos de negociação utilizados, sendo mais difícil, por exemplo, uma negociação posicional (onde os negociadores apresentam certas condições inegociáveis) do que um negócio de interesses (na qual apenas se procuram uma solução concertada para os interesses em jogo e aceitável para ambas as partes); a natureza, a gravidade e a complexidade das questões negociadas; o rol e as tarefas do mediador, segundo a sua própria definição e a das partes⁵.

A mediação de conflitos tem sido nesse sentido, o instrumento mais utilizado não só nos programas de Justiça Restaurativa, como no procedimento penal quando as partes permitirem ou a autoridade judicial entender cabível e vem comprovando os seus efeitos positivos.

2.2. Conciliação

Conciliar significa uma ação desenvolvida visando ao acordo, à harmonia, ao congraçamento, uma ação direcionada a determinado fim⁶. Na realidade, trata-se de um modelo consensual de solução de conflitos de natureza penal, alertando-se, desde logo, diante de uma complementaridade entre modelos baseados, um, no conflito, e outro, no consenso; e de que este último, além de ser complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal.

O papel do conciliador, destarte, é oferecer às partes possibilidades de soluções para seus conflitos e atuar de forma mais superficial do que o mediador, não aprofundando no trato de suas afinidades. Consiste, assim, em uma prática que leva em conta a harmonização das partes e a busca de recursos. Sob este novo entendimento, a interferência do conciliador não se dá sobre a vontade das partes, nem sobre o julgamento de suas atitudes, mas como possibilidade de abertura de suas perspectivas⁷ ao se firmar um compromisso entre as partes.

Adota o princípio da hierarquia e limita a confidencialidade e autonomia da vontade, focada no acordo. É mais rápida e, também, traz mais números do que a mediação, mas se torna menos eficaz. Muito utilizada no âmbito do Poder Judiciário. Complementa o

³ Idem, ibidem.

⁴ MOORE, Christopher. *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolution de Conflictos*. Barcelona: Granica; 1995. pp. 70 e seguintes.

⁵ FERREIRA, Francisco Armando: *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. pp. 94-95.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Idem, ibidem.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

processo judicial. Assemelha-se a mediação satisfativa e os seus conciliadores são escolhidos pelas partes. Desse modo, os conciliadores tomam iniciativas, aplicam advertências e apresentam propostas⁸.

Percebe que o conciliador procede com menor compromisso de neutralidade, orientando as partes no sentido de um acordo, no qual costuma ser mais comum a ênfase na saída do processo do que do conflito em si. Por isso, tem sido identificado, ainda, como uma fase ulterior de qualquer processo negocial, donde os negociadores passam de um estilo “conflituoso” (mais próprio do confronto) a um estilo “receptivo”, procurando chegar a uma convergência de interesses, para os que recorrem às diversas formas de persuasão e de concessão⁹.

De fato, o modelo consensual de recurso de conflito, busca atenuar o efeito de estigmatização dos delinquentes, e, além disso, alcançar os objetivos de ressocialização e do equilíbrio contrafático das normas.

2.3. Conferência

As Conferências são similares aos programas de mediação e de reconciliação entre a vítima e o delinquente, dado que envolvem ambos numa conversação prolongada acerca do delito e suas consequências. A diferença é que esse programa inclui a participação das famílias, grupos comunitários de apoio, as pessoas que sejam importantes para as partes, polícia, assistentes sociais e advogados quando necessários na mediação, além da vítima e do ofensor¹⁰.

São conhecidas, ao mesmo tempo, como *Conferencing*, Reunião Familiar ou Comunitária e Conferência de Grupos Familiares. Os integrantes da família do ofensor são, consequentemente, essenciais e tem papéis importantes em suas realizações. De fato, verifica-se que este modelo favorece mais os laços familiares.

Suas reuniões são empregadas, somente, naqueles casos em que o ofensor conhece culpa (ou, em algumas jurisdições, quando o ofensor admite, do mesmo modo, a sua responsabilidade ou se recusa a negar a sua culpa). Não se emprega a fim de determinar a culpabilidade. O autor da ofensa pode decidir deter o processo em qualquer momento, e passar aos tribunais para que sua culpabilidade ou inocência possam ser determinadas tradicionalmente.

A família, aqui, tem a oportunidade de discutir o fato delituoso, separadamente. Após, identifica-se e debatem-se as necessidades de quem se encontra envolvido e os propósitos do seu processo. Todos os participantes desse sistema devem contribuir, nesse sentido, para resolver o problema e determinar qual é a melhor alternativa para que o ofensor repare a vítima do seu dano por meio de um acordo. Generaliza, portanto, a sua culpa coletiva sobre o que sucede com o delinquente para que se criem as condições favoráveis de apoio na tentativa de se corrigir e mudar o seu comportamento futuro.

⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2008. Ob. cit. p. 39.

⁹ PAULO MORGADO. *O processo negocial*, Lisboa: McGraw-Hill, 1994, p. 69.

¹⁰ LEVINE, Stewart. *Rumo à solução – como transformar o conflito em colaboração*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Cultrix, 2001. p. 65.

2.4 Círculos de Sentença

Denominam-se de “círculo” em virtude da forma espacial como as partes se distribuem nas reuniões e, ainda, pelo grau de igualdade que é mantido entre elas. Podem aplicar-se, perfeitamente, nos processos restaurativos de mediação e de conferências. No entanto, nos círculos de sentença ocorrem no decorrer de uma audiência e proporcionam um espaço maior de encontro entre a vítima e o delinquente, indo, mais além, do seu envolvimento com a comunidade, resultando em importantes decisões. Algumas vezes, inclui, além disso, membros do sistema judicial.

Assim, como o próprio nome aponta, o Círculo Restaurativo é um encontro para restaurar relações. Um modo de resolver conflitos por meio do diálogo, em que as pessoas envolvidas chegam a acordos definidos em conjunto, com apoio de um coordenador o qual segue um roteiro pré-determinado.

Cada círculo conta com um líder, que dirige o procedimento, determinando a quem terá a palavra. Todos ali presentes, a vítima e sua família, o autor e sua família, e os representantes da comunidade têm o direito de expressar-se durante o processo. A palavra é concedida a quem está em sua vez, assegurando, de tal modo, que cada pessoa tenha a oportunidade de ser escutada¹¹. Nestes encontros, logo, se pretende desenvolver os consensos entre os membros da comunidade visando à solução do problema¹².

O círculo, por conseguinte, é um processo que reúne pessoas que desejam resolver um conflito, reconstruir vínculos, estimular apoio, tomar decisões ou realizar outras ações com as quais a comunicação honesta, o desenvolvimento dos vínculos e o fortalecimento comunitário são parte essencial dos resultados esperados.

Diante disso, às vezes, nem todas as expectativas são atingidas porque é uma cultura restaurativa que gera responsabilidades e transformações dos sujeitos. Necessita-se, desse modo, neste caso, de um investimento de tempo e de recursos humanos para atingir a sua real completude.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que urge aplicar as práticas restaurativas, ora apresentadas, no âmbito do Direito Processual Penal, visando a um modelo mais justo e célere de punir.

O estudo do Sistema Processual Penal contemporâneo provocou, igualmente, a reflexão sobre a importância dessas práticas nos procedimentos processuais penais como caminhos viabilizadores da realização dos Direitos Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, o melhor acesso à justiça.

Registre-se que os processos restaurativos mencionados, da mediação aos círculos restaurativos, oferecem um exemplo de compartilhamento de poder as comunidades agindo como guardiões, cuja finalização não arreda de seu foco central – a reparação do dano à vítima pelo ofensor, sem maiores traumas e com fins muito mais amplos.

¹¹ COATES, 2000: pp. 17e 21; McCOLD, 1999: pp. 16 e 17.

¹²LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de La justicia restauradora*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n°. 51, Nov/Dez. 2004, p. 72.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A meta é reparar, por conseguinte, o dano em seu sentido mais *lato*, isto é, não só o dano material. Mas, principalmente, os danos aos sentimentos e às relações, pois inquestionáveis são os abalos emocionais a envolver todos, proporcionando o restabelecimento da paz jurídica comunitária com dignidade, abalada pelo cometimento do crime e, ao final, resultando em um procedimento penal mais humano e igualitário para as partes.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AGUINSKY, Beatriz Gherenson. BRANCHER, Leonardo Narciso. *Projeto Justiça para o século 21*. Relato da implementação do Projeto Piloto da Justiça Restaurativa junto à 3ª. Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS. Porto Alegre, 2006.

BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia. Brasília, Editora UNB, 2000.

_____. *Victimologia – nueve palabras clave*. Valência: Tirant lo Blanche, 2000.

BRANCHER, Leoberto. *Iniciação em Justiça Restaurativa - Subsídios de Práticas Restaurativas para a Transformação de Conflitos*. Soul Agência de Marcas e Propaganda, Porto Alegre, 2006.

CERETTI. *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso Il tribunale per i minorrenni di Milano*. La Sfida della Mediazione, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a curadi). Milão. CEDAM, 1997.

FERREIRA, Francisco Armando. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Desvelando Sentidos no Itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de la justicia restauradora*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n°. 51, Nov/Dez. 2004.

LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a atualidade*. Petrópolis: Vozes, 2005.

LEVINE, Stewart. *Rumo à solução – como transformar o conflito em colaboração*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Cultrix, 2001.

MOORE, Christopher. *El proceso de mediación*. Métodos prácticos para la resolution de Conflitos. Barcelona: Granica; 1995. pp. 70 e seguintes.

MORRIS, Allison; WARREN, Young. *Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice*. In, Heather Strang and John Braithwaite, eds., *Restorative Justice: Philosophy and Practice*. Dartmouth: Ashgate, 2001. pp. 11-31.

_____. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Taamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 3.

MOLINA, Antonio Garcias-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

PARKEN, Lynette. *Justiça Restaurativa: Um veículo para a Reforma*. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 10.

PAULO MORGADO. *O processo negocial*. Lisboa: McGraw-Hill, 1994.

PEIXOTO, Geovane de Mori. *A Justiça Restaurativa como Política Pública Alternativa ao Sistema Penal: Possibilidade e Viabilidade*. Programa de Pós Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica de Salvador – UCSAL. Salvador, 2009.

PENIDO, Egberto de A. *Justiça Restaurativa*. Juízes para a Democracia. São Paulo, v. 10, nº. 36, dez./fev.2005/2006.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* Brasília, 2005.

_____. *A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil*. O impacto no sistema de justiça criminal. Texto elaborado em Junho, 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 57-71.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de Proximidade* (restorative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima. Curitiba: Juruá, 2009.

SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato de e PINTO, Renato Gomes (org.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2008.

VITTO, Renato Campos Pinto et. al. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs) *Justiça Restaurativa*. Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. pp. 41-50.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas - a perda da legitimidade do sistema penal*. 4ª. ed. Tradução de Vânia Romão Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

PRISÃO ELETRÔNICA: ANÁLISE E REFLEXÕES

Neemias Moretti Prudente

Professor de Processo Penal na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e de Legislação Penal Especial no Instituto Paranaense de Ensino (IPE). Servidor do Ministério Público Federal (MPF/PR). Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP/SP) e Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Polícia Criminal (ICPC/UFPR).
Palestrante e Escritor.

RESUMO: O trabalho trata da prisão eletrônica (vigilância ou monitoramento eletrônico), como uma alternativa a prisão física (cárcere e pena privativa de liberdade). Depois de apresentar a origem, a definição, os fins e os modelos empregados, passa-se a analisar a adoção da prisão eletrônica no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, traz uma reflexão acerca dos principais argumentos desfavoráveis e favoráveis à sua adoção. Conclui que a prisão eletrônica é algo melhor do que a prisão física e, assim como em outros países, merece ter uma chance em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento Eletrônico – Justiça Criminal Brasileira – Ressocialização.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve enquadramento histórico; 2. Fundamentos do Monitoramento Eletrônico; 2.1. Definição e objetivos; 2.2. Tecnologias; 2.3. Razões de uso; 2.4. Aplicação; 3. O Monitoramento Eletrônico na legislação brasileira; 3.1. Lei nº 12.258/2010; 3.2. Lei nº 12.403/2011; 3.3. Decreto nº 7.627/2011; 3.4. Projeto de Lei nº 8045/2010; 3.5. Projeto de Lei nº 513/2013; 4. Desvantagens e vantagens do uso do Monitoramento Eletrônico; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

"O grau de civilização de uma sociedade
pode ser julgado *pelo estado de suas prisões*"
Dostoiévski (1821-1881)

O aumento da criminalidade constitui um dos fenômenos mais marcantes da sociedade contemporânea, e, como consequência, sempre tão fácil como ineficaz, cria-se novos tipos penais e/ou aumenta o rigor das punições. Todavia, em decorrência de tais "soluções", inúmeros problemas se apresentam, entre eles, está o aumento do número de encarcerados, os elevados custos que o aprisionamento acarreta e os efeitos nefastos do cárcere na vida do "infrator".

Cumprir destacar que a superlotação carcerária é um dos mais graves e preocupantes problemas, já que o crescimento acelerado do número de presos não foi acompanhado na mesma velocidade pela quantidade de vagas criadas, fato que se verifica pelo déficit de vagas necessárias para atender a demanda de presos. E dizer, segundo dados oficiais (CNJ/2014), com quase 600 mil pessoas presas, o déficit no sistema prisional brasileiro gira em torno de 210 mil vagas. Além de que da totalidade da população carcerária

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

brasileira, 41% estão encarceradas na condição de presos provisórios (inocentes).¹ Como os estabelecimentos penais estão superlotados e não conseguem reeducar os presos, o índice de reincidência criminal no país gira em torno de 70%. Além da superlotação, do déficit de vagas e dos altos índices de reincidência, outros problemas no cárcere se apresentam, tais como as condições precárias de saúde, higiene e alimentação, a violência acentuada, sevícias físicas e sexuais, ausência de atividades laborais/educativas, bem como da corrupção que corrói o aparelho estatal.

Sobre a questão, Luiz E. e Miriam G. apontam algumas das mazelas no sistema carcerário:

a) os presos são misturados, independentemente da gravidade de seus crimes; (b) as penitenciárias são muito grandes, dificultando a gestão, a vigilância e a separação necessária; (c) a superlotação ultrapassa todos os limites; (d) não há acompanhamento da situação legal dos apenados, por isso muitos presos estão cumprindo pena além do tempo da sentença; (e) as condições de higiene são degradantes e insalubres; (f) trabalho e educação são raramente oferecidos; (g) a progressão de regime frequentemente é uma fraude, porque não há controle rigoroso do preso, no semiaberto, o que enseja fugas e/ou práticas de crimes, perpetuando o retorno de egresso ao sistema; (h) o egresso não é apoiado para reinserir-se na comunidade; (i) os agentes penitenciários raramente contam com escolas de formação e uma carreira — o que reduziria a corrupção e aperfeiçoaria o trabalho.²

Em face dos alarmantes dados e dos debates teóricos existentes, podemos notar que o Estado não vem cumprindo com as determinações da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, ao contrário, se vê incapaz de fornecer as mínimas condições para com o preso. Não precisa ser nenhum criminólogo para constatar a distância entre a realidade e a teia normativa. Por isso, podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que o sistema prisional brasileiro, bem como a pena privativa de liberdade, está à beira da “falência total”, do “colapso”.³

Diante deste quadro – fracasso do sistema prisional e da pena de prisão – inúmeras discussões/posições surgem, que vão desde a rediscussão do papel das penas privativas

¹ Cf. NOVO diagnóstico de pessoas presas no Brasil. *Conselho Nacional de Justiça* – CNJ. Departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas - DMP. Brasília/DF, junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

² SOARES, Luiz Eduardo e GUINDANI, Miriam. Muita lenha na fogueira. *O Globo*, São Paulo, 21 maio 2006. O país, p. 12.

³ “O cárcere surge como um instrumento de controle total da pessoa do preso, como se pode ver tão bem pelo *Panopticum*, de Jeremias Bentham, permitindo vigilância absoluta e exigindo completa disciplina. [...] Muitos estudiosos, nos últimos 20 anos, examinado o ambiente carcerário, demonstraram de forma eloquente os seus efeitos devastadores sobre a personalidade humana. Esses estudos remontam às obras, hoje clássicas, de Donald Clemmer e Gresham Sykes. Elas vieram mostrar que a prisão não é uma miniatura da sociedade em geral, mas sim um sistema próprio de interação social e de poder, constituindo uma subcultura deformada. Sykes descreve as privações a que está submetido o preso. Perdendo a liberdade, ele perde o seu status formal, ou seja, a sua identidade social, perdendo também a possibilidade de escolha entre alternativas de comportamento, a propriedade privada de certos bens materiais, a possibilidade de relações sexuais normais, e uma série de outras características do comportamento normal das pessoas. Não se trata apenas da perda da liberdade, mas de sujeição completa a uma estrutura de comando autoritária, que lhe reduz por completo a capacidade de autodeterminação.” (Cf. FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SÜSSEKIND, Elizabeth. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. pp. 8-9).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

da liberdade até a busca de novas medidas penais. Com efeito, toda e qualquer alternativa para evitar o aprisionamento é positiva, já que o emprego da prisão deve ser limitado (casos excepcionais).

Pois bem, dentre um leque de medidas que vêm sendo tomadas em consideração, que visam, ao menos, minimizar a situação caótica do sistema carcerário, algumas se apresentam, quais sejam: a promoção de mutirões carcerários; a construção de novos presídios; a privatização dos presídios (PPP – Parceria Público-Privada); o incremento na utilização de instrumentos de execução penal, tais como a progressão de regime, liberdade condicional, remissão e a suspensão condicional da pena (*sursis*); a implantação de um sistema eficaz de laborterapia ou oficinas de trabalho para os presos; a realização de políticas públicas eficazes que trabalhem com a prevenção e repressão da prática delitiva; a redução do número de prisões provisórias; a aplicação de penas alternativas; a justiça restaurativa e o uso monitoramento eletrônico.⁴

Nesse sentido, o *monitoramento eletrônico* (a seguir designado como “ME”) tem surgido como uma alternativa tecnológica ao encarceramento em diversos países do mundo (tanto na fase da execução da pena, como na fase processual e pré-processual), com resultados nitidamente positivos.⁵ Nessa toada, pretende-se, com o artigo, fazer uma análise sobre o tema e trazer algumas reflexões. Sigamos com a discussão!

1 BREVE ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

O espetacular aumento da população carcerária experimentado nos finais da década de 70 do século passado, assim como o elevado custo penitenciário, unido a crise da pena privativa de liberdade e o fracasso do tratamento ressocializar, gerou, em seu conjunto, a necessidade de uma reorientação da política criminal até então imperante, na busca de alternativas a prisão no âmbito da criminalidade de menor e médio potencial ofensivo.⁶ Nesse sentido, com o processo de globalização aliado ao avanço tecnológico, se introduziu no debate político-criminal de orientação progressista, a possibilidade de introduzir determinados mecanismos de controle eletrônico no âmbito penal e penitenciário (“Direito Penal do Futuro”) em face do marco tradicional das sanções penais.

⁴ Cf. O COLAPSO do sistema prisional. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 jan. 2011. Notas e Informações, p. A3.

⁵ O termo “monitoramento eletrônico” foi adotado no Brasil por ser mais fácil de identificação. Contudo, deve ser tido em conta que o original possui uma conotação de vigilância. *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993) faz distinções semânticas úteis entre “supervisão”, “vigilância” e “monitoramento”. “Supervisão” significa “dirigir ou coordenar” alguém ou alguma coisa, assim como “orientar”, mas sem a conotação de regulamentar. “Vigilância” implica regras, sendo definida por “observação para efeitos de prevenção ou fiscalização”, ou mesmo “precaaver-se constantemente perante um suspeito”. Em inglês, a palavra “monitoramento” partilha da mesma raiz etimológica que a palavra “advertência”. O monitor poderá, então, ser “a pessoa que admoesta alguém, adverte ou aconselha relativamente à sua conduta”. Monitorizar pode ser utilizado como verbo significante “aferir ou testar regularmente, especialmente para efeitos de regulamentação ou controle” e como substantivo como “instrumento ou ferramenta” para o mesmo efeito.

⁶ Cf. RÍOS, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 2062, p. 1.082, 2006. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr21.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Nesse contexto, ao contrário do que se poderia pensar, o ME não é uma prática recente. As primeiras experiências sobre ME foram realizadas na América do Norte (nos anos 60) e, posteriormente, na Europa (durante a década de 90), “obviamente pelo acesso à tecnologia de ponta numa velocidade muito maior”.⁷ Decerto, a introdução do ME marca a incorporação dos avanços da revolução científico-tecnológica ao sistema penal.

O primeiro dispositivo de ME foi desenvolvido nos anos sessenta do século passado, pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel – membros do Science Committee on Psychological Experimentation – da Universidade de Haward, nos EUA. Estes são considerados os pais da prisão virtual e sua variante de vigilância, com mecanismos capazes de captar o conjunto de sinais físicos e neurológicos da presença humana em determinado lugar.⁸ A “máquina de Schwitzgebel” (*Schwitzgebel's Machine*), como era chamada, consistia de uma bateria e um transmissor capaz de emitir um sinal a um receptor. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. Os irmãos realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, em Boston, nos EUA, em 16 jovens reincidentes que estavam usufruindo de liberdade condicional.⁹ A experiência foi repetida em Saint-Louis com o fim de reduzir a taxa de suicídios entre jovens detentos.¹⁰ Na década seguinte, L. Barton Ingraham e Gerald Smith defenderam o uso do ME como uma alternativa real ao cárcere.¹¹ Todavia, embora o Dr. Schwitzgebel patenteou o dispositivo em 1969, o uso real do ME em infratores não começou até a década de 1980.¹²

Em que pese poder atribuir as origens do monitoramento aos irmãos Schwitzgebel, pode-se apontar o Juiz Jack Love, da cidade de Albuquerque, no Estado do Novo México (EUA), como sendo o precursor da ideia que, atualmente, vem sendo utilizado em vários países. Diz-se que sua inspiração teria se dado ao ler um trecho de uma história em quadrinhos do Homem-Aranha (*amazing spider-man*, de 1977), onde o vilão Kingpin (rei do crime) fixa um bracelete eletrônico no pulso direito do Homem-Aranha a fim de monitorar seus deslocamentos. Assim, o Juiz Jack após ler a história, achou que a ideia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento eletrônico de presos, razão pela qual procurou seu amigo Michael Goss, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a projetar e produzir um sistema de monitoramento, tal como havia visto na história em quadrinhos. Em 1983, ou seja, seis anos depois, o magistrado testou em si próprio o bracelete, durante três semanas, e, posteriormente, ordenou a utilização

⁷ BRUM, Renato Ópice; VAINZOF Rony; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio. Impactos da tecnologia no direito. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, nº 38, p. 16, jul. 2009.

⁸ Cf. OLIVEIRA, Edmundo. *Direito Penal do Futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 27-29.

⁹ Cf. JOHN Howard. *Eletronic monitoring*. Society of Alberta. Disponível em:

<<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2011; GRECO, Rogério. *Monitoramento eletrônico*. Rio de Janeiro: Impetus. Disponível em:

<http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_client_user_group_file&view=show_my_all&id_file=240>. Acesso em: 7 out. 2010.

¹⁰ Cf. CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de presos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 99, nº 894, p. 417, abr. 2010.

¹¹ Cf. RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2007. p. 56.

¹² Cf. ELECTRONIC monitoring, op. cit.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

do mecanismo para supervisionar cinco delinquentes (em regime de liberdade condicional) de sua cidade.¹³ A primeira tornozeleira eletrônica passou a denominar-se “Gosslink”, decorrente da união da palavra link e do sobrenome do engenheiro que a criou.¹⁴ Do tamanho de um maço de cigarros (*cigarette-pack-size*), a tornozeleira emitia um sinal de rádio a cada 60 segundos – que era capturado por um receptor ligado a uma linha telefônica – e, em seguida, transmitia os dados a um computador central.¹⁵ Nascia, também, naquele momento, a National Incarceration Monitor and Control Services (NIMCOS, 1986), a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos – *electronic monitoring* ou *tagging*.¹⁶ Todavia, poucos meses após o início das experimentações, os recursos da empresa NIMCOS acabaram sendo completamente esgotados e as atividades consequentemente tiveram de ser suspensas. Em ato de desespero, Michael Goss solicitou auxílio à empresa *Boulder Industries* (BI)¹⁷ que, entendendo se tratar de uma boa oportunidade de negócios, lhe concedeu um empréstimo no valor de 250 mil dólares e, posteriormente, acabou comprando os direitos da NIMCOS.¹⁸

A partir das experiências do juiz Love, os Estados Unidos (sobretudo em Washington, Virgínia e Flórida) deram início há projetos-piloto para a implementação do ME e, em 1987, 26 (vinte e seis) estados americanos já estavam utilizando o ME. No final dos anos 90, o número de pessoas monitoradas nos Estados Unidos já chegava a quase 100 mil.¹⁹ Na Europa, o sistema de monitoramento de presos passou a ser adotado, primeiramente, na Inglaterra (1989), Suécia (1994) e Holanda (1995), como modalidade de execução de pena privativa de liberdade e de maneira muito similar à adotada pelos EUA.²⁰

É neste contexto que se iniciaram as experiências de controle à distância através da utilização do ME de presos que constitui, hoje, instrumento indispensável aos sistemas de justiça criminal. Diversos países estão utilizando o ME, nas suas diversas modalidades de aplicação, demonstrando que a tendência é de generalização não só nos EUA e Europa, mas em diversos outros cantos do mundo. A título ilustrativo, o ME foi implementado nos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escócia, Reino Unido, Suécia, Holanda, França, Bélgica, Itália, Alemanha, China, Japão, Dinamarca, Espanha, Tailândia, Hungria, Portugal, Suíça, Andorra, Austrália, Noruega, Nova Zelândia, Israel, Singapura e África do Sul.²¹ Na América Latina, a Província de Buenos Aires, na

¹³ Cf. CÉRÉ, Jean-Paul. La Surveillance Électronique: une réelle innovation dans le procès pénal?. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VII, nº 8, p. 107, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/JeanCere.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

¹⁴ Cf. RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, op. cit., p. 61.

¹⁵ Cf. GABLE, Robert S. *Tagging: an oddity of great potential*. Disponível em: <<http://rgable.files.wordpress.com/2012/02/british-psych-soc-em1.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

¹⁶ Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 28.

¹⁷ A *Boulder Industries* continua em funcionamento até hoje, atuando notadamente no âmbito do monitoramento eletrônico de presos e processados. Consoante informações extraídas do sítio eletrônico, acessado em 18 jun. 2012, a empresa fornece produtos e serviços para cerca de 900 agências federais, estaduais e locais.

¹⁸ Cf. BURRELL e GABLE citado por AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

¹⁹ Cf. CÉRÉ, op. cit., p. 107.

²⁰ Cf. CONTE, op. cit., p. 419.

²¹ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?* Experiências internacionais e

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Argentina, foi a primeira a usar esse tipo de tecnologia para vigiar os movimentos de pessoas condenadas pela Justiça (essa modalidade de segurança ainda não é aplicada no resto do país).²²

No Brasil, diante da nova realidade, iniciativas ainda tímidas do legislador brasileiro apontam a intenção de adaptação do sistema jurídico pátrio às incipientes mudanças tecnológicas. O Brasil experimentou, pela primeira vez, o uso do sistema telemático no ano de 2007, na cidade de Guarabira (PB), por decisão do magistrado Bruno Azevedo. Em parceria com a empresa Insiel Tecnologia Eletrônica Ltda., de Campina Grande (PB), o magistrado lançou, no ano de 2007, o projeto intitulado “Liberdade vigiada, sociedade protegida”, com o escopo de monitorar presos por meio de tornozeleiras eletrônicas. O projeto teve início com cinco presos voluntários e de bom comportamento do sistema fechado, que foram escolhidos por meio de uma triagem. O governo de São Paulo já estudava desde 2007 a adoção do monitoramento eletrônico dos presos. São Paulo, Rio Grande do Sul e Pernambuco aprovaram o monitoramento eletrônico de presos em 2008, enquanto o Legislativo do Rio de Janeiro deu o aval no ano de 2009. O Estado de Goiás começou a testar, em fevereiro de 2009, o sistema de monitoramento de presos. Mato Grosso do Sul e Paraíba - que foi o primeiro Estado a realizar testes - estavam com debates no legislativo em andamento. Alagoas e Distrito Federal também já realizaram seus testes, que sempre foram feitos com presos que concordassem em participar da experiência.

Todavia, a Lei nº 12.258/2010 foi um marco no sentido de introduzir o ME no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando o ME no âmbito da execução penal. Mas foi com o advento da Lei nº 12.403/2011 que o ME adquiriu nova roupagem, pois passou a ser adotado como medida cautelar diversa da prisão, ou seja, sua aplicação passa a ser estendida aos indiciados (durante o inquérito policial) e aos acusados (durante o curso da ação penal), de modo a impedir o encarceramento destes antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, atualmente, o ME vem sendo utilizado em vários estados brasileiros (quase todos), embora ainda com inúmeras dificuldades de implementação, tais como, dificuldades financeiras/orçamentárias, dificuldades estruturais/organizacionais, dificuldades ideológicas, geográficas, licitatórias e operacionais. E já contamos com empresas que fornecem, além do sistema, os dispositivos, a central de monitoramento e toda a assessoria necessária ao controle eletrônico de presos.

Não poderia deixar de citar que no Décimo-Segundo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e a Justiça Criminal, realizada em abril de 2010 na cidade de Salvador/BA, enfatizou-se acerca da “necessidade de reforçar as medidas alternativas ao encarceramento, que podem incluir [...] monitoração eletrônica”. (Ponto 43).

Estes acontecimentos históricos marcam a incorporação dos avanços da revolução científico-tecnológica ao sistema penal e a entrada do poder punitivo na nova era digital, inclusive no nosso país tupiniquim.²³

perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

²² Cf. OGLIARI, Elder. Rio Grande do Sul testa equipamentos em 15 condenados. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 5 jul. 2010. Cidades, p. C1.

²³ Sob esse viés, destacam-se os estudos da *Conférence Permanente Européenne de la Probation* (CEP), os quais constituem importante referencial na área de vigilância eletrônica. A CEP organiza conferências e

2 FUNDAMENTOS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

2.1. Definição e objetivos

O *monitoramento eletrônico* (ME), também chamado de “*tagging*”, “*vigilância eletrônica*” ou “*monitoração eletrônica*” (Brasil) consiste, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico (dispositivo de identificação pessoal – DIP) pelo infrator que passaria a ter a liberdade controlada (mitigada ou condicionada), evitando que se distancie ou se aproxime de locais predeterminados pelo sistema de justiça. Este dispositivo transmissor emite um sinal eletrônico, o qual passa por um receptor e, através da linha telefônica (ou satélite), chega a um centro de vigilância, indicando a localização exata do indivíduo a ela atada. Caso surja algum problema (v.g. se o infrator tenha violado o dispositivo ou se ausentado da área delimitada) é notificado o juiz (ou outra autoridade encarregado), para que adota as providências cabíveis.²⁴

Em linhas gerais, segundo o *expert* Bernardo Azevedo e Souza, o ME consiste na utilização de dispositivos eletrônicos (como pulseiras e tornozeleiras) que permitem localizar e controlar, fora do estabelecimento prisional, indivíduos que respondem a um processo penal ou que estão em fase de cumprimento da pena privativa de liberdade.²⁵ Em poucas palavras o ME é “*uma ferramenta de supervisão contínua destinada a confirmar a localização de pessoas*”.²⁶

No tocante aos objetivos, a implantação do ME (tendo em conta os países que à introduziram na sua legislação) busca, no mínimo: a) evitar a rotina da dessocialização do encarceramento; b) permitir novas oportunidade para a vida familiar e comunitária do infrator; c) reduzir a superlotação carcerária; d) reduzir a taxa de reincidência; e e) reduzir os custos penitenciários.²⁷

2.2. Tecnologias

Desde as primeiras experiências com o ME, o grau de sofisticação dos sistemas de controle eletrônico têm experimentado avanços espetaculares, que permitem distinguir três gerações de tecnologia:

1) A *primeira geração* de mecanismos de controle engloba o sistema ativo e o sistema passivo, ou, ainda, o sistema misto, que combina ambos os modelos. O *sistema ativo* ou de sinal contínuo (vigilância eletrônica ativa) tem três componentes essenciais: um transmissor, um receptor e um computador central. Neste sistema, o transmissor

workshops em que se reúnem acadêmicos, profissionais da justiça criminal e profissionais da *probation* e serviços semelhantes em toda a Europa, visando a compartilhar os resultados que estão sendo obtidos pelo uso do sistema de vigilância eletrônica, bem como debater (e aprimorar) as principais dificuldades encontradas.

Mais informações no sítio eletrônico: www.cep-probation.org.

²⁴ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 14, nº 170, pp. 2-3, jan. 2007; De acordo com a proposta de inclusão do art. 146-A na LEP, o monitoramento eletrônico consiste “*no uso da telemática e de meios técnicos que permitam, à distância e com respeito à dignidade da pessoa a ele sujeito, observar sua presença ou ausência em determinado local e período em que ali deva ou não possa estar...*” (Emenda apresentada pelo Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ao PLS 165/2007).

²⁵ Cf. AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 64.

²⁶ CONTE, op. cit., p. 417.

²⁷ Cf. CÉRÉ, op. cit., p. 111.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

acoplado ao corpo do indivíduo (v.g. pulseira, tornozeleira ou cinto) transmite um sinal codificado contínuo (em intervalos regulares) para um receptor (v.g. situado no domicílio, escola ou local de trabalho). O receptor capta os sinais do transmissor e transmite estes sinais através da linha telefônica para o computador central - estação central de vigilância ou a autoridade administrativa competente (polícia, penitenciária ou outras de controle competente). Assim, se o usuário se afastar do local determinado ou tentar danificar o dispositivo, a central de vigilância é acionada e toma as providências necessárias. A vantagem fundamental deste sistema, absolutamente predominante na Europa, é a possibilidade de vigilância permanente sem interferências para o vigiado, no entanto, a principal desvantagem é a possível estigmatização social que pode provocar um transmissor publicamente visível (v.g. em caso de práticas esportivas). Já o *sistema passivo* ou de controle programado (vigilância eletrônica passiva) é mais utilizado em casos de prisão domiciliar. Nesse sistema, o vigiado é periodicamente acionado (em intervalos aleatoriamente programados, causais e inesperados) pela central de vigilância por meio de telefone ou *paggers* para garantir que ele se encontra no local designado pela determinação judicial. O vigiado é então obrigado a atender a chamada. Ele deve fornecer uma palavra, senha ou um código pré-determinado e, pode ser necessário para identificar-se, um dispositivo de reconhecimento de impressão digital, mapeamento da íris, reconhecimento de voz ou facial. A principal vantagem desse sistema de controle é sua menor estigmatização pública, no entanto, como desvantagem se aponta a possível perturbação das chamadas telefônicas, especialmente em horário noturno.

2) A tecnologia de *segunda geração* se caracteriza por uma intervenção mais intensa e ampla na esfera privada do vigiado, já que o dispositivo pode ser implantado no corpo ou pele do indivíduo (emissor ou *microship* subcutâneo), o que torna imperceptível por outras pessoas, que não aquele que o utiliza. Por sua vez, emprega mecanismos que funcionam via satélite mediante *sistema de posicionamento global por satélite* (GPS). O GPS consiste em três componentes: satélites, estações de terra conectadas em rede e dispositivos móveis. A tecnologia elimina a necessidade de dispositivos instalados em locais predeterminados (receptor). Este dispositivo tem capacidade não só para controlar a permanência do vigiado em um determinado lugar, em tempo real, senão também para detectar com precisão milimétrica “cada movimento” do vigiado (24 horas por dia). O sujeito há de portar um transmissor análogo ao do sistema ativo, que envia dados de seus movimentos a central, cuja alarme dispara se o sujeito se distancia do perímetro de ação permitida. Se um criminoso violar as condições de uma ordem de ME, o GPS pode identificar a sua localização precisa, fazendo a prisão do infrator por parte das autoridades policiais.

3) A tecnologia de *terceira geração* se caracteriza porque, além do controle por sistema GPS (de permanência ou presença que oferece o sistema anterior), se dá, também, a possibilidade de que a central de vigilância receba (do vigiado) informações psicológicas, frequências cardíacas, pressão arterial, nível de adrenalina ou mesmo a presença álcool ou drogas no sangue. Inclusive, algumas versões mais modernas, ante qualquer descumprimento das obrigações acordadas judicialmente, tem capacidade para realizar uma intervenção corporal direta no vigiado por meio de descargas elétricas programadas que repercutem diretamente no sistema nervoso central ou, por meio da abertura de uma cápsula que lhe injeta um tranquilizante ou outra substância, para o caso de neuróticos agressivos, esquizofrênicos ou adeptos ao álcool. Por sua vez, outras

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

versões incluem ainda uma câmara de vídeo em miniatura, que permite que funcionários observem a localização do usuário e suas atividades.²⁸

Não obstante, alguns destes drásticos procedimentos enfrentam resistência pela comunidade jurídica, posto que constitui um castigo físico atentatório contra dignidade humana; por outro lado, não toma em conta distintas situações de necessidade – urgência médica, incêndio na casa, um acidente – em que o vigiado se vê obrigado a abandonar o lugar ou a suportar injustificadamente tais descargas elétricas.²⁹

Naturalmente, a tecnologia de primeira e segunda geração permite controlar a presença ou distância de uma pessoa em um determinado lugar, mas não o que faz ou como se comporta. Não podem impedir o abandono do domicílio ou a entrada em zonas proibidas, diferente dos aparatos da terceira geração que, sem embargo, podem violar direitos fundamentais.³⁰

2.3. Razões de uso

Existem três razões principais por trás do uso do ME: i) *detenção* – o monitoramento visa manter o indivíduo em lugar predeterminado (normalmente em casa). Esta foi à primeira forma de utilização da solução tecnológica, permanecendo até hoje a mais comum; ii) *restrição* – o monitoramento é utilizado para garantir que o indivíduo não entre (frequente) determinados locais ou áreas ou ainda se aproxime de determinadas pessoas, normalmente testemunhas, vítimas e coautores (o que é muito útil nos casos de violência doméstica ou de práticas criminosas associadas a determinados locais, como bares e casas noturnas); iii) *vigilância* – é utilizado para que se mantenha vigilância contínua sobre o indivíduo, sem a restrição de sua movimentação.³¹

2.4. Aplicação

Existem três fases em que o ME pode ser utilizado na justiça criminal: i) *pré-julgamento* ou libertação antecipada – o ME pode ser uma alternativa a prisão provisória, ou seja, condição para liberar o acusado sem a necessidade de caução em dinheiro ou prisão. Isso permite que os criminosos com recursos financeiros limitados retornem às suas casas para aguardar o julgamento, bem como para garantir que o acusado apareça para o julgamento e não cometa novas infrações; ii) *pós julgamento* (sentença preliminar) – o ME pode ser usado como uma opção preliminar de sentença para reforçar determinadas limitações na liberdade de um criminoso (v.g. nos casos de prisão domiciliar, geralmente o ME é usado para manter o criminoso confinado em sua casa durante as horas do toque de recolher; ou no caso em que o infrator deve se afastar de locais onde se consuma bebidas alcoólicas). O ME também pode ser aplicado como pena principal ou alternativa; iii) *pós prisão* – o ME pode ser incorporado ao estágio de

²⁸ Cf. RÍOS e PARENTE, op. cit., pp. 1.088-1.091; Cf. BLACK, Matt e SMITH, Russel G. *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. Trends & issues in crime and criminal justice*, Australian Institute of Criminology, n° 254, p. 2, may 2003. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/documents/4/6/9/%7B469CBBD4-B204-4F5E-8C73-B9B47C707F05%7Dtandi254.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

²⁹ Cf. RÍOS e PARENTE, op. cit., p. 1.091.

³⁰ Idem, *Ibidem*.

³¹ Cf. BLACK e SMITH, op. cit., p. 2.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pós-prisão, como uma forma de transição da prisão para a comunidade. É dizer, quando o sujeito já tenha cumprido uma boa parte da sentença e existem prognósticos favoráveis para o cumprimento do restante da pena através do ME. O preso é transferido para a comunidade com a condição do uso do ME até o cumprimento total da pena.³²

Conforme algumas classificações, a adoção do ME pode ser feita, basicamente, por meio de dois sistemas, o *front-door* (porta da frente) e o *back-door* (porta traseira). A variante *front-door* busca evitar, desde o princípio, o ingresso do infrator na prisão; se contempla assim como pena principal ou como alternativa a execução tradicional de uma pena de prisão, além de aplicar-se também a casos de suspensão condicional da pena e prestação de serviços à comunidade. Por sua vez, o sistema *back-door* pressupõe uma redução do tempo do condenado na prisão por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo ME, de forma a proporcionar uma readaptação gradual do presidiário ao mundo em liberdade, articulando uma situação intermédia entre a permanência na prisão e a vida em liberdade, mas vigiada.³³

3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, o ME foi inserido tardiamente na legislação, ou seja, aproximadamente 27 (vinte e sete) anos após as primeiras experiências no mundo. Embora seja tímida a implantação do ME no Brasil, de qualquer sorte, deve-se enaltecer o esforço legislativo. Certo é que a instituição normativa do ME se apresenta como um avanço.³⁴

³² Cf. BLACK e SMITH, op. cit., p. 2; Cf. RÍOS e PARENTE, op. cit., p. 1.107.

³³ Cf. RÍO e PARENTE, op. cit., p. 1.083. Neste sentido os autores (p. 1.093), analisando as variantes da referida medida, atribuem-nas as seguintes utilidades: [...] al mismo tiempo que, especialmente en la variante *front-door*, evita las consecuencias negativas desocializadoras y la estigmatización social del condenado provocado por el contacto con la subcultura carcelaria, y le permite incluso conservar su puesto de trabajo y entorno familiar. Por su parte, la variante *back-door*, pensada para condenas de más larga duración, acorta la estancia del condenado en prisión y permite un acercamiento progresivo a la vida en libertad, aliviando considerablemente también los efectos negativos inherentes a la prisión.

³⁴ O Congresso Nacional decidiu combater o grande mal que assola o sistema penitenciário (a superlotação dos estabelecimentos penais), iniciando, desde 2001, discussões com o fito de implementar solução capaz de, a um só tempo, reduzir a massa carcerária e facilitar a reintegração, sem a perda da capacidade de vigilância do Estado sobre os presos. Nesse contexto, surgiram os Projetos de Lei nº 4.342/01 – Deputado Marcus Vicente; e nº 4.834/01 – Deputado Vittorio Mediolí. Ambos apresentavam como solução o uso de dispositivo eletrônico como controle de acusados ou condenados, acreditando que o mesmo seria capaz de reduzir o número de presos, além de potencializar a ressocialização dos condenados à sociedade, uma vez que tal equipamento permitiria o trabalho, o convívio familiar e a participação de cursos e atividades educativas. Em 2007, várias propostas se sucederam: PL 337/2007 – Deputado Ciro Pedrosa; PL 510/2007 – Deputado Carlos Manato; PL 641/2007 – Deputado Édio Lopes; PLS 165/2007 – Senador Aloísio Mercadante emendado pelo Senador Demóstenes Torres (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania); PLS 175/2007 – Senador Magno Malta. Todos os projetos, ainda que separadamente, perseguindo dois objetivos: a) *redução da população carcerária*, seja pela substituição da prisão preventiva pelo monitoramento eletrônico, seja pelo não recolhimento do preso, nos casos em que o mesmo se encontra cumprindo pena no regime aberto; e b) *retorno harmônico do preso ao meio social*, ainda durante o cumprimento de pena, *sem a perda do poder de vigilância do Estado*. Por fim, registre-se que os projetos propõem o monitoramento em todos seus aspectos (detenção, restrição e vigilância), sendo certo que o texto elaborado pelo Senador Demóstenes Torres não restringe a solução a um único sistema, podendo o monitoramento ser implementado por meio dos sistemas passivos, ativos ou GPS (Cf. MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada*. Ministério da Justiça. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>>. Acesso em: 10 set. 2010).

3.1. Lei nº 12.258/2010

Depois de intensos debates o ME foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, que alterou a Lei de Execução Penal - LEP (Lei nº 7.210/1984).³⁵

A mencionada lei introduziu na LEP a possibilidade de utilização da *Monitoração Eletrônica* (termo utilizado no Brasil, conforme artigos 146-A ao 146-D).

A lei permite a fiscalização, por meio do ME, somente nas hipóteses de: i) *saída temporária* para aquele que estiver sob o regime semiaberto, ou ii) quando a pena estiver sendo cumprida em *prisão domiciliar*, conforme o disposto nos incisos II e IV do art. 146-B da LEP. Nota-se que, neste caso, o monitoramento se aplica na fase da execução da pena. Desta forma, foi afastada a possibilidade de ME no cumprimento dos regimes aberto, das penas restritivas de direitos, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

O legislador fixou, no art. 146-C, a necessidade de o condenado adotar cuidados com o aparelho de ME, estabelecendo deveres como: “*I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça*”. O descumprimento destes deveres pode acarretar para o condenado, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: i) a regressão do regime, ii) a revogação da autorização da saída temporária, iii) a revogação da prisão domiciliar ou iv) advertência, por escrito (parágrafo único, incisos I, II, VI e VII do art. 146-C).

Sobre a revogação do ME convém destacar que o artigo 146-D determina que tal vigilância “*poderá ser revogada: I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave*.” Na prática, para que ocorra a revogação da ME, deverá o julgador determinar, antes de sua decisão, a realização de uma *audiência de justificação*, onde serão ouvidos o acusado, devidamente assistido pelo seu defensor, e também o Ministério Público, a exemplo do que ocorre com as hipóteses previstas pelo parágrafo único do art. 146-C da LEP.

Na prática, embora não tenha constado expressamente, sua aplicação resultará de uma decisão judicial motivada, nos termos do art. 93, IX, da CF/88 e o uso do aparelho deve ser autorizado (ou dispensado) pelos juízes das Varas de Execuções Penais. Não se pode perder de vista também, embora silente a lei, que o ME só se aplica aos presos que a ele desejam se submeter (por adesão voluntária), o qual também pode desistir de usar o equipamento quando quiser. É dizer, só pode ser utilizado com expressa autorização do preso, o que ao nosso ver, é correto, já que encara o indivíduo como uma pessoa

³⁵ Apresentado em plenário no dia 21/03/2001, o PL nº 4.342 foi o primeiro a contemplar a temática do ME no país. O projeto tinha como justificativa a falência do sistema prisional brasileiro (e rebeliões) e acreditava que a vigilância eletrônica consistiria num solução efetiva ao problema da superlotação carcerária, além de propiciar a humanização, reintegração e recuperação dos condenados e a desoneração do Estado. Posteriormente foram apresentados o PL nº 4.834/2001, PL nº 337/2007, PL nº 510/2007, PL nº 165/2007, PL nº 175/2007, PL nº 641/2007, PL nº 1.440/2007. Após intensos debates no âmbito do Congresso Nacional, os PLs nºs 337/2007, 510/2007, 1.295/2007, 641/2007 e 1.440/2007 acabaram sendo apensados no PL 1.288/2007, sendo transformado na Lei 12.258/2010.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

dotada de autonomia moral e titular de direitos fundamentais. Na realidade, ao estabelecer a facultatividade da utilização do ME, subordinando-o a aquiescência do preso, a legislação apenas seguiu a tendência das legislações estrangeiras, que preveem a necessidade de autorização do condenado (ou da família, em alguns casos) para a adoção dessa forma de vigilância.

A lei em comento, em seu artigo 3º, estabelece que: “O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.” Tal regulamentação se deu através do Decreto nº 7.627/2011, que analisaremos a seguir.

Inferese, pois, no tocante ao uso do ME na fase da execução penal (cf. à Lei nº 12.258/2010) que esta não provocou nenhuma alteração significativa no sistema carcerário, já que a utilização do ME atingirá (fiscalizará) os condenados que já se encontram fora dos estabelecimentos prisionais, não vislumbrando então como isso possa auxiliar na diminuição da população carcerária. O ME, conforme a lei, mostra-se somente como auxiliar na fiscalização da saída temporária e da prisão domiciliar.³⁶ Quem possuía o direito à saída temporária, continuará gozando do benefício, embora possa ser monitorado. O condenado que conseguiu a prisão domiciliar (P.A.D.) pode ser fiscalizado por monitoração eletrônica. Nestes dois casos, a utilização deste dispositivo tecnológico para o rastreamento representa um “plus” no controle do condenado, uma ferramenta de controle e vigilância do preso.³⁷ Na verdade, trata-se de “novidade” que torna ainda mais severa (e cara) a execução criminal, na medida em que impõe novos ônus àqueles que conquistam meritariamente benefícios como à saída temporária e a prisão domiciliar. Se antes a liberdade expressa nos casos acima delineados nada custava ao Estado, ora custará aproximadamente R\$500,00/mês por infrator, valor pertinente ao investimento em equipamentos e funcionários necessários ao funcionamento do ME. Pior, nesses termos, que além de trazer um acréscimo aos gastos públicos, pode representar também um acréscimo de estigmatização àqueles que galgaram legitimamente a conquista de benefícios e agora terão que suportar um novo ônus.³⁸

Todavia, sob uma ótica geral, a Lei nº 12.258/2010 é inovadora ao introduzir no sistema jurídico pátrio o ME.

3.2. Lei nº 12.403/2011

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 (que introduziu diversas inovações no sistema processual penal brasileiro) surge, o ME, como medida cautelar, servindo para fiscalizar os passos do indiciado ou acusado, não se restringindo mais às hipóteses previstas na Lei nº 12.258/2010.

No título IX, sob a rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, se inseriu diversas medidas cautelares que passaram a constituir alternativas à prisão provisória, destacando-se a ME (artigo 319, inciso IX).

³⁶ Cf. VAZ, Denisa Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, nº 216, pp. 4-5, nov. 2010.

³⁷ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. A história do direito penal é a história de um largo processo de humanização da repressão. In: *Instituições de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327.

³⁸ Cf. SILVEIRA, Valdir João e VALENTE, Rodolfo de Almeida. Estigma eletrônico. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 jun. 2010. Aliás, p. J6.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Com efeito, o artigo 319 passou a fixar como medidas cautelares diversas da prisão: i) o comparecimento em juízo, no prazo e condições estabelecidas em Juízo; ii) a proibição de frequentar determinados lugares, com o fim de evitar o risco de novas infrações penais; iii) a proibição de manter contato com pessoas com quem deva permanecer distante; iv) a proibição de se ausentar da Comarca; v) o recolhimento domiciliar; vi) a suspensão de função pública ou atividade de cunho econômico ou financeiro; vii) a internação provisória; viii) a fiança; ix) *a monitoração eletrônica*. Essas medidas visam justamente impedir o encarceramento do indiciado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, conforme destacado, o ME está expressamente inserido como uma medida de natureza cautelar processual, podendo ser aplicada antes mesmo do decreto condenatório, ou seja, durante a fase do inquérito policial e, também, da ação penal. Nota-se, assim, que a lei em comento inova ao autorizar a aplicação do ME aos indiciados ou acusados e não apenas, como até então, aos condenados.

Nesse contexto *“a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar* (cf. art. 282, § 6.º, CPP). É dizer, antes de se decretar a prisão preventiva, faz-se imprescindível analisar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares e, entre tais medidas, se encontra o ME. Por força disto, em sendo aconselhável a aplicação de uma das medidas cautelares, como a utilização do ME, por exemplo, não se imporá a prisão provisória. Atente-se que a lei, em harmonia com o escopo de evitar ao máximo o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, considerou a prisão cautelar como última alternativa colocada à disposição do magistrado. Assim, o juiz, de ofício ou mediante requerimento das partes ou quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (art. 282, §2.º), poderá: (a) substituir a medida, no caso, o ME; (b) impor outra em cumulação; ou (c) em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (cf. art. 282, §4º). De qualquer forma, vale mencionar que a lei faculta a revogação da medida ou substituição quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (art. 282, §5º). Assim, nada impede que seja concedida a liberdade provisória e, juntamente, utilizado o sistema de ME, uma vez constatada a sua necessidade, em conformidade com os critérios impostos pelo Diploma Legal.

Não custa ressaltar que, antes da edição da Lei nº 12.403/2011, o ME era concebido como uma medida de vigilância indireta, aplicável ao condenado. Tanto é que, até então, a única possibilidade de aplicar tal instrumento eletrônico, de acordo com a Lei nº 12.258/2010, era em casos de saída temporária ou prisão domiciliar, nos termos da reforma introduzida na LEP. Entretanto, com a edição da Lei nº 12.403/2011, a ME foi instituída como uma medida cautelar substitutiva (alternativa) à prisão provisória, apresentando-se, pois, como uma relevante alternativa ao cárcere (e com isso, diminuindo a população carcerária).

Como a lei processual não fornece parâmetros para a aplicação dessa nova medida cautelar, fica a critério de cada magistrado regular as suas condições e limites. Além disso, será preciso disponibilizar dispositivos eletrônicos e implantar centrais de ME em

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

várias regiões para que se possa utilizar desse novo instrumento como medida cautelar.³⁹

É bom ressaltar, como indaga Nucci, que *“haverá verba e interesse suficientes para instalar essas centrais de monitoração, além de permitir que todos os juízes brasileiros fixem tal medida? Enquanto os recursos não vierem e a viabilidade prática não ocorrer, trata-se de medida cautelar inoperante.”*⁴⁰

Em suma, o ME (vigilância indireta) no ordenamento jurídico brasileiro, confere controle quando da permissão da saída no regime semiaberto e da prisão domiciliar (Lei nº 12.258/2010) e também como medida cautelar, constituindo-se em verdadeira alternativa à prisão provisória (Lei nº 12.258/2011).

3.3. Decreto nº 7.627/2011

Pouco mais de seis meses após o advento da Lei nº 12.403/2011, foi promulgado o Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011. Elaborado no âmbito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, tal Decreto regulamenta o uso do ME previsto no art. 319, IX, do CPP e nos arts. 146-B, 146-C e 146-D da LEP.

O art. 2º estabelece que *“considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização”*.

O art. 3º dispõe que o monitorado deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e deveres a que estará sujeito, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração.

O art. 4º destaca que a responsabilidade pela administração, execução e controle da ME caberá aos órgãos da gestão penitenciária, cabendo-lhes, ainda, i) verificar o cumprimento dos deveres legais e das condições específicas na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica; ii) encaminhar relatório circunstanciado sobre a pessoa monitorada ao juiz competente na periodicidade estabelecida ou quando as circunstâncias assim o exigirem; iii) adequar e manter programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio à pessoa monitorada condenada; iv) orientar a pessoa monitorada no cumprimento de suas obrigações e auxiliá-la na reintegração social, se for o caso; e v) comunicar, imediatamente, ao juiz competente sobre fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições. O parágrafo único do mesmo dispositivo rege que a elaboração e o envio de relatório circunstanciado poderão ser feitos por meio eletrônico certificado digitalmente pelo órgão competente.

O art. 5º preceitua que o equipamento de ME deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

Por derradeiro, o art. 6º estabelece que o sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações do monitorado e o art. 7º, por sua vez, dispõe que o acesso aos dados e informações da pessoa monitorada

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: Reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

⁴⁰ Idem, Ibidem.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ficará restrito aos servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições.

3.4. Projeto de Lei nº 8.045/2010

Paralelamente, a proposta do novo Código de Processo Penal também prevê a adoção do modelo (ME). O Projeto de Lei nº 8.045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal, prevê o ME como uma das medidas cautelares pessoais alternativas a prisão provisória (arts. 591-594).⁴¹

Conforme reza o artigo 591, *“nos crimes cuja limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 4 (quatro) anos o juiz poderá submeter o investigado ou acusado ao sistema de ME que permita a sua imediata localização”*, desde que haja *“previa anuência do investigado ou acusado, a ser manifestada em termo específico, como alternativa a outra medida.”* (art. 592).

Independente da tecnologia utilizada, o dispositivo eletrônico não poderá ter aspecto aviltante ou ostensivo, bem como não poderá colocar em risco a saúde do investigado ou acusado, sob pena de responsabilidade do Estado (art. 593).

Por sua vez, conforme prescreve o artigo 594, *“considera-se descumprida a medida cautelar se o investigado ou acusado: I) danificar ou romper o dispositivo eletrônico, ou de qualquer maneira adulterá-lo ou ludibriá-lo; II) desrespeitar os limites territoriais fixados na decisão judicial; III) deixar de manter contato regular com a central de monitoramento ou não atender à solicitação de presença.”*⁴²

3.5. Projeto de Lei nº 513/2013

O projeto de Lei nº 513/2013, que visa instituir a nova Lei de Execução Penal, prevê algumas alterações no tocante ao ME.⁴³

O projeto cria a “Central de Monitoração Eletrônica”, que é *“órgão do Poder Executivo Estadual e do Distrito Federal responsável pela monitoração eletrônica para vigilância indireta do preso nos casos de saída temporária durante o regime semiaberto e de concessão de prisão domiciliar, e nos casos em que a monitoração eletrônica for aplicada como medida cautelar diversa da prisão.”* (art. 79-C). Entre as atribuições da Central de ME, está a de: *“i) instruir as pessoas monitoradas acerca dos cuidados que deverão adotar com o equipamento eletrônico e de seus deveres, além de colocar, remover ou realizar quaisquer procedimentos relativos aos dispositivos de monitoração eletrônica”* e *“ii) realizar visitas, contatos e procedimentos necessários*

⁴¹ O PL nº 8045/2010 é fruto do projeto de Lei nº 156/2009, de autoria do Senador José Sarney (que por sua vez é baseado no anteprojeto elaborado por uma comissão externa de juristas criada em 04 de junho de 2008, através do Ato nº 011/2008, com o objetivo de reformar essa legislação). Tal projeto nº 156/2009, após aprovação no Senado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados por meio do ofício nº 2427, de 21/12/2010, para ser submetido à revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal. Na Câmara, o projeto recebeu o número 8.045/2010.

⁴² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A9FFBBF923A6D0266293E4FEF0471C94.node1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 08 de jan. 2015.

⁴³ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 513, de 2013*. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142509&tp=1>>. Acesso em: 22 de jan. 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para averiguar o cumprimento das decisões judiciais que envolvam a monitoração eletrônica de pessoas” (art. 79-D).

O projeto, ao tratar do Recolhimento Domiciliar, dispõe que é facultado ao juiz fiscalizar o condenado em recolhimento domiciliar por meio da monitoração eletrônica (art. 95-A, § 3º).

Por fim, ao dispor acerca da saída temporária, o art. 124, §1º, reza que “*as saídas temporárias serão condicionadas a monitoração eletrônica reavaliando-se a necessidade da continuação, em caráter premial, após as três primeiras saídas.*”

4. DESVANTAGENS E VANTAGENS DO USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

É intenso o debate no direito comparado sobre a matéria que nos ocupa. Uns se apresentam como partidários e, outros, como opositores a sua utilização e, ambos, polemizam em todos os seus aspectos. Buscamos sintetizar alguns prós e contras, senão vejamos.

De um lado, várias são as desvantagens apontadas pelos opositores do ME, quais sejam: i) o estigma e constrangimento ao monitorado, diante de colegas de trabalho, da família e da sociedade, ii) intromissão na esfera privada do infrator e de seus familiares (castigo indireto), iii) prejudica sua readaptação, já que impede que o monitorado supere a lembrança de má conduta, iv) violação de determinados direitos fundamentais, tais como o direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, a igualdade perante a lei, a presunção de inocência e à liberdade de locomoção; v) violação a dignidade da pessoa humana (integridade física e moral), vi) ampliação do controle penal (*net-widening-effect*), vii) não impede a prática de crimes, viii) atividade altamente rentável para os fabricantes e comerciantes dos dispositivos, ix) dificuldade quanto a operacionalidade do equipamento, x) inviabilidade das autoridades conseguirem capturar todo e qualquer monitorado que decidir romper o equipamento e fugir.⁴⁴

Por outro lado, os partidários do ME afirmam que as vantagens que se apresentam superam eventuais obstáculos à sua adoção, tais como, i) a diminuição da população carcerária e, consequentemente, do número de motins e rebeliões, ii) manutenção dos laços familiares/sociais, iii) exercício da atividade profissional/estudantil pelo infrator, contribuindo com o sustento familiar, pagamento de impostos, compartilhamento no custo do ME, bem como reparação ao prejuízo causado a vítima, iv) diminuição da reincidência e da taxa de ocupação dos estabelecimentos penitenciários, v) redução de custos, de toda ordem, com os encarcerados, vi) melhor ressocialização do infrator, afastando-o das mazelas propiciadas pelo sistema prisional, principalmente nos delinquentes primários (v.g. superlotação, sevícias sexuais, doenças, má condições de higiene, ociosidade), vii) maior controle (fiscalização) das determinações impostas pelo juiz.

Destarte, não há dúvida que os riscos (reais, iminentes e de toda sorte) que a pessoa corre ingressando em nossas cadeias são infinitamente maiores aos que ocorreria estando solta sob vigilância eletrônica. Assim, qualquer solução, que venha a rechaçar o

⁴⁴ Para saber mais sobre as críticas indico o magistério de: AZEVEDO E SOUZA, 2014, pp. 86-112.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

encarceramento ou a proporcionar a extração do sistema para reintegração à sociedade deverá ser acolhida, ainda que experimentalmente.

Rogério Grego, defensor do sistema, aponta que *“não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados no agente que se vê obrigado a cumprir sua pena intra muros.”*⁴⁵

Na opinião de Túlio Vianna a aplicação do ME como substituto das prisões processuais é recomendável e pode significar o fim da restrição de liberdade àqueles que a Constituição presume inocentes. No entanto, lamentavelmente, o rastreamento eletrônico vem sendo utilizado não como uma alternativa ao cárcere, mas como um instrumento de controle de condenados já na fase da execução penal, que tradicionalmente foi destinada a testar a capacidade do condenado de se comportar de forma socialmente desejada. Trata-se de uma evidente incoerência testar a capacidade de autodisciplina do condenado, rastreando lhes os passos por meio eletrônico, já que o comportamento desejado será obtido não pela introspecção dos valores sociais no acusado ou por medo da sanção penal, mas por um controle direto das autoridades.⁴⁶ Sendo assim, o ME seria incompatível com o regime aberto, livramento condicional e suspensão condicional da pena, já que tais situações baseiam-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado.

Sem embargo, sabe-se que a experiência com ME em outros países têm sido positivas e esperançasas. Nestes, é preciso pontuar que a sua aplicação teve como foco a substituição das prisões preventivas e, progressivamente, a substituição da própria pena privativa de liberdade (v.g. Portugal e Argentina). Isso significa que, nesses países, houve sensível diminuição dos gastos públicos, na medida em que o monitoramento eletrônico foi implementado como sucedâneo da prisão e não como requisito adicional para a conquista da liberdade.

Como medida cautelar, o ME é uma medida eficaz, pois como é sabido hoje, nas prisões cautelares os presos provisórios devem ficar separados dos presos definitivamente condenados – em celas distintas, todavia, diante da nossa desestruturada realidade carcerária, poucas vezes se tem garantido esta separação, igualando o suspeito ao condenado e sujeitando ambos a tratamento desumano.

Pensamos que o ME deva ser utilizado estritamente para substituir prisões (cautelares e definitivas) e desde que não redunde em aumento da estigmatização social e seja adequadamente acompanhada. Ademais, a julgar pelos casos de pessoas ainda não condenadas, deve-se sempre ter em mente o primado constitucional da presunção de inocência, aplicando-se o ME apenas aos casos de estrita necessidade previstos nos próprios requisitos da prisão preventiva.⁴⁷

Com certeza algumas dificuldades na implantação do sistema se apresentam, tais como: o desgaste do material utilizado e a necessidade de manutenção periódica que garantem o adequado funcionamento dos equipamentos, as eventuais interferências que podem ser causadas por fatores meteorológicos ou por um espaço ambiente

⁴⁵ GRECO, op. cit.

⁴⁶ Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. pp. 65-66.

⁴⁷ Cf. SILVEIRA e VALENTE, op. cit., p. J6.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

desfavorável tais como campos eletromagnéticos provenientes de eletrodomésticos, motores industriais, celulares, segurança da integridade do sistema de informática, isto é, nenhuma tecnologia é 100% segura ou totalmente à prova de erros, assim, surge a possibilidade de violação dos dados registrados por condutas praticadas por *hackers/crackers* através de invasões nos terminais e Centros de Controle, bem como de defeitos técnicos, disfunções e panes nos aparelhos.⁴⁸

Todavia, se deve ressaltar acerca da necessidade de que o ME seja adequadamente aplicado, principalmente porque o emprego destes mecanismos de controle supõe uma atuação sobre o corpo do infrator, com capacidade para interferir em determinados direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, é de se ter relevo que a visibilidade de tornozeleiras ou pulseiras eletrônicas pode gerar mais estigmatização, chegando mesmo a representar um risco de segregação de monitorados nas comunidades em que vivem. Por essa razão, é fundamental que os aparelhos sejam discretos e passíveis de ser escondidos pelas vestimentas do monitorando, ou seja, o aparelho deve estar situado em zonas corporais minimamente visíveis. Em segundo lugar, importa não olvidar que a sensação de estar sendo constantemente vigiado pode causar ao monitorado uma aguda situação de estresse, inclusive propiciando indesejadas situações de violência. Em vista disso, seria recomendável que a aplicação do ME fosse acompanhada por auxílio psicossociológico, com o fito de fazer do monitorado o sujeito do monitoramento e não mero objeto de observação e desconfiança.⁴⁹ Inclusive, há de se combinar as medidas de controle e vigilância com o desenvolvimento de medidas de acompanhamento de cunho ressocializador (v.g. terapias, cursos profissionalizantes, atividades laborais).⁵⁰ Não se pode conceber que *“alguém que cumpre pena possa sair da penitenciária apenas com o dinheiro do ônibus no bolso e uma pulseira no tornozelo. Certamente essa pessoa vai voltar o crime, se sistema não lhe dá qualquer acompanhamento assistencial e social”*.⁵¹

Um ponto que merece destaque é que o ME não é adequado a todo e qualquer infrator ou problemática criminal (solução de massas), assim exige-se uma seleção de sujeitos participantes (v.g., deverão se levar em conta a histórica criminal do infrator, as suas competências sociais e individuais, a capacidade de adaptação ao que a tecnologia lhe exija, ao cumprimento de regras, suporte familiar). Quem não possui perfil que se encaixe no ME nunca a ele deve ficar sujeito, já que a colaboração/consentimento do indivíduo é indispensável para o êxito da medida.⁵²

⁴⁸ Cf. CONTE, op. cit., pp. 402 ss.

⁴⁹ Cf. SILVEIRA e VALENTE, op. cit., p. J6.

⁵⁰ Cf. RÍOS e PARENTE, op. cit. 1.107.

⁵¹ NEVES, Eduardo Viana Portela. Monitoramento eletrônico: avanço ou retrocesso? *Revista Consultor Jurídico*, 11 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-11/monitoramento-eletronico-condenados-nao-respeita-dignidade-humana>>. Acesso em: 24 out. 2010.

⁵² CAIADO, Nuno. 16 pontos críticos para a construção de um projeto de vigilância eletrônica como meio de controle penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano XI, nº 65, p. 31, dez./jan. 2011. Ainda, conforme o autor (p. 25-30), o projeto de ME deve abranger todas as fases: projeção, programação, implementação, execução, monitorização e avaliação permanentes. A sustentabilidade de um projeto de VE não se prende apenas com o arranque (aquisição de tecnologia), mas sobretudo, com a sua alimentação ao longo dos anos: renovação dos equipamentos, recursos humanos envolvidos, meio de transporte e telecomunicação necessários ao seu normal funcionamento. Também, convém que o processo adaptativo à tecnologia e a definição de procedimentos operacionais seja realizado com um pequeno grupo de vigiados e que este progressivamente se alargue. Uma vez que a tecnologia tenha sido testada, poderemos tornar o método muito mais largamente disponível.

CONCLUSÃO

Apesar dos problemas, não podemos negar que o ME se apresenta como uma alternativa de controle bastante interessante e bem mais benigna em comparação ao cárcere e a pena de prisão. É, portanto, uma ferramenta tecnológica de controle que pode, por um lado, auxiliar o Estado no que diz respeito à fiscalização quanto ao cumprimento das decisões judiciais impostas (ou conhecer a localização do indivíduo), e, por outro, afastar o indivíduo das mazelas provocadas pelo cárcere.

Todavia, não podemos visualizar o ME como uma panaceia, um remédio para todos os males do sistema penal (e nem poderia ser!), é dizer, não possui o condão de *per si* reverter o quadro atual. Em nenhuma parte do mundo a “pulseira mágica” sozinha resolveu o problema. Por isso, não espere milagres. Destarte, apesar das falácias, merece ter, assim como em outros países de tradição garantista, uma chance em nosso ordenamento, pois, trata-se, de medida inovadora que busca minorar os malefícios do sistema carcerário.

Agora, deve-se ponderar - a luz do princípio da razoabilidade -, os prós e os contras do ME, onde deverá um prevalecer em face do outro. Além de que, optar pelo uso da “pulseira”, “bracelete”, “apetrecho”, “adorno”, “penduricalho”, “tornozoleira” eletrônica – o nome é o que menos importa – é uma decisão pessoal de cada infrator. Não há por que proibir de usá-la a alguém que prefira.

No Brasil, a sua aplicabilidade, nas condições atuais, é limitada as hipóteses definidas em lei: prisão domiciliar, permissão de saída no regime semiaberto e medida cautelar processual. Não obstante, é necessário a ampliação das possibilidades de utilização do sistema telemático que pode substituir ainda mais a prisão. Por que não manejar tal dispositivo como uma pena autônoma (como consequência jurídica do delito) ou como pena restritiva de direitos? Todavia, enquanto isso não acontece, acreditamos que com a edição das supracitadas leis (nº 12.258/2010 e nº 12.403/2011), um significativo passo foi dado no sentido de consolidar a vigilância eletrônica como instituto despenalizar vigente no território brasileiro.

Com efeito, em que pese o transcurso de mais de 4 (quatro) anos da Lei nº 12.258/2010 (e mais de 3 (três) anos da Lei nº 12.403/2011), a maioria dos estados brasileiros vêm encontrando obstáculos das mais diversas naturezas no processo de implementação do sistema de ME. Dificuldades de cunho financeiro/orçamentário são comuns aos estados que ainda não colocaram em prática o ME. De um lado, os estados que já o utilizam enfrentam, em sua totalidade, obstáculos relacionados à operacionalidade. Há, outrossim, dificuldades de outras naturezas, envolvendo questões geográficas, ideológicas e licitatórias. Por outro lado, há uma enorme resistência do Poder Judiciário em relação a aplicação do ME como medida cautelar, que se fundamenta em dois segmentos opostos. O primeiro segmento identifica-se por uma postura punitivista, fruto de uma cultura inquisitorial-encarcerizadora que vem dominando a mentalidade dos atores judiciários, em que o ME é compreendido como instrumento atentatório a garantia da ordem pública, o que inviabilizaria sua aplicação como medida cautelar. Em contraposição ao primeiro segmento está o pensamento garantista, calcado pela defesa dos direitos humanos contra qualquer espécie de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

violência arbitrária e pela limitação do poder punitivo do Estado.⁵³ Por isso é necessário investir com veemência na área, para aquisição de equipamentos, edificação de centrais de monitoramento e treinamento de pessoal.

Por fim, se a medida será positiva ou negativa no Brasil só o tempo dirá! Afinal, enquanto não se chega à universalização de Radbruch “*a melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal e, simultaneamente mais inteligente e mais humano que ele*”⁵⁴ - o ME apresenta-se como uma alternativa. Melhor seria se inexistisse o controle extramuros, mas é a *prisão eletrônica* algo melhor do que a *prisão física*. O que importa é que nós estamos tentando fazer progressos.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo. *O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BLACK, Matt e SMITH, Russel G. Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. *Trends & issues in crime and criminal justice*, Australian Institute of Criminology, nº 254, pp. 1-6, may 2003. Disponível em:

<<http://www.aic.gov.au/documents/4/6/9/%7B469CBBD4-B204-4F5E-8C73-B9B47C707F05%7Dtandi254.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRUM, Renato Ópice; VAINZOF Rony; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio. Impactos da tecnologia no direito. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, nº 38, pp. 16-17, jul. 2009.

CAIADO, Nuno. 16 pontos críticos para a construção de um projeto de vigilância eletrônica como meio de controle penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano XI, nº 65, pp. 22-36, dez./jan. 2011

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surveillance Électronique: une réelle innovation dans le procès penal?. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VII, nº 8, pp. 105-122, jun. 2006. Disponível em:

<<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/JeanCere.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de presos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, nº 894, pp. 401-411, abr. 2010.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GABLE, Robert S. Tagging: 'an oddity of great potential'. Disponível em:

<<http://rgable.files.wordpress.com/2012/02/british-psych-soc-em1.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

GRECO, Rogério. *Monitoramento eletrônico*. Rio de Janeiro: Impetus. Disponível em:

<http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_client_user_group_file&view=show_my_all&id_file=240>. Acesso em: 7 out. 2010.

⁵³ Conforme o magistério de AZEVEDO E SOUZA, 2014, pp. 193-198.

⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 324.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 14, nº 170, pp. 2-3, jan. 2007.
- _____; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.
- JOHN Howard. Society of Alberta. *Electronic Monitoring*. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2011.
- LEAL, César Barros. *Vigilância Eletrônica à Distância: Instrumento de Controle e Alternativa à Prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.
- MAIS de 5 mil presos usam tornozeleiras eletrônicas no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 de fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-10/55-mil-presos-usam-tornozeleiras-eletronicas-brasil>>. Acesso em: 15 fev. 2011.
- MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada*. Ministério da Justiça. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>>. Acesso em: 10 set. 2010.
- MINUTA da Declaração de Salvador sobre Estratégias Amplas para Desafios Globais: Sistemas de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e seus Desenvolvimentos em um Mundo em Transformação. *Décimo-Segundo Congresso das Nações unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Salvador, Brasil, 12-19 de abril de 2010.
- NEVES, Eduardo Viana Portela. Monitoramento eletrônico: avanço ou retrocesso? *Revista Consultor Jurídico*, 11 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-11/monitoramento-eletronico-condenados-nao-respeita-dignidade-humana>>. Acesso em: 24 out. 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: Reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- O COLAPSO do sistema prisional. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 jan. 2011. Notas e Informações, p. A3.
- OGLIARI, Elder. Rio Grande do Sul testa equipamentos em 15 condenados. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 5 jul. 2010, Cidades, p. C1.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PRUDENTE, Neemias Moretti. Principais Mudanças (e Polêmicas): Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010). *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, ano XIV, nº 83, pp. 09-23, dez./jan. 2014. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2014/03/11/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 08 jan. 2015.
- _____. Por trás do arame farpado: algumas reflexões sobre os presos e os cárceres (e suas alternativas), pp. 441-467. In: BAYER, Diego (org.). *Controvérsias Criminais*. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013. vol. I.
- _____. Monitoramento Eletrônico: uma Efetiva Alternativa à Prisão? *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, ano XI, nº 65, pp. 07-21, dez./jan. 2011.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

_____. *Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. 2009. 276p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

REALE JÚNIOR, Miguel. A história do direito penal é a história de um largo processo de humanização da repressão. In: *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RÍOS, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, nº 2062, pp. 1072-1.107, 2006. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr21.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti (orgs.). *Monitoramento Eletrônico em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVEIRA, Valdir João e VALENTE, Rodolfo de Almeida. Estigma eletrônico. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 jun. 2010. Aliás, p. J6.

SOARES, Luiz Eduardo e GUINDANI, Miriam. Muita lenha na fogueira. *O Globo*, São Paulo, 21 maio 2006. O país, p. 12.

VAZ, Denisa Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, nº 216, pp. 4-5, nov. 2010.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS REMISIONES NORMATIVAS

Pilar Gómez Pavón

Abogada. Profesora de Derecho Penal y Coordinadora del Instituto
de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid.

SUMARIO: Introducción – 1. El principio de legalidad - 2. La reserva de ley - 3. Las leyes penales en blanco y las remisiones normativas - Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo, que en esencia se corresponde con la Ponencia presentada en las IV Jornadas de Profesores y Alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Uned en abril de 1999, pretende analizar cuestiones pertenecientes a la denominada parte general del derecho penal, básicas antes de adentrarnos en el objetivo final de la investigación, que no es otro que el campo de los delitos socioeconómicos.

Las necesidades sociales de protección han hecho aparecer nuevos intereses considerados dignos de la tutela penal, en cuanto se consideran esenciales para el mantenimiento de una determinada forma de Estado, consagrado en los diversos textos constitucionales, y que en parte dan lugar a lo que se denomina el derecho penal "accesorio", como contraposición al "nuclear", tradicional. En la práctica totalidad de los casos, estos intereses, encuentran ya protección en otros sectores del ordenamiento jurídico; la remisión a ellos aparece en la mayoría de los tipos penales, al igual que, por lo menos en parte de estos delitos, debe tenerse en cuenta la legislación comunitaria e internacional.

Objetivo de este trabajo es intentar establecer las bases para que, en la regulación de estos hechos, se respeten las garantías de uno de los principios básicos en los ordenamientos penales, como es el de legalidad.

1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1 Concepto y fundamento

Mientras el enunciado del principio de legalidad se mantiene desde prácticamente sus inicios, su fundamento ha sido objeto de debates y diferentes teorías; desde las que consideran que es la previsibilidad de la reacción estatal, la sujeción del juez a la ley, hasta las que lo fundamentan en el principio de igualdad, o la legitimidad democrática.

En el análisis del fundamento de este principio, parece conveniente, tal como hace un importante sector doctrinal diferenciar entre el fundamento político y el jurídico, aunque, como veremos en las líneas siguientes no exista una separación tajante entre ambos.

1.2 Fundamento político

El principio de legalidad aparece hoy como uno de los fundamentales en un Estado de Derecho. Es lugar común fijar su origen en la ilustración, descartando otros posibles antecedentes,¹ y de ese momento histórico deriva su fundamento. Tal como se mantiene en la actualidad, sólo "cuando el pueblo pasa de ser instrumento o sujeto pasivo del poder absoluto del monarca, cabe hablar de principio de legalidad en su acepción política correcta".²

El principio de legalidad, en su actual formulación (no hay delito sin una previa ley que así lo establezca; no hay más pena que la prevista en la ley para cada delito), supone la supremacía de la ley como única fuente creadora de delitos y penas, y se encuentra recogido, por lo menos a un nivel formal, en la práctica totalidad de los ordenamientos.

Un correcto entendimiento de este principio, supone no olvidar sus orígenes, su fundamento político, evitando un entendimiento meramente formalista.³ Los intentos de señalar los antecedentes en la Carta Magna (LGL\1988\3), carecen de sentido, ya que sólo cabe hablar de principio de legalidad cuando la ley responde a la voluntad de la mayoría.⁴

Fijarse, exclusivamente, en el sometimiento del Poder Judicial, o incluso del Ejecutivo, es sólo una visión parcial. En el establecimiento del poder absoluto era necesario también, la sujeción del juez a la ley, emanada de la voluntad del soberano: "esta reivindicación de la ley como forma exclusiva de regulación social constituía de una parte, la culminación del Estado absoluto en su largo caminar hacia el monopolio del poder, pero también, de otra, el anuncio del Estado Liberal empeñado en la garantía de un ámbito seguro de inmunidad en favor de sujetos privados y jurídicamente iguales".⁵

No cabe, por tanto, caer en el error de considerar al principio de legalidad como una mera garantía de seguridad o previsibilidad, aunque es indudable que origina una mayor seguridad jurídica para el ciudadano, al evitar el arbitrio judicial. No se trata tanto, o sólo, de un juez racional, sino de un legislador racional.⁶ Legislación racional que responda a intereses de la mayoría, no a los del "soberano" o determinado grupo. Sólo cuando el principio de legalidad deja de garantizar exclusivamente el sometimiento del juez a la ley, y constituye la salvaguarda del interés del pueblo, podemos hablar de la verdadera vigencia del mismo.

¹ Sobre ello ver García-Pablos de Molina, *Derecho penal*. Introducción, Madrid, 1994, p. 231-232. Rodríguez Mourino. "Principios de legalidad". *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix, XIV, p. 882 y ss. Manuel Debesa. *La legalidad del delito*. Valencia, 1983. p. 8. Muñoz Conde. *Introducción*.

² García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232.

³ Ídem, ibidem, p. 233.

⁴ Mir Puig. *Derecho penal*. Parte general. Barcelona, p. 83-84. Fulgêncio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia, 1983. p. 29 y 39. García-Pablos. Op. cit., p. 232.

⁵ Prieto Sanchis. *Ley, principios, derechos*. Madrid, 1998. p. 8; También Madrid Conesa, op. cit., p. 32-33, al señalar que el reconocimiento formal se contempla en el artículo 1 de la Ley General sobre los delitos y su punibilidad de Austria y en el derecho territorial general para los Estados prusianos; en ambos se consideraban delitos sólo aquellas acciones declaradas como tales por una ley actual. Se trataba del establecimiento de un límite al juez, que no podría considerar delito algo no previsto como tal; pero la sujeción no se extendía al legislador (monarca); era un medio más de salvaguardar el poder absoluto, "en aquel tiempo era inconcebible una autosujeción del legislador a la ley por él promulgada.

⁶ Prieto Sanchis. Op. cit., p. 8.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Así, se ha podido fundamentar este principio en la igualdad de todos ante la ley; el sometimiento de todos a la misma ley, desterrando privilegios y excepciones.⁷ Supone una consecuencia necesaria del respeto a la dignidad humana, enlazando así con el derecho natural.⁸ De opinión contraria parece ser Silva Sánchez, al afirmar el origen en el "refuerzo de una política criminal preventivo-general, a la que aportaría el requisito de la certeza del castigo, con la consiguiente mayor efectividad de la norma correspondiente".⁹

En contra de lo manifestado por este autor, en relación con las tesis de Beccaria y Feuerbach, para Prieto Sanchis¹⁰ el absolutismo iluminista encerraba la contradicción de defender al tiempo "la limitación del Poder Judicial y la carencia de límites del poder político"; misión del príncipe ilustrado era "desentrañar" los principios de derecho natural, "y hacer de ellos una realidad operativa": "la justicia de la ley viene asegurada por su conformidad con la ley de la naturaleza, y ésta prácticamente se resume en los derechos del hombre".¹¹ La contradicción apuntada, se resuelve en el iluminismo liberal-democrático y la Revolución Francesa, al afirmar que la ley emana de la voluntad soberana del pueblo, no de "una voluntad despótica".¹²

Aparece, pues, como consustancial al principio de legalidad su entendimiento como garantía de todos frente al poder que, a su vez se encuentra limitado por la ley, emanación de la voluntad popular, que, precisamente por ello se corresponde con las exigencias del derecho natural y la razón. En palabras de Madrid Conesa,¹³ siguiendo a Siniscalco,¹⁴ el principio de legalidad debe calificarse como "externo al sistema penal", "que lo informa y caracteriza en un sentido determinado"; "es un principio político que dotado de su más puro sentido garantiza al sistema penal".

Características de la ley son: 1.^a ética; 2.^a sencilla; 3.^a promulgada; 4.^a no secreta; 5.^a redactada en lengua vulgar; 6.^a concluyente y fácil de entender; 7.^a sobre todo abstracta y general, "ya que la ley sólo puede ser justa cuando la materia que se regula es general, lo mismo que la voluntad que la establece".¹⁵

De este fundamento político en el principio de igualdad, se deriva su función garantista, que cumple incluso en regímenes totalitarios, aunque en estos no puede

⁷ Ver en este sentido Prieto Sanchis, ídem, ibídem, para quien "el tiempo del legalismo quisorepresentar una especie de traslación al orden positivo de los esquemas propios del derecho natural racionalista.

⁸ Ver en este sentido Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal*. Parte general, Barcelona, 1981, p. 42: "El principio de legalidad no era simplemente una necesidad impuesta por él la pena, sino una consecuencia del iusnaturalismo racionalista". Para este autor, como para la mayoría de la doctrina, aún arrancando el principio de legalidad de la idea de Rosseau y la ilustración su formulación actual se debe a Feuerbach, aunque a diferencia de otros autores, considera que para el principio de la legalidad no constituía un presupuesto necesario de la pena, orientada a la percepción general a través de la coacción psicológica; Feuerbach "creyó en el imperio del derecho natural frente al derecho positivo (...) que "emanaba de la recta razón". "En su constitución jurídica era esencial (un imperativo de razón) una escala sistemática unida a una precisa formación de los conceptos". En contra, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, 3. ed., Madrid, 1985, p. 162; Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996, p. 104, conectando la teoría de la coacción psicológica con la de motivación.

⁹ Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 252.

¹⁰ Prieto Sanchis. Op. cit., p. 12.

¹¹ Ídem, ibídem, p. 11-12.

¹² Ídem. Cattaneo. *Illuminismo e legislazione*. Milano, 1966. p. 23.

¹³ Madrid Conesa. Op. cit., p. 37.

¹⁴ Siniscalco. *Giustizia penale e Costituzione*. Turín, 1968. p. 33.

¹⁵ Prieto Sanchis. Op. cit., p. 8 y bibliografía allí citada.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

predicarse una total vigencia del principio de legalidad, en cuanto no garantiza que la ley sea emanación de la voluntad general, pero sí un límite al poder estatal, en mayor o menor medida, "ya que por lo menos el injusto permanece reconocible".¹⁶

En cualquier caso, el principio de legalidad, hijo de las ideas de la ilustración, sólo puede alcanzar plena vigencia en un Estado Liberal y Democrático.¹⁷ Aunque es lugar común acentuar el aspecto de certeza y seguridad jurídica que conlleva este principio, no puede olvidarse que el mismo, por lo menos en su formulación actual, responde al clásico sistema de división de poderes; no se trata sólo de limitar el arbitrio judicial, sujetando a sus órganos a la ley, sino de que ésta sea igual para todos: un mayor arbitrio judicial conduce, de forma casi obligada, a un trato diferenciado de supuestos iguales, frente a la generalidad y abstracción de la ley, triunfa la especialidad y adecuación al caso concreto de la decisión judicial.

Por tanto, en una primera aproximación, el fundamento político del principio de legalidad, sería garantizar la igualdad; igual ley para todos, igual trato para todos. Pero, y tiene en este aspecto razón Silva Sánchez,¹⁸ el sometimiento del juez a la ley todavía no garantiza los derechos individuales. La descripción de la conducta considerada delito, el carácter único de la ley como fuente del derecho penal, puede servir a finalidades preventivas, o ser instrumento necesario en la evolución del Estado absoluto.¹⁹ Es más, colocar el acento sobre la prevención conduciría a recortar el aspecto garantista.²⁰

Por ello, no puede olvidarse que en puridad, sólo puede hablarse de vigencia del principio de legalidad cuando la norma deja de ser emanación de la voluntad del soberano, o de quien detente el poder en su caso; cuando el pueblo pasa a ser "partícipe" del poder, "controlando su ejercicio, exigiendo unas garantías y el imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular", se llega a la "acepción política correcta" de este principio.²¹

Así entendido, el principio de legalidad no sólo garantiza el derecho a no ser condenado por un hecho no previsto como delito en la ley, ni a pena diferente a la señalada para ello, sino que legitima el ejercicio de este poder. Va también más allá de un mero respeto al principio de igualdad, entendido como la prohibición de tratos diferentes en supuestos iguales, para convertirse en uno de los pilares del Estado de Derecho: la ley como producto de la representación de los ciudadanos. Se garantizaría así el derecho de participación, expresado en la elaboración de la ley, al hacer que esta

¹⁶ Madrid Conesa. Op. cit., p. 36-37.

¹⁷ García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232 y 239. Madrid Conesa, Op. cit., p. 36. Cerezo Mir. Op. cit., p. 162. Mestre Delgado. "Límites constitucionales a las leyes en materia penal". A.D.P.C.C.P.P., 1988, p. 510. Lamarca Pérez. "Formación histórica y significado político de la legalidad penal". *La Mancha* 2/35 y ss., 1987.

¹⁸ Silva Sánchez. Op. cit., p. 252.

¹⁹ Prieto Sanchis. Op. cit., p. 9: "Las exigencias de la razón se conjugan, pues, con las pretensiones del poder: la calidad de las leyes representa la proyección del iluminismo sobre el derecho, pero también la cabal realización del absolutismo político". Silva Sánchez. Op. cit., p. 252. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232.

²⁰ Silva Sánchez. Op. cit., p. 253; Madrid Conesa. Op. cit., p. 5. El origen del doble fundamento del principio de legalidad, según este autor, debe atribuirse a Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 20 y 22, que lo veía en la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Señalar este doble fundamento ha sido y es postura seguida por gran parte de la doctrina.

²¹ Silva Sánchez. Op. cit., p. 253; Quintero Olivares. Op. cit., p. 43.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

responda a la voluntad de la mayoría, con respeto de las minorías. Con ello, como hemos dicho líneas más arriba, se produce una "legitimación democrática" de la norma que establece delitos y penas.

Igualmente, en el derecho a la participación, se fundamentarían las prohibiciones de retroactividad, analogía y utilización del derecho consuetudinario. Para Madrid Conesa, sólo estas dos últimas analogía y derecho consuetudinario -, tendrían igual fundamento que el principio de legalidad,²² en lo que estamos de acuerdo, ya que al tratarse de la aplicación de una norma prevista para un caso similar, o de una costumbre no penalizada, se estaría atentando contra la voluntad de la mayoría que, en el momento legislativo no contempló ese hecho, o esa posibilidad; mediante su empleo se invadiría el terreno exclusivo del legislativo, como órgano de representación ciudadana, vulnerándose los principios del Estado de Derecho.

Para el citado autor, por el contrario, la retroactividad encontraría su fundamento, descartada la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach,²³ en la protección frente a la arbitrariedad de los poderes estatales, "es pues, un principio político garantista".²⁴ Sin entrar a profundizar en el tema, el más mínimo respeto a la dignidad humana, así como a la libertad, llevan de forma necesaria a mantener como norma general la irretroactividad de las leyes penales.

Establecer el fundamento político del principio de legalidad, no es cuestión baladí; según como lo entendamos llegaremos a una u otra conclusión sobre una serie de cuestiones, como puede ser, entre otras las leyes penales en blanco y las remisiones normativas. Si sólo señalamos la seguridad jurídica, certeza y taxatividad, no existen argumentos que, seriamente, puedan oponerse a la regulación por normas sin rango de ley, e incluso podría decirse lo mismo en relación con el principio de igualdad, más teniendo en cuenta, como luego veremos la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Aunque brevemente, nos vamos a referir a otras posibles fundamentaciones de este principio sustentado por la doctrina.

En un primer momento, y fundamentalmente fuera de Francia, se concibió como una garantía de seguridad jurídica frente al poder absoluto del soberano. Debe tenerse en cuenta que, como dijimos en páginas anteriores, la consideración de la ley como única fuente del derecho penal, venía a reforzar este poder absoluto, sometiendo a los jueces a ella, fruto de la voluntad del soberano; es decir, se evitaban interferencias en el ejercicio del poder.

Mediante leyes "ciertas" la persona libre puede saber que esta prohibido y que permitido, adecuando su conducta a tal conocimiento: es previsible la reacción estatal frente a tales hechos, y en ese sentido debe entenderse esa seguridad jurídica.

²² Madrid Conesa. Op. cit., p. 6.

²³ Ídem, ibídem, p. cit. y 81-89.

²⁴ El ámbito temporal de la ley penal excede de este trabajo, por lo que no nos detendremos en su fundamento, sólo apuntar en este momento, tal como hace Madrid Conesa, op. cit., ps. cit., su relación con el principio de legalidad, del que es una consecuencia. Piénsese que la limitación por la ley del *ius puniendi*, sería incompleta si se permitiera una aplicación retroactiva con la quiebra que produciría de la seguridad jurídica, y la vulneración de la libertad. Resaltando la seguridad jurídica como fundamento Cerezo Mir, op. cit., p. 178-179; para este autor, la retroactividad general de las leyes supondría "una ofensa a la dignidad humana"; en igual sentido Casabo, *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*, II, p. 35. Madrid Conesa. Op. cit., p. 7-8.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Siguiendo a Madrid Conesa,²⁵ la tesis de la previsibilidad, de gran aceptación en Alemania, deja sin resolver dos aspectos básicos en la misma, como son los conceptos de previsibilidad y seguridad jurídica.

Con relación al primero de ellos, se ha ido evolucionando hasta hacerlo equivalente a la idea de protección frente a la arbitrariedad. En cuanto a la seguridad jurídica, no se aclara si estamos ante un "interés de libertad", o un "interés de protección": si se trata de proteger una esfera de actuación libre, o de realizar la protección brindada por el derecho.

Por otra parte, y como dijimos en líneas anteriores, la previsibilidad puede lograrse por normas sin rango de ley, y posiblemente de forma más detallada, a lo que debe añadirse que, difícilmente el ciudadano conoce la ley, conocimiento dificultado por la interpretación.

También se ha intentado fundamentar el principio de legalidad en el de culpabilidad. Representante máximo de esta postura es Sax.²⁶ Para este autor, la evolución histórica demuestra que la libertad individual no se garantiza por la previsibilidad de la respuesta estatal, tal como demostró el derecho del nacionalsocialismo; el verdadero fundamento del principio de legalidad, y el sentido actual de la libertad debe extraerse de la inviolabilidad de la dignidad humana. El principio de legalidad es una concreción del de culpabilidad: es preciso que el autor conozca o haya podido conocer la norma antes de infringirla, es necesario que esté contemplada en la ley.

A esta tesis, sin gran aceptación en España, puede objetársele lo mismo que a la previsibilidad: debe conocerse la prohibición, o es preciso el conocimiento del concreto tipo y pena. La respuesta ofrece idénticos problemas que la tesis anterior, e igualmente, no puede explicar la razón de la reserva de ley en materia penal.

Se ha criticado también que, mientras el principio de culpabilidad no requiere del conocimiento de las consecuencias jurídicas, el de legalidad sí.²⁷

Una tercera postura considera que el fundamento del principio de legalidad, es la protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad; se trataría de instrumentar un sistema penal que evite la arbitrariedad estatal. El origen de esta tesis se encuentra en la lucha por someter al juez a la ley, expulsando, incluso, la interpretación del ámbito penal.²⁸ En un primer momento el legislador quedaba fuera de este control; la ley se erigía en un mito, fruto de las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa, de la voluntad popular, y por tanto racional y justa, sólo cuando se da paso al Estado Constitucional aparece el control del legislativo,²⁹ aunque paradójicamente suponga devolver al juez un mayor protagonismo.

²⁵ Madrid Conesa. Op. cit., p. 13-17.

²⁶ Sax. *Die Grundrechte*. 2. ed. 1972, III, p. 998 y ss. Bacigalupo. *Principios del derecho penal*. Parte general, p. 34-35.

²⁷ García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 238; Bacigalupo. Op. cit., p. 34-35; Jakobs. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, tras Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 81, al hablar de la protección de la confianza, que no puede sustentarse sólo en el principio de legalidad, ya que de una parte no existe correspondencia entre la confianza del ciudadano fiel al derecho y la de aquel que no lo es; prueba de ello es la no exigencia de conocimiento de la punibilidad. Por otra parte, no todas las condiciones precisas para considerar el Estado como de Derecho, son "objeto de la confianza de autores potenciales".

²⁸ Beccaria. *De los delitos y de las penas*, p. 20.

²⁹ Sobre ello Prieto Sanchis, op. cit., p. 31-45.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Por último se ha considerado que el principio de legalidad se fundamenta en el propio sistema democrático, ya que sólo la representación de la ciudadanía estaría legitimada para establecer limitaciones de derechos fundamentales. A esta tesis se ha opuesto que no puede explicar la prohibición de retroactividad,³⁰ ni las leyes de contenido indeterminado.

En relación con esta última crítica, consideramos que supone desconocer, en primer lugar, que el principio de legalidad tiene un doble aspecto, jurídico (técnico) y político. Por otra parte, que no se trata de mantener o establecer garantías meramente formales, sino también materiales, directamente relacionadas con el principio de determinación de la ley penal.³¹

Si de verdad consideramos que el respeto a la dignidad humana, supone al mismo tiempo el de su libertad, y por tanto su posibilidad de elegir, el contenido de su opción se materializa en el órgano representativo (Legislativo). Por tanto, sólo el Poder Legislativo podrá considerarse representativo de esa voluntad general, pero además, como ya se ha puesto de manifiesto,³² sólo el proceso de elaboración legislativa puede garantizar esa representatividad, al tener en cuenta la opinión de las minorías.

Por último, el propio respeto a la dignidad y libertad, requieren de la determinación legal, sin perjuicio de volver sobre ello mas adelante.

Contrariamente, fundamentar el principio de legalidad exclusivamente en un trato igualitario, no conduce, como consecuencia necesaria a la reserva de ley en materia penal; tampoco el principio de determinación lleva a dicha conclusión. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/87, se limita, a nuestro juicio, a señalar el aspecto de seguridad jurídica de los ciudadanos, la prohibición de la arbitrariedad, el imperio de la ley como presupuesto de la acción estatal, y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales. Todo ello precio en un Estado como el actual, sigue sin contestar a la cuestión de la necesidad de reserva de ley, porque sigue sin contestar al fundamento del principio de legalidad en un Estado Democrático de Derecho.

1.3 Fundamento jurídico. Consecuencias de doble fundamentación.

Tal como dijimos al inicio de este trabajo, es lugar común señalar junto al fundamento político, otro jurídico o técnico. En este aspecto, el principio de legalidad supondría una garantía de seguridad jurídica, permitiendo el conocimiento de las conductas permitidas y prohibidas, las penas que pueden imponerse, condiciones para su imposición y ejecución.

Constituiría, así, un límite "formal" al *ius puniendi* estatal, en palabras de García-Pablos, "porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio"³³ las exigencias de claridad, certeza y límites precisos en la intervención estatal, serían sus consecuencias.³⁴

³⁰ Madrid Conesa. Op. cit., p. 21; García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 239.

³¹ En este sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 253.

³² Madrid Conesa. Op. cit, p. 40.

³³ Madrid Conesa. Op. cit, p. 232.

³⁴ Ídem, ibídem, p. 233; En sentido similar, Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995, p. 105; Silva Sánchez. Op. cit., p. 252; Cerezo Mir. Op. cit., p. 164.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A pesar de este doble fundamento, no parece correcto desvincular esta segunda faceta de su vertiente política. Tal como dice Silva Sánchez, acentuar su necesidad para lograr la seguridad jurídica de los ciudadanos, lo convierte en una garantía frente al poder estatal, con un claro significado político.³⁵ En similar sentido, Quintero Olivares considera al principio de legalidad "como un derecho constitucional indiscutible, en su doble dimensión de expresión precisa de la decisión colectiva y de defensa del ciudadano frente al poder del Estado".³⁶

La denominada vertiente técnica o jurídica del principio de legalidad, ha experimentado una paulatina evolución, a la par que el fundamento del propio principio. Mientras que, en un primer momento, como ya expusimos, la exigencia de ley se predicó como algo necesario para la consecución del poder absoluto, limitando el arbitrio judicial, iniciándose el camino hacia el imperio de la ley,³⁷ sólo con la Revolución Francesa y las ideas que la inspiran, pasa a considerarse emanación de la soberanía popular. Precisamente, a nuestro entender, en este momento cobra importancia el aspecto garantista del principio de legalidad, en cuanto somete, o inicia la vía para ello, al poder a la ley, que obliga a todos por igual.

Visión garantista que se atenúa en tesis, como la defendida en su momento por Feuerbach, donde el establecimiento de penas y delitos en la ley, de forma clara, precisa e inequívoca, sería el medio necesario para conseguir la finalidad del derecho penal y de la pena, ya que la persona sólo puede sentir la coacción psicológica que este ordenamiento persigue, sin conocer aquello que está permitido o prohibido.³⁸

Estas, como las tesis antes enunciadas de la previsibilidad de la reacción estatal, o incluso de la culpabilidad, inciden más en el aspecto preventivo del principio de legalidad que en el garantizador, con la merma que de este último suponen.³⁹

A pesar de ello, y tal como señala Silva Sánchez,⁴⁰ "tan pronto como la legalidad se convierte en un dato preexistente, la misma pasa a ser, al menos teóricamente, una barrera infranqueable, un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado". En estos momentos, este aspecto garantizador de la libertad individual debe ser destacado: las exigencias de ley escrita, estricta y cierta, no constituyen sólo un instrumento preciso para la consecución de los fines del derecho penal,⁴¹ son sobre todo condiciones imprescindibles para la salvaguarda de la libertad; sólo conociendo de la forma más precisa posible aquello no

³⁵ Silva Sánchez. Op. cit., p. 252, nota n. 301: "Ello significaría, a mi juicio, no obstante, que la vertiente denominada técnica tiene asimismo un inequívoco significado garantístico y, por ello, en definitiva, político", citando al respecto a Calliess, *NJW*, 1989, p. 1.342.

³⁶ Quintero Olivares. Op. cit., p. 43.

³⁷ Ver a este respecto Prieto Sanchis, op. cit., ps. cit.

³⁸ Para Quintero Olivares, op. cit., p. 42, en Feuerbach el principio de legalidad significaba, además, una consecuencia del iusnaturalismo racionalista, "porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico.

³⁹ Silva Sánchez. Op. cit., p. 252, "desde perspectivas preventistas, pues, se trataría de recortar el alcance del principio de legalidad".

⁴⁰ Silva Sánchez. Op. cit., p. 252.

⁴¹ A pesar de ello, no cabe desconocer la función preventiva del derecho penal, por cuanto con sus normas intenta evitar comportamientos peligrosos para los intereses jurídicos que tutela. Pero no debe confundirse esta función, hasta cierto punto inherente al sistema, con la finalidad del principio de legalidad, que no debe ser posibilitar la sanción, sino garantizar los derechos de los ciudadanos.

permitido, podrá la persona optar libremente por una determinada forma de conducta. De otra parte, no podrá ver restringido su actuar más allá de lo previsto en la ley penal.⁴²

De este fundamento jurídico se derivan las cuatro clásicas garantías del principio de legalidad: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, de las que derivarían a su vez, la reserva de ley, prohibición de analogía e irretroactividad.⁴³

2 LA RESERVA DE LEY

2.1 Breve referencia a la decadencia de la ley

Tal como hemos venido diciendo a lo largo de estas páginas, la necesidad de ley en la materia penal, tras ese primer momento reforzador del poder absoluto, se convierte en una garantía individual, en un límite extrapenal al poder del Estado. Por otro lado, al conferirse la competencia al Poder Legislativo, se convierte en la emanación de la voluntad general, garantizando que el derecho penal no se convierta en un instrumento en manos de intereses sectoriales, o de aquellos que detentan el poder. Se fija así el camino para la absoluta primacía de la ley, dentro del Estado Liberal de Derecho:⁴⁴ aunque la declaración de derechos, una vez proclamada, queda sin ningún control o defensa ajeno al propio Poder Legislativo, sólo con el pensamiento de ser la ley la emanación de la voluntad popular, que no puede actuar de forma injusta, de acuerdo con la racionalidad, puede mantenerse esta confianza ciega en la propia ley.⁴⁵ Todo este proceso tenía como expresión máxima lo que se denomina el proceso codificador: una ley única, sencilla, general y abstracta. Y se asentaba sobre una "armonía en apariencia perfecta entre la razón y voluntad, entre ciencia y política" que, "fue basculando en favor del segundo de los elementos enunciados".⁴⁶

⁴² Esto supone el entendimiento del derecho penal como protector de la libertad, en vez de configurarlo como un ordenamiento represivo; mediante la provisión de hechos punibles, el Estado se compromete a no ir mas allá en su actividad de lo contemplado en la ley, de tal forma que, excepto en lo previsto como delito, la persona puede actuar libremente. Por otra parte, el establecimiento de delitos constituye una forma más de proteger dicha libertad. Aunque no vayamos a entrar en este momento en ese problema, significaría el entendimiento conjunto y coordinado de todos los límites al *ius puniendi* estatal. Ver en el sentido de destacar esta garantía, Carbonell Mateu, op. cit., p. 36; destacando la defensa del ciudadano frente al Estado Quintero Olivares, op. cit., p. 43.

⁴³ Para Quintero Olivares, op. cit., p. 44 y 50, la irretroactividad de las leyes deriva de la garantía criminal, y constituye un elemento básico del principio de seguridad jurídica, integrado por el cumplimiento del principio de legalidad de una parte, y de otra "a la contracción de la intervención punitiva a un hecho concreto y anterior". Para Luzón Peña, *Curso de derecho penal*. Parte general, Madrid, 1996, I, p. 81, la exigencia de ley previa, escrita y estricta, sería una repercusión material, una técnica legislativa obligada por la garantía formal que representa el principio de legalidad, que "se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano". Según este autor, "encaja" también en las exigencias de un Estado Democrático, señalando que el Poder Legislativo es "la única instancia legitimada" para decidir sobre el establecimiento de la responsabilidad penal; legitimidad que, a su vez reforzaba "la eficacia de la prevención general", "por la legitimidad que para la mayoría de los ciudadanos supone que las leyes penales hayan sido aprobadas o modificadas por la representación parlamentaria del pueblo". Así, el principio de legalidad podría también "derivar, indirectamente, del fundamento funcional de la necesidad del derecho penal.

⁴⁴ Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 13, la paradoja que encierra la Declaración de Derechos del Ciudadano de 1798, se resuelve en la respuesta de Fioravanti, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las Constituciones, trad. Martínez Neira, Madrid, 1996, p. 73, "el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo".

⁴⁵ Ver en este sentido Prieto Sanchis, op. cit., p. 6-17.

⁴⁶ Ídem, ibídem, p. 17.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La ley sigue siendo expresión de la voluntad popular, pero ya no tiene que necesariamente suponer esto la racionalidad de la misma. El derecho se concibe como "un fenómeno social, histórico y cambiante, y sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal".⁴⁷

Este alejamiento de la fe ciega en la ley produce un rebosamiento de la figura del juez, interprete de la primera; los códigos se muestran incapaces de dar respuesta a los nuevos problemas sociales, su propia vocación de permanencia y exhaustividad, propician su envejecimiento. Se produce así un desplazamiento de la ley en favor de la interpretación. Para Kantorowicz, ⁴⁸los jueces "desde luego, tienen más madurez que la mayoría de los miembros de los partidos que hacen las veces del legislador", lo que unido al juramento de los jueces, avalaría la mayor garantía de las sentencias frente a la ley.⁴⁹

Este proceso se corresponde con una realidad; la multiplicación de leyes, la frecuencia de las modificaciones, las regulaciones sectoriales, y las experiencias a lo largo de este tiempo, hacen que las virtudes que se predicaban de la ley se pongan en cuestión. A ello debe sumarse la invasión por el sector del derecho público de zonas antes consideradas privadas. A pesar de ello, no con la confianza ciega de los revolucionarios franceses, la ley, y en concreto el principio de legalidad penal, sigue constituyendo un pilar básico en el actual sistema punitivo. Por ello, y para evitar que este principio se convierta en un arma contra los propios ciudadanos, debe insistirse en su carácter garantista de la libertad, a través del derecho a la participación y pluralismo político, a la legitimidad democrática que supone el proceso de elaboración de las leyes

⁴⁷ Prieto Sanchis, op. cit., recordando la famosa frase de Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, 1847, ed. de A. Truyol Serra, CEC, Madrid, 1983, p. 29, "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura". Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 19, "en líneas generales, la transición del iusnaturalismo al positivismo supone el desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho", ver Bobbio, "La razón en el derecho (observaciones preliminares)", *Doxa*, n. 2, 1985.

⁴⁸ Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho*, 1906, trad. Goldschmidt, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949, p. 370.

⁴⁹ Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 20, lo que suele denominarse antiformalismo, constituye una "amplísima y no del todo homogénea corriente de pensamiento que tal vez pueda hacerse partir del segundo Ihering y que pasando por la jurisprudencia de intereses de Heck, el pragmatismo de Duguit, el derecho libre o el realismo norteamericano alcanza hasta nuestros días en posiciones como las de la tópica y la hermenéutica". La referencia a Ihering es a "La jurisprudencia en broma y en serio", 1861, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, existe traducción de Banzhaf, con el título de "Bromas y veras en la jurisprudencia", Buenos Aires, 1974. Prieto Sanchis. Op. cit., p. cit., señala cuatro características comunes a estas tesis: 1.º M envejecimiento del derecho legal, hace aparecer lagunas y provoca el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias, y deviene inútil para solucionar los nuevos conflictos; 2.º El derecho no tiene un carácter sistemático o coherente, lo que deja de nuevo en manos del juez la resolución del caso concreto; 3.º El derecho no puede quedar sujeto a la ley del Estado, ya que existen fuentes sociales que compiten con ella, y deben ser tenidas en cuenta por el juez o interprete; 4.º La letra de la ley es "necesariamente" insuficiente, al latir tras sus enunciados un fin o interés social que remite a una serie de valores, que deben ponderarse en la resolución judicial. "Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es en ningún caso una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley". Este autor, en p. 21, señala la unión de los planteamientos del derecho libre con la doctrina jurídica del nacionalsocialismo: "La tesis de que existe un derecho por encima de las leyes cuya definición corresponde idealmente al pueblo, pero que en la práctica se encomienda a un personaje esclarecido, conduce a la sustitución del Rechtsstaat por el Führerstaat", recordando la frase de Carmelutti, "L'equit (...) nel diritto penale", *Revista di Diritto processuale civile*, 1935, p. 116, "no existe ninguna verdadera razón por la cual un acto socialmente dañoso no expresamente previsto en la ley penal no pueda ser castigado".

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

por la representación de los ciudadanos. El resto de los aspectos de este principio (certeza, ley escrita, irretroactividad...), pueden conseguirse a través de disposiciones normativas, no necesariamente emanadas de dicha representación. Quedarse en ellos es, a nuestro entender, optar por una configuración "meramente formal" del principio de legalidad.⁵⁰

2.2 La reserva de ley en sentido formal

Lo dicho en el anterior apartado tiene importancia en el análisis y evolución del principio de legalidad, y de una de sus consecuencias, la denominada reserva de ley.

El análisis sería falso, carente de utilidad, si perdiéramos de vista la evolución de las necesidades sociales, la mayor complejidad de las relaciones, y consecuentemente de tutela penal; lo que ha hecho cuestionar la suficiencia de la ley para dar cumplimiento a la función protectora.

Siguiendo a Silva Sánchez, ⁵¹distinguiremos la reserva de ley en dos aspectos: formal y material.

El primero de ellos, hace referencia al rango de las normas reguladoras de la materia penal, y ha sido predominante en la doctrina penal durante los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución.⁵²

No vamos a extendernos en la exposición y análisis de este primer aspecto, suficientemente debatido en la doctrina y objeto de decisiones del Tribunal Constitucional.

La Constitución garantiza en su artículo 9, 3 el principio de legalidad, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica. Para Carbonell Mateu, ⁵³se trata de una declaración de intenciones, del sometimiento del Estado a la norma, pero no colma las exigencias del principio de legalidad penal.

Para el Tribunal Constitucional se contemplarían en el artículo 25, 1, de la Constitución, ⁵⁴en el que se contendrían tanto la reserva de ley en materia penal, como la exigencia de taxatividad, interpretando "legislación" como ley, ⁵⁵en contra de un importante sector doctrinal, para quien sería equivalente "no sólo a las leves formales, sino a la totalidad de las normas estatales".⁵⁶

⁵⁰ Resaltando la "expresión de la voluntad general", Silva Sánchez, op. cit., p. 253: "Así se señala que sólo por ley, e incluso por ley cualificada, en tanto que expresión de la voluntad general, podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos que se expresan en las definiciones de delitos y penas".

⁵¹ Silva Sánchez, op. cit., p. 253.

⁵² Para Silva Sánchez, op. cit., p. 253 "Ello es natural, pues se trataba de examinar las consecuencias de la entrada en vigor e inicial aplicación de los preceptos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico-penal".

⁵³ Carbonell Mateu. Op. cit., p. 106-107.

⁵⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 141/88, de 29 de junio, y 38/97, de 27 de febrero.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/84, de 23 de febrero (Cuestión de inconstitucionalidad 333/83).

2. ⁵⁶ Cobo del Rosal; Vives Antón. *Derecho penal*. Parte general. Valencia, 1984. p. 70-71; Cobo del Rosal; Boix Reig. "Garantías constitucionales del derecho sancionador". *Comentarios a la Legislación penal*. Madrid, 1982. I, p. 194 y ss.; Cobo del Rosal; Vives Antón. "Sobre la reserva de Ley Orgánica y Ley Ordinaria en materia penal y administrativa". *Comentarios a la legislación penal*. Madrid, 1984. III, p. 9-10; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 107.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Tampoco para Carbonell Mateu,⁵⁷ podría encontrar acomodo la reserva absoluta en el artículo 53, debiéndose acudir al 81 y ss del Texto Constitucional.⁵⁸

El principal problema, en este tema, sigue siendo el ámbito de la reserva de ley: toda la materia penal debe ser regulada por ley orgánica, o sólo aquella que "afecte" al derecho a la libertad.

Se puede distinguir tres posturas fundamentales:

1. Vendría representada por Rodríguez Devesa, y no tiene prácticamente seguidores. Para este autor el concepto de ley abarca "determinadas disposiciones que se consideran a todos los efectos como una ley penal, aunque no reúnan sus requisitos. Son las leyes delegadas y las ordenanzas de necesidad o leyes de urgencia". Los argumentos son, en primer lugar que, según el autor citado, en la Constitución no existe ningún precepto que limite "taxativamente" las fuentes del derecho penal, ni siquiera a la ley ordinaria. Sobre la inconsistencia de estas afirmaciones no hace falta extenderse, basta leer los artículos 53. 1, 81.1 y 86 del Texto Constitucional. El segundo argumento sería, en palabras del propio autor: "la precisión de hacer frente a cambios sociales y económicos, v.g.: que no pueden ni deben esperar el dilatado procedimiento que implican, no ya las leyes orgánicas, sino las ordinarias". Para este autor, la reserva de ley sería "reserva de actos con fuerza de ley".⁵⁹

Esta tesis, situado en uno de los extremos del abanico interpretativo, consideramos es inadmisibles: no tiene respaldo constitucional y, además ignora la primacía de la Constitución y sus mandatos y previsiones sobre cualquier otro tipo de normas.⁶⁰ Las repercusiones sobre el derecho penal en general, y sobre los delitos socioeconómicos en particular, podrían llevar a una despenalización completa, atendiendo a esos cambios sociales y económicos: no habría hecho falta esperar a una modificación penal, mediante ley orgánica, para regular de nuevo la materia medioambiental, introducir los delitos societarios etc., mas a la vista de casos relativamente recientes.

En el otro extremo se encuentra la tesis, defendida inicialmente por Cobo del Rosal y Vives Antón, que afirma la necesidad de ley orgánica para toda la materia penal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución, ya que "todo delito y toda pena supone una limitación de alguno o de varios derechos fundamentales y, por consiguiente un desarrollo legal de los mismos". Entre estos derechos se encuentra el honor, que resultara afectado por cualquier delito o penal, continuando que, a lo anterior "se añadirá la reserva formal en virtud del principio de contrario *actus* o congelación del rango".⁶¹

Para Álvarez García, toda sanción penal "conlleva, directa o indirectamente, privación de libertad; bien por la vía del arresto sustitutorio, bien a través del quebrantamiento de condena y posterior arresto sustitutorio - artículo 468 Código Penal

⁵⁷ Carbonell Mateu. Op. cit., p. 111.

⁵⁸ En igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/86, de 11 de noviembre. En contra, Cerezo Mir, op. cit., p. 152; Madrid Conesa. Op. cit., p. 55.

⁵⁹ Rodríguez Devesa. *Derecho penal*. Parte general, p. 170 y ss.; del mismo, "Una visión aberrante de las fuentes del derecho penal", *Revista de Derecho Público* 87/241 y ss., abril-junio 1982.

⁶⁰ Ver una crítica en Madrid Conesa, op. cit., p. 47-49.

⁶¹ Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 76 y ss. El vigente Código Penal (LGL\1940\2) publicado por LO 10/95, de 23 de noviembre, en su Disposición Final Sexta establece el carácter de ley ordinaria del Título V del Libro I y de los artículos 193, 212, 233.3 y 272, las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, la Transitoria Duodécima y las Finales Primera y Tercera.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

(LGL\1940\2)⁶²; y siguiendo a Carbonell Mateu,⁶³ lo decisivo para establecer la necesidad de ley orgánica no debe ser, a diferencia de lo mantenido por el Tribunal Constitucional, la sanción, sino la tipificación de una conducta, entendida como restricción de la esfera de libertad.⁶⁴

La tercera postura, que podríamos considerar intermedia, está representada por la mantenida por el Tribunal Constitucional, que considera obligada la ley orgánica cuando la materia objeto de regulación penal afecta al derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución, excluyendo los casos en que la sanción prevista no sea privativa de libertad. La crítica a esta tesis formulada por Carbonell Mateu, y seguida por Álvarez García, ya ha sido expuesta anteriormente.

Esta postura tiene partidarios también en la doctrina española. Para Madrid Conesa, aún cuando la defendida por Cobo del Rosal y Vives Antón "es convincente, han de hacerse algunas observaciones que necesariamente van a limitar su alcance". Admitiendo que en el ámbito del artículo 81.1 del Texto Constitucional, debe comprenderse la definición de delitos y penas, "que se refieran a estos derechos y libertades",⁶⁵ la reserva de ley orgánica sólo lo será en estos casos, siguiendo la tesis de Cerezo Mir.⁶⁶

Para este último autor, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 25/84, de 23 de febrero, la necesidad de ley orgánica no dependerá de la naturaleza de la sanción: "El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar". La sentencia, de sobra conocida, decidía sobre la constitucionalidad de la Ley 40/79, de 10 de diciembre sobre régimen jurídico de control de cambios, que mediante ley ordinaria establecía penas privativas de libertad para los delitos más graves.

Se distancia, de esta forma Cerezo Mir de aquellos autores, que como Madrid Conesa,⁶⁷ requieren ley orgánica cuando la sanción es privativa de libertad. Coincide en

⁶² Álvarez García. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia, 1999. p. 23.

⁶³ Carbonell Mateu. Op. cit., p. 113.

⁶⁴ Luzón Peña. Op. cit., p. 81, parece ser partidario también de esta tesis, aunque no lo dice claramente: "Pero además, en una sociedad democrática el respeto a las normas penales y por tanto a la eficacia de las dos facetas de la prevención general se verán indudablemente favorecidos por la legitimidad que para la mayoría de los ciudadanos supone que las leyes penales hayan sido aprobadas o modificadas por la representación parlamentaria del pueblo (y más aún si se exige una mayoría cualificada para la aprobación de tales normas, como sucede con nuestras leyes orgánicas)"; Mir Puig. *Derecho penal*. Parte general, p. 88 y ss.; Boix Reig. "El principio de legalidad en la Constitución". *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*. Deusto, 1983. p. 53 y ss.; Arroyo Zapatero. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional*, § 8, p. 9 y ss.

⁶⁵ Madrid Conesa. Op. cit., p. 53.

⁶⁶ Cerezo Mir, op. cit., p. 154, quien, de acuerdo con la afirmación del Tribunal Constitucional en Sentencia 25/84, de 23 de febrero, manifiesta: "Con arreglo a este criterio, creo que sólo aquellas leyes penales que por el bien jurídico protegido afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas reguladas en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la Constitución (derecho a la vida, integridad física, libertad y seguridad, honor, de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, de reunión, asociación etc...) tendrán que tener el carácter de orgánicas.

⁶⁷ La cita de Madrid Conesa, op. cit., p. cit., lo es en referencia a la segunda edición de la obra de Cerezo Mir, p. 181, donde consideraba necesaria la ley orgánica cuando la sanción es privativa de libertad, postura mantenida, también por Casabo Ruiz, "La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la

este punto, el primero de los autores citados, con aquel sector de la doctrina que considera que la necesidad o no de ley de este rango, no debe hacerse en función de la pena, sino de la configuración de delitos,⁶⁸ en contra de lo manifestado por Mir Puig:⁶⁹ "Lo que niega esta sentencia es que la aprobación de una ley penal no orgánica constituya desarrollo del principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución". Para este último autor, el artículo 81.1 del Texto Constitucional obliga a la utilización de ley orgánica para regular toda la materia penal, "aunque sólo se imponga penas pecuniarias y la propiedad no se prevea por la Constitución entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I.ª del Capítulo II del Título I, siempre cabrá el arresto sustitutorio en caso de impago, el cual afecta ya a la libertad prevista en dicho lugar constitucional".⁷⁰

Pero a pesar de la coincidencia en el razonamiento, la conclusión a la que llega Cerezo Mir es diferente a la sostenida por autores como Cobo del Rosal y Vives Antón, ya que mientras para éstos el derecho penal siempre afecta a un derecho fundamental, para el primero no siempre ocurre así. En la segunda edición de su *Curso de derecho penal español*⁷¹ mantiene que algunos delitos "constituyen conductas irrelevantes desde el punto de vista de la óptica social o cuya relevancia ético-social es escasa, pero suponen una infracción grave del orden político o económico de la sociedad".

Esta idea, utilizada por Madrid Conesa para rebatir lo afirmado por Cobo del Rosal y Vives Antón, que toda pena afecta al derecho al honor,⁷² posiblemente suponga una concepción del honor como autoestima: es decir, el autor no piensa que la comisión del delito le suponga ningún deshonor.⁷³ Utilizar la relevancia ético-social para establecer la necesidad de ley orgánica no nos parece argumento contundente. Es posible, no es momento de entrar aquí a discutirlo, que algunas figuras delictivas tengan una escasa relevancia ético-social, pero ello no varía en nada la discusión; en estos casos lo cuestionable es el empleo del derecho penal.⁷⁴ Por otra parte, si constituyen "una infracción grave del orden político o económico de la sociedad", con independencia de la entidad del interés protegido, resulta claro que se trata de imponer limitaciones a la libertad, tal como manifiestan Carbonell Mateu y Álvarez García,⁷⁵ por tanto afectarían a un derecho fundamental.⁷⁶ Mantener lo contrario, supondría negar la necesidad de ley

protección penal del medio ambiente", *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1982, p. 255-256.

⁶⁸ Ver en este sentido Álvarez García, op. cit., p. 23, y Carbonell Mateu, op. cit., p. 113, aunque para estos dos autores, el Tribunal Constitucional sólo se fija en la naturaleza de la sanción para decidir sobre la exigencia de ley orgánica.

⁶⁹ Mir Puig, *Derecho penal*. Parte general. 2. ed., p. 66 cita n. 14.

⁷⁰ Ídem, ibídem.

3. ⁷¹ Mir Puig, *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1994. p. 39, cita n. 37. Utilizando un argumento similar Álvarez García, op. cit., p. 23, cita n. 76. Cerezo Mir. Op. cit., p. 181.

⁷² Madrid Conesa. Op. cit., p. cit.; Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 76 y ss.

⁷³ Así lo afirmado por Casabo Ruiz, op. cit., p. cit.: "Por otra parte, no sólo hay personas para quienes la condena no les supone deshonor alguno, sino que incluso puede convertirse en un honor, como ocurre en muchas condenas por delitos políticos". En relación con ello, consideramos que estos casos, más que supuestos donde no se afectan derechos fundamentales (el honor), se tratan de hechos no merecedores de la protección penal.

⁷⁴ En torno a los principios como vehículo de la moral en el derecho ver Prieto Sanchis, op. cit., p. 66-68.

⁷⁵ Carbonell Mateu. Op. cit., p. cit.; Álvarez García. Op. cit., p. cit.

⁷⁶ Lo que supone, necesariamente, ir más allá del orden político y económico.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

orgánica para todos los delitos contra el orden constitucional o socioeconómico, comprendiendo entre otros los medios ambientales y societarios, por poner algunos ejemplos.⁷⁷

Pero, además, cualquier delito y desde luego la ejecución de una pena, requiere vulnerar, en mayor o menor medida, el derecho a la intimidad.⁷⁸ En conclusión, toda la materia penal requiere de ley orgánica para su regulación, no tanto por la clase de pena impuesta, como porque cualquier definición de un hecho como delito, supone una restricción de derechos fundamentales. En contra de lo mantenido por Carbonell Mateu y Álvarez García,⁷⁹ no toda pena supone, o puede llegar a convertirse en una privación de libertad; así, por ejemplo cuando sólo se establecen privaciones de otros derechos, como ocurre en el artículo 398⁸⁰ del Código Penal (LGL\1940\2). Por tanto, aun llegando a una respuesta contraria a la alcanzada por el Tribunal Constitucional y el sector de la doctrina que la sigue, la reserva de ley orgánica lo es por la restricción de derechos fundamentales que supone la definición del delito, y el propio empleo del derecho penal.⁸¹

2.3 La reserva de ley en sentido material. La exigencia de determinación o taxatividad

Tal y como manifiesta Octavio de Toledo,⁸² de nada sirve el acogimiento constitucional y legislativo del principio de legalidad, si la ley penal se limita a su formal observancia y no atiende a la exigencia material de precisión en sus normas".

Resulta paradójico que, precisamente, cuando el principio de legalidad ha encontrado consagración en las Constituciones europeas, y no se discute su vigencia en prácticamente ningún ordenamiento jurídico, la indeterminación de la norma penal haya aumentado.⁸³ Tal como se ha puesto de relieve por la doctrina, la evolución de estos dos últimos siglos han dado al traste con el utópico ideal revolucionario de convertir a los jueces en, "la boca que pronuncia las palabras de la ley".⁸⁴

⁷⁷ La cuestión consiste, mas bien, en una correcta selección de intereses dignos de tutela penal, y una vez realizada, de forma clara la regulación debe ser mediante ley orgánica.

⁷⁸ Piénsese que, ciertas manifestaciones vertidas en el curso de un procedimiento penal, se justifican por el ejercicio legítimo de un deber o el cumplimiento de un deber.

⁷⁹ Carbonell Mateu. Op. cit., p. cit.; Álvarez García. Op. cit., p. cit.

⁸⁰ Artículo 398 Código Penal (LGL\1940\2): "La autoridad o funcionario público que libere certificación falsa ser castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. En el anterior Código Penal (LGL\1940\2) la suspensión afectarla también a un derecho fundamental, como es el de sufragio, limitando la participación en la vida pública (artículo 39), al igual que en la inhabilitación especial para el derecho de sufragio (artículo 37), o la inhabilitación absoluta (artículo 35). En el actual Código Penal (LGL\1940\2), el artículo 39 b) establece la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, el 41 lo contempla dentro de la inhabilitación absoluta, pero no así para la pena de suspensión.

⁸¹ Partidario también, de exigir ley orgánica sólo cuando las penas y medidas de seguridad afectan derechos fundamentales García-Pablos de Molina, op. cit., p. 237. En contra, además de los ya citados, Zugaldía Espinar, *Fundamentos de derecho penal*, p. 207 y ss.

⁸² Octavio de Toledo; Ubieto. *Sobre el concepto de derecho penal*, p. 307.

⁸³ Ídem, ibídem.

⁸⁴ Sobre este proceso, ver Prieto Sanchis, op. cit., p. 31-45, poniendo de relieve que el paso del Estado Liberal al Estado Constitucional supone necesariamente una revitalización del juez.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ciertamente, como dice Silva Sánchez, reducir al juez a ese papel no resulta satisfactorio desde perspectivas materiales.⁸⁵ Para este autor, el hecho de que las leyes penales "constituyan sólo el marco en el que se produce la obtención judicial del derecho", no significa que "se pueda prescindir de formularlas con precisión".⁸⁶ Siguiendo al citado autor, en el fondo late la tensión entre las diversas finalidades del derecho penal, por un lado conseguir la deseable seguridad jurídica, y por otro ser un instrumento de solución de conflictos, cambiantes en función de las circunstancias, lo que requiere mayores niveles de oportunidad y flexibilidad legal.⁸⁷

La taxatividad, o determinación absoluta parece un objetivo difícil de conseguir; no puede olvidarse que, como acabamos de decir y señalan Cobo del Rosal y Vives Antón,⁸⁸ las leyes tienen como finalidad la resolución de conflictos sociales, imposible de conseguir con una determinación absoluta.⁸⁹

Frente a las tesis que fundamentan el mandato de determinación en la seguridad jurídica, a través del conocimiento de la ley, consideramos que, al igual que el principio de legalidad, éste debe ser, de nuevo, la legitimidad democrática. Tal como hemos venido diciendo, la definición de delitos comporta siempre restricciones de esferas de libertad privadas, que sólo la voluntad general puede adoptar, en tanto se consideren necesarias para garantizar precisamente esa libertad. Competencia que, en un Estado como el nuestro corresponde al Poder Legislativo, representante de esa voluntad general.⁹⁰ A ello cabría sumar la defensa del principio de igualdad, impidiendo soluciones diversas para casos iguales.⁹¹

No debe, por tanto, considerarse correcta la tesis que apunta como fundamento conseguir el conocimiento de las leyes por los ciudadanos, pretensión de una parte utópica, ya que difícilmente puede lograrse un conocimiento completo, incluso para los propios profesionales del derecho: "Dado que los mecanismos que ponen en contacto al ciudadano con las normas son indirectos, y, en cierta medida, deformadores, a lo más que se puede aspirar es a un conocimiento aproximado y, por ello, impreciso".⁹²

Así concebido, sería un mandato al legislador, que debe dictar normas claras, inequívocas, estableciendo de forma clara el contenido de la prohibición, y que violaría "la doctrina de la división de poderes (...) si emplease una técnica legislativa oscura o imprecisa, remitiendo indebidamente al juez o tribunal la decisión última sobre el

⁸⁵ Silva Sánchez. Op. cit., p. 255.

⁸⁶ Ídem, ibídem, p. 256; Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263, el hecho de que las leyes allado de un núcleo delimitado tengan, un "campo conceptual" difuso, no puede servir de pretexto para introducir en ellas conceptos indeterminados, o poco claros: "El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez como meta a alcanzar, cotas más elevadas de seguridad y certeza.

⁸⁷ Silva Sánchez. Op. cit., p. 257.

⁸⁸ Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263.

⁸⁹ En el mismo sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 256; también García-Pablos de Molina, op. cit., p. 249, conectándolo con la seguridad jurídica.

⁹⁰ En igual sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 257; García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

⁹¹ Para Madrid Conesa, op. cit., p. 162-163, éste sería el único fundamento del mandato de determinación, "*conditio sine qua non* para poder realizar el mandato constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley", "que de esta forma no es simplemente un corolario de las restantes exigencias del principio de legalidad", que aparecería de forma "muy clara" constitucionalizado en el artículo 9.2 de la Constitución Española.

⁹² Silva Sánchez. Op. cit., p. 254; en igual sentido García-Pablos de Molina, op. cit., p. 248; una exposición detallada de los diversos fundamentos formulados por la doctrina, sobre todo la alemana, en Madrid Conesa, op. cit., p. 97-164.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

alcance de la norma".⁹³ Debe tenerse en cuenta, además, que remitir la decisión a instancias diferentes a las legislativas, comporta de forma casi necesaria, una quiebra del principio de igualdad, aparte de la legitimidad democrática, ya que el juez no ostenta la representación de la voluntad general. En conclusión, la seguridad jurídica que comporta el principio de determinación lo es en un doble sentido: en primer lugar porque la ley es emanación del órgano que ostenta esa representación general, y en segundo lugar, porque por ello garantiza una solución igual para problemas iguales.

Principio de determinación dirigido al legislador, y que obliga al juez a sujetarse a la ley; ⁹⁴quien debe cumplir el mandato es el propio legislador, elaborando leyes que garanticen su correspondencia con la voluntad general, y soluciones iguales ante casos iguales.⁹⁵

Lo anterior no significa, ni puede significar, negar toda posibilidad de interpretación, tal como pretendían los revolucionarios franceses. Además de, como hemos dicho en páginas anteriores, ser necesaria para adecuar la ley a las cambiantes circunstancias y necesidades sociales, la evolución del Estado Constitucional conlleva el control judicial de la legalidad, ⁹⁶característica de este tipo de Estado, donde, además, de la proclamación de derechos y libertades, se contempla "un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes".

La importancia que éste tiene no necesita de mayores comentarios; por encima, incluso de la ley, existe una norma jurídica superior, integrada en gran parte por derechos fundamentales, que los ciudadanos pueden hacer valer frente a la propia ley.⁹⁷ Los textos constitucionales "ya no informan sólo acerca de quien y como se manda, sino en gran parte también de que, puede o debe mandarse.

Es la forma de combinar todos estos elementos lo que da lugar a un panorama lo suficientemente nuevo como para merecer un nombre propio donde el protagonismo ya

⁹³ García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

⁹⁴ Para Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, p. 36, siguiendo a la doctrina alemana, el mandato iría dirigido al legislador y al juez; también Silva Sánchez, op. cit., p. 254.

⁹⁵ Si consideramos que la determinación o taxatividad, tiene su fundamento en el sistema de división de poderes, confiriendo sólo al Legislativo la potestad de dictar normas restrictivas de derechos fundamentales y libertades públicas, es obvio que la obligación de cumplirlo compete al propio Legislativo; el juez deberá aplicar la ley en sus propios términos, no pudiendo extenderla a supuestos no previstos. El artículo 4 del Código Penal (LGL\1940\2) establece la obligación de aplicar la ley, tanto cuando el hecho está previsto, como cuando no se contempla como delito; de acuerdo con este precepto, en tanto no se derogue el artículo en cuestión, los jueces y tribunales deberán aplicarlo, aun cuando consideren que "no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva". Es decir, la ley como emanación de la voluntad general, no puede tomarse inaplicable aun cuando ante un hecho concreto resulte excesiva, hasta que esa misma voluntad general no la derogue.

⁹⁶ Ver al respecto Prieto Sanchis, op. cit., p. 31 y ss. Para este autor, el Estado Constitucional puede considerarse equivalente al de derecho con la matización hecha en el texto, y citando textualmente a Aragón, "El control como elemento inseparable de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* 19/52, 1987, afirma: "Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitados o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente, que no hay Constitución". Hasta el punto de afirmar Fioravanti, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las Constituciones, trad. Martínez Neira, Madrid, 1996, p. 113 y 120, que sólo "existe un derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado".

⁹⁷ Prieto Sanchis. Op. cit., p. 34.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

no queda reservado al legislativo, sino que aparece, cuando menos, compartido con la figura emergente del juez: el Estado Constitucional".⁹⁸

Dentro de estas coordenadas, resulta claro que negar la posibilidad interpretativa iría en contra del propio texto constitucional, y de las necesidades efectivas de tutela penal, pero, al mismo tiempo, que incumplir el principio de determinación o taxatividad constituiría una violación de la Constitución.⁹⁹

Planteada así la cuestión, el problema sigue siendo la forma de conseguir la plena vigencia del principio de determinación. Para el Tribunal Constitucional la ley debe contener "el núcleo esencial de la prohibición", o "la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada", logrando "la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".¹⁰⁰

Tradicionalmente se ha venido exigiendo por la doctrina una "lex cerca" y "estricta".¹⁰¹ La exigencia de esta certeza, vinculada a las técnicas legislativas, implica que la descripción del hecho prohibido en la ley, se haga de forma clara, inequívoca y expresa, determinado con exactitud el ámbito de lo prohibido. Debe, pues, intentarse la mayor exhaustividad y concreción posible.¹⁰² Se trataría de conseguir el mayor grado posible de determinación en la ley, limitando el arbitrio judicial, "la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe".¹⁰³

Pero ese ideal, como ya hemos dicho, no es más que una utopía, y como todas de imposible realización. El propio instrumento que, necesariamente debe utilizar el legislador - el lenguaje -, imposibilita su consecución, "porque el idioma es siempre un medio de expresión que cambia con el tiempo y las circunstancias, poco preciso, imperfecto".¹⁰⁴ Pero además, tal como afirma García Pablos, la ley "padece una permanente tensión entre dos necesidades antagónicas, generalizar y concretar, justicia material y seguridad jurídica, describir y valorar; entre la matemática penal y el arbitrio judicial".¹⁰⁵ En el fondo, entre la necesidad de dictar leyes generales y abstractas que garanticen el principio de igualdad y la seguridad jurídica, y el cumplimiento de otra de sus finalidades, otorgar la necesaria tutela a intereses dignos de ella, previniendo posibles ataques.

⁹⁸ Ídem, ibídem, p. 35. Con relación a esto y citando a Guastini, "Specificit (...)

dell'interpretazione costituzionale?", *Analisi e diritto*, Turín, 1996, p. 170, observa que mientras en las Constituciones que sólo limitan u organizan poderes, "están llamadas" a tener un interprete político, "los propios órganos supremos que son objeto de regulación", las que "pretenden modelar las relaciones sociales mediante principios, derechos y directrices están llamadas a ser objeto de interpretación judicial" (cit. 118).

⁹⁹ Para Madrid Conesa, op. cit., p. 162-163, este principio se encontraría recogido en el artículo 9.2 de la Constitución; debe tenerse en cuenta que, para este autor, el principio de determinación estaría fundamentado y garantizaría la igualdad. Como ya hemos dicho en el texto, se fundamentaría en el derecho a la participación, expresada a través del órgano representativo, lo que a su vez posibilitaría la efectiva vigencia de la igualdad. Es por tanto, necesario para conseguir la garantía del n. 3 del artículo 9 del Texto Constitucional.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 24/96, de 13 de febrero en relación con las leyes penales en blanco.

¹⁰¹ Para la doctrina alemana, la primera dirigida al legislador, y la segunda al juez, ver Silva Sánchez, op. cit., p. 254.

¹⁰² Rodríguez Mourullo. *El principio de legalidad*, p. 888 y ss., exige la precisión y exhaustividad penal.

¹⁰³ Bacigalupo. Op. cit., p. 36.

¹⁰⁴ García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

¹⁰⁵ Ídem, ibídem, p. cit.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Admitiendo la imposibilidad de conseguir esa meta, y la "necesidad" de una cierta indeterminación, el problema radicaría en establecer cuando puede considerarse satisfecha la obligación de taxatividad por el legislador.¹⁰⁶ Madrid Conesa¹⁰⁷ señala hasta siete criterios elaborados, fundamentalmente por la doctrina alemana, para resolverlo. A riesgo de extendernos en exceso, vamos a exponerlos lo más brevemente posible por la importancia que, en el ámbito del derecho penal económico tiene el principio de determinación: proliferación de leyes penales en blanco, remisiones normativas, cláusulas generales etc.¹⁰⁸

La primera de las tesis es la que establece el alcance de la exigencia de determinación como resultante de la necesidad de compaginar, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, los ideales de justicia y seguridad jurídica.¹⁰⁹ E incide fundamentalmente en la relación Constitución-Derecho penal. Sus partidarios constatan la paradoja que, cuando a partir de la II Guerra Mundial, el principio de determinación alcanza un reconocimiento constitucional, el número de conceptos valorativos e indeterminados en las leyes penales aumenta; no sólo se mantienen algunos introducidos en el periodo nacionalsocialista, sino que se incorporan otros.¹¹⁰ Por parte de la doctrina alemana se señala el peligro para la seguridad del individuo y los propios intereses estatales, pero no existe acuerdo sobre los tipos penales que devendrían inconstitucionales, "es más, se intenta salvar la inconstitucionalidad de la mayor parte de estas disposiciones". La jurisprudencia no se ha manifestado de forma directa, excepto en contadas ocasiones, aunque mantiene el respeto al principio de determinación, que es posible siempre que en el tipo se limite a lo esencial.¹¹¹

Para Seel,¹¹² la solución no es declarar la inconstitucionalidad de todos estos tipos, sino llegar a un nuevo entendimiento del principio de legalidad, partiendo de tres premisas: la imagen del ser humano que se contempla en la ley fundamental; la idea del derecho de la misma ley; la posición del juez en dicha norma. Sobre la idea de que la ley fundamental se encuentra a mitad de camino entre el individualismo y el colectivismo, que el fin primordial del derecho es la realización de la justicia en el

¹⁰⁶ Para Zugaldía Espinar, op. cit., p. 282, esta exigencia es mayor en el ámbito de la garantía criminal, que en el de la penal, donde necesidades de prevención especial permiten una mayor indeterminación de la pena. En igual sentido García-Pablos de Molina, op. cit., p. 250. Parece necesaria que, a la vista de las finalidades de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, y en el propio texto constitucional, sea correcta una relativa indeterminación de la pena, permitiendo adecuar la sanción a las circunstancias del autor y del hecho en el caso concreto, cumpliendo así, de otra parte, con el principio de culpabilidad.

¹⁰⁷ Madrid Conesa. Op. cit., p. 99-156.

¹⁰⁸ Objetivo de este trabajo es establecer las bases para una correcta regulación en ese sector del derecho punitivo, que permita con estricto cumplimiento del principio de legalidad, atender a las necesidades de protección.

¹⁰⁹ Madrid Conesa. Op. cit., p. 99-117; el propio autor en p. 99 cit. (3) advierte que, dada la similitud constitucional entre España y Alemania, "parece que no hay problemas en que la mayoría de las afirmaciones y, sobre todo, las críticas que, en relación con la misma, se manifiestan puedan trasladarse a nuestro país".

¹¹⁰ Seel. *Unbestimmte...*, p. 29: "Si las fórmulas, que hablan sido introducidas como tópicos del Estado injusto fueron sustituidas por otras, fueron sustituidos por conceptos no menos indeterminados y necesitados de integración valorativa, como por ejemplo el sano sentimiento popular en el párrafo 240 por el término reprochable", cit. Madrid Conesa. Op. cit., p. 101.

¹¹¹ Madrid Conesa. Op. cit., p. 103. La cercanía de esta tesis con algunas decisiones del Tribunal Constitucional español es evidente, ver, por ejemplo, la Sentencia de este tribunal 24/96, de 13 de febrero, ya citada.

¹¹² Seel. Op. cit., p. 107 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

campo estatal, otorgando relevancia al principio de oportunidad, aunque subordinado a la justicia y seguridad jurídica, y que el principio de separación de poderes consiste en que cada uno debe respetar el núcleo esencial de los demás, llega a la conclusión de que, siempre que la quiebra de la función de garantía de la ley penal venga exigida por razones de justicia o bienestar general, no podría considerarse el precepto constitucional.

Lenckner, tras examinar las causas por las que se llega a esta situación, concluye que sólo podrá mantenerse la conformidad con la Constitución cuando las ventajas para la realización de la justicia, pueden justificar la quiebra de la seguridad jurídica, "mediante consideraciones comprensibles".¹¹³

Las objeciones a esta tesis resultan claras. Justificar la vulneración del principio de legalidad y la seguridad jurídica en aras al principio de oportunidad, como instrumento para conseguir la justicia material, es simplemente peligroso, más cuando se introduce el "interés general", aún cuando deba hacerse "mediante consideraciones comprensibles", que habría que preguntar para quien.

Llevado esto al campo de los delitos socioeconómicos, supone abandonar la exigencia de determinación, adoptando tipos abiertos, cláusulas generales, que permitan en cualquier momento adecuar la ley a necesidades siempre cambiantes en este ámbito.

Para Sax,¹¹⁴ el principio de determinación es compatible con la existencia de tipos penales con conceptos indeterminados y necesitados de valoración, siempre que el principio de legalidad se entienda en un "sentido moderno", fundamentado en la culpabilidad, en el reconocimiento de la dignidad humana por los poderes estatales. Se cumpliría con el principio de determinación cuando anterior al delito exista un tipo de lesión al valor, determinado de forma clara en cuanto a su contenido.¹¹⁵ La tesis expuesta es, ella misma indeterminada, se limita a cambiar de lugar el problema, desde la conducta a una lesión al valor. Por otra parte, la exigencia lo es en relación con el hecho. Para Madrid Conesa,¹¹⁶ la tesis expuesta tiene el mérito de señalar la relevancia de la voluntad del legislador en la interpretación: "Parece claro que si se logra determinar que, es lo que el legislador quiere proteger mediante la prohibición de una determinada conducta, la interpretación que de la ley ha de realizar el juez se ve sensiblemente facilitada y asegurada".

Es cierto que dicho conocimiento facilita la labor del intérprete (judicial o doctrinal), pero no consideramos que la interpretación del sentido de la ley deba basarse en la voluntad del legislador, ni siquiera cuando este introduce valoraciones en la norma. Tal como dice Cerezo Mir,¹¹⁷ mantener una teoría objetiva (averiguar el espíritu de la ley), frente a una subjetiva (la voluntad del legislador), tiene la ventaja de permitir adecuar el derecho a las necesidades cambiantes de la sociedad; la pregunta es "que, juicio

¹¹³ Ver una detallada crítica en Madrid Conesa, op. cit., p. 110-117, a la que nos adherimos.

¹¹⁴ Sax. *Grundsätze...*, p. 1.008 y ss., citado por Madrid Conesa. Op. cit., p. 118-122: "La sede de la garantía jurídico-penal de la libertad no se halla en la descripción exterior del tipo, sino en la lesión inmediata o mediata de los valores reconocidos como vinculantes en la comunidad tipificada a través de la descripción de la conducta típica-penal".

¹¹⁵ Este autor pone como ejemplo de cumplimiento, el tipo de injurias, en el que el término reprochable, se interpreta como referencia al carácter reprochable de la coacción, teniendo en cuenta la relación medio a fin; sería indeterminado el anterior párrafo 170 d: "el bienestar total de un niño", p. 1.010 y ss.

¹¹⁶ Madrid Conesa, op. cit., p. 120-122, señala la semejanza del artículo 25.1 de la Constitución española y el 103, II, de la alemana.

¹¹⁷ Cerezo Mir. Op. cit., p. 59-60.

valorativo del actual estado de cultura ha hallado expresión en el precepto jurídico-positivo". Para el citado autor los riesgos de esta teoría se pueden evitar mediante la vinculación al tenor literal de la ley, y sobre todo, "el intérprete no podrá utilizar como pauta cualquier concepción (ética, jurídica, política o económica) que sea sustentada en el momento actual, sino sólo aquellas que sean dominantes en nuestra sociedad".¹¹⁸

También por la doctrina alemana, en un intento de clarificar que debe considerarse ley indeterminada, se ha propuesto la clasificación en tres grados,¹¹⁹ teniendo a la vista la opción de la libertad, y la necesidad de la mayor previsibilidad posible de la respuesta estatal. De acuerdo con ello, el legislador debe usar, siempre que pueda, elementos descriptivos, en su defecto normativos con significado jurídico, añadiendo aclaración cuando sea preciso, e incluso excepcionalmente, el método ejemplificador; el último grado serían los elementos normativos extrajurídicos, que sólo deberán utilizarse cuando no exista otra posibilidad, procediéndose de manera obligatoria a su precisión o aclaración, mediante una definición legal, o en último término, el mito ejemplificador. Una ley será indeterminada, cuando el legislador no respete este orden, sin que exista una necesidad real para ello.

Formulaciones para marcar la diferencia entre ley determinada e indeterminada, son aquéllas que consideran la ley penal como marco, la determinación de la ley penal en relación con el principio de proporcionalidad, la teoría de la evidencia de la indeterminación, y la del criterio cuantitativo de la indeterminación.

La primera de las tesis, parte de la premisa de la relatividad de la sujeción del juez a la ley penal; la decisión del juez no es sólo una premisa lógica del contenido de la norma, sino que constituye un juicio de valor. La uniformidad, y con ella la seguridad jurídica, se conseguiría mediante decisiones, discutidas por la doctrina, a las que la jurisprudencia vuelve a recurrir, dando lugar a la formación de una opinión común.¹²⁰ Los nuevos conocimientos metodológicos obligan, según esta tesis, a considerar la ley penal como un marco que debe ser rellenado a través del proceso de institucionalización: la seguridad jurídica se logra, no por la ley que no puede conseguirla de forma satisfactoria, sino por los institutos jurídicos.¹²¹

Para Madrid Conesa, la tesis expuesta sólo soluciona los casos que nunca han presentado problemas, ya que el supuesto de hecho de la norma está suficientemente determinado. Por otra parte, acudir al "expediente de afirmar que en la práctica las cosas

¹¹⁸ En igual sentido, en cuanto a la preferencia de una teoría objetiva, Luzón Pena, op. cit., p. 162, que señala, además, la dificultad de hablar de voluntad del legislador, en cuanto no es única: "el legislador es realmente algo plural", añadiendo, lo que es lugar común en la doctrina, que el legislador puede haberse equivocado al escoger las palabras, pero la ley, una vez aprobada, se independiza de su "autor". Teoría objetiva defendida por la mayoría de la doctrina.

¹¹⁹ Kohlmann. *Der Begriff...*, p. 275 y ss., citado por Madrid Conesa. Op. cit., p. 122-133.

¹²⁰ Lemmel. *Unbestimmte...*, p. 131 y ss., traslada al campo penal la teoría de los institutos jurídicos, propia del derecho civil; argumenta que, en el ordenamiento jurídico punitivo existen "abreviaturas", y remisiones de leyes penales. Las primeras son conceptos que las leyes utilizan sin definir expresamente, pero concretados por una jurisprudencia constante, así el término injurias. Las remisiones lo son a costumbres sociales u otras ramas del ordenamiento jurídico, cit. Madrid Conesa, op. cit., p. 136-138.

¹²¹ Para Lemmel, op. cit., p. 149 y ss., las funciones de la ley son dos: la social pedagógica y la decontrol. Mediante la primera, la ley fija las prohibiciones y obligaciones derivadas de normas de cultura, vehículo por el que realmente el ciudadano conoce la prohibición. Igualmente, mediante una "decisión" fija esas normas en aquellas áreas, donde por su íntima relación con la ética, no existe una norma única, dado el carácter pluralista de la sociedad. La función de control la cumpliría la ley junto con los institutos jurídicos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sucedan de este modo y que el legislador favorece este proceso" no constituye un argumento serio; eso, además de que la Constitución declara la sujeción del juez únicamente a la ley, y no a la doctrina o jurisprudencia anterior.¹²²

Quizás la objeción más importante que puede hacerse a esta teoría, es que más que solucionar el problema de las leyes indeterminadas, lo aumenta ya que, a través de este expediente -son la jurisprudencia y la doctrina las que, en último término, determinan la ley-, se proporciona al legislador una "coartada" para incumplir aquello a lo que viene obligado constitucionalmente.¹²³

Para el Tribunal Constitucional alemán, "la ley debe determinar los presupuestos de la punibilidad de forma tanto más precisa cuanto más grave sea la pena amenazada".¹²⁴ Realmente, con esta teoría nada se consigue en orden al problema estudiado, más bien lo contrario, puede provocar una mayor indeterminación legal sobre todo en el momento actual, en el que las leyes penales contemplan hechos "poco significativos", conminados, y esto es importante, con penas diferentes a la privación de libertad, y que, por tanto, podríamos considerar menos grave. Ello aparte de la peculiar forma de entender el principio de proporcionalidad que supone.

Para la teoría de la evidencia de la indeterminación,¹²⁵ hay tipos penales en que la indeterminación es tan evidente que devienen inconstitucionales, sin dejar lugar a dudas; evidencia que se produciría cuando el legislador traspasa la parte fundamental de la construcción de las normas penales al juez. La tesis constituye una correcta exposición del problema, al que no da ninguna solución real.

Por último, según Schünemann,¹²⁶ el criterio delimitados entre ley penal determinada e indeterminada debe ser cuantitativo; el legislador debe determinar por lo menos el 50% de las conductas que intenten abarcar por el tipo. Para ello divide los elementos del tipo en cuatro grupos, de mayor a menor grado de determinación: 1. Numéricos (absolutamente determinados); 2. De clasificación (descriptivos); 3. De función (normativos); 4. Puros de valor (cláusulas generales). Ninguno de los tres primeros supondría un ataque directo al principio de determinación.

La tesis de este autor, aparte del subjetivismo que puede significar, plantea como problema básico la idea de que el legislador sólo está obligado a describir "el caso normal de punibilidad", delegando en el juez el tratamiento de los casos excepcionales, lo que, obviamente iría en contra del sistema de división de poderes y del principio de igualdad.¹²⁷

¹²² Madrid Conesa. Op. cit., p. 141-143. Para España, la sujeción del juez a la ley se establece en los artículos 117.1 de la Constitución, y 6 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal.

¹²³ En igual sentido Madrid Conesa, op. cit., p. 144.

¹²⁴ BVerfG E, tomo 14, p. 251. Para Schroeder, "Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Biespiel des groben Unfugs", JZ, 1969, p. 778, esta tesis constituye una "peculiar perversión del principio de proporcionalidad", cit., Madrid Conesa, op. cit., p. 145, ver la crítica a esta tesis.

¹²⁵ Ver su exposición en Madrid Conesa, op. cit., p. 148-150; Stöckel, *Gesetzesurngehung...*, p. 139 y ss.

¹²⁶ Schünemann. "Nulla poena...", p. 29 y ss., cit. Madrid Conesa. Op. cit., p. 150-156.

¹²⁷ Para Madrid Conesa, op. cit., p. 156, la tesis de Schünemann tiene a pesar de las críticas expuestas, el mérito de resaltar la necesidad, para la consecución de la determinación, que el legislador se plantee como primer paso cual es el campo del ilícito que quiere conminar con una pena: "En efecto, ha de darse toda la razón a este autor cuando afirma que si de la ley no puede extraerse una delimitación de este campo, la ley penal no será en absoluto determinada. Y para que esta delimitación sea posible es necesario que antes de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Ninguna de las tesis expuestas proporcionan un criterio definitivo para lograr establecer el concepto de ley determinada, frente a su opuesto ley indeterminada. En algunos casos se limita a exponer el problema y la situación actual, los medios utilizados son incorrectos, o conducen a una ambigüedad que favorece, más que impedir el paulatino proceso de indeterminación legal. Proceso que parece irreversible, dada la proliferación de nuevos campos de intervención penal; muchos de ellos ya regulados en otros sectores del ordenamiento, sujetos a cambios, ya no sólo sociales, sino técnicos y científicos que el legislador debe recoger.

Consideramos que la solución del problema no puede ser separar el tratamiento del principio de legalidad y el de determinación; intentar buscar diferentes fundamentaciones, conduce de forma inexorable a una atenuación del segundo. Por ello, mantener que éste responde a exigencias de previsibilidad de la reacción estatal, está condenado al fracaso.

Tienen razón los autores que han puesto de manifiesto la imposibilidad de conseguir la seguridad jurídica, mediante el conocimiento de la ley por el ciudadano. A pesar de la necesidad de publicación, éste es difícil incluso para el jurista, cuanto más para el lego. Igualmente, y esto es más importante, como se ha señalado por un sector de la doctrina, el conocimiento es mayor cuanto mayor sea la gravedad del hecho, y debería añadirse, cuando el delito pertenece o está cercano al denominado derecho penal nuclear o tradicional. Por el contrario, lo que se conoce por derecho penal accesorio es, en muchos casos, ignorado por la generalidad, desconocimiento que, en algunos supuestos, aumenta por el de las remisiones normativas que integran el tipo en cuestión, y de otra parte, precisamente la regulación extrapenal puede llevar a pensar en su carácter no delictivo.

Por ello, el análisis del principio de determinación, y sus quiebras, debe hacerse a la luz de idénticos criterios que el principio de legalidad: la legitimidad democrática y la igualdad. Una ley será indeterminada cuando confiere un ámbito de discrecionalidad al juez que pone en peligro esta fundamentación, o cuando se delega la competencia por el Legislativo.

3 LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y LAS REMISIONES NORMATIVAS

Por toda la doctrina, y desde hace largo tiempo, se ha destacado el peligro que para la vigencia del principio de legalidad, suponen las leyes penales en blanco y las remisiones normativas, a lo que debe añadirse el empleo de tipos abiertos y cláusulas generales.

El problema se plantea, como ya hemos adelantado, por la imposibilidad de conseguir la absoluta vigencia del principio estudiado; aun cuando la meta sea conseguir el máximo de concreción legal, el instrumento del que el legislador tiene que valerse -el lenguaje-, es de por sí impreciso y cambiante.

A esta primera dificultad deben sumarse los derivados de otros fines del derecho penal, la consecución de la justicia y la prevención de lesiones a intereses jurídicos. Como ya hemos dicho, una norma excesivamente determinada, la opción por un método

formularla el legislador tenga claro cuáles son los bienes que mediante la misma se van a proteger y frente a qué tipos de agresiones deben protegerse".

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

casuístico, impediría las anteriores finalidades, en cuanto devendría de forma necesaria, inútil al poco tiempo de su promulgación.¹²⁸ Partiendo de la imposibilidad de taxatividad absoluta,¹²⁹ se trataría de alcanzar el máximo posible y la "real vinculación del juez al tenor de la ley".¹³⁰ Para ello es preciso que se determine en la ley, de la forma más inequívoca posible, la materia de prohibición.

3.1 Las leyes penales en blanco y remisiones normativas. Posibles criterios de diferenciación

El concepto de ley penal en blanco no es nuevo en la doctrina; su nombre se debe a Binding,¹³¹ y pueden en principio definirse como aquellas normas en las que falta parte al menos del presupuesto o supuesto de hecho, regulado en otra norma de rango inferior. A partir de Mezger se añaden otras dos modalidades: cuando se encuentra el complemento en la misma ley, o en otra de igual rango, aunque para este autor era esencial que el complemento se encontrara en instancia legislativa diferente. Para García Pablos¹³² se trata de un "genuino problema de jerarquía de fuentes, propio de los sistemas federales", que rebasa "los cauces estrechos de la problemática de la ley penal", con importantes implicaciones en todo el ámbito del derecho penal.

Un sector de la doctrina ha distinguido entre leyes penales en blanco en sentido propio, o impropio. Las primeras serían cuando el complemento se encuentra en una instancia diferente; impropias cuando está en la misma ley u otra de igual rango. También, dependiendo de si el supuesto de hecho se encuentra en una norma penal o de otra naturaleza.¹³³

En cuanto al rango, la discusión tiene importancia cara, por ejemplo, al tratamiento del error. A pesar de todo y aún a riesgo de ser reiterativos, el problema fundamental se plantea con el principio de legalidad.

Junto a las tradicionalmente denominadas leyes penales en blanco, los elementos normativos del tipo pueden suponer, también, una quiebra del principio de determinación, y consecuentemente del de legalidad. Podrían definirse como aquellos que requieren de una valoración, a diferencia de los descriptivos.¹³⁴

¹²⁸ Quintero Olivares. Op. cit., p. 46, poniendo en relación los fines del derecho penal, en un Estado como el actual, y el principio de legalidad, afirma: "La sumisión al principio de legalidad hoy, no puede pues conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la *lex stricta et scripta*" y demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia materia que el derecho positivo dice perseguir".

¹²⁹ Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263, poniéndolo en relación con la finalidad del derecho penal, como medio de resolver conflictos sociales.

¹³⁰ Silva Sánchez. Op. cit., p. 256; para este autor, p. 258, "se hace preciso dirigir el debate doctrinal hacia la obtención de una síntesis de los fines en conflicto, en la que la necesaria consecución de otras finalidades de derecho penal no redunde en una pérdida de las garantías formales y materiales de la legalidad".

¹³¹ Surgen en Alemania para explicar la autorización o delegación de ley del Reich, para que los Landers o municipios determinaran o complementaran el supuesto de hecho típico. Sobre su origen histórico ver, Stampa Braun, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953; Muñoz Conde. *Introducción al derecho penal*. Barcelona, 1975. p. 18-27; Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, p. 47-51.

¹³² García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 175-177.

¹³³ Luzón Peña, op. cit., p. 147, para quien sólo sería ley penal en blanco aquella en que el complemento está en una norma no penal.

¹³⁴ Ver Suay Hernández, "Los elementos normativos y el error", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991. p. 102 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La diferencia entre ley penal en blanco y elemento normativo se ha establecido, por un sector de la doctrina, en el carácter explícito o implícito de la remisión; en el primer caso estaríamos ante leyes penales en blanco, en el segundo ante elementos normativos. Para Tiedemann, la diferencia radicaría en el rango de la norma de remisión; la ley penal en blanco se caracteriza porque el presupuesto se encuentra en otra norma emanada de una instancia no legislativa, que sería en definitiva quien ejerce la amenaza legal,¹³⁵ para Tiedemann sería "situar el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa". Según Cramer, la diferencia consistiría en la función que cumplen en cada uno de los distintos tipos: cuando estamos ante una invocación a otras normas en la valoración de las características típicas, es un elemento normativo; por el contrario, cuando existe una remisión a otras disposiciones, estaremos ante una ley penal en blanco. Mientras los elementos normativos desempeñan una función interpretativa, la ley penal en blanco complementa o conforma el supuesto típico.

Característica, pues de estas últimas, es la delegación en otra instancia del elemento típico. Para García Arán,¹³⁶ este constituye un criterio material de diferenciación, que supera los meramente formales antes dichos; lo importante no es el rango de la norma de remisión, o si ésta es explícita o implícita, sino la función que cumple; interpretativa o constitutiva de la tipicidad.

Cara al principio de legalidad, y consecuentemente al de determinación, aun considerando correcta la afirmación de la autora antes citada, debe insistirse en la importancia de la jerarquía de la norma de remisión, lo que, de alguna manera ella misma admite: "porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico"; es decir, el legislador "delega" su exclusiva competencia en otras instancias no "legislativas" en sentido estricto. El problema, pues, de este tipo de normas radicaría, en relación con nuestro trabajo, en su conformidad con el principio de legalidad, no entendido en su faceta de previsibilidad de la reacción estatal, o garantizador de la seguridad jurídica, sino en el de la legitimidad democrática que supone.¹³⁷

De acuerdo con García Arán, y en la línea seguida en este trabajo, habría que distinguir entre las remisiones en bloque, y las interpretativas; en las primeras "la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico", en las interpretativas, "la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico".¹³⁸ Dentro del sector del derecho penal socioeconómico no podemos

¹³⁵ Tiedemann. "Blankettstrafgesetz". *Handwörterbuch des Wirtschafts-und Steuerstrafrechts*, 1990. p. 1, para García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1993, XVI, p. 69, para Tiedemann sería "situar el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa". Cramer, en Schöncke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, comentario al párrafo 15, cit. García Arán. Op. cit., p. 70.

¹³⁶ García Arán, *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, ECP, 1992/1993, p. 71.

¹³⁷ García Arán. Op. cit., p. cit.

¹³⁸ En este sentido, aunque sin referirse a la legitimidad democrática, tiene razón García Arán, op.cit., p. cit., cuando dice que la importancia de la distinción se sitúa "en la individualización de los problemas que aparecen en las distintas remisiones".

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

olvidar que las remisiones no son sólo a normas administrativas, pudiendo ser a normativa comunitaria, o incluso de derecho privado.¹³⁹

Dentro de los primeros (en bloque) todavía sería posible distinguir entre totales y parciales, según la ley penal se limite a establecer la sanción, delegando la delimitación del ámbito de lo prohibido, o la remisión sea únicamente de algunos aspectos del tipo.

Otras clasificaciones son: estática y dinámica, de primer y segundo grado, expresa y concluyente.¹⁴⁰ Se habla de remisión estática cuando lo es a una concreta disposición, tal como la normativa extrapenal la contempla en ese momento. Dinámica cuando la remisión lo es a la redacción vigente en cada momento. La importancia, cara al ámbito temporal de la ley penal es clara: en el primer caso, una modificación de la normativa de remisión no afecta al tipo penal, aunque si puede plantearse problemas en relación con la vigencia de la ley penal.

Remisión de primer grado es cuando la ley penal remite a otra norma directamente. De segundo grado, cuando a su vez, la disposición no penal, remite a otra, estableciendo una cadena de remisiones; cuanto más amplia sea, mayor podrá ser la vulneración del principio de legalidad.

Se denomina remisión expresa, cuando la ley penal fija con claridad los preceptos que complementan la determinación típica. Concluyente cuando la remisión es tácita, a través de la introducción de un elemento valorativo-jurídico.¹⁴¹

La distinción entre elementos normativos jurídicos¹⁴² y leyes penales en blanco se ha relativizado, al menos para un sector de la doctrina.¹⁴³ Es cierto que pueden establecerse distinciones y clasificaciones, pero consideramos que los problemas básicos en esta materia son dos: su relación con el principio de legalidad y sus consecuencias, y el tratamiento que deba darse al error en estos casos. Obviando el segundo problema, que no constituye el objeto del trabajo, vamos a fijarnos en el primero de ellos.

3.2 Leyes penales en blanco, remisiones normativas y cláusulas de autorización: su relación con el principio de legalidad

Tal como acabamos de decir, el problema en relación con el principio de legalidad, obliga a relativizar la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos. Lo importante, como mantiene en nuestra doctrina Silva Sánchez, entre otros,¹⁴⁴ es que la remisión sea prescriptiva, es decir, se establezcan prohibiciones o mandatos en la

¹³⁹ Martínez-Buján Pérez. *Derecho penal económico*. Parte general. Valencia, 1998. p. 123.

¹⁴⁰ Ídem, ibídem, p. 123-124, citando a Silva Sánchez, *La ley penal en blanco, concepto y cuestiones jurídicas* (inédito), Barcelona, 1990, p. 24 y ss.

¹⁴¹ Para Silva Sánchez, op. ult. cit., p. cit., apud Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 125, aunque la doctrina no se ha preocupado en profundidad de ello, esta clasificación es de importancia para destacar la vinculación entre los elementos normativos jurídicos y las leyes penales en blanco.

¹⁴² Para Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 125, caso distinto son aquellos elementos normativos sociales, en los que la ley remite a una norma social "que radica en la sociedad". Tiene razón este autor al afirmar que, esta técnica no tiene relación con la de las leyes penales en blanco, aunque, indudablemente, la vulneración del principio de determinación, y por tanto de legalidad, es mayor. No vamos a entrar en el análisis de estos elementos, por cuanto dentro del derecho penal económico, la remisión es, casi en la totalidad de los casos, a normativa jurídica extrapenal.

¹⁴³ Ver sobre ello, además de lo ya citado, Luzón Pena, op. cit., p. 149.

¹⁴⁴ Silva Sánchez. Op. cit., p. cit.; Martínez-Buján Pérez. Op. cit., p. 126.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

norma no penal, o descritiva, definiciones contempladas en la norma no penal.¹⁴⁵ Con la única salvedad, en el primero de los casos que no constituyan "elementos de valoración global del hecho".¹⁴⁶

La expresión "elementos de valoración global del hecho", proviene de Roxin,¹⁴⁷ para quien no es posible hablar de tipos abiertos, por cuanto suponen negar que la tipicidad sea ya un indicio de la antijuricidad; para este autor, lo que existe son circunstancias que fundamentan la valoración global del hecho, y que forman también parte del hecho. Frente a esta tesis, otro sector de la doctrina considera que es posible que algunos tipos penales exigen expresamente la antijuricidad de la conducta, utilizando "elementos especiales de la antijuricidad", o "elementos del deber jurídico". En estos denominados tipos abiertos, la remisión sería a la totalidad del ordenamiento, frente a los cerrados que lo serían a normas concretas; en los primeros se obliga "al juez a completar de este modo la descripción típica, con lo cual se remite a la totalidad del ordenamiento jurídico".¹⁴⁸

Los problemas que esta técnica jurídica suponen, versan fundamentalmente sobre el tratamiento del error, ya que si se consideran integrantes de la antijuricidad, debería apreciarse un error de prohibición, diferencia salvada por un sector de la doctrina actual, que se inclina por otorgarles igual trato que al resto de los elementos del tipo.¹⁴⁹ Pero, a pesar de ser esta opinión mayoritaria, consideramos que la inclusión de estos elementos de valoración global del hecho, siguen, al igual que los restantes, planteando problemas en relación con el principio de determinación. En uno de los ejemplos propuestos por Luzón Peña,¹⁵⁰ el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 312, "los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra", admitiendo que ilegal es una remisión a la totalidad del ordenamiento jurídico, no cabe más remedio que concluir que el margen de inseguridad es alta, o por lo menos puede propiciarlo, ya que, en cierta

¹⁴⁵ Lo que en cierto modo es coincidente con lo manifestado por García Arán, op. cit., p. 68 y ss., y Tiedemann, op. cit., ps. cits., sobre la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos jurídicos, en función del papel que la remisión cumple en la determinación del tipo: lo importante es si conforma la tipicidad, o es un mero elemento interpretativo.

¹⁴⁶ Sobre la diferenciación, ver Luzón Peña, op. cit., p. 352-356.

¹⁴⁷ Roxin. *Teoría del tipo penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Bacigalupo. Buenos Aires, 1979; también Offene, *Tatbestende und Rechtspflichtmerkmale*, 2. ed., Hamburgo, Gram de Gruyter, 1959, Berlín, 1970, citado por Luzón Peña, op. cit., ps. cits.

¹⁴⁸ Luzón Peña. Op. cit., p. 352 y bibliografía allí citada. En sentido crítico a esta categoría, Cobodel Rosal; Vives Antón, op. cit., p. 313.

¹⁴⁹ Sobre ello, y en relación con los delitos socioeconómicos, ver Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 177 y ss., y bibliografía allí citada. Para Luzón Peña, op. cit., p. 355, a pesar de mantener esta categoría, la distinción "tampoco tiene tanta transcendencia práctica", ya que, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, también en los abiertos, "debe distinguirse el conocimientos de los presupuestos de la valoración negativa global y consiguiente prohibición, que es siempre necesario para el dolo y cuya ausencia lo excluye como error del tipo (ya que, como hemos visto, tales presupuestos son por remisión elementos del tipo), y conocimiento de la propia desvaloración global y prohibición jurídica de la conducta, que no es necesario para el dolo, sino para la plena culpabilidad, por lo que el desconocimiento de la desvaloración misma no es sino un error de prohibición que sólo afecta a la culpabilidad". Lo característico de estos tipos, op. cit., p. 354, para el citado autor es la inversión de "la relación regla-excepción", de forma que la realización de los restantes elementos típicos no supone aún una perturbación de bienes jurídicos.

¹⁵⁰ Luzón Peña. Op. cit., p. 354.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

medida lo que se considera ilegal dependerá de lo prohibido en otras normas, como todas cambiantes en el tiempo.¹⁵¹

Con todo, en el aspecto que nos ocupa, la distinción fundamental de hacerse a la vista de la jerarquía de la norma de remisión. Cuando tenga igual rango, ley orgánica, no se plantearan problemas, en principio, con el principio de legalidad, ya que puede seguir manteniéndose la legitimidad democrática; supuesto inexistente en el ámbito de los delitos socioeconómicos, donde la remisión es a normas de rango inferior.

Dentro de este sector del derecho penal, las remisiones son a leyes ordinarias, de comunidades autónomas, reglamentos, actos administrativos, tratados y disposiciones internacionales y comunitarias. Debemos recordar que, cuando hablamos de reserva de ley en materia penal, nos estamos refiriendo a algo diferente a la previsibilidad de la reacción estatal y al conocimiento de la norma. Fundamentar esta reserva en ello, responde a una visión preventiva; el principio de legalidad no pretende, y es así desde sus inicios, meramente informar al ciudadano de las consecuencias de sus actos, y limitar la función del juez, por el contrario, la seguridad jurídica debe cifrarse, además, en que las restricciones de libertad que comporta el empleo del derecho penal, emanen del Poder Legislativo, como órgano representativo de la voluntad general, lo que a su vez garantiza la igualdad de todos ante la ley.¹⁵²

A pesar de lo anterior, la técnica de las leyes penales en blanco, o las remisiones normativas se emplea por el legislador con frecuencia, sobre todo en materias como el derecho penal económico, sujetas a necesidades cambiantes. Centrar sólo el problema en una concreta, exhaustiva descripción del hecho que permita su conocimiento, significa obviar uno de los aspectos fundamentales, como acabamos de decir.

Tal como afirma García Arán,¹⁵³ aun cuando el mantenimiento absoluto del principio de legalidad obliga a negar la viabilidad de remisión a normativa de rango inferior, en España las posiciones de la doctrina son diversas. Desde autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón,¹⁵⁴ que rechazan cualquier utilización de esta técnica, pasando por la "resignada" aceptación de la doctrina mayoritaria,¹⁵⁵ hasta aquellos que la consideran aconsejable.¹⁵⁶

¹⁵¹ Piénsese que, de acuerdo con la concreta política laboral de cada momento, la normativa puede ser mas o menos restrictiva de una actividad, el tráfico de mano de obra, en principio lícita. En cualquier caso, el tipo recogido en el artículo 312. 1 del Código Penal (LGL\1940\2) parece pretender abarcar todos aquellos no contemplados en el Título XV, lo que todavía puede aumentar mas la inseguridad jurídica, y en relación con ello basta pensar en los actuales problemas planteados con las empresas de trabajo temporal.

¹⁵² García Arán. Op. cit., p. 82. "La reserva de ley y la garantía material contenida en el principio de legalidad pretenden, además, que las conductas punibles predeterminadas por el legislador lo sean de modo general y uniforme para todos los sujetos destinatarios de la ley en el territorio de vigencia (...)"

¹⁵³ García Arán. Op. cit., p. 82.

¹⁵⁴ Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 119.

¹⁵⁵ Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal*. Parte general. Barcelona, p. 74; Casabo Ruiz. Op. cit., p. 260; Luzón Peña. Op. cit., p. 150.

¹⁵⁶ Rodríguez Ramos. Op. cit., p. 306, para este autor una remisión normativa proporciona una mayor seguridad, que el empleo de cláusulas generales, donde se deja a la interpretación judicial la determinación del carácter punible del hecho. Aunque ello pueda ser cierto, no debe olvidarse que significa un abandono del principio de legalidad, por lo menos tal como aquí se ha defendido. Por otra parte, como manifiesta García Arán, op. cit., p. 82, algunas remisiones indiscriminadas a reglamentos "obligan en ocasiones a debatirse en auténticas selvas normativas, que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición". Para Bacigalupo, *Curso de derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 40, las leyes penales en blanco, "pueden, sin embargo, adquirir significado constitucional cuando la norma

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

En este punto es aconsejable retomar las clasificaciones efectuadas por Silva Sánchez y García Arán, distinguiendo según la remisión sea en bloque o parcial, establezca la prohibición o mandato, o bien defina el supuesto típico. Y de acuerdo con ello, abandonar en este aspecto la distinción de ley penal en blanco, remisión normativa. Lo importante sería por un lado la jerarquía normativa, y por otro si la norma penal a pesar de todo, cumple el mandato de determinación o taxatividad.

En relación con la jerarquía, como ya hemos dicho, sólo la ley penal en blanco en sentido propio (remisión a norma de menor rango), infringiría el principio de legalidad, al producirse una delegación en instancias no competentes en materia penal, con lo que ello significa para la legitimidad democrática de la norma. Admitida por la mayoría de la doctrina la "amarga necesidad" de estas técnicas penales, la cuestión se ceñiría a establecer sus límites constitucionales.¹⁵⁷

3.3 La tesis del Tribunal Constitucional

La tesis mantenida por el Tribunal Constitucional puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1. Reserva absoluta de ley en la materia penal, recogida en el artículo 25. 1 de la Constitución (Sentencias 30 de marzo de 1981, 7 de mayo de 1981, 23 de febrero 1984 y 11 de noviembre de 1986, entre otras).
2. Sólo será necesaria ley orgánica cuando resulte afectado el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución (Sentencias de 3 de febrero de 1984, 11 de noviembre de 1986 y 16 de diciembre de 1986).

complementados proviene de una instancia que carece de competencias penales". Para este autor, la discusión en torno a este tipo de leyes, es "puramente nominalista y de reducido interés dogmático". A pesar de ello, al admitir la significación constitucional en los casos dichos, que conecta con la legislación autonómica fiscal, de alguna manera, se cuestiona la adecuación de estas técnicas a las exigencias constitucionales, ya que en España, de acuerdo con la Constitución, sólo el Poder Legislativo tendrá competencia penal.

¹⁵⁷ Para Mestre Delgado, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 509, los argumentos empleados no permiten afirmar la conformidad o contrariedad con la Constitución de esta técnica normativa. Aunque el concepto democrático de la reserva de ley debería haber encontrado acomodo en el texto constitucional, "es difícil, de esta manera, sostener que alguno de los argumentos expuestos, permita, por sí, declarar en su día la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco", op. cit., p. 511. Para este autor, la justificación de las leyes penales en blanco sería, en primer lugar el propio artículo 25.1 de la Constitución, que no establece una reserva de ley, deficiencia señalada también por Lamarca Pérez, "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española", *Revista española de Derecho Constitucional* 20/102, 1987, y Cobo del Rosal y Boix Reig, "Garantía penal", *Comentarios a las leyes políticas*, dirigido por Alzaga Villamil, T. III, Madrid, 1983, p. 67-68, aunque estos últimos no admitan la constitucionalidad de las leyes penales en blanco. En segundo lugar, no parece, para Mestre Delgado, posible sostener la reserva de ley cuando la pena impuesta no es privativa de libertad. Por último, "la intervención de la administración en la configuración de los tipos penales se debe, no a la fuerza expansiva del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo, sino precisamente, a una autorización que se otorga a aquel, en ejercicio de la soberanía popular que encarna". Ver en este sentido Rodríguez Ramos, op. cit., p. 85. Debe recordarse que el artículo 82 de la Constitución prohíbe la delegación sobre materias incluidas en el artículo anterior. La posibilidad apuntada por Mestre Delgado, conlleva, obligatoriamente, entender que no toda la materia penal esta sujeta a la reserva de ley orgánica. En relación con la necesidad de la ley penal en blanco, ver Bustos Ramírez, op. cit., p. 85; Mena Álvarez, "La ecología como bien jurídico protegido", *Revista Jurídica de Cataluña*, n. extraordinario, 1980, p. 141; Rodríguez Ramos, "Protección penal del ambiente", *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, p. 274; Lamarca Pérez, op. cit., p. 112-113.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

3. La ley es la única fuente en materia penal, única que vincula la juez, consecuencia de un conceptodemocrático de ley (Sentencias de 24 de julio de 1984, 17 de febrero, 7 de abril de 1987 y 9 de julio de 1984).
4. Consecuencia de lo anterior es el principio de tipicidad: fijación de las conductas y sanciones, parade esta forma conseguir la seguridad jurídica (Sentencias de 15 de octubre de 1982, 2 de noviembre de 1983, 27 de mayo de 1985, 7 de abril de 1987, 21 de enero de 1988, 30 de enero de 1981, 20 de marzo de 1981, 30 de noviembre de 1982, 21 de julio de 1987 y 8 de junio de 1988).
5. Esta reserva de ley es compatible con la "colaboración reglamentaria" (Sentencia de 21 de enero de 1988), justificándolo la Sentencia de 17 de julio de 1985, en que puede ser "debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada de normas reglamentarias".

Criterio seguido por la mayoría de la doctrina, o como dice Carbonell Mateu, "cabe decir que desgraciada pero necesariamente, hemos de conformarnos con que la ley contemple el núcleo esencia de la conducta".¹⁵⁸ Quedaría, pues, por determinar que constituye el "núcleo esencial de la prohibición", que para la Sentencia 127/90, de 5 de julio, debe vincularse con la exigencia de certeza, y "la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (en igual sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 29 de julio de 1985). Núcleo esencial que vendría dado por el establecimiento en la ley de las conductas permitidas y prohibidas; ¹⁵⁹la Sentencia 24/96, de 13 de febrero considera satisfecho el principio de legalidad, cuando "se da la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".

La remisión debe, además ser expresa, según la sentencia antes citada, y justificada por el bien jurídico protegido en la norma penal, reduciéndose a ser "un complemento indispensable".¹⁶⁰ Como consecuencia, el Tribunal Constitucional ha establecido la inconstitucionalidad de la delegación de competencia legislativa, "transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar siquiera cuales son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Así, se cumpliría con la reserva de ley, siempre que la remisión al reglamento, fuera expresa, estuviera justificada por el interés protegido, o la naturaleza de las cosas, y el núcleo esencial de la prohibición se encontrara en la ley, admitiendo como necesaria la colaboración reglamentaria. A pesar de ello, como manifiesta al menos un sector de la doctrina, ¹⁶¹la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional es imprecisa, y puede conducir a vaciar de contenido las propias garantías establecidas por la jurisprudencia de él emanada.

¹⁵⁸ Carbonell Mateu. Op. cit., p. 119.

¹⁵⁹ Ídem, ibidem, p. cit.; Mestre Delgado. Op. cit., p. 515.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984.

¹⁶¹ García Aran. Op. cit., p. 85 y ss.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Para Bacigalupo, ¹⁶²la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1990, en relación con la materia fiscal, adopta la "teoría de la esencialidad", que exige una decisión del legislador sobre todas las cuestiones "esenciales que afecten ámbitos normativos básicos y sobre todo en materia de derechos fundamentales". Para este autor, no sería posible, a pesar de la anterior sentencia, mantener la constitucionalidad de una autorización genérica, requiriéndose que sea pormenorizada.

Para García Arán, ¹⁶³"el ámbito de lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe ser seleccionado por la ley penal y deben serlo también, las conductas mediante las cuales se lleva a cabo tal afectación del bien jurídico". ¹⁶⁴Deberían, pues, declararse inconstitucionales remisiones genéricas a la reglamentación, donde lo ilícito se determina en la norma de remisión, limitándose la ley penal a contemplar una conducta, en principio no prohibida.

También siguiendo a la autora antes citada, la distinción entre lo que, para el Tribunal Constitucional, constituye "núcleo esencial", y lo que podría considerarse "accidental" resulta ambigua y artificiosa.

Por estos últimos debe entenderse cualquiera no necesario para conformar la tipicidad; los contemplados en el actual artículo 14.2 del Código Penal (LGL\1940\2), cuya virtualidad ser cualificar o agravar el hecho, el resto debe considerarse esencial, y esta naturaleza tienen, en principio, las remisiones normativas, como por ejemplo la prevista en el artículo 364 del Texto Punitivo: "El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados (...)". La ausencia de autorización administrativa no es un "elemento accidental", aun cuando el tipo requiera que, además, sean "susceptibles de causar daños a las personas". Es cierto que, en este caso, el ámbito de protección penal no coincide con el administrativo, al exigirse la potencialidad del daño, pero ello no significa que la remisión prevista no deba considerarse incluida en el núcleo de la prohibición.

Debe, a este respecto tenerse en cuenta además que, frente a lo mantenido tradicionalmente, en relación con la más adecuada tutela que proporcionan estas remisiones, es posible el efecto contrario. En el ejemplo propuesto, por muy nociva que resulte la adulteración, no será constitutiva de delito, siempre que el aditivo o agente utilizado este autorizado, aun cuando el autor conozca la nocividad, el grave riesgo que supone para la salud de las personas.

De acuerdo con lo anterior, los denominados por García Arán, remisiones en bloque, totales o parciales, devendrían inconstitucionales, sin que sea posible una interpretación que salve esta tacha, ya que sería conceder tan amplio margen de arbitrio judicial que, necesariamente, sufriría la seguridad jurídica.

¹⁶² Bacigalupo. Op. cit., p. 41-42. Para este autor, op. cit., p. 41, el artículo 81 de la Constitución consagra la reserva de ley orgánica para las penas que afectan derechos fundamentales, "si se trata de otros derechos constitucionales sólo se exige una ley (art. 53.1 CE). El artículo 81, no se pronuncia en cambio, "sobre las exigencias que debe cumplir el precepto complementado. De todos modos, es evidente que si el precepto importa una limitación de derechos fundamentales, serán de aplicación las mismas reglas y la limitación deberá ser autorizada por ley orgánica". Se aproxima así este autor a la tesis que mantiene la necesidad de ley orgánica por la pena impuesta o la afectación de derechos fundamentales en el presupuesto de la sanción, pero no haciendo extensiva esta necesidad a toda la materia penal.

¹⁶³ García Arán. Op. cit., p. 85 y ss.

¹⁶⁴ Ídem, ibídem, p. 85, para esta autora el "legislador debe configurar claramente lo que conocemos como desvalor de acto y desvalor de resultado".

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Si cumplen, por el contrario con la reserva de ley, las denominadas remisiones interpretativas o descriptivas, con una mera función aclaratoria, no conformadora de la tipicidad, significado establecido además por el legislador, aunque en una norma diferente a la penal.¹⁶⁵ Conformidad con el principio de legalidad que faltará cuando no exista un "parámetro objetivo" que dote a este elemento de un significado unívoco.¹⁶⁶

3.4 Las cláusulas generales

Queda por último dentro de este apartado, referirnos a las denominadas cláusulas generales, utilizadas por el legislador en el campo de los delitos socioeconómicos con mayor frecuencia que la deseada.¹⁶⁷ En ellas, se renuncia al establecimiento de reglas para la valoración de conductas, y se priva al juez de la posibilidad de acudir a "un método firme para la aplicación de la norma", debiendo juzgar "con arreglo a sus propias convicciones subjetivas".¹⁶⁸

Consistirían, pues, en la utilización de una técnica legislativa en exceso amplia, mezclando supuestos que, penalmente, deberían recibir tratamiento diverso, obligando al juez a realizar la tarea diferenciadora, competencia del legislativo; son conceptos sin límites exactos, aunque de naturaleza normativa, donde la valoración debe hacerse con criterios extrajurídicos. Para Madrid Conesa, la libertad para la decisión subjetiva del juez, hace que constituyan una "laguna *intra legem*", lo que equivale a decir que no existe norma para el caso concreto".¹⁶⁹ Para este autor, siguiendo a Grasso,¹⁷⁰ uno de los motivos de la proliferación de estas cláusulas generales serían "las tentativas del Estado de sostener mediante sanciones penales la acción de intervención pública en la economía, (...) aunque quizá de esta forma lo que se pretende es dar un margen para la actuación discrecional de la administración y no tanto de los jueces".¹⁷¹

¹⁶⁵ Aunque para García Aran, op. cit., p. 85, "ello plantea, obviamente los conocidos problemas sobre el grado de conocimiento que cabe exigir respecto a los mencionados elementos y su relación con el problema del error". Sobre esto último ver, entre otros Muñoz Conde, *El error en derecho penal*, Valencia, 1989, p. 57 y ss. En referencia con el derecho penal económico y los términos normativos jurídicos, Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 177 y ss., y bibliografía allí citada.

¹⁶⁶ Madrid Conesa. Op. cit., p. 190. Puede citarse como ejemplo, en la legislación actual, los elementos "vehículo de motor", "ciclomotor" o "vía pública", dentro de los delitos contra la seguridad del tráfico, definidos en la reglamentación del sector.

¹⁶⁷ Para Madrid Conesa, op. cit., p. 191-192, el origen de la expresión "cláusulas generales", "las masas de las veces sin una aclaración más próxima sobre su contenido, esté en que ésta fue la expresión que utilizó Hedemann como título de su muy citada obra *Die Flucht in die Generalklauseln*, en donde calificaba el problema planteado por la penetración de las mismas en el mundo jurídico como "probablemente la cuestión más importante que hay para los juristas del siglo veinte", Tübingen, 1953.

¹⁶⁸ Ídem, ibídem, p. 193.

¹⁶⁹ Madrid Conesa. Op. cit., p. 192-196.

¹⁷⁰ Grasso. *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*. Milán, 1972, p. 173.

¹⁷¹ Madrid Conesa. Op. cit., p. 200. El resto de los motivos para la introducción de las cláusulas generales serían, para el citado autor: 1. La tendencia a restablecer formas de jurisdicción libre y equitativa, relativizando la exigencia de determinación para conseguir la justicia material; 2. Tendencias de inspiración política absoluta o totalitaria, que en el caso de régimen democráticos, existirían cuando se pretende proteger intereses jurídicos, sobre todo determinadas concepciones morales o en derecho penal político, de forma totalitaria, sin las distinciones que impone la naturaleza fragmentaria del derecho penal; 3. Concepciones antropológicas y criminológicas, que ponen en primer lugar la valoración comprensiva de la personalidad natural y biopsíquica.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Parece fuera de toda duda que, el empleo de estas cláusulas generales suponen una vulneración del mandato de determinación, derivado del principio de legalidad. En ellas se delega en instancia diferente a la legislativa el establecimiento de los supuestos épicos, que deberá hacerse de acuerdo con normas o reglas no jurídicas, en último término con la valoración subjetiva del juzgador.

Esta deplorable técnica legislativa, se opone en ocasiones al método casuístico, sólo admisible cuando el legislador quiere tomar en cuenta diferencias importantes, "y cuando esté seguro, y esto es importante, de haber encontrado los criterios correctos para un tratamiento diferenciado".¹⁷² El que sea preferible una regulación general, no supone sustituir el método casuístico por cláusulas generales, de arbitrio.

En derecho penal económico español, expresiones tales como, "que el beneficio posea especial transcendencia económica", "que el daño causado revista especial gravedad" (art. 271), "revistan especial gravedad (...) o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados" (art. 276.1), "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia", "que se cause grave daño a los intereses generales" (art. 286, 2.ª y 3.ª), entre otras, suponen dejar un margen de arbitrio en manos del juez incompatible con el principio de legalidad. Aunque como ocurre en el artículo 286, el beneficio de notoria importancia deba superar los setenta y cinco millones de pesetas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 285, queda en el aire la duda de si, a partir de dicha cantidad se puede considerar aplicable el artículo 286, 2.ª, o por el contrario el beneficio debe exceder en mucho a esa cifra. Por otra parte, no se entiende muy bien, porque sólo se agrava por la notoria importancia del beneficio, y no del perjuicio, mas cuando en la circunstancia 3.ª del mismo precepto, la agravación lo es por el perjuicio a los intereses generales, donde de nuevo se plantea la duda: ¿cuándo es grave?, y además, ¿cuándo afecta a dichos intereses?, mas si pensamos que un delito socioeconómico debe hacerlo mediata o inmediatamente siempre.¹⁷³

Estas cláusulas generales pueden provocar, por lo menos hasta la formación de una decisión mayoritariamente asumida, diversos tratamientos para supuestos iguales, quebrantándose de esta forma el principio de igualdad y seguridad jurídica, al perderse la certeza en la aplicación de la ley. Es posible que su empleo responda a la necesidad de adecuar la ley a las circunstancias sociales,¹⁷⁴ e incluso a la diferente gravedad del hecho; no es lo mismo defraudar dos millones que doscientos. Pero tampoco esta justicia material se consigue con el empleo de estas técnicas legislativas: la jurisprudencia en relación con la mayor gravedad de la estafa, por la cuantía del perjuicio, ha venido señalando los límites, cambiantes en el tiempo, pero a pesar de ello,

¹⁷² Ídem, ibídem, p. 220.

¹⁷³ Los problemas se agravan cuando se considera la cuantía (setenta y cinco millones) resultado del delito. En igual sentido, en cuanto a la vulneración del principio de legalidad Madrid Conesa, op. cit., p. 221.

Manteniendo que la cuantía forma parte del tipo de injusto, ver entre otros Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 141 y ss.; Valle Muñiz, *Comentarios a la parte especial del Código Penal (LGL/1940/2)*, Barcelona, 1996, p. 782; Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996, p. 183. En contra, Bacigalupo, "El nuevo delito fiscal", *Actualidad penal*, n. 45, 1995, p. 890, entre otros.

¹⁷⁴ Son de sobra conocidos en la antigua regulación del delito de estafa, al no permitir diferenciar, afectos de pena, en función de la diversa gravedad.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

por encima de esa cantidad la pena no varía, posiblemente de igual trescientos que tres mil millones.¹⁷⁵

Conclusiones

Como conclusión de todo lo expuesto, se puede decir que el principio de legalidad, ya superado un primer momento, otorga legitimidad democrática al derecho penal, al vincular la legislación punitiva a la voluntad general, garantizada tanto por provenir del órgano que ostenta su representación, como por el proceso de elaboración de las leyes, al permitir tomar en cuenta la opinión de las minorías.

En un Estado Constitucional, como el nuestro, la ley sin dejar de ser la expresión suprema de esa voluntad general, no por eso deja de estar sujeta al control de constitucionalidad, lo que potencia la función jurisdiccional.

Por todo lo anterior, la ley es la única fuente creadora de delitos y penas; la reserva de ley debe ser absoluta en toda la materia penal, que al afectar en todo caso, a derechos fundamentales deberá tener el rango de orgánica. Afección que se produce por la restricción de la libertad que supone la tipificación de conductas como delictivas, y no por la naturaleza de la pena impuesta.

Además, sólo la ley garantiza la igualdad y seguridad jurídica, en los términos expuestos en este trabajo: la previsibilidad de la reacción estatal no puede fundamentar la vigencia y necesidad del principio de legalidad. Tampoco intereses preventivos, por cuanto supondrían una merma de su función garantista.

El mandato de determinación tiene idéntico fundamento que el principio de legalidad, del que es consecuencia. La taxatividad de las leyes penales garantiza el respeto a esa voluntad general, y por tanto el derecho al pluralismo y participación de todos. Remitir la descripción del supuesto típico a otras instancias, no vulnera la certeza, sino la legitimidad democrática.

Consecuentemente, las remisiones normativas, no podrán efectuarse en bloque, ni ser prescriptivas, la delimitación de hechos subsumibles debe efectuarse por la propia norma penal. La distinción entre núcleo esencial y accidental de la ley, mantenida por el Tribunal Constitucional y un importante sector de la doctrina, es ambigua; elemento accidental es sólo el previsto en el artículo 14.2 del Código Penal, y debe estar, también, determinado en la norma penal.

No plantean, por el contrario, problemas con el principio de legalidad, las remisiones interpretativas o descriptivas, siempre que exista un parámetro objetivo claro de interpretación.

Tampoco son acordes con la vigencia de este principio, las remisiones no expresas, efectuadas al conjunto de normas que rigen un sector o actividad, como ocurre, entre otros casos, en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

¹⁷⁵ A pesar de ello, no deja de sorprender el amplio margen de arbitrio en la individualización de la pena previsto en el artículo 250, 1, del Código Penal (LGL\1940\2), de uno a seis años de prisión. En cualquier caso, de no concurrir circunstancias agravantes, la pena con independencia de la cuantía, no puede sobrepasar los tres años.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

El mandato de determinación obliga a renunciar al empleo de las cláusulas generales, por el amplio margen de arbitrio judicial que comporta, sin establecer criterios objetivos claros de valoración.

Además de la inseguridad jurídica que producen, en términos de certeza, significan delegar la competencia legislativa en otra instancia, la judicial, quebrando la legitimidad democrática. Tampoco, como solución, es conveniente acudir al método casuístico, por lo que significa o puede significar de lesión al principio de igualdad; sólo cuando las diferencias estén suficientemente fundamentadas, encontraría justificación esta técnica legislativa.

Como resumen final, sólo cuando existan razones suficientes que hagan imprescindible la remisión normativa, podrá utilizarse, y siempre que en la ley se contenga de forma clara e inequívoca el contenido de la prohibición y la sanción, sin que puedan prevalecer en contra supuestas razones de justicia material. En definitiva, se trata de encontrar una síntesis entre las distintas finalidades del derecho penal, no limitadora de garantías constitucionales.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO SOBRE O PRISMA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL N. 7.210/84

Raimundo Nonato Nascimento Junior

Advogado. Aluno regular dos cursos para Doutorado em Direito Civil da Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Civil. Especialista em Direito Processual. Professor de Direito Civil, IED e Núcleo de Prática Jurídica. Capelão. Coach. Bacharelando em Teologia pela Faculdade Catedral da Família (FAC).

RESUMO: O objetivo deste artigo é o de identificar a situação atual do sistema prisional brasileiro e através do método dialético reconhecer os seus principais problemas, como super lotação e algumas soluções alternativas para reduzir a reincidência de crimes e aumentar a ressocialização do preso. O problema da ressocialização é justamente em virtude do preconceito gerado pelo temor que as pessoas sentem em relação aos que cometem crimes. As primeiras julgam que as segundas não são dignas de serem respeitadas... Isso reflete a realidade atual do sistema penitenciário. O desemprego desses indivíduos ocasionalmente gera a violência ou, pelo menos, aumenta seu índice. Mediante a violação de cidadania, é provável que o indivíduo retorne às antigas práticas, uma justificativa para a reincidência. A reintegração social, além de ser completa, é dificultada pela pena acessória social, e o indivíduo que saiu da prisão sofre mediante o preconceito social a que é submetido. É notório que quando lhe falta oportunidade de emprego lhe é tirado o direito de cidadania, além de responder ao crime que comete, levará sempre consigo a marca da prisão. A reincidência pode ser uma das causas do fracasso do sistema prisional, assim como investimento financeiro estatal mínimo para a contribuição da ressocialização. A pena privativa de liberdade poderia deixar-se substituir por outro tipo de sanção que não seja sinônimo de impunidade, mas de alcance de eficácia na aplicação de pena.

Palavras-chave: Sistema Prisional. Carcerário. Penitenciário. Falência. Impunidade. Problemas Sociais. APAC. Ressocialização. Reintegração. Segurança Pública. Agente Penitenciário. Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da observação dos pontos de fragilidade da sociedade, esse tema foi escolhido para analisar os fatos que contribuem para a violência. Como exemplos: a ausência de cidadania decorrente do desempenho e o descaso do Estado e da sociedade que tornam os ressocializados uma classe marginalizada.

Ultimamente, por intermédio dos veículos de comunicação, é perceptível a ausência de controle e organização do sistema penitenciário, sempre há uma notícia de rebelião ou morte na prisão, mas esta problemática não é atual. No decorrer histórico da sociedade, é notório o meio normalmente precário para tratar dos infratores das Leis.

Então, em um contexto mais amplo, é de extrema importância social o caso dos reclusos que cumprem pena em regime integralmente fechado. Este fato afeta diretamente toda a sociedade. Geralmente as pessoas não consideram que os indivíduos que hoje estão presos, amanhã retornarão ao convívio social. É relevante notar que todos precisam estar preparados para o convívio com o ex-presidiário, assim como os mesmos devem estar preparados em seu egresso.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O problema da ressocialização é justamente em virtude do preconceito gerado pelo temor que as pessoas sentem em relação aos que cometem crimes. As primeiras julgam que as segundas não são dignas de serem respeitadas... Isso reflete a realidade atual do sistema penitenciário. O desemprego desses indivíduos ocasionalmente gera a violência ou, pelo menos, aumenta seu índice. Mediante a violação de cidadania, é provável que o indivíduo retorne às antigas práticas, uma justificativa para a reincidência.

Por fim, esse tema foi escolhido para a realização de uma pesquisa a respeito da verdadeira realidade enfrentada pelas pessoas que praticam crimes apenados com pena privativa de liberdade ao sair do presídio, e, finalmente, apontar meios favoráveis em busca de amenizar a atual situação.

Este problema tem se estendido ao longo do tempo sem qualquer solução eficaz, capaz de modificar a realidade dos reclusos. Este projeto tem como base a Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984, para enfatizar essa análise, feita em relação exclusiva ao indivíduo que praticou crime apenas sob o regime de reclusão.

Este estudo busca analisar até que ponto a norma penal tem caráter apenas retributivo ao contrário de se ressocializar. Finalmente pretende se verificar se o infrator além da pena privativa de liberdade também compre uma pena acessória social.

O método aplicado foi o empírico com base em pesquisa bibliográfica onde foram abordados, sobre a ótica jurídica, os aspectos descritivos colhidos na realidade atual no que se refere à temática em estudo.

Foram ainda exploradas oportunidades de pesquisas de opiniões, as quais contribuíram para a finalização do trabalho de enumeração científica naturalmente fundamentando, e também com os recursos possibilitados por meio de pesquisa documental convalidando os fatos aqui destacados.

A punição de um crime deve ser cumprida conforme um princípio constitucional de a pena ser individualizada, e o sistema penitenciário faz o contrário ao tornar apenas uniforme, na medida em que não é respeitado o critério de classificação similar é o meio adequado para que haja uma ressocialização efetiva.

A reintegração social, além de ser completa, é dificultada pela pena acessória social, e o indivíduo que saiu da prisão sofre mediante o preconceito social a que é submetido. É notório que quando lhe falta oportunidade de emprego lhe é tirado o direito de cidadania, além de responder ao crime que comete, levará sempre consigo a marca da prisão.

A reincidência pode ser uma das causas do fracasso do sistema prisional, assim como investimento financeiro estatal mínimo para a contribuição da ressocialização. A pena privativa de liberdade poderia deixar-se substituir por outro tipo de sanção que não seja sinônimo de impunidade, mas de alcance de eficácia na aplicação de pena.

1. A REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

1.1 A População Carcerária

O Brasil é hoje a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. A população carcerária no Brasil, como no resto do mundo, é formada basicamente por jovens, pobres e homens com baixo nível de escolaridade.

A grave superlotação é talvez o mais básico e crônico problema afligindo o sistema penal brasileiro. Há mais de uma década, autoridades prisionais do Brasil estimaram que o país necessitava de 50.934 novas vagas para acomodar a população carcerária existente.

Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataques aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protesto nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídos à superlotação.

A individualização e a progressão de pena de cada preso é um pilar fundamental para vários dos elementos da Lei de Execução Penal, (LEP, Lei N. 7.210/84). No entanto, as exigências da LEP com respeito à progressão de penas não têm sido postas em prática. Grande parte dos presos nunca vê um estabelecimento de regime aberto ou semi-aberto; oposto a isso, cumpre toda sua pena numa prisão de regime fechado ou até mesmo em delegacias. O fracasso da progressão da pena tem várias causas, inclusive a falta de assistência jurídica, a escassez de juízes para processar seus casos e o pequeno número de estabelecimentos de regimes aberto ou semi-aberto.¹

Os presos brasileiros são normalmente forçados a permanecer em terríveis condições de vida nos presídios, cadeias e delegacias do país. Devido à superlotação, muitos deles dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo ao buraco do esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe espaço livre nem no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em redes.

As Regras Mínimas determinam que cada detento deve ter uma "cama individual" e receber "roupa de cama suficiente e própria, mantida em bom estado de conservação e trocada com uma frequência capaz de garantir sua limpeza". Os estabelecimentos penais do Brasil, quase invariavelmente, descumprem essas determinações.

Na ampla maioria dos estabelecimentos para homens visitados pela Human Rights Watch, os detentos dormem em colchões de espuma fornecidos pela família ou comprados de outros detentos. Muitos presídios e delegacias possuem camas fixas de concreto, às vezes beliches, mas, no geral, a população carcerária desses estabelecimentos excede em muito o número de camas disponíveis, fazendo com que os presos tenham que dormir no chão.²

Como parte do seu objetivo na reabilitação e ressocialização, a LEP determina que os presos tenham acesso a vários tipos de assistência, inclusive assistência médica, assessoria jurídica e serviços sociais. Na prática, nenhum desses benefícios é oferecido na extensão contemplada pela lei, sequer a assistência médica é oferecida em níveis mínimos para a maior parte dos presos.

¹ A Lei 7.210/84.

² Human Rights Watch – Organização dos Direitos Humanos. Relatório, 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A superlotação nos presídios é possivelmente o maior problema do sistema penal brasileiro. O número médio de presos por cela apenas tem aumentado, não alcançando nenhum resultado positivo mesmo após variados esforços para resolver a questão.

Essa situação torna evidente o decaimento do sistema penitenciário, pois, na teoria, o condenado deveria ser alojado em cela individual, conforme art. 88 da Lei de Execuções Penais:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Não é possível que uma ressocialização efetiva aconteça utilizando-se celas superlotadas, pois a realidade vivida pelos presos lá dentro acaba por incentivá-los a se rebelar.

Segundo NUNES: “*O Brasil sempre dispôs de metade de vagas em relação ao contingente prisional*”. Uma possível solução para este problema é a criação de novas unidades prisionais para atender a grande demanda da população carcerária. Vale ressaltar, que a edificação de novos presídios por si só não vai resolver toda a crise do problema carcerário, mas isso já minimizaria a questão da superlotação.³

1.2 Aspectos Relevantes

A situação das penitenciárias no Brasil é bastante tenebrosa. Há constantes rebeliões e fugas, com um crescente aumento da violência dos presos. Isso se deve, em parte, a situação degradante do sistema penitenciário brasileiro, que submete o condenado a condições precárias dentro da prisão.

O baixo investimento do Estado é o principal fator que provocou o colapso do sistema penitenciário brasileiro. Os presídios foram se deteriorando ao longo dos anos, com a condição de vida a população carcerária também se agravando cada vez mais.

São direitos do preso conforme Art. 41º da Lei de Execução Penal:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - previdência social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

³ NUNES, Adeildo, da Execução Penal, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

A Lei de Execução Penal também dispõe em seus capítulos II e III, do Título II, o trabalho como forma de ocupação e os tipos de assistências ao condenado.

Michel Foucault aponta que a delinquência é uma identidade atribuída e internalizada pelo indivíduo a partir de um ou vários delitos, essa identidade começa a se formar / forjar a partir do momento em que o infrator entra no sistema carcerário – seja de maiores ou de menores. A instituição na qual o indivíduo é isolado do convívio social e que tem a função de regeneração e recuperação do mesmo é aquela que, contraditoriamente, acaba por atribuir-lhe esta identidade, passando a “funcionar” como marca ou rótulo. Uma marca que irá carregar posteriormente à sua saída do cárcere e irá dificultar sua integração social.⁴

A pena de prisão no Brasil acabou tendendo mais para o lado da desumanização do apenado, não tirando proveito dos possíveis benefícios que lhe poderia proporcionar o avanço dos estudos penais.

O sistema penitenciário brasileiro prepara o preso para permanecer no presídio, não para prosseguir eventualmente a vida fora da cadeia.

Para promover o futuro retorno do preso à sociedade com sucesso, é preciso que o auxiliem. Nelson HUNGRIA assim se manifesta sobre o assunto: os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativeiro.⁵

Nota-se, portanto, que o condenado precisa ter acesso aos seus direitos para ser reabilitado. Isso inclui o acesso à saúde, educação, trabalho, dentre outros.

1.3 O Desrespeito à Dignidade do Preso

Loïc WACQUANT expõe que o estado é apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciais servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula, com efeito, as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna de Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença dos políticos e do público: entupimento estorrecedor dos estabelecimentos, o

⁴ FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar; 2000.

⁵ HUNGRIA, Nelson.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação.⁶

Mirabete aponta que as prisões convencionais não permitem a ressocialização do apenado, ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estruturasocial de dominação.⁷

1.4 Os Direitos dos Presos

A privação da liberdade do condenado consiste na restrição do exercício dos direitos, inclusive os fundamentais. No Brasil e em outros países, há um movimento para o endurecimento das leis, desde a apuração do delito até a fase da execução penal restringindo, cada vez mais, um número maior de direitos individuais do acusado.

O direito ao trabalho, por exemplo, tem como finalidade a produção e educação. O trabalho do preso é remunerado, mediante prévia tabela, não inferior a três quartos do salário mínimo. A jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados), conforme estabelece o artigo 33 da Lei de Execução Penal.

Art. 33. LEP. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: à indenização dos danos causados pelo crime (desde que determinada judicialmente); à assistência da família do preso; às pequenas despesas sociais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação acima prevista. A quantia restante será depositada para a constituição do pecúlio, em caderneta de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

O regime de trabalho é diferente da Consolidação das leis trabalhistas. É extremamente importante que o acusado tenha esses direitos efetivamente protegidos, pois estes representam a manutenção de um nível mínimo da própria personalidade do apenado.

A ressocialização do condenado pressupõe que ele possua um mínimo de capacidade de assimilar o processo de ressocialização. É necessário que o condenado, embora preso e sob custódia do Estado, exerça uma parcela ainda mínima de sua liberdade, de sua

⁶ WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução, André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2001 p. 96 e 101, 119.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabrine, Execução Penal, 9ª ed. São Paulo: Atlas 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

personalidade. Sabemos que estas características são o que distingue o homem dos animais.

É necessário que mesmo o condenado seja cercado de sua liberdade, sem que lhe seja retirada a qualidade humana. Mantendo-a, ele ainda é detentor de poder, e consequentemente, fonte de direitos a serem respeitados. Portanto, tem o direito de cumprimento destes, pois em contrapartida tem uma série de deveres a cumprir.

Entretanto, os direitos do condenado, mesmo os fundamentais, não tem a mesma extensão dos homens livres. Na prisão, a realidade é bem mais complexa do que se imagina. O posicionamento de Danielle Magnabosco é que o preso não só tem deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado.

1.5 A Efetividade da Ressocialização no Sistema Penitenciário

O juiz penal é quem condena o cidadão, e o Sistema Penitenciário, incluindo o juiz da execução penal, o Conselho Penitenciário e os agentes carcerários e, por que não dizer, o próprio condenado, é quem acompanhará o cumprimento da pena. Não cabe ao sistema julgar, mas acompanhar e adequar a execução da mesma.

Como o sistema penitenciário brasileiro não diferencia o tratamento conforme o tipo de crime, vê-se que os presos acabam sendo iguais entre si. São misturados e perdem sua individualidade instantaneamente. O tipo de criminoso não importa, importa que se cumpra a pena.

A privação de liberdade nunca trouxe, e jamais irá trazer, qualquer tipo de mudança. Não é uma pura privação de liberdade que solucionará o problema da violência, segurança pública e desigualdade social. O sistema continua sempre perverso, pois almeja somente aprisionar, para dar à sociedade a falsa satisfação do “cumprimento da Justiça”.

Jogar homens em uma cela e considerar a situação como resolvida é mais fácil do que se esforçar para dispor de um tratamento especializado. Camuflar o problema é mais conveniente, e o apoio indireto da sociedade em se omitir e consentir as barbaridades torna viável à manutenção dessa estrutura.

As categorias de estabelecimentos prisionais tem comprovadamente tido mais malefícios que benefícios, por não contribuir com a reinserção do ressocialismo. Há desse modo uma desorganização, gerando a falta de controle sobre o caso particular de cada condenado.

1.6 Causas da Ausência de Ressocialização

Conforme Frederico Abraão Oliveira: O homem, reprimido desde a infância pela carga de preceitos que recebe já ao alvorecer, tem dois caminhos fundamentais: rebelar-se significa aceitar, ou acabar às vezes na trilha da delinquência. Viver como cordeiro pode significar o sucesso econômico e financeiro individual submetendo-se a todas as exigências do sistema... é neste ponto que a atitude repressiva justifica pelo modelo de pensamento determinante do pensar e atuar ditos normais.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

O fundamento da pena, aquela utopia de reeducação, não tem a menor possibilidade hoje de ser comprovado. O universo da prisão já passado dois séculos do surgimento da pena privativa de liberdade, é fortemente questionado. Não se questiona a punibilidade, nem a pena privativa de liberdade, mas é necessário que se levante a voz contra o ambiente prisional e sua hipócrita possibilidade de reeducação... A prisão, tal como se encontra, não reeduca, vitimiza.⁸

São diversos aspectos que contribuem para ausência da ressocialização, mas a forma como é conduzida a aplicação da pena privativa de liberdade na prisão, poderia ser apontada como causa principal.

Hoje, em meio a um universo de informações, os responsáveis pelo sistema prisional ainda agem como bárbaros, no sentido de que há uma política penitenciária inerente ao sistema prisional, que não admite a aplicação de leis. O funcionamento da prisão ocorre de forma viável à conservação do controle, não interessa se beneficia ou deteriora o homem ali contido.

O importante manter o controle, mesmo que custe a morte de alguns inadaptados a essa política carcerária. O entendimento de Dijonilson Paulo Amaral é: No mais das vezes, enquanto o sistema prisional continua mantendo a tradição da pena de prisão, sem outra finalidade senão a privação da liberdade, o fracasso do sistema repressivo continuará em detrimento a própria ressocialização dos indivíduos, simplesmente porque o homem criminoso é um doente e o remédio que lhe está sendo ministrado não é o adequado para a sua cura.⁹

A melhor opção hoje, constatado o histórico de deficiência da prisão, seria estender as penas alternativas aos crimes de maior potencial ofensivo. As penas acessórias, como a pretensão de serviço à comunidade, se bem fiscalizada, poderiam ser uma maneira mais eficaz para ressocializar o criminoso.

A sociedade precisa deixar a crença de que outras espécies de pena, que não seja a de prisão, são sinônimo de impunidade. Para Michael Foucault: a idéia de uma reclusão é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é desprovida de efeito sobre o efeito. Porque é inútil à sociedade, até nova: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania.¹⁰

É difícil perceber quando o condenado está consciente de sua conduta, ou seja, nem o próprio, muitas vezes, tem ciência se está ou não manipulando seu comportamento. É difícil identificar a motivação do mesmo observando sua atitude, o que também dificulta o trabalho da ressocialização.

Por isso, a necessidade de um acompanhamento exclusivo e especializado se torna presente. Os fatores da ausência de ressocialização não podem ser limitados a aspectos analisados separadamente, mas em conjunto.

⁸ OLIVEIRA, Frederico Abrahão. Vítimas e Criminosos. 2. Ed. Porto Alegre:

⁹ VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. Por que jovens de família viram sequestradores e assassinos? A psiquiatria forense explica.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar; 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Desde a aplicação da pena privativa de liberdade, a inexistência de critérios de classificação e a superlotação, somados aos fatores físicos, culturais, pessoais, históricos e sócio-políticos, geram a reincidência.

Infelizmente, a pena se torna vã, ineficiente em sua aplicação e ineficaz em seu cumprimento. Causando, assim prejuízos pelos gastos desnecessários do Estado e da sociedade, que mantém o sistema Penal. Faz-se necessário um investimento que origine resultados satisfatórios.

A política de prevenção se faz urgente, em vista da realidade que caminhou apenas para a da repressão, que não tem resultados positivos em todo o histórico penal. A mentalidade social deve andar para os caminhos alternativos, objetivando alcançar resultados diferenciados dos vistos até hoje.

É claro que o problema da reincidência não é especialmente a falta de ressocialização. Há fatores complexos, porque os casos e pessoas são diferenciados. Existem desequilíbrios da maturidade psicológica, ou seja, a realidade dentro da prisão é muito diferente da existente fora dela. Pode ocorrer uma inadaptação social de sucumbir ante as pressões do mundo circulante, gerando a necessidade de praticar um delito novamente.

Por isso é importante desfrutar de uma proteção que sua nova situação social exige. Fornecer trabalho, enquanto não conseguir gerir recursos próprios para manutenção própria. Afastar-lhe a possibilidade de um novo contato com o crime.

Outro aspecto da ausência da ressocialização é o elevado índice de reincidência. Segundo posicionamento de José Luiz de Oliveira: É necessário que se diga que as instituições denominadas de totais, como o são os estabelecimentos criminais, funcionam, no Brasil, apenas como um depósito de gente, embora sejam apresentadas aos olhos do povo como locais eficientes e aptos a atenderem os seus fins. O são, na verdade, verdadeiras masmorras, por isso mesmo fracassaram. Por isso não ressocializam, por isso são uma fábrica de reincidência, de estatísticas estarrecedoras.¹¹

A questão da reincidência é uma comprovação da ausência da ressocialização. Como já exposto exaustivamente, é conflitante falar-se em ressocializar quem não foi socializado. A conotação da reincidência pressupõe a ineficácia da pena. Isso significa que o tempo que o indivíduo executou a pena que lhe fora imposta, não exerceu nenhum tipo de atividade capaz de alterar o comportamento criminoso.

Na realidade, estas pessoas são parte de uma realidade diferenciada, com critérios de valores próprios em busca de sua perpetuação ou sobrevivência. A opinião de Luís Carlos Valois é: O cidadão do direito penal não se considera à margem da sociedade, ele se considera de uma outra sociedade, subjugada, mais outra, seja quando já está preso ou quando ainda está em liberdade.

A ressocialização de que ele tanto houve falar, não tem para ele, o mesmo sentido que para nós, o de adaptação às regras do sistema político social. Por isso que se ele ouve falar que ressocialização é trabalho, ele trabalhará, e se ele ouve falar que é bom comportamento, buscará a disciplina, porque ressocialização é o termo mais próximo da realidade que ele conhece.¹²

¹¹ ALMEIDA, José Luiz Oliveira. O sistema penitenciário e a humanização da pena.

¹² VALOIS, Luiz Carlos. Com a palavra o penado.

1.7 Dificuldades de Ressocialização do Apenado

Através do exposto, pode-se perceber que o sistema penitenciário é falho. O condenado deveria ser restaurado, mas o que ocorre na realidade é exatamente o oposto. A ressocialização do apenado é, na maioria das vezes, impossibilitada pela precariedade das condições nas penitenciárias.

O presidiário, após cumprir sua pena e retornar a sociedade, enfrenta sérios problemas. Tem que lidar com o preconceito da sociedade pelo seu estigma de ex-prisioneiro, uma vez que dificilmente consegue se reinserir num ambiente de trabalho.

As empresas receiam que o apenado volte a cometer crimes, sendo uma pessoa instável. Há também o preconceito por parte dos colegas de trabalho e da sociedade como um todo.

Para os juristas NERY e JÚNIOR: Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares.¹³

O nosso sistema almeja com a pena privativa de liberdade, proteger a sociedade e cuidar para que o condenado seja preparado para a reinserção, mas o que observamos é uma situação bem diferente, como ressalta Mirabete: A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão.

Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação.

Vale citar as palavras de Rogério GRECO: Nunca devemos esquecer que os presos ainda são seres humanos e, nos países em que não é possível a aplicação das penas de morte e perpétua, em pouco ou em muito tempo, estarão de volta à sociedade. Assim, podemos contribuir para que voltem melhores ou piores. É nosso dever, portanto, minimizar o estigma carcerário, valorizando o ser humano que, embora tenha errado, continua a pertencer ao corpo social.¹⁴

Bitencourt dispõe que a pena privativa de liberdade não é uma forma ideal de conter o crime: A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do “tratamento” do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.¹⁵

¹³ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo, 2006.

¹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral: (arts. 1º a 120), Volume I. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Muito tem-se discutido ultimamente sobre as funções que devem ser atribuídas às penas. O Código Penal no seu art. 59 dispõe que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifo nosso)

É possível afirmar que não é só o Estado que não cumpre suas responsabilidades no que diz respeito à assistência na reinserção do condenado à esfera social. Não é por acaso que o número de reincidência criminal é exorbitante em nosso País. Tem-se observado que a sociedade também não está preparada para receber o egresso.

Neste sentido Rogério Greco aduz que: Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase que impossível, pois que não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.¹⁶

Observa-se que durante muito tempo, confiava-se à pena privativa de liberdade, o poder de recuperar o preso. Entretanto, atualmente, verifica-se a dificuldade em ressocializar o delinquente através desta pena.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt: Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal.

E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo.¹⁷

É claro que não se pode tomar uma decisão exagerada de acabar com a pena privativa de liberdade para contornar o problema. Contudo, deveriam ser elaborados métodos alternativos de cumprimento de pena que, de alguma forma, efetivassem a ressocialização do condenado, que nosso país tão desesperadamente necessita.

Sobre a questão, os autores Márcio Zuba de Oliva e Rafael Damasceno de Assis argumentam que: Haja vista, os inúmeros problemas relacionados com a Execução Penal no Brasil, vislumbra-se que o melhor caminho a ser seguido não é o da reclusão e

¹⁶ Ibidem anterior.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sim o da aplicação de penas alternativas, tais como, prestação de serviços à comunidade, doação de alimentos aos necessitados, enfim, penas que não retiram o condenado do meio social além de impor-lhe uma responsabilidade habitual. A execução da pena é o primeiro e o último momento em que se torna possível a ressocialização.¹⁸

O autor Rogério Greco defende um Direito Penal Mínimo, que tem a finalidade de proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Neste sentido ele afirma: A hora é de mudanças, de coragem para adoção de um sistema diferente, garantista, que procure preocupar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, que consiga enxergar em outros ramos do ordenamento jurídico força suficiente para a resolução dos conflitos sociais de somenos importância.¹⁹

Na opinião do ilustre autor Cezar Roberto Bitencourt: O conceito de ressocialização deve ser necessariamente submetido a novos debates e novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Este tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.²⁰

Pra finalizar, faço uso das palavras Divonsir Taborda Maфра, que afirmou: *“A pena restritiva de liberdade, imposta pela justiça, tem como finalidade precípua a reabilitação social do condenado. Não acreditar na ressocialização é negar que o homem seja um ser racional, é negar que a sociedade seja capaz de perdoar”*.

Mesmo constando que a realidade sempre foi cruel e intolerante para com os românticos, e os espaços para os sonhadores reduzidos, os sonhos de aventura e conquistas dos cavaleiros andantes continuam a motivar muitos. Ainda quando aqueles que permanecem fieis a seus princípios perecem, de forma trágica e quase sempre solitária, não podemos nos render à realidade dos fatos. É necessário agir, para modificá-los.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal Brasileira dispõe, em seu art. 1º, III, a dignidade humana como um de seus fundamentos. O legislador constituinte teve a preocupação de firmar que o Estado a proporcionasse para todos os indivíduos. Assim, percebe-se a preocupação em conceder uma condição normativa a este princípio, entendendo-o como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Apesar do princípio da dignidade humana ter previsão constitucional sendo, portanto, considerado como um princípio expresso, percebe-se a sua violação no sistema prisional brasileiro.

Com efeito, é conhecido que as penitenciárias brasileiras possuem condições subumanas, e os direitos dos apenados são violados diariamente. A administração das

¹⁸ OLIVA, Márcio Zuba de; ASSIS, Rafael Damasceno de. A veemência da ressocialização na era das facções criminosas. Revista Jus Vigilantibus, 21 de abril de 2007.

¹⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral: (arts. 1º a 120), Volume I. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

cadeias é falha, e está longe de prover as necessidades básicas que a lei determina, quando se trata de garantias do preso.

Conforme destacado no presente trabalho, os cárceres sofrem com superlotação e, na maioria das vezes, não há escola, trabalho ou qualquer tipo de assistência médica. Os presídios, com suas condições tão abomináveis, evidenciam o desleixo do Estado em resolver o problema carcerário. Toda essa precariedade apenas colabora para o aumento do índice de reincidência criminal em nosso País.

É necessária a existência de tratamento e maior controle na penitenciária, caso contrário a permanência do apenado na cadeia acaba surtindo um efeito oposto ao desejado, pois se torna um tempo de "especialização criminal", onde o sujeito acaba compartilhando seus conhecimentos criminais com outros.

Levando em conta a condição atual do sistema carcerário brasileiro, nota-se a importância do levantamento de discussões acerca do problema, não somente pelo Estado, como pela sociedade em geral. O Sistema prisional está em crise, e dificilmente vai se recuperar se continuar como está. O indivíduo que está em cárcere, vai retornar à sociedade um dia, pois não existe pena de prisão perpétua e de morte, permitindo esta última apenas no caso de guerra declarada. É indispensável trabalhar com o sistema prisional, sabendo deste retorno. É importante que tenhamos um sistema minimamente digno, caso contrário todos tem muito a perder.

Nesse sentido, a aplicação de penas alternativas seria uma forma de tentar amenizar o problema, devendo-se buscar meios para efetivá-las. Dessa forma, seria possível diminuir a superlotação dos cárceres, sendo ela um dos maiores empecilhos à aplicação do princípio da dignidade humana no sistema penitenciário.

Os infratores podem desenvolver mais seu lado humano ao, por exemplo, prestar serviço à comunidade em hospitais, obras públicas, etc. As penas alternativas aplicadas humanizam a punição, dão mais respeito ao condenado e proporcionam maior probabilidade de reinserção social.

O contato com a prisão afeta muito os apenados, e faz com que suas ideias de viver em sociedade sejam mais distorcidas. Contudo, é necessário que a taxa de desemprego desses indivíduos diminua. Não adianta combater o crime com a aplicação de penas alternativas, se as oportunidades de trabalho para estes forem mínimas. A violência urbana é um fator de desemprego.

Portanto, é preciso aplicar penas alternativas, somadas ao fornecimento de oportunidades de trabalho. Futuramente, alcançaríamos a ressocialização do recluso após o cumprimento de uma pena adversa da de prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. *Noções de Criminologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Zahar; 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27. Ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral: (arts. 1º a 120), Volume I. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

HUNGRIA *apud* MUAHAD, Irene Batista. *Pena Privada de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo, 2006.

Lei nº 7.210/84. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 19 de setembro de 2015.

MIRABETE, Júlio Fabrine. *Execução Penal*, 9ª ed. São Paulo: Atlas 2000.

NUNES, Adeildo. *Execução Penal*, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVA, Márcio Zuba de; ASSIS, Rafael Damasceno de. *A veemência da ressocialização na era das facções criminosas*. Revista Jus Vigilantibus, 21 de abril de 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/24677>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Vítimas e Criminosos* 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1996.

VALOIS, Luis Carlos. *Com a palavra o apenado*. Artigo. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art.01/penal23.htm>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. *Por que jovens de família viram sequestrados e assassinos? A psiquiatria forense explica*. Disponível em: <<http://www.ccj.ufsc.br/doutrina>. Acesso em: 18 de Janeiro de 2015.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução, André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2001 p. 96 e 101, 119.

LA IMPUTACIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA EN EL ART. 4 DE LEY 7492/86

Raúl Cervini

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de la República y Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

PLANTEAMIENTO

1. Con anterioridad nos hemos referido al art. 4 de la Ley 7492/86, entendiendo que esta norma carece de la suficiente nitidez y concreción como para permitir distinguir aquello que pretende punir ¹. En esta oportunidad nos ocuparemos de otro aspecto dogmáticamente trascendente relacionado con la misma norma: la posibilidad de imputar este tan impreciso tipo penal por vía de omisión impropia.

2. Aclarado lo anterior resulta de portada señalar que no puede haber responsabilidad penal por la simple pertenencia funcional de alguien a una persona jurídica, cuya gestión es señalada como delictuosa (fraudulenta o temeraria, en el caso). Lo contrario importaría la violación a dos grados del principio de culpabilidad, mediante el expediente de crear en la cabeza de una persona física responsabilidad vicariante por actos imputados a una persona jurídica. Ni las personas jurídicas son penalmente responsables (por más que una tendencia a darle un sesgo penalizante al Derecho Administrativo así lo propugne), ni, mucho menos, sus administradores son garantes formales, ante el Derecho Penal, por la rectitud de su gestión. Esto ni siquiera ocurre en lo que atañe a la responsabilidad estatutaria y civil del administrador, según se desprende de la lectura del art. 158, II, par. 1º, de la Ley de Sociedades Anónimas (Ley N° 6.404, de 15 de diciembre de 1976, con las modificaciones de la Ley N° 9.457, de 5 de mayo de 1997): “El administrador no es responsable por actos ilícitos de otros administradores, salvo si fuere connivente con ellos, hubiere tenido negligencia en descubrirlos o si, teniendo conocimiento de ellos, dejara de actuar para impedir su práctica”.

3. En mérito a lo expuesto, y entrando en el tema objeto de esta contribución, pensamos que la posibilidad de imputación por omisión impropia o, en otras palabras, por omiso impedimento de un resultado que podría y debería haber impedido, sólo sería posible si se diera respuesta afirmativa a tres cuestiones sucesivas:

3.1 La primera, si todo delito, y, en especial, el de gestión temeraria, puede ser cometido mediante omisión, en los términos del art. 13, par. 2º del Código Penal.

¹ Cervini, Raúl: "El Principio de legalidad y el tipo evanescente previsto en el art. 4 de la Ley 7492/86" Disponible na internet: <http://7www.direitocriminal.com.br>, 02.10.2001)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

3.2 La segunda, admitida respuesta positiva a la primera, si la calificación de “temeraria”, que pueda darse a la gestión (y salvada su inherente indeterminabilidad) es compatible o no con la inactividad que es esencia de la omisión.

3.3 Finalmente, en tercer lugar y ya salvadas estas dos cuestiones previas por la respuesta afirmativa, decidir si el eventual autor por omisión impropia tenía en el caso hipotético, las facultades y conocimiento suficientes como para evitar el resultado, esto es, si se encontraba en posición de garante.

Estos serán los temas que trataremos sucesivamente.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA EQUIPARACIÓN ENTRE CAUSAR Y NO IMPEDIR REFERIDA AL CONJUNTO DE DELITOS EN QUE ELLA PUEDA LEGÍTIMAMENTE TENER LUGAR.

1. Sin duda, no es cuestión menor la de examinar si el omiso impedimento de un resultado es vía de imputación aplicable a toda clase de delitos o, más concretamente, a toda clase de resultados propios de un tipo de prohibición, o si sólo lo es para **algunos** que reúnan en sí determinados requisitos, precisamente aquellos sobre cuya base se edificó la teoría de la omisión impropia.

2. Quien probablemente haya examinado la cuestión con mayor rigor y sentido de garantía, sea Giovanni FIANDACA, en su famosa monografía dedicada al delito comisivo mediante omisión ².

Ya en las primeras páginas de dicha obra, el autor prelude la preocupación que luego desarrollará más detenidamente, como un *Leitmotiv* de toda la obra: “*El haber establecido el principio general, que la responsabilidad por omisión presupone una especial obligación de actuar, no dice todavía nada, sobre todo en tema de la omisión denominada impropia, sobre el ámbito operativo de la responsabilidad misma: permanece, en efecto, abierto el problema de ver si el campo de aplicación del delito omisivo impropio deba entenderse limitado en consideración, no sólo de la peculiaridad estructural de determinadas “fattispecie”, sino aun (y fundamentalmente), de la naturaleza y de la calidad de los bienes a su turno protegidos*” ³.

3. La preocupación garantizadora es plenamente fundada y, podríase decir, de premiosa satisfacción, so riesgo de que todo el sistema de libertades que pretende salvaguardar el principio de legalidad, sucumba a un gravamen oculto, de hipertróficos y, consecuentemente imprecisos contornos, según el cual seamos llamados a responsabilidad por cualquier resultado lesivo, y de acuerdo a obligaciones que se ponga en nuestra cabeza, no ya en nombre de la ley, del contrato o de nuestro hacer peligroso precedente, sino en nombre de la ética, de la solidaridad, de la estrecha comunidad de vida o de peligro, o, lo que es más grave aun, de las exigencias de “la más elemental sensibilidad jurídica”, como lo ha postulado recientemente MUÑOZ CONDE ⁴.

² FIANDACA, Giovanni “Il Reato Comisivo mediante Omissione”, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1979. En la misma línea GRILLE, Vincenzo: “La omissione nel codice penale italiano. Osservazioni”, Bertini, Napoli, 1985.

³ FIANDACA, Ob. cit., pág. 7.

⁴ Esta realidad propia de un sector de la doctrina actual, puede constatarse con la lectura del Manual de Derecho Penal, de Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCIA ARAN (Tirant lo Blanch, Valencia,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

La delimitación del campo de obrar de esta equiparación valorativa entre el hacer y el no impedir es, entonces, una necesidad de primer orden, para prevenir una amenaza a nuestra libertad que venga, no ya del relativamente delimitado campo de lo prohibido, sino del impreciso y amenazante contorno de lo que se pretenda sernos mandado.

4. FIANDACA examina la cuestión demarcatoria desde la portada misma de la norma de cláusula general que funda la responsabilidad por omiso impedimento del resultado. Recuerda, en efecto, que el art. 40 del Código penal italiano (y en ello, al igual que el art. 13 del brasileño y el art. 4 del uruguayo) regula la materia desde el título “Relación de causalidad”. No desconoce, por cierto, que tal colocación del tema de la omisión preste flanco a las objeciones, como podría ser la confusión entre la causalidad y la ilicitud de la omisión.

5. Pero, más allá de ellas, es procedente determinar si, a los efectos de la problemática en examen, no hay indicaciones útiles, a partir del tipo de relación que el código ha operado.

*“La conexión entre regla de equivalencia y problema causal puede, en verdad, valer como indicación a favor de una cierta delimitación del ámbito operativo de la fattispecie omisiva impropia: precisamente, tal conexión podría denotar que el campo de acción de la fattispecie considerada va limitado a los casos en los cuales aflora el problema del nexo causal entre conducta y resultado lesivo; se trataría, en otras palabras, del reconocimiento, en el nivel de normativización positiva, que la regla del art. 40 C.P. es aplicable solamente a delitos de resultado”*⁵

É insiste, párrafos adelante: *“El resultado penalmente relevante, punto terminal del nexo de causalidad, es el resultado en sentido naturalístico; esto es, una modificación del mundo externo que es consecuencia de la conducta criminosa. Según una enseñanza que puede retenerse prevalente, los delitos de resultado consisten, precisamente, en la causación de un resultado naturalísticamente percible y relevante por la lesión o puesta en peligro del bien objeto de la tutela”*.

“Al interno de los delitos de resultado, aún, es operativa una diferenciación. El legislador, en efecto, al formular la fattispecie penal, puede describir la conducta causativa del resultado de dos modos: sea centrando la tipicidad del comportamiento

1996). Luego de enumerar las tres fuentes legales que el art. 11 del Código Español establece como fundadoras de posición de garante (en sustancia, al igual que en el art. 13 del Código penal brasileño, el contrato, la ley y el hacer peligroso precedente), los autores establecen estas inquietantes consideraciones (pág. 261 y ss.): “Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres fuentes la posición de garante, y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado. Piénsese, por ej. en la convivencia de facto de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que todo lo más hay pura omisión del deber de socorro y no comisión por omisión de un homicidio, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quien convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive?” (Enfasis agregado). Con los respetos debidos, no parece haber diferencia, en esta invocación a la más elemental sensibilidad jurídica, respecto de aquella que hacían los representantes de la *Kieler Schule* al sano sentimiento del pueblo alemán. El punto de partida es el mismo: la materia social no es valorativamente inerte (y en ello la *Kieler Schule* rebatía con razón a RADBRUCH), sino que es un ente que impone sus propias valoraciones y exigencias al jurista. No hay objeción en que esto suceda *secundum ius*, pero sí la hay cuando se concede a la valoración la facultad de ampliar o, aun, de sustituir la ley, como parece ser el caso de esta hipertrofiada y, por ilimitada, imprecisa, concepción del garante. De ahí la necesidad, aludida en el texto, de operar su racional limitación.

⁵ FIANDACA, ob. Cit., págs. 37 y 38.

sobre la mera eficacia causal; o bien tipificando la conducta criminosa mediante el agregado de modalidad y notas posteriores respecto a su actitud etiológica”.

“Ahora bien, es con relación a la primera hipótesis que aparece como preferible usar la etiqueta ‘delitos causales puros’: esto para significar que la carga de desvalor del hecho se especifica en la producción del resultado lesivo, en tanto aparecen indiferentes las modalidades del comportamiento causativo del resultado”⁶.

6. Esta distinción, agrega el autor citado, tiene plena relevancia a los efectos de determinar la configurabilidad de la *fattispecie* de comisión por omisión, dado que, (como se verá en el capítulo siguiente de este estudio, con más detalle), la inactividad carece del alcance de suplir aquellas modalidades de la acción típicamente requeridas para caracterizarla como punible. “Aquí hay, propiamente un límite de naturaleza ontológica a fin de impedir que, mediante omisión, pueda configurarse el específico *Handlungsunrecht* (injusto o desvalor de acción) del delito en cuestión”⁷

7. En razón de ello, el autor postula un círculo restrictivo de delitos cuya imputación por omisión impropia resulta admisible: los delitos contra la vida y la integridad personal, ya sea considerada la persona individualmente (Delitos contra la personalidad física del hombre), ya lo sea como miembro indeterminado de una comunidad puesta en peligro común (Delitos contra la seguridad pública). Y ello, respecto de los delitos causales puros, donde el “comportamiento criminal correspondiente es apreciado, ante todo, por su idoneidad para incidir en la modificación (física) del bien objeto de protección. Y ello acaece porque el mismo interés tutelado reposa sobre un *quid* dotado de estructura naturalística: la vida y la integridad física, en efecto, son entidades a las cuales es inherente un sustrato de naturaleza orgánica; esto explica por qué el evento lesivo puede verificarse a continuación de una alteración física del bien mismo”⁸.

8. “Determinado que la propia estructura real del interés tutelado, en los casos mencionados, se presta a una tipificación del hecho criminoso en términos puramente causales, queda una última consideración de no leve relevancia”.

“En verdad, el legislador, al incriminar hechos lesivos de los bienes señalados, habría podido incluir, en los correspondientes tipos legales, elementos idóneos para caracterizar el hecho más allá de su eficacia causal: y elementos, como ya se ha observado, de naturaleza que impida acceder, por un límite ontológico a una integración de la *fattispecie* mediante inactividad. Si esto, por el contrario, no ha acaecido, como lo prueba la formulación legal de los tipos de ilícito en examen, es por una significativa razón: al haber tipificado la conducta ilícita en el modo menos restrictivo, esto es, sobre la base de la mera relación de causalidad – en términos naturalísticos o normativos (en base al art. 40 cpv. Del C.P.), según se trate de acción o de omisión – no puede sino suponerse en el legislador el intento de otorgar una tutela penal lo más amplia posible. Y la amplitud de la protección aparece, aquí, justificada propiamente por la consideración debida al altísimo rango de los bienes a

⁶ FIANDACA. *Ibídem*, págs. 38 y 39.

⁷ *Ibídem*. Pág. 39.

⁸ FIANDACA, *Ibídem*. Págs. 40 a 45.

salvaguardar, que son, precisamente, aquellos de la vida y la integridad física del individuo, ya lo sea en tanto tal, ya lo sea como miembro de la colectividad”⁹.

9. Esta tentativa demarcatoria encuentra válidos motivos de confirmación, por otra parte, en la propia tradición doctrinaria y jurisprudencial: del mismo modo que la problemática causal se ha desenvuelto a la sombra del delito de homicidio, es este mismo delito el que ha ofrecido el modelo para la configuración mediante omisión.

10. Una última consideración, para finalizar esta tan extensa como justificada cita de FIANDACA, que toca las raíces mismas del pensamiento liberal (decía FEUERBACH que la obligación originaria <ursprünglich> del ciudadano sólo concierne a las abstenciones de hechos lesivos): “*Ya se ha visto cómo la responsabilidad por omisión, históricamente, tiende a asumir un carácter de excepcionalidad: la obligación fundamental del ciudadano, al menos en una sociedad de tradición liberal, es aquella de no agredir positivamente los bienes jurídicos de terceros. Si esta es la regla, las desviaciones aparecen justificadas en la medida en que la creación de obligaciones de actuar se revele indispensable: precisamente, cuando la exigencia de tutelar en modo reforzado un determinado bien es advertida como prevaleciente respecto al grave sacrificio de la libertad personal, inevitablemente conexo a la activación del mecanismo de la responsabilidad por omisión*”. Sin duda alguna, concluye FIANDACA, los bienes de la vida y la integridad física revisten una posición tan prominente como para requerir una protección que sea lo más completa posible¹⁰.

11. Por lo expuesto y sin duda alguna de nuestra parte, el tipo penal previsto en el art. 4 de la Ley 7492/86 es totalmente ajeno a aquellos en que, según la opinión ampliamente fundada, que se viene de mencionar, pueda tener presencia la omisión impropia.

III. IMPOSIBILIDAD DE EQUIPARACIÓN DE LA OMISIÓN CON LA CARACTERÍSTICA DE TEMERIDAD, PROPIA DEL TIPO EN EXAMEN.

1. De todos modos, aunque no se compartieran las conclusiones expuestas en el apartado anterior y no se considerara tan restringido el círculo de delitos a los que es accesible la imputación por vía de omisión impropia, sobreviviría todavía una dificultad insalvable para imputar, por modo omisivo, la conducta analizada.

2. En efecto y sobre este aspecto llamamos a una lectura sumamente cuidadosa del art. 13 del Código penal brasileño. Este texto no deja lugar a dudas en el sentido de que la omisión relevante es aquella “sin la cual el resultado no habría ocurrido”. La referencia es, inequívocamente, al **omiso impedimento del resultado**. No alcanza, por consiguiente, ni podría hacerlo, a equiparar a la omisión los **modos** típicamente relevantes, mediante los cuales el resultado es causado. La responsabilidad por no-ocurrencia del resultado sólo puede tener lugar cuando el mismo es elevado al rango de hecho típico, con independencia de la modalidad de su causación, precisamente porque, en virtud, como ya se vio, de la amplísima tutela dispensada a determinados bienes jurídicos de primera importancia, el **centro de gravedad del injusto está constituido**

⁹ Ibídem. Pág. 45.

¹⁰ FIANDACA, Ibídem. Págs. 46 y 47.

por la lesión misma, de donde se legitima la equiparación entre causarla y no impedirla, en presencia, en el último caso, de específica obligación de hacerlo.

3. Pero parece cierto que la vía omisiva está expresamente descartada cuando a le ley interesa, para determinar la punibilidad de un resultado, **no sólo su causación en sí**, sino el **modo** en que la misma se produce. Cuando el fulcro del injusto se traslada desde el resultado hacia el acto, acentuándose el disvalor de éste.

4. Se advierte, de esta manera, que una forma muy clara y evidente de evadir la tipicidad de una ley incriminadora de la **modalidad de producción de un evento** sería la de imputarla por una vía, como la omisiva, que precisamente ni fue prevista ni incorporada por el legislador a la *fattispecie*. No parece, en efecto, razonable, que determinado requisito de tipicidad se considerara igual e indiferentemente cumplido, tanto con el real y efectivo acaecimiento del mismo, como con la ausencia absoluta de tal ocurrencia. Es igualmente patente que, para justificar tal acto de ilusionismo jurídico, no podría invocarse el principio de equiparación entre hacer y omitir, porque el mismo sólo rige, como ya se vio, para aquello que está expresamente dispuesto y, de paso, para lo que en pura lógica puede funcionar, esto es, para la igualación, **según el disvalor** (no en causalidad real), entre evento causado y evento no impedido, en presencia de obligación y posibilidad específicas de impedirlo.

5. Al respecto, por otra parte, parece haber difundido consenso doctrinario. Ya se adelantó, en el capítulo anterior, la opinión de FIANDACA. En el presente, puede citarse también la opinión de Giovanni GRASSO, quien descarta la posibilidad de equiparación en aquellas hipótesis *“en que la conducta causativa del evento es descrita por línea interna, requiriéndose que el resultado sea causado por una cierta conducta positiva y no otra, como ocurre en la estafa, en la cual la inducción en error debe ser causada mediante artificios o engaños (que no constituyen un quid extraño a la conducta, sino son la conducta conforme a la fattispecie) o en la extorsión, en la cual el daño y el correlativo provecho deben ser producidos a través del constreñimiento de otros mediante violencia o amenaza”*.

*“En estas últimas hipótesis la falta de impedimento del resultado lesivo puede equivaler (para usar la misma expresión empleada en el art. 40, 2º ap. C.P.) a la mera causación, pero no a aquella particular ‘forma’ de causación que es a su vez requerida para la subsumibilidad del comportamiento en el tipo delictuoso”*¹¹.

6. Seguramente sea Filippo SGUBBI probablemente quien, mediante sus reflexiones, conduzca la cuestión al centro exacto del debate : *“En todos aquellos casos en los cuales la norma penal describe la conducta típica recibiendo (reenviando a) parámetros normativos extraños a ella, es al complejo de reglas extrapenales que el intérprete debe hacer referencia para definir el comportamiento vedado”*.

“Serán por esto reglas extrapenales las que nos dirán si la fattispecie incriminadora de qua comprenda (o no) también la omisión”.

“Es una observación relevantísima a los efectos de nuestra investigación: en todas estas fattispecie en que la definición de la conducta está normativizada (en el sentido, repetimos, que es comprensible solamente a la luz de reglas puestas a lo externo de la incriminación), el problema de la inserción de la omisión en el hecho descrito en el

¹¹ GRASSO, Giovanni. “Il reato omissivo improprio”. La estructura objetiva de la *fattispecie*. Milano. Dott. A. Giurfrè Editore, 1983, págs. 156 y 157.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

modelo legislativo de tipicidad no es afrontable en el plano de la 'asimilación'. Es la incriminación misma que, si bien en vía mediata - esto es, por el trámite del reenvío -, indica al operador si y cómo existen, al interno del conjunto de reglas reclamadas, normas que imponen un comportamiento positivo" ¹².

7. Es éste el punto exacto de interrumpir la cita, a los efectos de compararla con la situación en examen : sin duda alguna, **el tipo de gestión temeraria es de aquellos que reenvían fuera de sí** (y con la problemática ya tratada en el capítulo primero de este estudio) **y hacia el intérprete, la tarea íntegra de centrar el fulcro del injusto.**

8. Cualquiera sea el concepto de temeridad, es muy claro que el mismo tiene como factor común un emprendimiento que **hace más** de lo prudente, cualquiera sea el entendimiento que se acuerde a este término ; que evade positivamente los límites de lo adecuado ¹³.

Esta caracterización de la conducta **es plena y absolutamente incompatible con la imputación de omisión**, de cargo del paciente. Es, si se quiere, una *contradictio in adjectio* que en sí misma descarta toda posible imputación. *Mutatis mutandi*, equivaldría a imputar el delito de Ultraje Público al Pudor, con la agravante de ejecutarlo de noche y en deshabitado.

IV. EXISTENCIA DE POSICIÓN DE GARANTE

1. Finalmente, aunque se tuvieran por salvadas las objeciones (a nuestro juicio, insalvables) a una imputación, vía omisiva, de la conducta de gestión temeraria, todavía quedaría por resolver si el paciente se encontraba, efectivamente, en posición de garante.

2. En orden a ello, cabe citar en primer término (porque seguramente no ha sido superada, por su claridad), la explicación de BINDING de lo que muy posteriormente, con NAGLER, se denominó la "posición de garante", aquella por cuya mediación se responsabiliza a una persona, en posición de custodia de un bien jurídico o de vigilancia de una fuente de peligro, por el no impedimento de un resultado que estaba en su posibilidad y obligación impedir. Notoriamente, BINDING refería su discurso al tema de la causalidad en la omisión (una obsesión que acompañó al pensar del siglo XIX: cómo reconducir el fenómeno de la omisión al cerne de causalidad de lesión de bienes jurídicos, que era la tesis fundamental del pensamiento causalista), determinando su momento en la contención de la voluntad ("Unterdrückung des Willens"). Pero si la conclusión de BINDING, de ingresar la omisión dentro de un fenómeno de causalidad, puede considerarse equivocada, a la vista de la evolución ulterior de la teoría, no lo es

¹² SGUBBI, Filippo "Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento", Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, págs. 108 y 109.

¹³ En este sentido, y por toda la doctrina, que es al respecto absolutamente concorde y pacífica, puede citarse la opinión siempre esclarecedora de SOLER (Derecho Penal Argentino, Tomo II, TEA, 1967, pág. 143) : "Hay negligencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño, si hubiese desplegado *más* actividad en determinado sentido. Hay imprudencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño con ser *más* reposado, es decir, desplegando *menos* actividad, u obrando *más* reflexivamente".

en cambio la caracterización, embrionaria pero inequívoca, de quien luego se llamó el “garante”¹⁴.

3. Como ya se dijo, BINDING veía la causalidad de la omisión en la contención de la voluntad de impedir la lesión del bien jurídico. De ese pensamiento básico, dice RUDOLPHI¹⁵, *“resultan importantes consecuencias para la pregunta acerca de cuál debe ser la naturaleza del **hacer precedente**, para fundar una responsabilidad por la omisión de impedir el resultado. El mismo debe, como expresa BINDING, ser portador de un doble carácter: si bien, por una parte, debe impedir el peligro de ocurrencia del resultado, por otra parte debe también promoverlo. El omitente debe, por un lado decidir ‘funcionar como una condición impeditiva’, esto es, como BINDING en otro lugar explica, ‘debe prometerse no sólo a sí mismo sino a terceros, dedicar su atención y su empeño a la represión de determinados peligros’.*

4. Esta promesa de ayuda y combate al peligro, puede consistir, entre otros, y en lo que a nuestro caso interesa, en la aceptación de cargo, pero debe ser tal que provoque la expectativa de la prestación de la ayuda prometida. *“Mediante su hacer precedente (promesa de ayuda) el agente se coloca, según la concepción de BINDING, no sólo como garante contra determinados peligros, con lo que se establece como una condición negativa, impidente del resultado dañoso, sino que, también y además, coloca una condición positiva para el resultado dañoso (el buen nadador induce al mal nadador a ponerse en peligro, sin adoptar posteriores medidas de previsión) u ocasiona la supresión de condiciones impeditivas del resultado (determina al guardia del puente a abandonar su puesto) o, en fin, impide la aparición de condiciones impeditivas del resultado”* (el farero no enciende la luz).

*“Para la punibilidad de los delitos impropios de omisión, esto significa que ella sólo puede tener lugar cuando el omitente no contiene a aquellas fuerzas causales de la lesión de un bien jurídico que con su promesa de evitar el resultado provocó, esto es, cuando renuncia a su voluntad de enfrentar el peligro”*¹⁶.

5. La apreciación de la figura del garante debe hacerse, entonces, preliminarmente, según esta idea rectora: solamente puede serlo quien se ha colocado a sí mismo (o ha sido legalmente investido) como condición de que un determinado resultado no acaezca.

6. Esta idea rectora debe ser complementada y en el supuesto fáctico del art. 4 de la Ley 7492/86, sólo será admisible el funcionamiento de la posición de garante cuando la persona eventualmente imputada, además de contar con poderes idóneos como para modificar la situación, conociera en plenitud la medida del riesgo y la real situación financiera de la empresa¹⁷.

¹⁴ En el mismo sentido del texto, véase especialmente, Giovanni FIANDACA, ob. cit., pág. 18: “Y en verdad, ya según la concepción bindingniana, el sujeto asume la calidad de ‘garante’ de la salvaguarda de determinado bien, en la medida en que, en fuerza de una acción precedente, ha manifestado...” la promesa que se verá más detenidamente en el texto.

¹⁵ RUDOLPHI, Hans Joachim. “Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungskelikte und der Gedanken der Ingerenz” (La problemática de la equiparación en los delitos impropios de omisión y el concepto de ingerencia), Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1966, pág. 16.

¹⁶ RUDOLPHI, ob. Cit., pág. 17.

¹⁷ Conf. CAVALLIERI, Errico: “Omesso Impedimento dell' evento in Diritto Penale”, Luccini Editori, Padova, 1999, p. 34 y ss.)

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Las precitadas consideraciones de corte dogmático tienen claro aval en el campo de la teoría operativo-financiera. El riesgo ha sido conceptualizado por SOLOMON y PRINGLE¹⁸, en su forma más simple y práctica, como el grado de incertidumbre respecto de un evento. Ese grado de incertidumbre está directamente vinculado, en el área financiera, a la previsión de resultados y se entiende por previsión “*el proceso por el cual, a partir de **informaciones existentes**, admitidas ciertas hipótesis, a través de algún método de gerenciamiento, llegamos a informaciones sobre el futuro, con una determinada finalidad*”¹⁹ (Énfasis no original). En forma convergente ha señalado SEVERIN, que, dentro del conjunto de las corporaciones, las entidades financieras se caracterizan por constituir un complejo de actividades de operatividad no siempre convergente. Esto, en el sentido de que, conforme al citado autor, el resultado de un segmento no se traduce en todos los casos, inmediata y apreciablemente, en el resultado de otro²⁰. Recientemente agrega²¹, que, a los efectos del diagnóstico de la salud de una institución financiera, no alcanza con apreciar el resultado de sus segmentos, sino que corresponde estudiar el entramado de los mismos. Y dentro de una institución son muy pocas las personas que están en condiciones de establecer y detectar la urdimbre de esas variables. Consecuentemente, el tema, a su juicio, no pasa sólo por el conocimiento de uno o más datos aislados, sino por la cabal aprehensión de sus significados en el contexto del universo de información **disponible**.

7. De conformidad a este criterio, no puede admitirse sin más que, por el hecho de desempeñar una persona un cargo ejecutivo en un segmento determinado de una entidad financiera, haya estado necesariamente en condiciones de apreciar, y evaluar los resultados que registraban otros segmentos de la corporación y ésta en su conjunto. Solamente a partir de esa constatación podrá considerarse la posición de garante.

V. CONCLUSIONES

1. No todos los delitos (siquiera aquellos de resultado) admiten imputación por vía de omisión de impedir el resultado. Conforme a la mejor doctrina, la omisión impropia tiene su génesis y justificación en aquellos delitos de pura causación que refieren a bienes supremos, como la vida y la integridad corporal, sean éstos considerados con relación a un individuo determinado, ya lo sean con vinculación al individuo como integrante de un conglomerado social o colectividad. O sea: La omisión impropia refiere, según la mejor doctrina, a aquellos delitos de resultado puros, esto es, edificados a base de pura causalidad en la provocación del evento y, por la historia dogmática y relevancia legislativa, referidos a la vida y la integridad física, bien consideradas con relación al individuo singular, bien como delitos de común peligro.

2. Aunque no se admitiera tal solución restrictiva al círculo de la imputación por omisión impropia, es evidente que la equiparación sólo refiere a la **mera causación del**

¹⁸ “Introducción a la administración financiera”, Sao Paulo, Atlas, 1981, citado por SECURATO, Decisiones financeiras..., ob. cit., pág. 21

¹⁹ LEME, Ruy Aguiar da Silva, “Proyección de Demanda”. San Pablo, Vanzolini, 1976, pág. 36.

²⁰ SEVERIN, Louis W. “Recent Developments in Relation to Economic Crimes”, *Ladelt De. Austin*, 1991, pág. 60 y ss.

²¹ Durante la reunión de la JICAB (Nueva York, diciembre de 1997) el citado SEVERIN, en su calidad de Presidente del Consejo de Dirección del International Center of Economic Penal Studies, hacía las referencias expuestas en el texto.

resultado, no se extiende al **modo** de causación del mismo, cuando es precisamente ese modo el que da el consistir o la individualidad del delito. En defecto de cláusula legal expresa, es obvio que no puede considerarse cumplido un requisito típico, de exigida presencia positiva, con la absoluta ausencia de verificación del mismo. De otro modo, se llegaría al absurdo de sostener, contra el principio de tipicidad (especificación del de legalidad), que la adecuación típica se cumple, indiferentemente, tanto con el verificarse como con el no verificarse del hecho o presupuesto requerido por la figura. Dicho de otro modo: más allá de la tesis restrictiva, la omisión impropia no puede tener lugar respecto de aquellos delitos en que no sólo importa la causación de un resultado, sino la modalidad de tal causación.

3. En mayor medida son procedentes las consideraciones expuestas cuando se trata, como ocurre en el caso, de una convocatoria de la figura a un concepto, como el de temeridad, que es exactamente lo contrario (y, por lo tanto, plena y radicalmente incompatible) de la inactividad que caracteriza a la omisión.

4. Finalmente, habrá que analizar cuidadosamente si el paciente cumple con los requisitos para ingresar a una posición de garante: integrando el círculo en que se produce el dominio del hecho, encontrándose dotado de completo conocimiento del mismo y dotado de las potestades para impedirlo. Como enseña CAVALLIERI: *"el paciente no se encuentra en situación de garante, en cuanto carece de los poderes de hecho y de derecho para dominar una situación gobernada en la cúpula"* ²².

²² CAVALLIERI "Omesso Impedimento..." op. cit. ut supra pág. 32.

LEGALIDADE, IGUALDADE, ACESSO À JUSTIÇA E LIBERDADE COMO PRINCÍPIOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rogério Greco

Doutor e Mestre em Direito. Procurador de Justiça do Ministério
Público do Estado de Minas Gerais

O Estado Constitucional e democrático de Direito é composto por princípios fundamentais, que traçam os contornos que lhe são próprios. Dentre os muitos princípios que poderiam ser aqui analisados, podemos destacar os princípios da *legalidade*, da *igualdade*, do *acesso à justiça* e o da *liberdade*.

1. Princípio da legalidade

O Estado de Direito é aquele que submete ao Império da Lei. A lei, portanto, como expressão da vontade geral, para nos valermos da expressão cunhada por Rousseau, e adotada pelo art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, deve ser aplicada a todos, indistintamente. Segundo o pensamento ilustrado, o “governo das leis” aparece como um ideal frente ao “governo dos homens”.

A *generalidade* é uma das características mais importantes da lei, bem como do Estado de Direito, que deve, portanto, ser aplicada a todos.

Como alerta Gustavo Zagrebelsky:

“a generalidade é, ademais, a premissa para a realização do importante princípio da separação dos poderes. Se as leis pudessem dirigir-se aos sujeitos considerados individualmente, substituiriam aos atos da Administração e as sentenças dos juízes. O legislador concentraria em si todos os poderes do Estado. Se o direito constitucional da época liberal houvesse permitido esse desenlace, toda luta do Estado de direito contra o absolutismo do monarca teria como resultado que a arbitrariedade do monarca seria substituída pela arbitrariedade de uma Assembléia, e dentro dessa por as que houvessem constituído a maioria política”¹

Muito embora deva ser aplicada a todos, não pode a lei ser extremamente casuística, regulando, minuciosamente, todas as possíveis situações. Deve a lei, portanto, gozar ainda da característica da *abstração*, ou seja, a lei deve disciplinar abstratamente as situações que estão sujeitas ao seu comando, não sendo dirigidas a pessoas especificamente determinadas.

É preciso que também se organize formalmente o Estado, e o instrumento utilizado para essa organização é chamado de Constituição. Para a criação desta Constituição, o povo se reunirá em Assembléia Constituinte (Poder Constituinte), através de seus representantes. Nessa Constituição, serão delimitadas as estruturas, competências e as limitações dos Poderes que, juntos, mas independentes e harmônicos entre si, receberão a tarefa de conduzir o Estado, ou seja, de levar a efeito o projeto de administrar aquela

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 29.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

determinada sociedade. Também deverão consignar expressamente os direitos e as garantias fundamentais, inerentes a todo ser humano, que deverão, obrigatoriamente, ser observados pelos detentores do Poder. Assim, se por um lado, a Constituição constitui o Poder, por outro, também o limita.

Conforme preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Pacto fundamental, a Constituição institui o Estado. Ou reinstitui o Estado. No pensamento de Sieyès, é ao estabelecer-se a Constituição que nasce, ou renasce, o Estado. Ela é o fundamento do Estado, fonte de suas instituições. Logicamente, portanto, não pode ser obra do Estado, ou de seu poder. É fruto de um poder pré-estatal, o *poder constituinte*. Poder este que canaliza a vontade de todos os homens no estabelecimento das instituições. Das instituições que vão regê-los – insista-se – para a proteção dos direitos fundamentais.”²

Ainda seguindo as lições de M. Gonçalves Ferreira Filho:

“no esquema liberal, portanto, a Constituição é acima de tudo a garantia dos direitos fundamentais do homem. É numa construção imaginosa e hábil, a garantia desses direitos contra o Estado ao mesmo tempo que é a Lei Magna desse Estado, estabelecendo em linhas nítidas e inflexíveis a sua organização fundamental.”³

Dessa forma, temos a Constituição como a lei principal do Estado. Ela deverá ser considerada como a fonte da validade de todo sistema legal, que lhe é inferior. Nenhuma lei, por mais que atenda aos requisitos formais, poderá ser considerada como válida se sua matéria colidir com as determinações expressas, ou mesmo implícitas, do texto constitucional.

Por essa razão, o princípio da legalidade pode ser considerado como uma das principais colunas do Estado de Direito, devendo ser entendido, como veremos mais adiante, em seus sentidos formal e material.

A lei, como expressão de vontade geral, deve atender a determinados requisitos, que lhe são indispensáveis. Deve, primeiramente, ser entendida como regra geral, ou seja, inicialmente destinada a todos que se amoldarem às situações por ela previstas. Não se pode, pelo menos *ab initio*, fazer acepção de pessoas, aplicando-a a uns e, ferindo a isonomia, deixando-se de aplicá-la a outros.

O princípio da legalidade pode ser considerado a “espinha dorsal” do Estado de Direito, e através dele podemos entender que a liberdade é a regra, e a sua restrição, a exceção. O princípio da legalidade limita, de um lado, a tendência a onipotência dos detentores do poder e, por outro, esclarece à população em geral o que pode e o que não pode ser feito, isto é, explicita todas as proibições, uma vez que o que não é proibido, segundo a regra geral, é permitido fazer.

O Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo, é o Poder legítimo para regular as condutas em sociedade. No que diz respeito a área penal, objeto do nosso estudo, e de acordo com uma visão minimalista, competirá a ele selecionar os comportamentos que causem lesão, ou mesmo perigo de lesão, aos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, ou, como consta expressamente do

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 17.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 18.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

art. 5º da Declaração de 1789, *a lei não poderá proibir senão as ações nocivas à sociedade*.

Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.⁴

De acordo com as lições de Paulo Bonavides:

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas”⁵

Hoje, os países que possuem uma Constituição rígida, ou seja, aquelas cuja modificação de seu texto somente pode ser realizada através de um procedimento qualificado de emendas, que obedeça não somente à forma constitucionalmente prevista, como também às matérias que poderão ser objeto dessa modificação, adotam um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição, como fonte de validade de todas as normas, não pode ser contrariada pela legislação que lhe é inferior. Como instrumento de defesa da hierarquia constitucional existe o chamado *controle de constitucionalidade das leis*.

1.1. Princípio da legalidade em matéria penal

São precisas as lições de Ricardo M. Mata y Martín quando sustenta que o princípio da legalidade, e suas consequências, formam parte indissolúvel da cultura jurídico-penal ocidental, apesar de todas as crises e dificuldades, e que a manutenção do princípio da legalidade representa, por sua história e sua função, uma luta pelo Direito e pela liberdade do cidadão.⁶

Na seara penal evidencia-se, ainda mais, a importância do princípio da legalidade. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é permitido em Direito Penal. Por essa razão, é que Franz Von Liszt diz que o “Código Penal é a Carta Magna do delinquente”.

Alguns autores atribuem a origem desse princípio à Magna Carta Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra.⁷ No entanto, foi com a Revolução Francesa

4 “O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito*, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado” (Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, *in Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 83-84).

5 BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*, p. 112.

⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España*, p. 349-350.

⁷ Art. 39. *Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos,*

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

que o princípio atingiu os moldes exigidos pelo Direito Penal, conforme se pode verificar pela redação dos arts. 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸, de 1789, o que levou Eduardo Garcia de Enterría a afirmar que “o princípio da legalidade dos delitos e das penas, intuído pela Ilustração e concretado no grande livro de Beccaria, teve sua entrada solene na história através desses artigos da Declaração”.⁹

No mesmo sentido, assevera José Cerezo Mir, dizendo:

“O princípio *não há delito nem pena sem lei prévia* tem sua origem na filosofia da Ilustração. A teoria do contrato social de Rousseau e da divisão de poderes de Montesquieu constituem seu substrato ideológico. É certo que se visualizaram antecedentes do princípio da legalidade no Direito romano, no Direito canônico, nos foros aragoneses da Idade Média, e na Magna Charta outorgada na Inglaterra por João Sem Terra, em 1215, mas cuidam-se, na realidade, de preceitos de natureza e alcance distintos, ainda que reflitam a mesma preocupação pela segurança jurídica”.¹⁰

Atribui-se a formulação latina do princípio da reserva legal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* – a Anselm Von Feuerbach, em seu *Tratado de Direito Penal*, que veio a lume em 1801. Feuerbach assevera: “I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada”.¹¹

1.2. Funções do Princípio da legalidade em matéria penal

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);

nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

⁸ Art. 7º. Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão quando assim determinado pela lei e de acordo com as formas que ela prescreveu. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos. Mas todo homem intimado ou convocado em nome da lei deve obedecer imediatamente: ele se torna culpado pela resistência.

Art. 8º. A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos*, p. 158.

¹⁰ CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español* – parte general, p. 162.

¹¹ *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro* – Parte geral, p. 75.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

O inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal, diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, redação parecida com aquela constante do art. 1º do Código Penal.

Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

Quer isso significar, ainda, que a lei jamais poderá retroagir a fim de incriminar fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. O marco, portanto, para efeitos de aplicação da lei penal quando, de alguma forma, prejudique o agente, seja criando novos tipos penais incriminadores, aumentando penas, aumentando o rol de circunstâncias agravantes, de causas de aumento de pena etc., será, sempre, frisamos, a vigência da lei.

Assim, por exemplo, mesmo que o agente pratique um fato definido como crime pela nova lei, se esta lei ainda estiver em seu período de *vacatio legis*, não poderá ser responsabilizado criminalmente, tomando-se por base o novo diploma legal.

Dessa forma, não basta a simples publicação da lei para que seja cumprida a determinação constante do *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, havendo necessidade inafastável da sua entrada em vigor.

A certeza da proibição somente decorre da lei. Como preleciona Assis Toledo:

“da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval.”¹²

A fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

De acordo com as lições de Mir Puig:

“Com a exigência de uma *lex scripta* fica, desde logo, excluído o *costume* como possível fonte de delitos e penas. Mas tampouco basta qualquer norma escrita, senão que é preciso que tenha categoria de lei emanada do Poder Legislativo, como representação do povo. Esse último afeta o sentido de garantia política do princípio da legalidade. Ficariam excluídas como fonte de delitos e penas as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, como Decretos, Portarias Ministeriais etc.”¹³

O princípio da legalidade veda, também, o recurso a analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes, incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da

12 ASSIS TOLEDO, Francisco. in *Princípios básicos de direito penal*, p. 25.

13 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – parte general, p. 77.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

analogia a fim de tentar abranger outros similares aos legislados. em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

A proibição da analogia, de acordo com as lições de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée:

“significa seu rechaço como fonte criadora de delitos. É uma afirmação do império da lei e um limite a atividade judicial: o juiz não pode criar delitos. Caso contrário se transformaria em legislador e o cidadão ficaria totalmente desarmado perante o poder judicial”.¹⁴

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição precisa da conduta* proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham *conceitos vagos* ou *imprecisos*. A lei deve ser, por isso, *taxativa*.

Nesse sentido, adverte Zulgadía Espinar que:

“a lei penal (em que pese seu caráter generalizador) há de descrever de uma maneira precisa, clara e exaustiva – de uma forma *certa*, em definitivo – tanto a conduta proibida, como a pena com a qual se comina sua realização. Somente dessa forma pode o cidadão saber o que é permitido e o que é proibido (e com que pena se ameaça este último) e pode o juiz determinar com exatidão se frente a um determinado fato deve absolver ou deve condenar (e com que pena)”.¹⁵

A clareza e a certeza da lei, ou seja, a sua taxatividade, dizem respeito a um postulado fundamental de segurança jurídica.

Com precisão, Paulo de Souza Queiroz preleciona:

“O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.”¹⁶

Esses conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem, por exemplo, em seu preceito primário a seguinte redação: “São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria”. O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique.

Ferrajoli nos faz recordar que na Alemanha nazista “uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2º do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio de

¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal* – volumen 1, p. 82.

¹⁵ ZULGADIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* - parte general, p. 187.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal* – Introdução crítica, p. 23-24

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

legalidade penal, pela seguinte norma: ‘será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o seu sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele’. Também foi negado, explicitamente, o princípio da legalidade no direito soviético nos anos seguintes à Revolução. O Código da República Russa, de 1922 – inovando em relação à instrução penal de 1918, segundo a qual era ‘considerado delito a ação que no momento da sua realização era proibida pela lei sob ameaça de pena’ – enunciou no art. 6º uma noção de delito puramente material: é delito toda ‘ação ou omissão socialmente perigosa, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses para o período de transição em prol da realização do comunismo’”¹⁷

1.3. Legalidade formal e legalidade material

Um direito penal que procura estar inserido sob uma ótica garantista deve, obrigatoriamente, discernir os critérios de legalidade formal e material, sendo ambos indispensáveis à aplicação da lei penal.

Por *legalidade formal* entende-se a obediência aos trâmites procedimentais previstos pela Constituição, para que determinado diploma legal possa vir a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. A aceitação em nosso ordenamento jurídico de uma norma que atendesse tão-somente às formas e aos procedimentos destinados à sua criação conduziria a adoção do princípio de *mera legalidade*, segundo a expressão utilizada por Ferrajoli.¹⁸

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também, aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos. Aqui, adota-se não a mera legalidade, mas, sim, como preleciona Ferrajoli, um princípio de *estrita legalidade*.¹⁹

Dissertando sobre o tema, Roberto Bergalli, com precisão, assevera que:

“Por um lado, o princípio de mera legalidade, como princípio geral do direito público, é extensível a todos os campos de produção do direito estatal, pois sua missão é a de enunciar as condições de existência ou vigor de qualquer norma

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 309.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil, p. 66.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil, p. 66. Añade Ferrajoli que: “O sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil, p. 20-21).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

jurídica. Por outro, o princípio de estrita legalidade, no sentido de constituir uma meta-norma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e a capacidade de definir a verdade jurídica mediante suas aplicações, é uma garantia que somente se atém ao direito penal.”²⁰

Os princípios da legalidade formal e da legalidade material, bem como os de vigência e validade da norma, podem ser resumidos e expressos por intermédio do brocardo *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*. Conforme salienta Roberto Bergalli, “destas distinções sobre o princípio da legalidade provêm as garantias que atualmente outorga o direito penal da forma do Estado Constitucional e que o diferencia do direito penal dos Estados meramente legais, nos quais a onipotência do legislador outorga validade a todas às leis vigentes sem a possibilidade de fixar algum limite ao primado da lei, pois de tal modo se impõe o autoritarismo penal à necessária restrição garantista”.²¹

Da distinção entre legalidade formal e legalidade material ou substancial surge uma outra, qual seja, a diferença entre *vigência* e *validade* da norma penal.

O conceito de vigência da lei penal estaria para a legalidade formal, assim como o conceito de validade estaria para a legalidade material. A lei penal formalmente editada pelo Estado pode, decorrido o período de *vacatio legis*, ser considerada em vigor. Contudo, a sua vigência não é suficiente, ainda, para que ela possa vir a ser efetivamente aplicada. Assim, somente depois da aferição de sua validade, isto é, somente depois de conferir sua conformidade com o texto constitucional, é que ela terá plena aplicabilidade, sendo considerada, portanto, válida.

Conforme lições de Ferrajoli:

“Num ordenamento jurídico dotado de Constituição rígida, para que uma norma seja válida ademais de vigente não basta que haja sido emanada com as formas predispostas para sua produção, senão que também é necessário que seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição”²².

Esclarece, ainda, André Copetti que:

“A averiguação sobre o atendimento dos requisitos formais, para verificar-se se uma norma existe e é vigente, fica restrita a uma simples investigação e a um juízo empírico ou de fato, o mesmo não ocorrendo em relação à operação referente aos requisitos conteudísticos. Os juízos relativos à validade substancial das normas consistem numa valoração de sua conformidade ou desconformidade com os valores expressos pelas normas superiores a elas”²³

O juiz exerce papel decisivo quanto ao controle de validade da norma, ao compará-la com o texto constitucional. Não deve ser um autômato aplicador da lei, mas sim o seu mais crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais conquistados a duras penas, em um Estado Constitucional de Direito. Por essa razão é que Ferrajoli assevera que a interpretação da lei deverá ser realizada sempre conforme a

²⁰BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59.

²¹BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 66.

²³COPETTI, André. *Direito penal e o estado democrático de direito*, p. 143.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Constituição e que o juiz nunca deverá sujeitar-se à lei de maneira acrítica e incondicionada, senão antes de tudo à Constituição, “que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia da sua inconstitucionalidade”.

Conforme a lúcida conclusão de Salo de Carvalho:

“o papel da jurisdição expresso pela teoria do garantismo deve ser compreendido como defesa intransigente dos direitos fundamentais, *topos* hermenêutico de avaliação da validade substancial das leis. O vínculo do julgador à legalidade não deve ser outro que ao da legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incompletudes, incoerências e contradições do ordenamento inferior em respeito ao estatuto maior. A denúncia crítica da invalidade (constitucional) das leis permite sua exclusão do sistema, não gerando nada além do que a otimização do próprio princípio da legalidade e não, como querem alguns afoitos doutrinadores, sua negação”.²⁴

1.4. Princípio da legalidade no âmbito penitenciário

É importante frisar, como ressalta, com precisão Ricardo M. Mata Y Martín, que ao princípio da legalidade em matéria penal se inclui a chamada garantia executiva ou penitenciária²⁵.

Infelizmente, parece que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando o agente que praticou a infração já se encontra cumprindo, efetivamente, a pena que lhe fora imposta pelo Estado, nos esquecemos do princípio da legalidade.

Nos esquecemos que o condenado foi privado tão somente do seu direito de liberdade ambulatorial, e que os demais permanecem intactos.

São, portanto, precisas as lições de Ricardo M. Mata y Martin quando afirma que o respeito às normas deve ser observado durante a fase da execução da pena, uma vez que essa condenação encontrou o seu fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico que, de antemão, ditou regras para o seu cumprimento, que deverão ser atendidas a todo custo.²⁶

Em países da América Latina, a exemplo do que ocorre no Brasil, o desrespeito ao princípio da legalidade, no âmbito penitenciário, é gritante. Presos cumprem suas penas além do tempo que lhes fora imposto pelos decretos condenatórios; benefícios legais são postergados, sob o falso argumento do acúmulo de processos pela justiça penal; condenados são jogados em celas com outras pessoas sem que, para tanto, tenha sido levado a efeito o necessário processo de classificação, a fim de os separar de acordo com as infrações penais cometidas; os condenados às penas privativas de liberdade são colocados em celas superlotadas; enfim, o descaso com o princípio da legalidade, na fase da execução da pena, é evidente.

Podemos concluir com Ricardo M. Mata y Martin que o princípio da legalidade em matéria penal não se resume à definição do fato criminoso, com suas consequências, vale dizer, a cominação da pena. Não se cuida somente dos limites que o princípio

²⁴ (Salo de Carvalho, in *Pena e garantias* – Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil, p. 108).

²⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo . *El principio de legalidad en el ámbito penitenciário*, p. 1.

²⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo . *El principio de legalidad en el ámbito penitenciário*, p. 1.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

impõe, na forma de executar as penas, senão as condições que legitimam a sua aplicação.²⁷

De nada adianta ao Estado obedecer o princípio da legalidade desde a apuração do fato criminoso, com a inauguração do devido processo legal, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, para, ao final, uma vez condenado o autor da infração penal, seus direitos serem desrespeitados, na fase da execução da pena.

2. Princípio da igualdade

Uma vez entendido o princípio da legalidade como uma das principais colunas do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a consequência natural de sua adoção é o reconhecimento do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Os revolucionários franceses, após afirmarem, no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a lei é a expressão da vontade geral, bem como o fato de que todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação, afirmam o princípio da igualdade, dizendo que a lei “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais aos seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. Essa preocupação dos revolucionários franceses em declarar a igualdade de todos perante a lei foi assimilada pelas Constituições mais modernas, a exemplo da Brasileira, que adotam um Estado democrático de direito.

Assim, a instituição do princípio da igualdade, aponta, inicialmente, para a necessidade da igualdade de tratamento de todos perante a lei, sem que seja feita qualquer distinção, em virtudes das particulares condições do sujeito. No entanto, o que significa, realmente, igualdade? Ou, igualdade entre quem ou igualdade em que?

O conceito de igualdade está ligado, diretamente, ao sentimento de justiça. Milagros Otero Parga, dissertando sobre o tema, esclarece:

“De fato, esta união entre justiça e igualdade procede já da filosofia aristotélica. Nela se atribuíam dois significados a Justiça. Isto é, como legalidade e como igualdade, entendendo que a máxima expressão da justiça como igualdade é dar a cada um aquilo que lhe corresponde. Ao mesmo tempo, o filósofo distinguia entre justiça cumulativa ou numérica, que dá a todos por igual, e distributiva, que persegue, por outro lado, a proporcionalidade. Isto é, dar a cada um segundo as suas circunstâncias. Com isso estava claramente estabelecendo a possibilidade de realizar justiça outorgando um trato desigual a todos os seres humanos, quando a situação concreta assim o aconselhasse”.²⁸

E continua, dizendo:

“A questão não se centra na existência de desigualdades, nem na necessidade da igualdade total e absoluta, que não contemple diferenças. Pelo contrário, entendo que a verdadeira igualdade exige a convivência com a diferença, de forma que se

²⁷ MATA Y MARTÍN, Ricardo . *El principio de legalidad en el ámbito penitenciário*,

²⁸ OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales* – introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica, p. 102.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

alcance a denominada ‘regra de justiça’, no sentido de que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.²⁹

Canotilho, dissertando sobre o princípio da igualdade, aponta que ele pode ser analisado sob dois enfoques, interligados entre si. Assim, teremos uma igualdade entendida como *formal*, vale dizer, uma igualdade jurídica, presente na fórmula que diz que “todos são iguais perante a lei”, e um outro tipo de igualdade, considerada como *material*, onde, segundo o renomado professor, dever tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”.³⁰ Como dizia Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços, “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Nesse sentido, preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “a lei tem forçosamente de distinguir entre os homens – desigualando-os, portanto, aparentemente – a fim de poder igualá-los segundo a diversidade de situações. Sem isso é impossível tratar desigualmente os desiguais como impõe e exige a justiça”³¹

Esse raciocínio faz com que seja possível, em determinadas situações, levar a efeito um tratamento desigual entre pessoas, embora tenham praticado um fato semelhante, considerando-se suas desigualdades.

No que diz respeito à Justiça Penal, podemos afirmar que o princípio da igualdade é um dos menos observados. Muito embora os países ocidentais não estejam mais vivendo um período em que se poderia identificar a classe dos nobres, imunes à aplicação da lei, percebemos que, quando o tema é a aplicação da lei penal, o princípio da igualdade é constantemente violado, a exemplo do que ocorre no Brasil.

Infelizmente, ainda nos dias de hoje, mesmo após, anos a fio, discutindo a necessidade de se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, vemos que a aplicação da lei penal, principalmente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, ainda é dirigida a um público alvo, vale dizer, aos pobres e miseráveis. A seletividade do direito penal é um sinal evidente de que o princípio da igualdade não está sendo observado em muitos países.

Quando o autor da prática da infração penal, por exemplo, é uma pessoa sem “importância social”, isto é, quando aquele que cometeu o delito pertence às camadas sociais mais baixas, com certeza, a lei será aplicada a ele com todo rigor. No entanto, ao contrário, quando o autor da infração penal frequenta as camadas sociais mais elevadas, faz parte de um seletivo grupo que, inclusive, em algumas situações, possui o poder de conduzir o destino da nação, integrando algum dos Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), o seu tratamento é completamente diferente.

Uma simples verificação do sistema prisional confirma essa afirmação. Quantas pessoas de classe média, média alta ou alta estão recolhidas no sistema penitenciário? Será que os integrantes dessas classes não praticam crimes? Pelo contrário, muitos empresários, políticos, portadores de grandes fortunas, por exemplo, cometem infrações penais que causam danos irreparáveis à população em geral. Sonegam impostos,

²⁹ OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 103.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 426.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição*, p. 29.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

superfaturam obras públicas, abusam do poder que lhes foi conferido, enfim, são inúmeras as infrações penais praticadas pela chamada “elite”. No entanto, essas pessoas, eventualmente, são processadas criminalmente e, raramente, são levadas ao cárcere.

Assim, fica a pergunta: todos, realmente, são iguais perante a lei? Obviamente que não. A todo instante, o princípio da igualdade é quebrado, gerando, consequentemente, um sentimento de revolta na população.

Merece destaque, ainda, que, em virtude do princípio da igualdade, seja possível o ajuizamento das chamadas “ações afirmativas”, isto é, ações onde se procura, efetivamente, fazer com que a Justiça determine a concretização de um tratamento desigual a um grupo de pessoas que deve ser tratada desigualmente, em virtude de sua particular desigualdade, preservando-se, dessa forma, o princípio da igualdade.

Essas ações afirmativas tiveram origem nos EUA, em meados do século XX, e foram difundidas, principalmente, pelo mundo ocidental.

Conforme lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“são elas distinções no sistema normativo, em benefício de grupos determinados – negros, mulheres, minorias etc. – que visam a equipará-los (igualá-los) a grupos outros que servem de padrão de referência. (Na prática, os negros aos brancos, as mulheres aos homens etc.). Justificam-se tais distinções pela finalidade que é igualar e não desigualar, mas igualar corrigindo tratamentos discriminatórios – portanto, prejudiciais ao grupo – globalmente vigorantes na sociedade. Refletem elas a idéia do tratamento desigual dos que se apresentam desiguais na sociedade. Levam em conta não os indivíduos isoladamente considerados, mas os grupos a que pertencem”³²

3. O acesso à Justiça (Princípio da Justicialidade)

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que pretende ser conhecido em virtude do “Império das leis”, de nada valeria a exigência de legalidade se não houvesse um controle rígido sobre a sua aplicação.

De que adiantaria erigir uma série de direitos, considerados inatos ao ser humano, fundamentais, se não tivesse como defendê-los? O acesso à Justiça, portanto, pode ser considerado, também, como uma das colunas que dão sustentação ao Estado de Direito.

O homem, através da Justiça, pode se defender dos abusos, dos atos arbitrários, ilegais, praticados pelo próprio Estado, ou mesmo levados a efeito por outras pessoas que extrapolam o seu direito de liberdade. O princípio da justicialidade ou o direito de acesso à Justiça pode ser concebido, portanto, como um dos defensores da manutenção do Estado de Direito, impedindo que a lei venha a ser descumprida por quem quer que seja.

Na verdade, o primeiro trabalho, e um dos mais importantes, atribuídos a esse princípio diz respeito a averiguação da conformidade da lei com a Constituição. De nada adiantaria, por exemplo, a Constituição fazer previsão expressa da proteção da dignidade da pessoa humana para, logo em seguida, o legislador infraconstitucional criar uma norma onde se permitisse, *v.g.*, a tortura, como meio oficial de obtenção da confissão dos réus, nas ações de natureza penal.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 31.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A primeira missão do princípio da justicialidade, como se percebe, é levar a efeito o efetivo controle de constitucionalidade das leis, evitando-se que o princípio da legalidade seja violado, principalmente no que diz respeito à sua legalidade material, ou seja, a relação de conformidade entre o texto da lei e a Constituição, sua fonte de validade.

O controle de constitucionalidade foi exercido pela primeira vez, nos EUA, em 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*, onde o juiz Marshall, em sua brilhante decisão, demonstrou a supremacia da Constituição em comparação aos demais diplomas legais existentes no ordenamento jurídico que, obrigatoriamente, lhe deviam obediência, sob pena de serem declarados inválidos.

Em sua sentença, asseverou Marshall que “ou a Constituição é a lei superior, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos comuns e, como outros atos, pode ser alterada quando aprouver à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então uma lei, contrária à Constituição, não é direito; se a última é verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas, da parte do povo, para limitar o poder, por sua própria natureza imitável”.³³ Esse controle somente pode ser exercido em um Estado denominado de Constitucional.

De acordo com as precisas lições de Nuria Bellosó:

“O Estado Constitucional não é somente aquele que consagra a primazia da Constituição, a reserva de Constituição e o protagonismo da jurisdição constitucional, senão que é o marco jurídico-político de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, tanto os de primeira, com os de segunda, como os de terceira geração. Todos eles não podem ficar ancorados em uma mera formulação positivista, sem consequências. Os princípios, os valores, o sentido teológico dos direitos fundamentais devem servir de guia para que os poderes públicos implementem as políticas públicas necessárias para que os direitos fundamentais, principalmente os sociais, sejam uma realidade”.³⁴

Além da necessidade de ser exercido, pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade das normas, uma das características do acesso à Justiça, que o torna digno de credibilidade, diz respeito ao fato de que todos os que necessitarem deverão ser submetidos a julgamento perante um *juiz independente*.

Para que o juiz seja realmente independente, para que possa julgar, sempre, com imparcialidade as causas que lhe são apresentadas, é preciso que se revista com determinadas garantias. Essas garantias variam de Estado para Estado. Assim, nos países onde o juiz ingressa na carreira mediante concurso público, existe a garantia da *vitaliciedade*, somente podendo perder o seu cargo em virtude de um processo judicial. Em outros, onde o juiz é eleito, o prazo de seu mandato é determinado.

Além disso, a fim de preservar a imparcialidade e a justiça nos julgamentos, é preciso conferir ao juiz a garantia da *inamovibilidade*. Isso quer dizer que o julgador somente poderá deixar o seu local “normal” de trabalho se, volitivamente, desejar ir

³³ Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 35.

³⁴ BELLOSÓ MARTÍN, Nuria. *Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo*. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (maio) Faculdade de Direito de Valença (Brasil), 2008, pp.199-223.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

para outro lugar. Assim, não pode, abruptamente, em virtude de decisões políticas, ser impedido de julgar determinados fatos que, originalmente, seriam de sua competência.

A *irredutibilidade de vencimentos* também é de fundamental importância para garantia do julgador, que evitará ameaças por parte dos demais poderes, caso decida contrariamente aos interesses daqueles.

Para que ocorra, realmente, o acesso à Justiça por aquele que pretende buscar prestação jurisdicional, deverá o Estado facilitá-lo ao máximo possível. Assim, a população em geral não deve encontrar dificuldades para poder levar o seu conflito de interesses ao crivo do Poder Judiciário. Para tanto, há necessidade de se implementar, principalmente para as classes sociais mais baixas, a *Defensoria Pública*³⁵, bem como a *gratuidade do ingresso à Justiça*.

De nada adiantaria alegar, abstratamente, o acesso à Justiça, ou seja, de franquear o ingresso de alguém com uma ação em juízo se, no caso concreto, por razões de natureza econômica, isso fosse inviável.

Além da disponibilidade de Defensor Público, nas hipóteses em que o agente não conseguir arcar com os custos do processo, deverá ser-lhe concedida a *gratuidade de Justiça*, ou seja, o Estado deverá arcar com os custos do processo ou, se for o caso, cobrá-los da parte sucumbente, se não for declarada legalmente como carente de recursos indispensáveis à sua própria manutenção ou à de sua família.

Ainda no que diz respeito à Justicialidade, ou acesso à Justiça, não podemos nos esquecer que a aplicação da lei ao caso concreto somente será legítima se houver:

a) a preservação do chamado *juiz natural*, ou seja, o juiz que, anteriormente à prática do fato, tinha competência para julgá-lo, vedando-se, conseqüentemente, os tribunais de exceção;

b) o *due process of law*, permitindo-se o contraditório e a ampla defesa daquele contra quem foi proposta a ação;

c) a publicidade dos atos processuais, como regra;

d) a motivação das decisões judiciais;

e) a proibição das provas obtidas ilicitamente;

f) o direito a recorrer da decisão que lhe for contrária;

g) o reconhecimento da presunção de inocência.

Enfim, existe um conjunto de medidas e pensamentos que deverão ser adotados para que o acesso à justiça seja uma realidade.

Na área específica do processo penal, deve-se salientar que o início da ação penal, como regra, deverá ser feito pelo órgão oficial do Estado, vale dizer, o *Ministério Público*.

³⁵ O art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, integral e gratuita, em todos os graus, dos necessitados. Destina-se, como salienta José Fontenelle Teixeira da Silva à prestação de assistência jurídica integral e gratuita à população desprovida de recursos para pagar honorários de advogado e os custos de uma postulação ou defesa em processo judicial, ou extrajudicial, ou, ainda, de um aconselhamento jurídico (*in* Defensoria pública no Brasil – minuta histórica, <http://www.jfontenelle.net/publicados4.htm>, acessado em 15 de março de 2010).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Após a regular investigação dos fatos, levada a efeito pela polícia, os autos de investigação (ou inquérito policial, como é chamado no Brasil), deverão ser remetidos ao Ministério Público que, avaliando as provas ali produzidas, levará a efeito sua *opinio delicti*, ou seja, oferecerá a denúncia de acordo com sua convicção pessoal, dando início, assim, a *persecutio criminis in judicio*.

No começo da ação penal o Ministério Público atua como parte, permitindo a prevalência do princípio do *in dubio pro societate*, isto é, se houver dúvidas quanto aos fatos supostamente atribuídos ao indiciado, deverá ser iniciada a ação penal, para que tudo seja devidamente esclarecido em juízo, sob o crivo do contraditório.

Ao final da ação penal, uma vez terminada a instrução processual, o Ministério Público deverá despir-se de sua qualidade de parte, e assumir a postura de *custos legis*, ou seja, de *fiscal da lei*, somente podendo pugnar pela condenação do acusado se houver absoluta convicção de ter sido ele o autor da infração penal. Do contrário, se houver dúvida, essa deverá prevalecer em benefício do réu, aplicando-se o brocardo latino que determina o *in dubio pro reo*.

Merece ser destacado que em um Estado Constitucional de Direito nunca poderá existir a *inversão do ônus da prova*, vale dizer, o acusado em um processo penal não deverá provar a sua inocência, pois que a prova da culpa caberá, exclusivamente, ao órgão acusador oficial, o Ministério Público.

O contraditório deverá ser observado a todo custo. O acusado deverá ter acesso a tudo aquilo que contra ele está sendo levado em Juízo. Todas as provas deverão chegar ao seu conhecimento. Todas as testemunhas deverão também ser por ele inquiridas. Em suma, o processo é feito de partes e, conseqüentemente, as partes devem ter o mesmo tratamento.

Da mesma forma, a *ampla defesa* é um direito do acusado, que pode trazer aos autos tudo aquilo que entenda necessário, mesmo que, como já dissemos, não caiba a ele fazer prova da sua inocência, mas sim à acusação, que tentará demonstrar ser o acusado o autor do fato típico, ilícito e culpável.

Em conclusão, o acesso a Justiça, o direito de ser julgado com imparcialidade, por um Poder Independente, que lhe garanta o contraditório, a ampla defesa reforça o raciocínio do Estado de Direito, e não pode ser afastado sob qualquer argumento.

3.1 A ideia de Justiça Penal

Mesmo no século XXI, a Justiça ainda é um ideal a ser alcançado. Existe uma busca constante da sociedade para que a Justiça seja efetivamente realizada.

Parece que estamos diante de um conceito quase que inatingível. Isso porque, no que diz respeito ao processo, seja ele civil ou penal, como regra, uma das partes sairá insatisfeita com a decisão, sentindo-se, portanto, “injustificada”. Até mesmo a parte vencedora, quando seu pedido não for completamente concedido, poderá nutrir esse mesmo sentimento.

Com relação ao sistema prisional, que envolve sempre a prática de infrações penais, quando alguém é vítima de um delito, principalmente os mais graves, se em algum momento puder desabafar, dirá somente que quer que a “justiça seja feita”.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Assim, o que vem a ser Justiça? *Ab initio*, Justiça pressupõe interpretação, ou seja, em cada sociedade haverá regras que deverão ser observadas por todos, indistintamente. Quando alguma dessas regras é desobedecida, abre-se a possibilidade de aplicação da lei. Dificilmente a Justiça satisfará ambas as partes envolvidas num conflito, principalmente se estivermos diante de um crime. Para a vítima, ou mesmo seus familiares, sempre a pena aplicada ao condenado será insuficiente; para o condenado, sempre a pena será considerada exagerada.

Muito embora isso seja verdadeiro, a Justiça está no equilíbrio. Não podemos nos esquecer que os Juízes são aqueles que têm por missão precípua fazer a Justiça do caso concreto, procurando, como muito já se disse, “dar a cada um o que é seu”. No entanto, como é do conhecimento de todos, esses julgadores são seres humanos e, consequentemente, falíveis.

Salomão, ao suceder o trono de seu pai, o rei Davi, pediu a Deus que lhe desse entendimento para discernir o que era justo, a fim de que pudesse julgar com sabedoria o seu povo. Deus atendeu a oração de Salomão, e deu-lhe um coração sábio e inteligente, como nunca havia existido antes, tampouco haveria outro igual depois.³⁶

Uma demonstração dessa sabedoria encontra-se no julgamento de uma causa levada ao conhecimento do rei Salomão por duas prostitutas. Diz a Bíblia que as duas moravam juntas numa mesma casa e ambas tinham, recentemente, dado à luz a seus filhos. Numa determinada noite, uma delas adormeceu sobre a criança, matando-a. Ao verificar que seu filho havia morrido, trocou o seu bebê pelo da sua companheira de habitação, colocando a criança morta junto aos braços da outra mãe. Esta última, ao levantar-se pela madrugada a fim de amamentar seu filho, verificou que a criança colocada ao seu lado estava morta e, logo pela manhã, percebeu que aquele não era seu filho. Surgiu, portanto, uma discussão entre elas, ambas reivindicando a criança que estava viva. Dessa forma, levaram os fatos ao conhecimento do rei Salomão que, não conseguindo apurar a verdade do que havia ocorrido realmente, determinou fosse trazida uma espada, com a qual repartiria a criança ao meio, entregando metade dela para cada uma daquelas mulheres. A verdadeira mãe, ao ouvir essa sentença, desesperada, nutria um amor inigualável por seu filho, implorou que a criança permanecesse viva, mesmo que com outra mulher. A outra, ao ouvir a decisão, não se importou, e achou a solução ideal. Com sabedoria, Salomão pode reconhecer quem era a verdadeira mãe, e entregou a criança para aquela que a queria viva, de qualquer jeito, mesmo longe da sua presença.³⁷

Na mitologia grega, Têmis era a guardiã dos juramentos dos homens e da lei, sendo habitual a sua invocação nos julgamentos que eram realizados perante os magistrados, o que levou a ser reconhecida como a “deusa da justiça”. No início, Têmis era representada como uma divindade de olhar austero, sendo que seus olhos ainda não eram vendados. Segurava, em uma de suas mãos, uma balança, simbolizando o equilíbrio na decisão, e/ou uma cornucópia, que era um vaso em forma de chifre, com abundância de frutas e flores, que simbolizava fertilidade.

Foram os artistas alemães do século XVI que introduziram a venda nos seus olhos, simbolizando a imparcialidade da Justiça, não tratando de forma diferente as partes em litígio, fossem elas ricas ou pobres, poderosas ou humildes, grandes ou pequenas. As

³⁶ Bíblia de Estudos Genebra, 1 Reis, Capítulo 3, versículos 8 a 12.

³⁷ Bíblia de Estudos Genebra, 1 Reis, Capítulo 3, versículos 16 a 28.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

suas decisões deveriam ser fundamentadas, apenas, na sabedoria das leis, que devem ser aplicadas a todos, indistintamente.

No que diz respeito ao simbolismo existente na balança que ocupa uma das mãos dessa suposta “deusa da justiça”, Ana Messuti preleciona que:

“A balança que se representa é a balança grega, e não a romana. Por que predomina na imagem da justiça a balança grega, de dois pratos, e não a romana, que tem somente um? Uma explicação seria que não se trata de colocar em relação um objeto com um peso determinado, senão estabelecer uma equivalência entre dois objetos, ou melhor, a superioridade de um frente ao outro, partindo do pressuposto de que ambos são da mesma natureza. (nas representações do Juízo Final também aparece a balança de dois pratos).

Este tipo de balança é um instrumento que se presta facilmente a falsificação. Por que então representar como instrumento para realizar um cálculo que se desejava exato uma balança que deixava aberta a possibilidade da inexatidão? Talvez se desejava representar não somente o que se esperava alcançar, recorrendo à justiça: o ponto de equilíbrio, a estabilidade do instrumento, senão o que se desejava que a justiça não fizesse: incorrer em parcialidade. Na *A parcialidade*, de Bock (1610-1611), se observa a inclinação de um dos pratos até o lado do que está colocando nele um presente, e consta uma inscrição: ‘Sob a aparência da justiça se inflige um dano ao pobre, ainda seja inocente, pois os presentes têm mais peso que as leis’. Assim como a balança é um instrumento que inspira desconfiança, também a Justiça a inspira. Com a balança na mão não se representa uma Justiça justa. Se representa uma Justiça que pode ser justa, mas também injusta”.³⁸

A falha de um julgador na seara penal pode conduzir ao cárcere uma pessoa inocente, ou mesmo deixar impune uma outra que merecia ser condenada. Em ambas hipóteses, a Justiça não é concretizada. Por outro lado, mesmo que alguém tenha sido condenado pela prática de uma determinada infração penal, se a sua pena ficar aquém, ou mesmo além de sua culpabilidade, isto é, do juízo de reprovação que deverá, obrigatoriamente, recair sobre o seu comportamento, também não terá sido realizada a Justiça.

Também considera-se injusto o cumprimento de uma pena em condições não determinadas na sentença. Se o réu foi, tão somente, condenado a uma pena privativa de liberdade, colocá-lo em local que seja considerado indigno a qualquer pessoa, sem as condições mínimas necessárias de sobrevivência, também pode ser considerado como injusto.

3.2. A justiça do tempo como pena

Na maioria das sociedades modernas que, de uma forma ou de outra, resolveu eliminar as penas corporais, surgiu um novo problema: o da Justiça na determinação do tempo como pena.

O que faz, por exemplo, que um mesmo fato, que é tido como crime em uma determinada sociedade, receba punição diferente em outra? Por quê, em alguns ordenamentos jurídicos, um fato criminoso é punido com uma simples pena de multa, e

³⁸ MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*, p. 28.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

em outros com privação da liberdade? Por que determinados fatos são considerados como indiferentes penais em certas sociedades, e criminosos em outra?

À essas perguntas podemos responder, mesmo que de maneira não absoluta, com o argumento de que são diferentes os valores constantes em cada sociedade. Aquilo que para uma determinada cultura pode ser relevante, para outra pode não ser tão importante. Veja-se o que ocorre, por exemplo, com o aborto. Em alguns ordenamentos jurídicos, não se pune o aborto; em outros, configura-se como uma infração penal de natureza grave, punida com pena privativa de liberdade.

De qualquer forma, quando nos deparamos com uma pena de privação de liberdade, isto é, aquela em virtude da qual utilizamos o tempo de vida do condenado como forma de punição, temos que ter uma atenção maior para essa concepção tão fluida, tão abstrata, que é a Justiça. Isto porque jamais se poderá remir o tempo perdido de um ser humano. Suas expectativas, seus projetos, seus sonhos, tudo isso será frustrado se não puder gozar de sua liberdade. Como afirma, com precisão, Mumford, “não se pode restituir o tempo, como se pode restituir o dinheiro”.³⁹

A Justiça do tempo como pena está ligada intimamente ao conceito de proporcionalidade. Muito embora os filósofos gregos, a exemplo de Aristóteles, em sua *Ética a Nicômano*, fizessem uma correlação entre o justo e o proporcional, é na obra de Beccaria que o discurso da Justiça da proporcionalidade ingressa, definitivamente, no raciocínio penal. Em uma de suas brilhantes passagens, afirma Beccaria que “quem vir estabelecida a mesma pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão, para quem assassina um homem, ou para quem falsifica um documento importante, não fará nenhuma distinção entre esses crimes”.⁴⁰

A discussão a respeito da idéia de pena proporcional, portanto, não é nova. A partir, principalmente, do século XVIII, com destaque para a obra de Beccaria, as discussões sobre as penas proporcionais vêm sendo travadas com progressos e retrocessos. Podemos indicar, ainda, o Código de Hamurabi como aquele que, tecnicamente, por primeiro nos forneceu uma noção inaugural de proporcionalidade, mesmo que não se pudesse afirmar, com certeza absoluta, que o “olho por olho e o dente por dente” cumpria rigorosamente essa função. O certo é que penas desproporcionais nos trazem a sensação de injustiça. Desde criança, raciocinamos com a idéia de castigo proporcional à nossa desobediência. A idéia de proporção é inata ao ser humano.

Contudo, um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é, justamente, o de encontrar a pena proporcional, principalmente quando se tem em mira a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade, penas intermediárias que procurem dar a resposta ao “mal” praticado pelo agente, mas com os olhos voltados para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é fácil, portanto, a elaboração do raciocínio perfeito que tenha em conta que a severidade da pena deva ser proporcional à gravidade do delito, mesmo porque, considerando-se o nível atual de inflação legislativa, o número excessivo de tipos penais incriminadores torna cada vez mais difícil o raciocínio da proporcionalidade, uma vez que cada tipo merecerá a sua comparação no ordenamento jurídico-penal.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar asseveram que:

³⁹ L. Mumford. *Técnica y civilización*, p. 34.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Capítulo XXIII.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

“Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou.”⁴¹

Podemos destacar dois momentos de aferição obrigatória da proporcionalidade das penas. Inicialmente, o primeiro raciocínio seria levado a efeito considerando as penas cominadas em abstrato. Como princípio implícito, podemos extrair o princípio da proporcionalidade do princípio da individualização das penas.⁴² Quando o legislador cria o tipo penal incriminador, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, esta sanção deverá ser proporcional à gravidade do mal produzido pelo agente com a prática da infração penal.

Sabemos que o raciocínio da proporcionalidade não é dos mais fáceis, pois que não podemos mensurar, exatamente, quanto vale a vida, a integridade física, a honra, a liberdade sexual etc. Contudo, faz-se mister que tal proteção ocorra mediante uma pena entendida como a mais proporcional possível, considerando-se o bem atingido pelo delito.

Conforme lições de Ferrajoli:

“O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexó retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação à natureza e à gravidade do outro*.”⁴³

Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais

⁴¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I, p. 230-231.

⁴² No que diz respeito aos princípios constitucionais implícitos, a exemplo do que ocorre com o princípio da proporcionalidade, O. Sánchez Martínez, assevera, com propriedade, que “a Constituição faz algumas referências concretas ao direito penal. Nela se encontram explicitamente contidos princípios de aplicação no âmbito penal. Mas esses princípios expressos, cujo valor jurídico não parece oferecer dúvidas, não são os únicos contemplados pela dogmática penal. Também são derivados de preceitos constitucionais princípios implícitos. A formulação desses princípios provém de seu conteúdo coerente com outras regras e princípios formal e expressamente vinculados a fontes” (Olga Sánchez Martínez, in *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, p. 84).

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 320.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas para que, por mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.

Se o legislador é o primeiro responsável pelo raciocínio da proporcionalidade, considerando-se abstratamente a infração penal por ele criada, o segundo responsável será o julgador, agora, quando do cometimento da infração penal prevista em algum diploma repressivo, pois que, como bem observado por Esperanza Vaello Esquerdo, “trata-se de um princípio que tem um duplo destinatário, pois vai dirigido tanto ao legislador como ao juiz. O primeiro no sentido de exigir-lhe que, ao elaborar as leis, estabeleça penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito, e ao segundo para que no momento de aplicá-las imponha sanções acomodadas à concreta gravidade do delito executado, fazendo uso da margem de discricionariedade que dispõe”.⁴⁴

Se o bem jurídico possui, em tese, determinado valor, e se esse valor é, por intermédio do Direito Penal, mensurado por uma sanção previamente cominada na lei, no caso concreto, deverá o julgador, de acordo com um processo de individualização da pena, encontrar aquela proporcional ao mal praticado especificamente por determinada pessoa, autora do delito.

São, portanto, dois os momentos de aferição da proporcionalidade: o primeiro, por meio das penas cominadas em abstrato; e o segundo, através das penas aplicadas ao caso concreto.

Assim, ocorrerá a Justiça do tempo como pena quando houver proporcionalidade entre, inicialmente, a gravidade do fato previsto em abstrato pela infração penal, e a pena a ela cominada, bem como, em virtude do comportamento criminoso efetivamente praticado pelo agente, e a pena a ele aplicada, pois, como bem observado por Ana Messuti, “a pena enquanto excede da justa medida (E qual é a justa medida?) é um mal injustificável. Essa parte excessiva da pena não se encontra amparada nem na norma jurídica, nem na norma moral. É pura infração”.⁴⁵

3.3. A vítima e o condenado: concepções antagônicas de Justiça

Por mais que se tente chegar a um *quantum* razoável de pena, sempre com vistas ao princípio da proporcionalidade, nunca chegaremos a um consenso. A própria existência de penas diferentes, nos diversos ordenamentos jurídicos, já é uma demonstração da dificuldade que se tem em encontrar um número exato.

Essa impossibilidade reside no fato de que jamais poderemos, por exemplo, mensurar a dor de alguém que foi agredida fisicamente, ou daquela mulher que foi vítima de um delito de estupro. Não há como transformar essa dor, essa violação a um bem juridicamente protegido, em quantidade de privação de liberdade. Assim, o máximo que podemos fazer é tentar, de acordo com algum critério de proporção, encontrar uma pena que possa punir o agressor, ou seja, retribuir o mal por ele praticado.

⁴⁴ ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*, p. 43.

⁴⁵ MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*, p. 66.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

De qualquer forma, todo raciocínio será uma tentativa de se preservar a dignidade da pessoa humana, seja ela a própria autora da infração penal, ou mesmo a vítima. Temos, portanto, no que diz respeito à Justiça do tempo de pena encontrado para se reprovar e prevenir o cometimento de infrações penais, duas concepções que, certamente, são antagônicas.

Por um lado, temos a vítima, ou seja, aquela que sofreu com a prática da infração penal. Para ela, em quase todos os casos, a pena aplicada ao infrator será sempre insuficiente, ou seja, será sempre alguém do sofrimento por ela experimentado. Para a vítima, por maior que seja a pena infligida ao condenado, nunca será suficiente se comparada ao mal por ela sofrido. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com uma mulher que fora vítima de um delito de estupro, ou de um alguém que ficou tetraplégico após ter sido atropelado por um motorista, que dirigida embriagado o seu automóvel. Para essas pessoas, punir o agente com uma pena de 3, 5, 8 ou mesmo 20 anos, ainda será insuficiente. Trabalhemos, ainda, com a hipótese dos familiares da vítima de um crime de homicídio. Eles nunca aceitarão a possibilidade de liberdade futura do homicida.

Nesses casos, como se percebe, para a vítima, ou para as pessoas que lhe são próximas, a pena será sempre insuficiente. Por isso, clamam por uma “Justiça” que faça com que o agente receba uma sanção que importe numa privação quase que perpétua de sua liberdade. Sua satisfação estará em saber que aquele que praticou a infração penal terá perdido seu tempo restante de vida.

Por outro lado, temos o condenado, isto é, aquele que por ter praticado um fato típico, ilícito e culpável foi sentenciado a cumprir uma determinada pena de privação de liberdade, e assim terá que desperdiçar parte de sua vida praticamente isolado dos demais membros da sociedade, de que foi arrancado pelo próprio Estado.

Para quem cumpre pena, o tempo é diferente daquele que se encontra fora das grades, que continua a ter seu convívio em sociedade *extra muros*. Podemos imaginar uma situação simples, mas que retrata, mesmo que de maneira distante, a realidade do cárcere, ou seja, a situação de alguém que se encontra impedido de circular livremente. Assim, imagine-se a hipótese onde alguém, por um motivo qualquer, tenha ficado “trancado” dentro de sua própria residência, com todo o conforto que lhe era possível. Imagine-se também que essa pessoa, não tendo como comunicar-se com o mundo exterior (por não ter telefone, por residir em local afastado dos centros urbanos etc.), tenha sido “condenada” a permanecer presa durante todo um final de semana, até que seus parentes regressassem àquele local.

O simples fato de não poder sair, de ter o seu direito de liberdade limitado, causa uma profunda angústia. Agora, o que diremos daquele que fora sentenciado a cumprir alguns, ou mesmo muitos anos de prisão, sendo colocado em um ambiente hostil, fétido, onde não conhece as pessoas que ali se encontram?

Alguns programas de televisão, mesmo sem que tenha sido essa a finalidade, conseguiram retratar, parcialmente, o que ocorre quando pessoas são confinadas em um determinado local. Assim, um grupo de pessoas é observado 24 horas pela população, curiosa em conhecer todos os seus passos, toda a sua intimidade. Com o passar dos dias, as pessoas vão se tornando hostis; o tempo no interior daquele lugar parece não passar; os nervos vão se aflorando e, por qualquer motivo, surgem discussões e até mesmo agressões físicas e/ou morais.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Essa pequena, mas distante, realidade do confinamento nos mostra um pouco do que ocorre no cárcere. Obviamente que as proporções são incomparáveis. Permanecer durante anos a fio em uma cela minúscula, fétida, sem água corrente, tendo que fazer suas necessidades fisiológicas na presença de todos, longe de seus amigos e familiares, impedido de ver a luz do sol durante quase todo o dia, é completamente diferente desses programas de televisão, onde as pessoas, embora confinadas, possuem todo o conforto possível.

A comparação, portanto, é só para demonstrar a angústia que nos causa a sensação de privação de liberdade. Dessa forma, como o condenado à privação de liberdade entende a Justiça do tempo como pena? Para ele, sempre a restrição à sua liberdade será demasiada, não importando o tempo, ou mesmo a infração penal por ele cometida. A Justiça, portanto, encontra-se no equilíbrio. Nem penas que seriam ridículas, comparativamente ao mal praticado pelo comportamento criminoso do agente, tampouco penas excessivas, que somente serviriam para desfigurar o ser humano. Além do princípio da proporcionalidade, para que possamos encontrar esse equilíbrio, devemos trabalhar, também, com o princípio da razoabilidade.

4 O princípio de liberdade

O termo liberdade é originário do latim *libertas-atis* e, dentre outras definições, diz respeito a faculdade natural que possui o homem de agir de uma maneira ou de outra, e de não agir, pelo que é responsável por seus atos; estado ou condição de quem não é escravo; estado de quem não está preso; falta de sujeição e subordinação; prerrogativa, privilégio, licença; isenção de etiquetas etc.⁴⁶

Como se percebe, a liberdade pode ser entendida sob vários aspectos, desde a simples liberdade de se comportar antissocialmente, até mesmo a de praticar um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Para cada exercício desse direito de liberdade poderá advir conseqüências diversas.

Assim, por exemplo, aquele que, mesmo sabendo de seu comportamento antissocial, não se comporta corretamente em um restaurante, receberá uma resposta de seus pares que, provavelmente, o excluirão das próximas reuniões, não mais o convidarão para participar de confraternizações naqueles lugares etc. Por outro lado, aquele que, extrapolando o seu direito de liberdade, pratica um comportamento contrário, por exemplo, ao ordenamento jurídico-penal, poderá ser privado do seu direito de ir, vir e permanecer onde bem entenda. É nesse sentido, ou seja, o da liberdade, ou mesmo do excesso de liberdade, que importe em conseqüências jurídicas (de natureza penal), que faremos o seu estudo.

A liberdade, um dos três princípios universais da revolução francesa, juntamente com a fraternidade e a igualdade, é um dos pilares básicos dos direitos humanos.

Segundo as lições de Gerhard Oestreich:

“A idéia dos direitos humanos converge, hoje, de forma unitária para o aspecto de considerar que todo ser humano é livre por nascimento, quer dizer, que nasce com um direito moral a liberdade. O ser humano unicamente pode realizar-se a si mesmo em liberdade pessoal, liberdade de ser e de chegar a ser livre. Todo ser

⁴⁶ Dicionário de la lengua española – Real Academia Española, p. 1372-1373

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

humano tem o mesmo direito a liberdade. Cada um dos direitos baseados na dignidade e liberdade do ser humano garante a vida, sua segurança, a propriedade e sua liberdade religiosa e de pensamento – para somente citar as conseqüências mais importantes da vida política - . Tais direitos formam a base da que deriva a multiplicidade dos direitos fundamentais, social, política e economicamente inalienáveis, que fazem possível a vida de acordo com cada uma das concepções do ser humano”.⁴⁷

A liberdade é um direito inerente ao ser humano, que somente pode dela ser privado em situações excepcionais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona que:

“a sociedade contemporânea, cujas raízes estão no *Ocidente* do século XVIII, tem como inspiração original a idéia de liberdade. Na cosmovisão que veio a predominar no ‘mundo civilizado’, ou seja, a Europa Ocidental, em meados dos anos setecentos, indubitavelmente tem primazia a idéia de liberdade. Mas a liberdade vista como autonomia da conduta individual – a ‘liberdade dos modernos’ na famosa fórmula de Constant e não a liberdade encarada como participação nas decisões políticas, a ‘liberdade dos antigos’. A idéia de direito que então se generaliza, e que inspira as revoluções Americana e francesa, é tão marcada pela preocupação com a liberdade, que se tornou conhecida como ‘liberal’”.⁴⁸

A história deixou um rastro de incontáveis cadáveres que se rebelaram contra o Estado que, a todo custo, queria privar-lhes arbitrariamente da sua liberdade. Certo é que o homem é um ser social, ou seja, necessita viver em sociedade, e, conseqüentemente, precisa dividir seu espaço com outros. Para que essa convivência seja a mais pacífica possível, nosso direito de liberdade não pode ser absoluto, sob pena de prevalecer o caos.

Não existe, portanto, um direito absoluto de liberdade, que pode e deve ser limitado em prol do bem comum e da paz social. Com precisão, Otero Parga enfatiza que quando dizemos que o indivíduo deve ser livre, nos referimos a todos os indivíduos e não somente a uns poucos. E precisamente por isso é necessário que a sociedade imponha limitações à liberdade absoluta de cada ser humano com a finalidade de poder alcançar e garantir a de todos, logrando a paz, a justiça, a segurança, a ordem e o bem comum.

Merece ser destacado que a liberdade, portanto, deixa de ser absoluta, mas esta diminuição deve realizar-se, em uma sociedade democrática, unicamente através das leis e respeitando, em todo caso, o princípio da legalidade. Já que somente ocorre deste modo, tem sentido privar ao homem de parte daquilo que lhe corresponde. Tem sentido porque se fundamenta em um fim superior, que é a consecução de uma sociedade na qual se respeitem e garantam os direitos de todos e não, primordialmente ao menos, os daqueles que tenham mais força para fazer-los valer.⁴⁹

⁴⁷ OESTREICH, Gerhard. *La idea de los derechos humanos a través de la historia*. Pasado y presente de los derechos humanos, p. 25.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 1.

⁴⁹ OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 53-54.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Assim, existe necessidade de que a nossa liberdade seja, de alguma forma, limitada, o que não anula o seu conceito original, ou seja, de que o homem nasceu para ser livre.

Liberdade e limitação ao direito de liberdade são como que o verso e o reverso de uma mesma moeda. Só se pode ser verdadeiramente livre se essa liberdade não for absoluta, pois, caso contrário, prevaleceria a lei do mais forte, e o direito do mais fraco sempre seria arbitrário e abusivamente cerceado.

Existem, portanto, regras básicas de convivência, impostas pelo imaginário *contrato social*, que devem ser observadas. A desobediência a algumas delas, consideradas as mais graves e importantes, poderá, inclusive, ocasionar a privação da liberdade daquele que a descumpriu, podendo ser limitado o seu direito de ir, vir ou permanecer. Nesse último caso, somente o Estado, através de suas normas, pode fazer com que alguém seja privado dessa liberdade ambulatorial. Essa privação, contudo, não pode ser arbitrária, tirânica, devendo ser determinada somente em casos extremos.

Infelizmente, a história demonstra que quem detém o poder, normalmente tende a dele abusar. Por isso, há necessidade de limitação desse mesmo poder, limitação essa que deverá ser levada a efeito por um instrumento onde prevaleça a vontade soberana do povo, vale dizer, a lei. A lei, dessa forma, é a maneira pela qual o povo, através de seus representantes, cria as regras de convivência social, bem como as sanções pelo seu descumprimento. O Estado, a partir dessa visão legal, deixa de ser um tirânico opressor, para ser um representante, um organizador da vontade popular, e o único encarregado de executar, ou seja, de fazer valer a vontade do povo manifestada através da lei.

A lei passa a ser encarada como uma manifestação da liberdade popular, liberdade que chega mesmo ao ponto de consentir na sua própria privação, pois que, quando se convive em sociedade, ninguém pode fazer tudo aquilo que bem entenda, ou seja, o sujeito é verdadeiramente livre quando ele reconhece, também, o direito de liberdade do outro.

Montesquieu, no capítulo 3, do Livro 11, de *O Espírito das Leis*, afirmava que numa sociedade onde há leis, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder”.

De acordo com as precisas lições de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños:

“não pode existir um autêntico amor à *liberdade* sem que exista um paralelo respeito à *ordem*. A segurança que proporciona a ordem é a plataforma segura que os permite alcançar elevados níveis de independência. Toda convivência exige uma equação entre essas duas variáveis: liberdade e ordem-segurança. Se costuma realçar a primeira parte da equação, a dimensão positiva da liberdade e postergar a segunda, mais negativa, por considerar a ordem menos relevante. Viver em sociedade comporta uma série de direitos, mas também uma série de responsabilidades perante o grupo. O valor da liberdade tem que vir acompanhado de uma responsabilidade de nosso comportamento perante os demais. Se vivêssemos sozinhos, nossa liberdade poderia se projetar ao infinito, sem encontrar obstáculos, mas como vivemos em comunidade, nossa liberdade se deve canalizar dentro do conjunto da sociedade”.⁵⁰

⁵⁰ RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica – bases para creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, p. 9.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Por conta desse ideal libertário, os revolucionários do século XVIII fizeram consignar em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que a lei é a expressão da vontade geral (art. 6º), e que os homens nascem e são livres e iguais em direitos, sendo que as distinções sociais somente podem ser fundamentadas na utilidade comum (art. 1º). A liberdade, como um ideal a ser perseguido, consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Dessa forma, como esclarece o art. 4º da mencionada Declaração, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos, sendo que aqueles limites somente podem ser os determinados expressamente pela lei. Para que exista verdadeiramente a liberdade, a lei não pode proibir comportamentos que não sejam nocivos à própria sociedade, podendo o sujeito fazer tudo o que a lei não proíba ou mesmo deixar de fazer tudo aquilo que ela não manda.

Como se percebe, liberdade e lei são termos intimamente relacionados. Não existe liberdade sem lei, uma vez que isso resultaria em verdadeira anarquia, o que acabaria com o próprio conceito de liberdade. Por outro lado, não existe lei sem liberdade, uma vez que a lei é fruto do somatório das liberdades, ou seja, a lei somente existe porque houve a soma das liberdades que a criaram. Assim, podemos afirmar que o princípio da legalidade, pilar fundamental no chamado Estado de Direito, é quem, efetivamente, permite o reconhecimento e o exercício do direito de liberdade.

Nas sociedades pós-modernas, existentes nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, esse conceito de liberdade ganhou uma nova conotação. Não se fala aqui, tão somente, em liberdade de exercício de direitos, mas sim na impossibilidade quase que absoluta de se exercitar esses direitos, tendo em vista a completa ausência do Estado Social.

Em termos mais claros, não se pode falar em liberdade quando a população não possui, por exemplo, as mínimas condições existenciais. Não existe liberdade onde não há dignidade. Não existe liberdade onde não se tem direito à saúde, educação, lazer, habitação, cultura, alimentação, enfim, direitos básicos inerentes a todo ser humano. Dessa forma, além do vínculo existente entre liberdade e lei, não podemos nos esquecer da estreita relação que existe entre liberdade e dignidade da pessoa humana.

Modernamente, a liberdade tem sido analisada em dois blocos de classificação. De um lado, as *liberdades positivas*; do outro, as *liberdades negativas*.

Otero Parga, dissertando sobre o tema, esclarece que:

“Se entende pela primeira, isto é, pela positiva, todo o relacionado com a autonomia da vontade. Quer dizer, o referente ao poder ordenar as ações de acordo com as normas que o sujeito dita a si mesmo. Enquanto que a segunda, a negativa, se refere ao âmbito no qual o sujeito pode atuar sem interferências. Quer dizer, a inexistência de obstáculos para a ação do sujeito. Deste modo, a liberdade positiva se manifesta na esfera do legalmente ordenado, enquanto que a negativa na do legalmente permitido.”⁵¹

Existe, também, outra classificação das liberdades, que mais nos interessa em virtude do propósito do nosso estudo, que a divide em *liberdade formal* e *liberdade*

⁵¹ (OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 60).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

material. Por liberdade formal podemos entender a liberdade de natureza jurídica, vale dizer, a ausência de normas que impeçam alguém de praticar determinado comportamento. Em direito penal, por exemplo, é lícito praticar todas as condutas que não sejam expressamente proibidas pela lei. O fato do comportamento ser antissocial, ou seja, contrário às regras sociais de convivência, não impede o agente de praticá-lo. Assim, v.g. em determinadas sociedades, arrotar durante ou após as refeições se configura em um comportamento repellido socialmente, mas não importa, na maioria dessas sociedades, na prática de algum crime; em outras, não arrotar significa justamente o contrário, ou seja, que a refeição não satisfaz o convidado, causando certo constrangimento para aquele que fez o convite.

A liberdade material, ou real, é também conhecida como *liberdade prática*, e, de acordo com as lições de Milagros Otero Parga, é “a que se produz quando um indivíduo carece de impedimentos de caráter pessoal para fazer algo. Estes tipos de impedimentos podem ser diversos, englobando também os motivos econômicos, sociais, culturais, técnicos etc.”⁵²

Nos países subdesenvolvidos, em desenvolvimento, ou emergentes, como querem alguns, a ausência de liberdade material é gritante. Principalmente nos grandes centros urbanos, como acontece, por exemplo, nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte etc., os mendigos espalham-se pelas ruas, suplicando por um prato de comida. A pergunta que nos fazemos é: Será que essas pessoas são, realmente, livres? Embora formalmente sim, falta-lhes, como se percebe, a liberdade de natureza material. Se um mendigo, por exemplo, necessitar evacuar e, para tanto, não houver disponível qualquer sanitário público, poderá dispor de um canto, em qualquer praça pública, para ali satisfazer suas necessidades fisiológicas? Deveria ele responder, nesse caso, pelo delito de ato obsceno, previsto no art. 233 do Código Penal? Teria ele liberdade de escolha, entre praticar ou não esse ato, possivelmente considerado como obsceno? Todas essas perguntas nos levam a concluir que, nesse caso, faltava-lhe a liberdade de natureza material, não podendo, pois, ser responsabilizado por esse ato.

BIBLIOGRAFIA

- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, V. I;
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999;
- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950;
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*. En: *Humana Iura. Suplemento de Derechos Humanos. Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, 5, 1995 pp.51-91;
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual*. En: *Estudios Filosóficos*. Salamanca, San Esteban, vol.45, nº 128, 1996, pp.127-159;

⁵² OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 60-61.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*. En: "Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada". Universidad de Navarra, nº 41, vol.II, 1999, pp.525-578;
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas*, en Belloso Martín, Nuria, Coordinadora, *Estudios sobre mediación: la ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2006.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Mediación penal de menores*. En *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324;
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana algunas contradicciones*. En: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, Porto Alegre, (Brasil) HS Editora, Ano 2, nº4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60;
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo*. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (mayo) Faculdade de Direito de Valença (Brasil), 2008, pp.199-223;
- BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*;
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994;
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998;
- BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997;
- BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004;
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias – uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*. Madrid: Tecnos, 2002, 5ª edición;
- Diccionario de La lengua española. Madrid: Real Academia Española, 2001;
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, 5ª Ed.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2007, 9ª Ed.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007, 4ª Ed.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Civitas, 2001, 2ª Ed.;

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002;

GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”*. (Derecho penal del enemigo – el discurso penal de la exclusión). Buenos Aires: IBdeF, 2006, Volumen 1;

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel electrónica – bases para creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*. Cádiz: Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001;

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario* (inédito).

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. “Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España”. *Revista de Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni editores (2009-1).

MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2008;

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. Barcelona: 1996, 4ª edición;

Mir PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Reppertor, 1996;

MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009;

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006;

MONTESQUIEU (Barão de Brède e de.). *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998, 5ª Ed.

OESTREICH, Gerhard; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Pasado y presente de los derechos humanos*. La idea de los derechos humanos a través de la historia. Madrid: Tecnos, 1990;

OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*. Universidade de Santiago de Compostela, 1999;

OTERO PARGA, Milagros. *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, México, Edit. Porrúa, y Universidad Panamericana, 2006;

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 1996;

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 2000;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001;

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica*. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano*, en www.laleydigital.es, acceso el 23 de septiembre de 2009;

SÁNCHEZ MARTINEZ, Olga. *Los principios en el derecho y La dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004;

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994;

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Introducción al derecho penal*. San Vicente Del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002;

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 8ª edición, 2008;

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* (parte general). Granada: Universidad de Granada, 1991.

A PRIVATIZAÇÃO DAS PRISÕES

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.
Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS, na graduação e
na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e
Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela
Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal).
Especialista em Processo pela UNIFACS.

É indiscutível que a nossa realidade carcerária é preocupante. Os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos. Ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábrica de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados. Por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado.

Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros. Este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Bem a propósito é a lição de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira: "Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação." (Folha de São Paulo, 06/06/2005).

Este é o nosso sistema penitenciário. Há solução?

Alguns advogam há algum tempo a idéia da privatização das prisões.

Somos intransigentemente contrários à privatização das prisões pelos motivos aduzidos:

Como se sabe, é exclusividade do Estado manter a ordem pública mediante o uso da força, quando necessário, pois, salvo em casos excepcionais como a prisão em flagrante ou o desforço imediato, não é permitido ao particular coagir outrem com o uso da força; de regra, tal munus cabe à Administração Pública.

“Se parece certo que o sistema de justiça criminal se abre numa ponta para a incorporação explícita da racionalidade econômica, na outra ele tende a ser cada vez mais condicionado pela racionalidade do sistema político, que não por acaso passa a girar na dinâmica do governo pelo crime. Inflação normativa, conceitos jurídicos indeterminados e políticas draconianas para polícia, tribunais e prisões reforçam-se mutuamente como mecanismos de captação de dividendos eleitorais e figuram no centro do novo senso comum criminológico. Pela via do populismo penal, o governo pelo crime converte-se em arena de vocalização de medo,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

insegurança e ressentimento em tempos de violência-espetáculo e apartheid social. Note-se que o bode expiatório da “guerra ao crime” e da hiperpunição confere uma espécie de sobrevida irracional a sistemas políticos crescentemente esvaziados pela unidimensionalidade dos discursos e programas partidários, pela volatilidade indiferente que marca o intercâmbio das agendas e práticas institucionais entre administrações distintas, pelo circuito fechado dos arranjos neocorporativos entre os donos do dinheiro e os do poder, pela gansterização dos partidos, pela desterritorialização das arenas decisórias, pelo paradoxo da regulação da desregulação e pela substituição da gramática dos direitos do cidadão pelo melhor interesse do consumidor. O direito penal seletivamente mínimo da época anterior tende a assumir cada vez mais a forma de um contradireito penal máximo, que normaliza práticas punitivas incompatíveis com princípios elementares do Estado de Direito, na lógica de um direito penal do inimigo que se expressa emblematicamente na legalização da tortura, mas também na introdução de categorias jurídicas indeterminadas nos ordenamentos e no afrouxamento de garantias processuais em nome de um ideal de eficiência punitiva. Inserida nessa constelação de mudanças de largo alcance, a política de privatização do sistema penitenciário revela-se como uma figura central do estado de não-direito contemporâneo, em que a velha barbárie punitiva da periferia parece se realizar cada vez mais na novíssima regressão penal do centro.”¹

Assim, difícil é se admitir que seja delegada à iniciativa privada a possibilidade de ter sobre o homem o poder de sua guarda. Até do ponto de vista do Direito Administrativo isto não é possível. Analisando a questão sob este prisma, assim escreveu Ercília Rosana Carlos Reis:

“A execução penal, como vimos, não pode ser delegada a particular. As modalidades contratuais existentes hoje dentro da esfera da legislação administrativa não podem ser aproveitadas pelo programa de privatização, principalmente se o mesmo permitir que o particular aufera lucro e ainda se reembolse dos gastos com a construção de presídios através do trabalho dos presos. Essa forma de pagamento à empresa privada nada tem a ver com as que estão previstas na Lei de Licitações e Contratos hoje em vigor.”²

No mesmo sentido, Rita Tourinho:

“Ocorre que a transferência da administração de presídios à iniciativa privada, na forma que vem sendo praticada, fere princípios básicos da Administração Pública, conforme demonstrado. Ademais, não se pode permitir que a incontrolável criminalidade que cresce no País, por motivo que não nos cabe analisar neste trabalho, transforme-se em instrumento de grandes negócios para influentes empresários”, cabendo “ao Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais, adotar medidas voltadas a impedir a proliferação de terceirização de presídios, contrária ao nosso ordenamento jurídico.”³

Aliás, já em 1955, a Organização das Nações Unidas, a ONU, em um documento que foi chamado de “REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DOS

¹ MINHOTO, Laurindo Dias. Regressão nova, velha barbárie. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202, p. 11-12, set. 2009.

² Privatização das Prisões – A Privatização das Prisões sob a Ótica do Direito Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

³ Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado nos dias 06, 07, 08 e 09 de novembro do ano de 2005, em Belo Horizonte/MG, pp. 116 e 118.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

RECLUSOS”, no seu item 73.1, orientava: “As indústrias e granjas penitenciárias deverão, preferivelmente, ser dirigidas pela própria administração, e não por contratantes particulares.”

Demonstra-se, com este documento, que a preocupação com a privatização das penitenciárias não é de agora.

Dois anos depois, em 1957, o Professor Oscar Stevenson, em um Anteprojeto de Código Penitenciário que apresentou, na sua Exposição de Motivos, afirmou com salutar propriedade: “*Veda-se, por outro lado, a locação do trabalho dos recolhidos a empresas privadas. A **enterprise**, ou **contract system**, a direta sujeição do recolhido a contratantes particulares é sistema que a experiência condenou.*”

Destarte, os responsáveis pela administração de um sistema penitenciário devem ser primordialmente funcionários públicos, cidadãos pagos pelos cofres públicos e que exercerão uma função exclusiva da administração pública.

Aliás, lembremos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual “o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de ‘dever’ em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei. O interesse público, fixado por via legal não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Longe de ser um ‘problema pessoal’ da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível. Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser perseguido, uma vez que a lei assim determina. Daí a obrigação das pessoas administrativas perseguirem o próprio escopo, característica tão realçada pelos autores.”⁴

Ademais, a execução penal, dirigida por um Juiz de Direito, fiscalizada pelo Ministério Público, não deve ter como órgão diretamente executor uma empresa privada que, antes de qualquer outro intuito, procura o lucro em suas atividades; e, então, exsurge a maior contradição da idéia: como se admitir que se extraiam lucros a partir da própria violência; como se conceber o ganho monetário a partir da criminalidade: é ou não é um contra-senso?

Sobre este assunto, há um importante estudo feito pelo americano Eric Lotke, onde se mostra o absurdo que se chegou com a privatização das prisões nos Estados Unidos. Ácido crítico da idéia, afirma o estudioso norte-americano o seguinte:

“As companhias de prisões privadas constituem hoje um novo ingrediente na economia dos EUA. Oito companhias administram atualmente mais de 100 presídios em 19 estados. É uma indústria que cresceu vertiginosos 34 pontos percentuais nos últimos cinco anos. Existem hoje aproximadamente 70.000 presos em presídios privados. Em 1984 o número era de 2.500. Os investidores perceberam isso. Uma pesquisa realizada em março de 1996 pela empresa Equitable Securities em Nashville descreve a indústria de prisões como ‘extremamente atraente’ e aconselha com muita ênfase aos investidores. A indústria líder no mercado, a Corrections Corporation of America, a primeira companhia privada a comercializar suas ações, foi aclamada em 1993 (pelos analistas financeiros) como o grande investimento dos anos 90.”

⁴ Elementos de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 16.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

E onde estaria a vantagem de se investir em prisões privadas? Segundo explica o mesmo articulista *“o grande atrativo da administração privada das prisões e das companhias de serviços é simples: eles podem realizar nas prisões o mesmo trabalho feito pelo governo a um custo mais baixo, normalmente de 5% a 15% abaixo dos custos do setor público.”* E como isto é possível? Em detrimento dos salários dos empregados e no não investimento em serviços que *“poderiam transformar os presos em membros produtivos da sociedade quando libertados”*, pois *“companhias preocupadas com os lucros preferem evitar os custos com tratamento para viciados, aconselhamento em grupo, programas de alfabetização.”*

Concluindo, afirma o americano: *“As indústrias madeireiras precisam de árvores; as siderúrgicas precisam de ferro; as companhias de prisões usam pessoas como matéria prima. As indústrias enriquecem na medida em que conseguem apanhar mais pessoas.”*⁵

Loïc Wacquant informa que em quinze anos a população penitenciária norte-americana triplicou, de tal maneira que *“se fosse uma cidade, o sistema carcerário norte-americano seria hoje a quarta maior metrópole do país.”* Este fato, segundo o autor, *“é um fenômeno sem precedentes nem comparação em qualquer sociedade democrática, ainda mais por ter se operado durante um período em que a criminalidade permanecia globalmente constante e depois em queda.”* Após a Rússia (pós União Soviética), os Estados Unidos são os campeões mundiais do encarceramento. Em 1997, havia 1.785.079 prisioneiros, o que representava 648 para cada 100.000 habitantes.⁶

A indústria das prisões é tão rentável que *“a partir do momento em que a Corrections Corporation of America, Correctional Services Corporation, Securicor (sediada em Londres) e Wackenhut entraram na bolsa, a indústria carcerária passou a ser um dos mimos de Wall Street”*, segundo Wacquant. Para ele, este mercado *“tem um grande futuro pela frente.”*⁷

Veja o que escreveu Gustavo Poloni, na Revista Exame (na edição do dia 02 de janeiro de 2007):

“Uma das maiores forças do capitalismo americano é a capacidade empreendedora dos executivos, que são permanentemente encorajados a investir e a competir nas mais diferentes áreas da economia. A crença irrefreável dos americanos nas virtudes do setor privado faz com que alguns negócios assumam por lá proporções inéditas. Um exemplo é o mundo bilionário que se formou ao redor do sistema penitenciário - um setor delegado, em quase todos os países do mundo, à gestão pública. Os Estados Unidos têm a maior população carcerária do planeta, 2,2 milhões de pessoas. Como a legislação possibilita a ampla participação das empresas privadas, as companhias estão aproveitando a oportunidade para obter bons lucros. Hoje, elas são contratadas pelo governo para projetar e construir presídios, vigiar e reabilitar detentos e prestar serviços gerais, como limpeza das celas e alimentação dos presos. O resultado é um mercado de 37 bilhões de dólares, que deve continuar em expansão, pois o número de presos cresce à taxa de 3,4% ao ano desde 1995. As leis que regulamentam o sistema carcerário variam de um estado para outro. Mas, em linhas gerais, elas dão

⁵ Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n°. 18, p. 28.

⁶ As Prisões da Miséria, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 81.

⁷ As Prisões da Miséria, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 91.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

autonomia para que empresas assumam o controle de uma casa de detenção (no Brasil, elas podem trabalhar em presídios servindo quentinhas e lavando roupas, por exemplo). Uma das gigantes americanas do setor é a Corrections Corporation of America (CCA). Quando foi fundada, em 1983, ganhou do governo do Texas o direito de cuidar de 650 presos. Duas décadas depois, a CCA faz negócios com 65 presídios americanos em 19 estados e vigia 72.500 condenados. Pelo serviço, recebe 1,2 bilhão de dólares por ano”.

Não podemos, portanto, ceder ao lobby das empresas de vigilância, além das de alimentação, lavanderia e tantas outras, estas sim, que iriam lucrar e auferir rendas notáveis, mas, inteiramente ilegítimas.

Segundo o Professor Laurindo Dias Minhoto, da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e autor do livro “Privatização de Presídios e Criminalidade”, “a privatização em países como os EUA não gerou um corte de custos para o Estado. Por outro lado, a qualidade dos serviços com o tempo vem se precarizando e a estrutura jurídica tem sido insuficiente para fiscalizar a gestão privada. Na Inglaterra, os contratos têm sido revistos sempre no sentido de favorecer as empresas, como por exemplo permitir a superpopulação nos presídios. Em resumo, os interesses econômicos e a administração dos presídios tendem a ser incompatíveis. O sistema prisional é um trabalho de natureza social e não econômica.” Segundo este Professor, “as empresas especializadas em gestão penitenciária teriam constituído poderosos lobbies junto ao Congresso para leis penais mais duras.”⁸

Se as nossas prisões não têm condições mínimas para abrigar seres humanos (e isto é verdade), cabe ao Estado, com o dinheiro que arrecada do contribuinte, mudar o modelo que hoje constatamos e assegurar o pouco de dignidade que resta a alguém que já perdeu a sua liberdade. Cabe ao Poder Público procurar soluções que permitam o cumprimento da pena de maneira humana e, efetivamente, ressocializadora, processo que passa, inclusive, pela preparação profissional do respectivo corpo funcional e pelo aumento do número de estabelecimentos prisionais, desafiando os que hoje existem.

Veja-se a opinião do jornalista e ex-Deputado Federal (PT/RS), Marcos Rolim:

“É quando surge a proposta de que a iniciativa privada assuma a construção e a gestão de novos presídios. Cria-se, então, o ‘mercado do encarceramento’, no qual os novos gestores da sombria rede hoteleira terão sempre lotação completa e, por óbvio, interesse objetivo em mais vagas para novos hóspedes. Para estes empreendedores, em síntese, mais crime será o mesmo que mais lucros. O que me faz lembrar o que disse Samuel Taylor Coleridge: ‘Em política, o que começa como medo, termina como loucura’”.

Não esqueçamos, ademais, que o art. 1º. da Lei de Execução Penal diz que a execução penal tem por objetivo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” É evidente que tal dispositivo legal é mais uma agigantada letra morta em nosso sistema jurídico, o que é lamentável.

Por outro lado, também garante a mesma lei (§ 1º., do art. 84), que o “preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes”, exatamente visando a impedir que a promiscuidade entre presos perigosos e outros que não sejam assim considerados, possa tornar prejudicial a estes últimos.

⁸ Jornal Valor Econômico, 06,07 e 08 de outubro de 2006, p. 5.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Uma outra questão grave é que as colônias agrícolas, industriais ou similares, previstas na mesma lei para receber presos do regime semi-aberto, não existem em grande parte do País, inviabilizando o adequado cumprimento de pena no referido regime. O mesmo fenômeno ocorre com as casas do albergado, destinadas ao preso em regime aberto e com os conselhos da comunidade, cuja previsão legal é de um por cada Comarca (!!!), a fim de prestar assistência aos presos e fiscalizar os estabelecimentos penais.

As condições atuais do cárcere, especialmente na América Latina, fazem com que a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo intra muros a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem.

A propósito, veja-se esta observação de Luiz Flávio Gomes (grifo nosso):

“Desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem-se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O direito penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados. Os velhos inimigos do sistema penal e do Estado de Polícia (os pobres, marginalizados etc.) constituem sempre um ‘exército de reserva’: são eles os encarcerados. Nunca haviam cumprido nenhuma função econômica (não são consumidores, não são empregadores, não são geradores de impostos). Mas isso tudo agora está ganhando nova dimensão. A presença massiva de pobres e marginalizados nas cadeias gera a construção de mais presídios privados, mais renda para seus exploradores, movimenta a economia, dá empregos, estabiliza o índice de desempregados etc. Os pobres e marginalizados finalmente passaram a cumprir uma função econômica: a presença deles na cadeia gera dinheiro, gera emprego etc.. Como o sistema penal funciona seletivamente (teoria do labelling approach), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse “exército” de excluídos. Em lugar de ficarem jogados pelas calçadas e ruas, economicamente, tornou-se útil o encarceramento deles. Com isso também se alcança o efeito colateral de se suavizar a feiúra das cidades latinoamericanas, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal estar que eles ‘causam’ e transmite-se a sensação de ‘limpeza’ e de ‘segurança’. O movimento “tolerância zero” (que significa tolerância zero contra os marginalizados, pobres etc.) é manifestação fidedigna desse sistema penal seletivo. Optou claramente pelos pobres, eliminando-lhes a liberdade de locomoção. Quem antes não tinha (mesmo) lugar para ir, agora já sabe o seu destino: o cárcere. Pelo menos agora os pobres cumprem uma função sócio-econômica! Finalmente (a elite político-econômica) descobriu uma função para eles.” (www.ultimainstancia.com.br - 19 de outubro de 2004).

Greg Andrade, ativista social, militante em direitos humanos, sobrevivente do sistema prisional, em artigo publicado originalmente na edição de dezembro/2013-fevereiro/2014 do Jornal da Associação Juízes para a Democracia (www.ajd.org.br), p. 5. Reprodução sob licença Creative Commons (BY-NC), afirmou com muitíssima propriedade:

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

"Existe no senso comum a falsa impressão de que o setor privado tem maiores capacidade e eficiência em gerir problemas, o que é um engano, pois se assim fosse, empresas não iriam a falência todos os dias. Nesta esquizofrenia penal em que vivemos, o sistema da Parceria Público Privado para o sistema prisional está sendo ofertada como a "última bolacha do pacote", a saída mirabolante que irá "consertar" anos de desmandos, corrupção, abandono que nossas masmorras travestidas de presídios vivenciam. Sou egresso do sistema prisional, onde passei longos e tenebrosos 11 anos de minha vida, e hoje sou estudante de Direito, onde curso o 9º período. Sou ativista em Direitos Humanos, milito no Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade e também no Coletivo Peso. Conheço muito de perto a realidade carcerária, tendo em vista o aprendizado empírico nos cárceres por onde passei. Hodiernamente, tenho acesso ao conhecimento científico. É bom lembrar que o preso no cárcere privado tem custos superiores a R\$ 3.100,00 per capita. É um negócio da China, para não falar dos infernos. O que dirão os mais incautos e desinformados: "ah, mas lá na PPP (Parceria Público Privada), o preso terá acesso à escola, capacitação, e um tratamento mais digno". Ora, quando oferecemos esses "benefícios", que são antes de tudo direitos, em troca de exploração da mão de obra escrava do sentenciado, visto que a iniciativa privada repassa apenas $\frac{3}{4}$ do salário mínimo vigente "para o mesmo", e deste montante $\frac{1}{3}$ vai para o Estado/PPP para a manutenção do preso; $\frac{1}{3}$ fica vinculado a uma conta de nome pecúlio; restando para o sentenciado somente $\frac{1}{3}$ tal remuneração, não sendo assegurado qualquer benefício advindo da Consolidação das Leis Trabalhistas, tampouco direitos previdenciários, não estamos proporcionando oportunidades, mas antes realizando uma chantagem da mais baixa possível, em troca de míseros tostões, atropela-se um dos direitos basilares de todo cidadão, que é o direito a um trabalho dignamente remunerado. O acesso a escolas, capacitações, ambiente sem superlotação, limpo, sem cabeças decapitadas, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, e esse princípio não pode ser relativizado ou negociado, sob nenhum preceito, quicá sob a ideologia do ganho patrimonial. Meus amigos, o cárcere jamais pode dar lucro, o preso não é mercadoria. Se entrarmos nesta lógica alienada de prender pessoas tão somente pela sua condição financeira, pessoal e étnica, as prisões se transformarão em um negócio vantajoso. Talvez os mais desavisados não tenham o conhecimento das mazelas da Parceria Público Privada dos Presídios, mas digo que tal iniciativa é exploração de mão de obra, bem como escravidão moderna e exploração de massas. Convido então os leitores a pensar comigo: É justo qualquer cidadão brasileiro (sim, porque o preso não deixou de ser cidadão), não ter assegurados os direitos trabalhistas? É justo um empresário, ou grupo de empresários, se locupletarem da mão de obra prisional pagando tão somente $\frac{3}{4}$ do salário mínimo? O sistema da PPP estará contribuindo com a franca inclusão social desse indivíduo que está preso, negando-lhe direitos básicos como FGTS, Seguro desemprego, Seguro acidente de trabalho, e tantos outros que custaram aos nossos antepassados de luta, suor e sangue, a fim de assegurar-lhe os sagrados direitos trabalhistas? O nosso sistema carcerário é uma ferramenta de exclusão, no qual o nosso Direito penal se incumbe de fazer a seletividade. Não podemos fazer desta ferramenta, desta engrenagem de moer gente pobre, moradora de periferia e em sua grande maioria negra, uma política economicamente vantajosa para alguns setores econômicos. Quando menciono exclusão, lembro que em 11 anos de cumprimento de sentença, creia, jamais vi um companheiro preso por ter aceitado voar em jatinhos de empreiteiras; por corrupção; por desvio de merenda escolar; por superfaturamento da compra de remédios e outros crimes nefastos e com um impacto social maior do que aquele cidadão que assalta com uma arma em punho nos semáforos. O buraco é bem mais embaixo."

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Basicamente são estes os motivos pelos quais a idéia da privatização das prisões é, sobretudo, desumana, algo a mais a estigmatizar a personalidade do condenado, transformando-o, como dito acima, em objeto de lucro e não de recuperação (é evidente que não interessaria a uma empresa privada ressocializar ninguém, muito pelo contrário; um homem ressocializado seria menos um em suas celas).

A respeito, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento a agravo de instrumento do Ministério Público do Trabalho no Ceará contra decisão que julgou improcedente ação civil pública que pretendia proibir a terceirização de serviços prestados dentro dos presídios do Ceará. O pedido do MPT foi julgado procedente em primeiro grau, mas a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Ceará deu provimento a recurso do estado e decidiu em sentido contrário. Na ação civil pública, o MPT sustentava que a contratação dos serviços de limpeza, guarda e vigilância dos estabelecimentos prisionais por meio de contrato firmado entre o estado e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. (Conap) caracterizaria terceirização ilícita. Segundo seu entendimento, a administração prisional seria atividade fim do estado e, por sua natureza específica, não poderia ser repartida com uma empresa privada. Além disso, a relação trabalhista entre os prestadores de serviços da Conap e o Estado do Ceará teria as características necessárias para a caracterização do vínculo empregatício (ingerência, pessoalidade e subordinação jurídica), sem a exigência constitucional de concurso público. Por isso, pedia que a Justiça do Trabalho determinasse a suspensão da celebração de novos contratos e que o estado substituísse, em 90 dias, os terceirizados por concursados. No entendimento da 3ª Turma do TRT/CE, a terceirização no caso não atinge a atividade fim, já que os serviços de limpeza, manutenção, alimentação e outros são específicos da atividade-meio. A atividade-fim – a administração da pena e sua execução – estaria sob o comando do estado. No agravo pelo qual tentou trazer o caso à discussão no TST, o MPT insistiu na tese de que todas as atividades no interior dos presídios deveriam ser executadas por servidores concursados. Assim, a decisão do TRT que concluiu pela legalidade da terceirização teria contrariado a Súmula 331, itens I e III, do TST. “*Súmula 331 do TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*” Atividade-meio: O relator do agravo de instrumento, ministro José Roberto Freire Pimenta, esclareceu que a jurisprudência do TST autoriza a terceirização de atividade-meio e faz referência expressa, a título de exemplo, às atividades de conservação e limpeza. O vínculo só se forma diretamente com a tomadora de serviços se houver pessoalidade e subordinação direta. No caso em questão, o TRT/CECE registrou que os serviços contratados com a Conap eram “realizados diretamente nas áreas secundárias de limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos da atividade-meio” – situações em que a terceirização é autorizada pela Súmula 331. “O Tribunal não mencionou que as atividades de agente de segurança tenham sido terceirizadas pelo estado, como sustenta o MPT”, observou. A verificação dessa alegação e a de que havia pessoalidade e subordinação dos terceirizados a servidores do estado exigiria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado pela Súmula 126 do TST. O ministro afastou também a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

alegada ofensa ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. O dispositivo, assinalou, “apenas exige a investidura em cargo público por meio de aprovação em concurso público, não tendo sido reconhecido vínculo de emprego com o ente público sem o preenchimento desse requisito”. (Com informações da Secretaria de Comunicação do TST7).

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valhemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual “*autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...).*”⁹

⁹ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

O ERRO DE PROIBIÇÃO E O MORALISMO DA REPROVAÇÃO: A CULPABILIDADE E A (IN)DEVIDA IDENTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL COM A TOTALIDADE DA CULTURA

Salah H. Khaled Jr.

Professor adjunto de Direito penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Licenciado em História (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq). Autor de *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial*, editora Atlas, 2013.

Otávio Pontes Corrêa

Mestrando em Direito e Justiça Social – Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Bacharel em Direito (Universidade Federal do Rio Grande – FURG).

RESUMO: Este artigo discute o conceito de culpabilidade, confrontando a categoria do conceito analítico de crime – tida como fundamento ou limite da pena – com o princípio da culpabilidade e com os discursos criminológicos, apontando a necessidade de redefinição do conceito para cumprimento da função de contenção do poder punitivo que lhe deve ser inerente.

Palavras-chave: culpabilidade; erro de proibição; criminologia.

INTRODUÇÃO

A culpabilidade costuma ser tratada sob três aspectos distintos: como *princípio* que proíbe a responsabilidade objetiva, como exigência do Direito Penal moderno e do Estado Democrático de Direito; como *fundamento* da pena, impondo uma série de requisitos dogmáticos (que constituem os elementos positivos específicos do conceito de culpabilidade: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta) e como *limite da pena*, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, o que não exclui outros critérios (BITENCOURT, 2009, p.16). Enquanto elemento integrante da teoria do delito, ou seja, como fundamento da pena, a culpabilidade está fundada em torno da ideia de *reprovabilidade*, ou seja, de *juízo de censura*, que necessariamente deve recepcionar a culpabilidade como princípio, vedando completamente a responsabilidade objetiva.

No entanto, embora a reestruturação do conceito de culpabilidade como culpabilidade normativa pura – notadamente com Welzel – tenha representado um esforço notável de readequação dogmática que acertadamente deslocou o dolo e a culpa para o injusto, isso não significa de modo algum que o conceito esteja suficientemente (re)definido: existe um espaço de discricionariedade gigantesco, particularmente no que se refere ao objeto da consciência do injusto – no erro de proibição – que dá enorme

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

margem para o transbordamento do dique de contenção do poder punitivo (ZAFFARONI, 2003, p.39), fazendo valer o que provocativamente chamamos de moralismo da reprovação. Não é por acaso que Cirino dos Santos sustenta que a concepção de culpabilidade como fundamento da pena deve ser abandonada e substituída por uma concepção de culpabilidade como limitação do poder de punir: a culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo, enquanto a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado (SANTOS, 2008, p.288). A questão é como (re)definir um conceito de culpabilidade apto a cumprir essa função e reconhecer a complexidade e heterogeneidade do corpo social.

É notório que o conceito de culpabilidade está em crise, tanto no que se refere ao seu pressuposto – o livre-arbítrio – (KHALED JR, 2010) quanto no que diz respeito ao moralismo subjacente a própria ideia de reprovação, particularmente no que se refere ao erro de proibição: o objeto da consciência do injusto é compreendido por grande parte da doutrina como discordância entre comportamento real e ordem comunitária e não como conhecimento de contrariar um mandamento ou proibição penal. Ironicamente isso faz com que a culpabilidade normativa pura não faça jus a própria nomenclatura, já que paradoxalmente o critério não é o conhecimento da punibilidade do fato, enquanto prescrição legal.

É nesse sentido que propomos uma discussão que coloca em questão o moralismo da reprovação inerente ao conceito de culpabilidade, particularmente na questão do erro de proibição. Se a culpabilidade – como elemento integrante da teoria do delito – deve servir ao propósito de contenção do poder punitivo que é exigível ao Direito Penal no Estado Democrático de Direito, ela não pode autorizar juízos morais que desconsideram a diferença do outro e a heterogeneidade do corpo social. No mínimo ela deve se mostrar conducente a frear – e não a potencializar – os espaços potestativos de subjetividade do juiz, pois em última análise o juízo de censura será sempre seu: contra um *outro* identificado como inimigo e desconforme ao padrão do “homem médio”, ou como exercício interpretativo de encontro com a alteridade e compreensão de seu lugar original de fala.

Devemos estar atentos para a proliferação desses espaços potestativos, pois eles facilmente podem se mostrar conducentes a perpetuar o substancialismo nas práticas punitivas, reafirmando o estoque de imagens lombrosianas da criminalidade, como é comum em um sistema que notoriamente opera com alto índice de seletividade. Se mesmo inconscientemente é aceita a ideia de que as proibições e mandamentos penais conformam uma espécie de substrato ético, como se fossem o reflexo acabado da homogeneidade cultural do corpo social, o juízo de censura acaba mostrando-se conducente a concretizar positivamente – através da pena – o programa legislativo oficial, como se ele fosse equivalente, representativo ou até mesmo responsável pela fundação e reafirmação da nossa moral, atuando como pedagogia social. Sob essa ótica, o juiz atua como braço armado do programa oficial, enquanto o que interessa é o desenvolvimento de estratégias para a contenção de danos que ele inevitavelmente provoca ao ser deslocado da normatividade para a realidade, através da pena. A culpabilidade – assim como os outros elementos do conceito analítico de crime – deve ser acima de tudo limitação do poder punitivo.

1. CULPABILIDADE: A DOGMÁTICA DA REPROVABILIDADE E O OBJETO DA CONSCIÊNCIA DO INJUSTO

Deixando de lado uma reconstrução histórica do conceito de culpabilidade – incompatível com as dimensões do presente artigo – podemos considerar que a culpabilidade em sua forma presente é um conceito de caráter normativo, que se funda na premissa de que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p.518). A teoria do poder de agir de outra maneira de Welzel, Arthur Kaufmann e outros, considera que o autor é pessoalmente reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito. Como refere Gomes, o objeto do juízo de culpabilidade é o poder de agir de outro modo: o agente, mesmo podendo agir de modo diverso, formou sua vontade em desacordo com o ordenamento jurídico (GOMES, 2007, p.558). Segundo Brandão, para que a culpabilidade se perfaça, “é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao Direito” sendo que se ele não pode “[...] nas circunstâncias, comportar-se conforme o Direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação” (BRANDÃO, 2008, p.201).

De acordo com a redefinição de Welzel, os seguintes elementos constituem a culpabilidade, que é assim compreendida para a vasta maioria da doutrina até os dias de hoje: a) imputabilidade; b) potencial consciência da antijuridicidade; c) exigibilidade de conduta diversa. Tais elementos são indispensáveis para a reprovabilidade, ou seja, para tornar a conduta típica e antijurídica culpável. Excluindo-se um dos elementos, resta impossibilitada a reprovação e, por conseguinte, a configuração do crime (BRANDÃO, 2010, p. 258), devendo ser analisados no caso concreto.

No entanto, é forçoso reconhecer que Welzel não foi capaz de superar as aporias do conceito de culpabilidade. Se a reprovabilidade se dirige à configuração da vontade e se somente é possível reprová-lo ao agente como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente, o pressuposto básico para esse juízo de censura é necessariamente o livre-arbítrio do homem. Sendo assim, embora seja um juízo de ordem normativa, a reprovabilidade inegavelmente depende de critérios que extrapolam a mera normatividade, o que representa um problema substancial para dogmática jurídico-penal.

Não é por acaso que a culpabilidade é o conceito mais debatido e questionado do conceito analítico de crime. Como referem Zaffaroni e Pierangeli, ainda que em toda teoria do delito esteja presente o homem, é na culpabilidade que o enfrentamos mais do que nunca (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p. 517). Segundo Cirino dos Santos, “o problema central da culpabilidade é o problema do seu fundamento – o chamado fundamento *ontológico* da culpabilidade – acentuado pela redefinição da culpabilidade como reprovabilidade: a capacidade de *livre decisão* do sujeito” (SANTOS, 2008, p. 287). A culpabilidade tem como postulado uma determinada concepção de homem, residindo aí o problema central desse elemento da teoria do delito, uma vez que a tese da liberdade da vontade pressuposta pelo conceito é indemonstrável (SANTOS, 2008, p. 287). Logo, pode ser percebido que o conceito de culpabilidade baseado no poder de agir de outra maneira é um conceito alicerçado em premissas de difícil sustentação. Para Bitencourt, “o livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

responsável pela sua atual crise” (BITENCOURT, 2009, p.357). Para Hassemer, sem a condição positiva da capacidade humana de responsabilidade não seria lógico e nem justo o juízo de censura da culpabilidade e a aplicação de pena, decorrendo daí a necessidade de estabelecimento de um critério dogmático nesse sentido (HASSEMER, 2001, p.19).

A questão do livre-arbítrio costuma ser revolvada através do emprego de uma “suposição de liberdade” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, pp.480-481). Nesse sentido, para Roxin, a culpabilidade deve ser compreendida como o comportamento injusto apesar da orientação normativa. Com isto não se quer dizer mais do que a capacidade psíquica de uma pessoa de se conduzir por si mesma, portanto, de reagir psiquicamente sobre as normas, de modo que ela inclua estas em sua condução do agir. Segundo Roxin, “não se significa com isto que o agente teria podido faticamente agir de outra maneira – coisa que na verdade nós não podemos saber – mas apenas que ele, em caso de capacidade de orientação intacta e assim de ‘apelabilidade’ normativa com aquela dada, é tratado como livre”. (APUD FIGUEIREDO DIAS, 2004, p.481). Roxin afirma que esta possibilidade de condução “na maioria dos casos é dada ao adulto sadio”. Quem tem essa qualidade, é “tratado como livre”, e esta seria uma “disposição normativa (...) da qual a valoração social do problema teórico-cognitivo e científico natural do livre-arbítrio é independente” (GUNTHER, 2005, p. 28).

Dessa forma, a capacidade de comportamento conforme a norma assume a noção de pressuposição daquela liberdade não demonstrável, desde que não perturbada por ruídos. O problema é que essa permeabilidade, apelabilidade ou dirigibilidade ao apelo normativo parece ter uma identidade com a liberdade de vontade, o que implicaria em alguma medida no mesmo problema, de modo que o impasse permanece. Além disso, Roxin dilui a culpabilidade dentro de uma categoria maior, a responsabilidade, em que convive também a exigência de prevenção geral negativa. Certamente que essa redefinição não parece conducente à contenção do poder punitivo, já que a prevenção geral conforma uma teoria de justificação da pena. Temos que encontrar outro caminho.

Precisamos de um conceito que rompa com a barreira da normalidade/anormalidade e que efetivamente reconheça a diferença, mostrando-se apto a conter a violência. É nesse sentido que ainda há um aspecto crucial a considerar, que está para além da questão da própria questão da liberdade, ainda que não prescindida dela: o conceito de culpabilidade não exige apenas que o homem seja livre, mas que ele tenha plenas condições de exercício dessa liberdade, que deve ser informada pelo conhecimento real ou ao menos possível da ilicitude da conduta.

Em outras palavras, somente é possível a reprovabilidade quando o autor teve condições de conhecer – mesmo que potencialmente – a ilicitude de sua conduta: somente assim o autor pode formar sua vontade em conformidade com o direito e não antijuridicamente. Se lhe era possível conhecer a ilicitude, a reprovação é mais branda do que se a conhecesse, mas se não lhe era possível, o autor deve ser exculpado: se elimina completamente a pena e a reprovação (WELZEL, 1957, p.176). Para Cirino dos Santos, a consciência da antijuridicidade é o conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz, excluída ou reduzida em casos de erro de proibição (SANTOS, 2008, p.282).

O que nos interessa em particular aqui é o chamado erro de proibição direto, ou seja, o erro que tem por objeto a lei penal, considerada do ponto de vista da existência, da

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

validade e do significado da norma, que exclui ou reduz a reprovação da culpabilidade (SANTOS, 2008, p. 308). Juarez Cirino dos Santos refere que três posições principais tratam do que ele refere como objeto da consciência do injusto (SANTOS, 2008, pp. 311-312):

a) A teoria tradicional, representada por Jescheck/Weigend e também por Welzel, que define a antijuridicidade material como objeto da consciência do injusto, consistente na contradição entre comportamento real e ordem comunitária;

b) a teoria moderna, representada por Otto, que define a punibilidade do fato como objeto do conhecimento do injusto: a consciência do injusto significa conhecimento da punibilidade do comportamento, através de uma norma legal positiva, ou seja, consciência de infringir uma norma penal;

c) a teoria talvez dominante, representada por Roxin, que defende que o objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto.

Cirino refere que a teoria dominante se aproxima da moderna (como equivalentes relativos) e que a literatura brasileira, em geral, não menciona a controvérsia sobre o objeto da consciência do injusto, limitando-se a difundir exclusivamente a teoria tradicional, como é o caso de Jesus e Mirabete (SANTOS, 2008, p. 312). Para ele isso é inteiramente inaceitável, pois é o conhecimento de infringir uma prescrição penal e, portanto, o *conhecimento da punibilidade do fato* é o conceito compatível com o princípio da culpabilidade, que caracteriza o Direito Penal no moderno Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2008, p. 312). De particular relevância neste aspecto é o argumento de Cirino dos Santos no que diz respeito ao desconhecimento da lei e o erro de proibição, enfatizando que o princípio da culpabilidade não pode ser cancelado para garantir a eficácia da lei penal, como pretende parte da doutrina brasileira (ele especificamente refere Jesus, Mirabete, Regis Prado e Flávio Gomes). É a lei que deve se adaptar ao princípio e não o contrário. Para ele, a ignorância da lei *pode* fundamentar a ignorância do injusto, sendo rotineiro o erro de proibição direto e inevitável em muitos setores da vasta legislação penal especial, como é o caso dos crimes contra o meio ambiente (pp.321-323).

A provocação é mais do que clara: a forma com que a potencial consciência da ilicitude é rotineiramente interpretada conforma uma espécie de responsabilidade objetiva, que contraria a exigência de responsabilidade subjetiva do princípio da culpabilidade, particularmente nos casos de desconhecimento da lei. Como refere Cirino dos Santos,

se não é possível ter ou obter o conhecimento da lei – especialmente em áreas de descoincidência entre tipos penais e ordem moral, nas quais o conhecimento do injusto passa, necessariamente, pelo conhecimento da lei –, então existe erro de proibição direto, na modalidade de *inevitável* desconhecimento da lei, que exclui a reprovação da culpabilidade (SANTOS, 2008, pp.324-325).

O problema é que aparentemente há um imbróglgio histórico nessa questão. Ainda que rejeitem a função ético-social que Welzel atribuía ao Direito Penal, boa parte da doutrina parece confundir legislação e moral, ou considerar um programa legislativo como pedagogia social. Para Welzel, o papel mais profundo que cabe ao Direito Penal é

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de natureza positiva, ético-social: ao estabelecer sanções aos afastamentos mais manifestos dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza, da forma mais ostensiva que dispõe, a validade inviolável de tais valores, formando o juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo seu sentimento de permanente fidelidade ao Direito (WELZEL, 1957, pp.3-4). Segundo Welzel, é somente através da garantia de valores elementares ético-sociais da ação que é possível obter uma proteção ampla e duradoura dos bens jurídicos (WELZEL, 1957, p.4-5). Nesse sentido, a função ético-social garantiria de forma mais eficaz a proteção de bens jurídicos do que a mera ideia de amparo a esses bens. O autor inclusive aponta que o Direito deve exercer influência sobre a consciência dos cidadãos e sobre os costumes, fazendo valer a sua força sobre os instintos egoístas, sendo essa uma das missões fundamentais de todo o Direito, quem dirá do Direito Penal e do Direito Público (WELZEL, 1957, p.5). Partindo desse pressuposto, parece claro que todos teriam obrigação de conhecimento das prescrições penais e que o desconhecimento da lei seria inescusável: afinal o Direito Penal seria nosso mínimo ético. Se mesmo a função de proteção de bens jurídicos soa como delírio metafísico, o que dizer da função ético-social e da assunção – mesmo que inconsciente – de seus pressupostos?

Cirino dos Santos denuncia que a doutrina empregou um artifício generalizado: utilizar situações de necessário conhecimento do injusto (como a proibição de matar alguém) para encobrir situações em que ele necessariamente depende do conhecimento da lei penal (proibição de guardar lenha ou carvão sem o conhecimento da autoridade competente, por exemplo). (SANTOS, 2008, p.326). Como esse desconhecimento da lei pode ser irrelevante para a culpabilidade?

Como observa Morais da Rosa, o princípio de que o desconhecimento da lei não exculpa, serve a um propósito bem definido, “plenamente *eficiente* para cumprir a função de manter o ‘medo’; a incerteza do *proibido* e do pavor de se cometer o *pecado*” (ROSA, 2004, p. 340).

Não há exagero em dizer que, nesse sentido, o moralismo da reprovação impera: a legislação penal acaba sendo identificada de modo integral com a cultura, o que é completamente absurdo. Não só não há uma unidade cultural, como a identificação da legislação penal com ela é produto do delírio dos penalistas, como observou Zaffaroni. (ZAFFARONI, 2003, p.119). Para ele, não há delito se o injusto não é reprovável ao autor (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p.455). A questão é estabelecer em que circunstâncias efetivamente pode haver essa reprovação e em que grau, o que não pode caracterizar uma violência contra o acusado e a complexidade de uma realidade que não se conforma aos esquemas interpretativos grosseiros do penalismo.

2. A CRIMINOLOGIA E A DIFERENÇA DO OUTRO: CONFRONTO COM A HETEROGENIDADE CULTURAL

Se mesmo dogmaticamente o conceito já encontra dificuldades, a criminologia potencialmente representa o seu completo esfacelamento, pois enquanto o discurso normativo tendencialmente é divorciado da realidade, “a criminologia é, fundamentalmente, a chance de desconstruir a tautologia da cultura punitiva” (PANDOLFO, 2010, p. 1). Nesse sentido, a criminologia representa a possibilidade de confronto do autismo jurídico com a concretude das coisas. Baseando-se nessa

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

premissa, iremos rapidamente referir alguns discursos criminológicos que colocam em questão pressupostos da culpabilidade. Uma leitura criminológica demonstra que as coisas simplesmente não se passam como uma leitura rasteira dos processos cognitivos e sociais supõe. E isso vale inclusive para muitos discursos criminológicos que sequer ultrapassaram os limites da produção (ou da tentativa de) uma explicação genética, ou seja, verdadeira, sobre a criminalidade, demonstrando o arcaísmo do pensamento jurídico-penal sedimentado.

Como já referimos, é comum que a reprovabilidade da conduta recaia sobre o agente e sua capacidade de adequação com valores normativos por ele desconhecidos, sendo dosada através de uma comparação injusta entre o humano, com todas as subjetividades que lhe são inerentes, e um ser ideal, cumpridor do dever e que vive no mundo das “circunstancias normais”. Nesse sentido Birman ressalta “o dito homem médio corresponderia a uma imagem do que deveria ser o homem, mas essa não remeteria mais ao homem real propriamente dito, não passando, assim, de mera figuração” (BIRMAN, 2011, p. 94).

Para Baratta, as teorias das subculturas criminais podem ser a própria negação da culpabilidade, por expor a espantosa miscelânea de valores que temos em nossas sociedades (2002, p.69 ss). Sutherland sustentou que a interpretação que o indivíduo faz das situações é mais importante do que as situações em si: diferentes pessoas reagem distintamente a situações similares, sendo a construção de significado o fator chave para a violação da lei (NASCIMENTO, 2011, p. 37). O autor buscou entender como surgiam essas significações, chegando à sua teoria das associações diferenciais. Sutherland identificou que os processos de aprendizado dos comportamentos criminosos se dão de maneira idêntica aos comportamentos legais, através de associação e relacionamentos com pessoas que estariam em conflito normativo com a lógica social vigente, logo, adotando os valores dos subgrupos, passados por esses relacionamentos, e não os das normas legais (NASCIMENTO, 2011, p. 40). Nesse sentido, as ações típicas dos subgrupos não podem ser julgadas simplesmente “boas” ou “más”, pois apenas obedecem a outro código de valores éticos que nada tem a ver com o legal e, por isso, “diferentes grupos sociais abraçariam diferentes visões quanto à forma apropriada de se conduzir em circunstâncias e ocasiões específicas.” (NASCIMENTO, 2011, p. 42). Quando essa diferença está em descompasso com a lei, seria construída uma subcultura criminosa (ANITUA, 2008, p. 493). Cohen defendeu em seus estudos que quando se tratam de bandos juvenis os valores são recolhidos da cultura geral e subvertidos, formando uma subcultura. Para ele e, mais tarde, para Richard Cloward – que continuou desenvolvendo a teoria – segundo Baratta,

A distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada, especialmente daquelas que assumem a forma de bandos juvenis. No âmbito destas se desenvolvem normas e modelos de comportamento desviantes daqueles característicos dos estratos médios. A constituição de subculturas criminais representa; portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir (BARATTA, 2002, p.70).

Reagindo a essas limitações é que se criam subculturas que tornam determinadas condutas aceitas em meio ao subgrupo (SHECAIRA, 2012. 219). Cohen tentou unir a teoria da anomia de Merton e a teoria da associação de Sutherland, entendendo que a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

impossibilidade de fazer uso dos meios tradicionais, somada à associação com outros jovens na mesma situação faria com que esses criassem seu próprio sistema de crenças e valores (ANITUA, 2008, p. 499).

A provocação que podemos extrair dessas criminologias parece clara: a) existem grupos que transitam em outra esfera de valores, diferente da relativamente hegemônica; b) mesmo entre o padrão moral prevalecente – que na verdade não temos como definir – não existe identificação entre ordem moral e a moralidade programática dos mandamentos e proibições penais. Logo, como é possível censurar na forma com que normalmente esse juízo é feito, senão como violência?

Uma culpabilidade que desconsidere essas questões parece restrita a um grupo relativamente pequeno – ou até mesmo inexistente – de pessoas: aquelas que não só conhecem o conjunto das prescrições penais como as têm como norteadoras da própria vida em sociedade. Mas quem seriam esses indivíduos? Os criminalistas? Nem mesmo eles conhecem inteiramente o catálogo de proibições e mandamentos penais, que certamente não são assumidos como imperativos morais, por quem quer que seja.

Por outro lado, essa constatação parece absolutamente devastadora em sentido político-criminal, pois levaria inevitavelmente à conclusão de que o indivíduo mais engajado em uma subcultura contrária à moralidade programática seria o merecedor da censura mais branda, o que certamente seria inaceitável para muitos: afinal, pensam a culpabilidade como fundamento a ser preenchido e não como limite da pena. Zaffaroni e Pierangeli destacam que a vigência do direito não pode ser deixada ao arbítrio da consciência individual. Mas por outro lado, apontam que “[...] deve ser aceito como realidade que quem age com consciência dissidente, ou seja, que assume sua conduta como resultado de um esquema de valores distintos do nosso, tem ao menos, em algo, reduzida sua capacidade de entender a ilicitude”. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p.557).

Sykes e Matza formularam a teoria da neutralização, que levanta outra espécie de questão: uma vez que um subgrupo ainda permanece inserido na sociedade, é inteiramente possível que o indivíduo internalize as condutas sociais hegemônicas, mas opte por não segui-las (*apud* ANITUA, 2008, p. 507). Os autores constatam que entre as subculturas existe, sim, o reconhecimento dos valores sociais e alguns deles são seguidos, porém, em algumas situações há o conflito de valores que são resolvidos utilizando técnicas de neutralização que inibem o controle social quando da prática de um ato delinquente e justificam o comportamento para o próprio agente, independentemente de justificarem para a sociedade. Nesse sentido, surge outra provocação: as técnicas de neutralização não são necessariamente a expressão inequívoca de uma livre e espontânea adesão. Ou seja, sua internalização pode ser o resultado de um processo do qual o indivíduo não é necessariamente consciente, que lhe é opaco. O que isso pode representar para a livre capacidade de compreensão e autodeterminação de acordo com essa compreensão prévia? Sem dúvida a coloca em questão. Talvez Zaffaroni e Pierangeli não tenham sido tão ousados, mas essa condição certamente pode ser articulada ao que dizem quando afirmam que

De qualquer maneira, haverá casos de consciência dissidente em que apareça um verdadeiro erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Neste sentido, serão particularmente relevantes os erros de

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

compreensão culturalmente condicionados [...] (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p.557).

Becker deu um passo além das criminologias anteriores, apontando que “diferentes grupos consideram diferentes coisas desviantes” (BECKER, 2008, p 17). Ele afirmou categoricamente que o crime “é criado pela sociedade” (BECKER, 2008, p. 21), de modo que não existe “o crime”, mas sim um complexo processo de interação social. Com isso é negada a ideia de que as leis sejam o resultado de normas e valores compartilhados por todos: interessa estudar, entre outras coisas, como as condutas são definidas como crimes, ou seja, como a lei criminalizadora é criada, pois a própria lei que proíbe o crime o cria (BARATTA, 2002, p. 87). O que significa dizer, em última análise, que o potencial conhecimento da ilicitude não trata de outra coisa em sua dimensão de sentido, ou seja, de objeto da consciência do injusto, do que de uma *invenção*. Ter o conhecimento da punibilidade do fato, ou seja, da existência da prescrição penal é, em última análise, estar a par do complexo processo de criminalização, cujo resultado é *inventado* por excelência. Como então, não considerar o desconhecimento da lei como causa do erro de proibição direto, se ele simplesmente remete ao vazio?

Segundo Nils Christie (2011, p. 16) “O crime é nada. Crime é um conceito livre para manobras. O desafio é entender seu uso nos vários sistemas e, por intermédio desse entendimento, ser capaz de avaliar seu uso e quem o usa”, é, pois, “apenas um ponto de vista sobre a conduta anti-social que logrou impor-se sobre outros pontos de vista” (CASTRO, 1983, p. 65). Além disso, o processo de rotulação não passa apenas pela criminalização ou pela realização da conduta, mas por interações sociais que fazem com que a pessoa seja identificada com o estigma de desviante, logo há uma seletividade inerente aos processos de interação, “O crime aqui se transforma em um conceito incerto, inevitavelmente impreciso, se comparado com as sutis distinções e significados necessários” (CHRISTIE, 2011, p. 20).

Logo, há muitos filtros de significados que influenciam até que uma ação seja considerada desviante, assim “o mesmo comportamento pode ser considerado uma infração de regras em um momento e não em outro; pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra” (BECKER, 2008, p. 26). Isso se dá porque é difícil rotular como criminoso alguém que se conhece e com quem se identifica, porém, é mais fácil se considerar crime os atos dos nossos inimigos (CHRISTIE, 2011, p. 27). Assim, o processo de rotulação se dá sempre ao outro, ao diferente, que é quem acaba sendo reprovado, como se a reprovação com base nessa *invenção* fosse equivalente a uma ordem moral homogênea e hegemônica, da qual um inimigo social propositalmente se desvia.

Nesse sentido, é importante criar inimigos que possam vestir adequadamente o rótulo de criminoso criado pela lei. Como lembra Christie: “Mau e perigoso é o que o inimigo deve ser; e forte. Forte o suficiente para render honras e deferência ao herói que retorna para casa da guerra. Mas não tão forte que impeça o herói de retornar” (2011, p. 69). Para isso, “construímos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social”. (GOFFMAN, 1988, p. 8).

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Portanto, o sistema penal é seletivo em mais de um sentido: porque persegue fundamentalmente as pessoas em situação de vulnerabilidade e porque as trata de forma a desconsiderar a sua *outridade*. Nesse sentido, uma das principais variáveis a serem consideradas na aplicação da lei penal seria a cadeia de significados em torno do fenômeno crime: a possibilidade de deslocamento para a posição do outro de quem reprova e que deve estar ciente de que criminosos em certo sentido, todos nós somos. A diferença é que alguns não conseguem ficar escondidos na cifra negra.

3. O JUÍZO DE CENSURA EM QUESTÃO: MORALISMO DA REPROVAÇÃO?

A culpabilidade, como se viu, é entendida como reprovabilidade. Reprovabilidade que recai sobre o autor porque capaz de determinar-se pelo valor e não o fez, como se esperaria do homem em condição de normalidade. Será mesmo isso possível? Como não considerar a peculiaridade de cada um, ou seja, a irredutível diferença que caracteriza a permeabilidade ao apelo normativo de cada um de nós?

O princípio da secularização garante ao indivíduo sua independência moral, porém, a culpabilidade pretende, através de uma análise que desconsidera sua condição pessoal, reprova-lo pelas escolhas feitas no exercício dessa independência. Logo, a culpa fundamentada na análise da personalidade do agente remete à inscrição do campo moral no discurso jurídico, fazendo com que o autor sempre seja submetido ao crivo de uma tradição totalitária de valores (BIRMAN, 2011, p. 90). A submissão a tais valores torna “flagrante o desgaste da culpabilidade como reprovação. A sociedade democrática pluralista exige a tolerância e o respeito ao outro (alteridade)” (COSTA JUNIOR, 2011, p. 14).

Tal pluralidade fica evidente se tomarmos por base os subgrupos criminais referidos anteriormente e, através deles, considerar a capacidade limitada de escolha entre valores supostamente hegemônicos ou subculturais, uma vez que, como se viu em Sutherland, a aderência a um grupo se dá mais por oportunidade que por escolha. Nesse sentido, Baratta não poderia ser mais claro:

Só aparentemente está à disposição dos sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos.

A visão relativizante da sociologia coloca em crise, assim, linha artificial de discriminação que o direito assinala entre atitude interior conformista (positiva) e atitude desviante (reprovável), sobre a base da assunção acrítica de uma responsabilidade do indivíduo, localizada em um ato espontâneo de determinação pelo ou contra o sistema institucional de valores. (BARATTA, 2002, p.74).

Pressupor valores estáticos e ignorar as diferenças em uma sociedade que se modifica em velocidade alucinante só leva a uma certeza: a esquizofrenia do sistema penal que, ao ignorar a complexidade da realidade em que se insere, fecha-se pensando bastar-se a si mesmo. É preciso que, ao contrário, o Direito Penal abandone o maniqueísmo “sociedade/criminalidade” e deixe-se permear pela multiplicidade cultural da vida social. Constatar que o crime é uma prática efetuada pela esmagadora maioria

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

da população e manter-se atrelado à ideia de defesa da sociedade seria pensar que a sociedade precise defender-se dela mesma, ou que o direito sabe o que é melhor para a sociedade, como se ele não fizesse parte dela: pura alucinação metafísica.

É necessário trazer à tona os problemas complexos que envolvem a sociedade contemporânea e não contentar-se com um ideal de reprovação maniqueísta que compara um homem real com um ser “ontológico”, cumpridor de regras que, em última instância, são sempre em grande medida subjetivas, ou seja, formuladas por quem está comparando. A noção de valor, sob a qual um juízo de reprovação sempre deverá se amparar, depende diretamente da subjetividade do sujeito que julga, assim, ele constrói a reprovação, seja do ato, seja do agente, a partir da sua própria noção de valor, sem mostrar-se receptivo à alteridade.

A invasão moralizante no discurso da culpabilidade deve-se, em muito, pela própria escolha de palavra e de toda bagagem que vem com ela, que gera inconsistências intermináveis nos ambientes judiciais onde “a pluralidade de conceitos adotados indica claramente a confusão conceitual sobre a categoria *culpabilidade*” (CARVALHO, 2010b, P. 179). A palavra vem do latim *reprobare* que significa, justamente, não demonstrar valor. Logo, para reprovar, ou verificar se alguém demonstra valor, é necessário que se tenha um ideal de valor definido. Entendendo que culpabilidade é reprovabilidade a “divisão entre ‘crime’ e ‘pecado’ pode escorregar no *inconsciente* do *um-julgador*, trazendo o fundamento de sua ‘missão na terra’: julgar semelhante [...] constitui-se em ‘mecanismo de desencargo’, não mais retórico, mas divino.” (ROSA, 2004, p.295) Assim, como ressalta Zaffaroni, “a culpabilidade como reprovabilidade está em crise, tornando-se insustentável devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo sentido ético.” (ZAFFARONI, 2010, p. 264).

A ideia de reprovação fundamenta-se numa tendência de normalização do ser, entranhada no discurso da culpabilidade, que parece violar por excelência a culpabilidade como princípio, potencializando juízos que violam a exigência de responsabilidade subjetiva.

Analisando os motivos que sustentam a reprovabilidade nas decisões judiciais em trabalhos como os de Pandolfo (2008), Machado (2009) e Carvalho (2010b), pode-se chegar à ideia de que diante de um sentimento, ao menos inconsciente, de culpa que carregam por reprovar o Outro, sem um mínimo ético, é que os juízes formulam suas próprias técnicas de neutralização, muito parecidas com as dos bandos juvenis, para justificarem seus julgados:

a) excluí a própria responsabilidade, pautando seu julgamento em simples apreensão dos elementos objetivos; b) Afirmação da ilicitude, todos os crimes constituem um *mala in se* e, portanto, devem ser punidos; c) Super-vitimização; a vítima ao contrário do que acontecia no bando juvenil, ganha o status de indefesa e sofredora; d) Condenação de todos os que condenam a ideia de ética dominante, como se a realidade se prestasse à simples separação entre bons e maus; e) Apelo à instâncias superiores: baseando a aplicação da pena em ideais como defesa da sociedade e da moral.

Quando se analisa a potencial consciência da ilicitude é necessário que seja considerada a efetiva consciência do agente no caso concreto, para além de uma “potencial consciência” que passa ao largo do conhecimento da lei, ou de um “dever de informar-se”, pois do contrário, o Direito Penal, ao manter-se partidário dessa ideia,

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

egocêntrica, de que todos têm a obrigação de lhe conhecer, ignora, mais uma vez, a pluralidade das sociedades contemporâneas que foi denunciada pelo discurso criminológico, além da subjetividade do próprio agente em relação à ação que pratica.

Assim, fica claro o conteúdo normalizador dessa leitura, como afirma Alexandre Morais da Rosa:

Desconsidera-se, assim, toda diversificação social, sua desinformação e segmentação num mundo sem fronteiras, com pluralidade de fontes jurídicas e cada vez mais incapacidade de dar conta disso que é dado como pressuposto da convivência social: o conhecimento do Direito. Aceita a ignorância, todavia, o sistema jurídico *fura*. Sua obrigatoriedade cogente é um dos baluartes de sua eficácia, mesmo que ficcional e atrelada às diferenças sociais cada vez mais marcantes, abissais (ROSA, 2004, p. 341).

Tal requisito ignora em boa medida o princípio da secularização, pois o indivíduo não tem a possibilidade de adotar outro preceito moral, apenas aquele hegemônico dos quais as “normas decorrem”, pois, somente adotando esses valores o conhecimento da norma seria intrínseco, desconsiderando que se vive em uma “sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir” (BAUMAN, 2007, p. 7).

Também é importante frisar que nem todos os crimes são contrários a valores sociais consolidados: pelo contrário, pode-se dizer que a sua grande maioria não guarda nenhuma relação com uma “moral hegemônica”, cuja própria existência é bastante questionável, diga-se de passagem. Em alguns casos – particularmente nos tipos penais mais clássicos, digamos assim – realmente esse argumento merece menção, como observou Cirino dos Santos. No entanto, muitas condutas são criminalizadas simplesmente por defenderem interesses econômicos e estatais. Nesses casos em que se baseia o juízo de reprovação? No mero dever de obediência do cidadão frente ao Estado?

Porém, mesmo nos crimes, que, teoricamente tenham maior aderência ou reconhecimento social, ainda deve-se levar em conta um fator muito importante e repetidamente referido no presente artigo: a cadeia de interações deve agir para que uma conduta seja considerada crime, pois, como se viu, o crime não é em si mesmo. Dessa maneira, através de uma interpretação errônea da sua própria ação, o autor poderia incorrer em erro. Os tipos penais abertos dão especial margem para essa interpretação. Exemplo marcante, o crime de estupro positivado no código penal como: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, Código Penal).

Ora, o tipo em tela é de uma vagueza tão grande que pode gerar todos os tipos de interpretações. A conduta que é ou não ato libidinoso, depende, primordialmente, das interpretações das pessoas envolvidas, podendo ser enquadradas um número infinito de ações. Logo, é forçoso pensar que o réu pode ter agido sem consciência alguma da ilicitude da conduta praticada e mesmo assim ser enquadrado no tipo estupro, o que depende muito de interpretação.

Zaffaroni (apud ROSA, 2004, p. 344), por sua vez, refere o que chama de “erro culturalmente condicionado”, para o qual a possibilidade da compreensão da norma deve ser constatada no caso concreto, de acordo com a posição cultural do agente, ou

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sua subcultura, para analisar a estrita possibilidade que o autor tinha de conhecer sobre o ilícito, possibilidade que, entende-se, é capaz de proporcionar uma qualificada avaliação da consciência da ilicitude, uma vez que redimensiona o objeto da consciência do injusto adequadamente.

Não se abdica do fato de que a culpabilidade como elemento do crime é um importante aliado contra o poder punitivo, mas deve ser fixada com signos objetivos, logo, falseáveis, garantindo, assim, o contraditório. É preciso analisar profundamente as determinantes do caso, para evitar que a análise normativa se dê mecanicamente através da coisificação do Outro-réu num julgar em que “os conflitos são adequados em *standarts* dogmáticos, cuja atribuição de sentido é formulada pelo *senso comum teórico*” (ROSA, 2004, p. 203), restringindo a análise entre adequação e inadequação, amordaçando toda a cadeia de significados que pulsa no real e tem o condão de transformar ações, aparentemente normais, em crimes.

É preciso combater a ideia de que o crime é em si mesmo, fazendo com que a análise desses elementos por parte dos magistrados seja mecânica, vaga e infundada. É comum que o réu tenha que provar o improvável numa nefasta inversão do ônus da prova. Assim, cabe a ele comprovar que era impossível conhecer sobre a ilicitude, ou que seu desconhecimento era admissível, que não poderia agir de outro modo ou que, no momento do fato, não tinha condições intelectivas, de acordo com um padrão inteiramente abstrato de normalidade.

Deve-se ter em mente um exercício de consciência a partir do qual o julgador coloca-se no lugar do Outro, como o outro, tentando entender as subjetividades que o influenciam, em seu meio e, a partir daí, avaliar os elementos da culpabilidade, analisando se são exculpáveis ou contém erros, evitáveis ou inevitáveis, de acordo com o outro. Um julgar amparado na diferença, na diversidade e não na adequação com um ideal de homem seguidor das leis que remete ao vazio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consequências da incomunicabilidade entre Direito Penal e realidade são absolutamente perversas, pois permitem que o juízo de censura tenha como fundamento valores morais que matam o contraditório em nome de um padrão de normalidade – o chamado *homem médio* – que em última análise remete inteiramente ao vazio: um sistema normativo-moral oficial não pode ser tido como verdadeira e legítima expressão de um corpo social homogêneo. Ele é inventado, incoerente e absolutamente desconhecido até mesmo por aqueles que acreditam piamente nele. O que é, afinal, normal e anormal para efeito da culpabilidade jurídico-penal? Ainda mais considerando um sistema normativo tão hipertrofiado quanto o penal, que certamente assumiu dimensões muito mais abrangentes do que o próprio Welzel admitiria. É preciso romper com o isolamento normativo do conceito e dialogar com a criminologia e com outras áreas do conhecimento, destacando o potencial violento do discurso da reprovação, particularmente para a perseguição do outro, do diferente, daquele que não se encaixa na moralidade programática dos atos de poder legislativos, ou seja, das condutas criminalizadas e da respectiva exigência de obediência a seus mandamentos ou proibições. É preciso repensar o alcance do potencial conhecimento da ilicitude para além das amarras de um conceito restritivo de cultura, que compreende que ela é

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

essencialmente homogênea, enquanto na realidade convivem paralelamente vários sistemas culturais. Precisamos pensar em diferença e não em anormalidade.

Não se pode admitir, em uma sociedade pluralista e laica, que a reprovação se ampare sempre em questões morais ou de valores, que em última análise remetem a uma moral inteiramente à la carte. Sob este aspecto, expor a ferida que foi aberta pelos discursos criminológicos no Direito Penal e, particularmente, no conceito de culpabilidade, nos dá a possibilidade de desconstruir a barreira entre o saber jurídico-penal e a realidade concreta com que ele pouco se comunica, autorizando discursivamente a continuidade da barbárie nas práticas punitivas.

Ressalve-se que a culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime é indispensável e fundamental, pois dá ao criminalizado a garantia de que os elementos mínimos, imputabilidade, consciência do ilícito e exigibilidade de conduta diversa, sejam exigidos para que a culpabilidade se perfeça.

Porém, borbulha o questionamento: não estamos vivendo uma forma mascarada de responsabilidade objetiva, contrária ao próprio sentido da culpabilidade como princípio? É comum que a não ser que os motivos saltem aos olhos do julgador, o réu seja automaticamente considerado imputável, consciente da ilicitude e plenamente responsável pela prática de suas condutas na fantástica terra das circunstâncias normais. Temos que partir de um pressuposto irrenunciável: a carga da prova pertence ao acusador. Cabe a ele derrubar a fortaleza da presunção de inocência, o que só pode significar que é sobre o acusador que pesa o ônus de provar a inexistência de causas de justificação e também de exculpação. O raciocínio precisa ser invertido urgentemente para que deixemos de compactuar com a manifestação verticalizada e arbitrária do poder punitivo.

Para que se fuja dessa responsabilidade “pseudo-objetiva”, cabe ao juiz, na análise desses elementos, permanecer aberto à cadeia de significados e atuações que levaram ao drama criminal, se colocando não como *reprovisor*, mas no lugar do Outro, pois como se tentou demonstrar, o criminoso é apenas um eu-rotulado. É preciso para isso, repensar a ideia de reprovabilidade e todo o significado moralista que ela carrega, pois fundado em um ideal de normalidade social que a sociologia mostrou a muito não existir e que, cada vez mais, distancia-se da realidade. O juiz deve analisar o contexto social em que o agente está inserido e as possíveis interpretações que levaram aquele agente, em meio a milhares de outros, à seleção penal. Deve refletir se os requisitos da culpabilidade estavam efetivamente preenchidos e não considerados como realidade preexistente que o acusado deve confrontar no processo, literalmente tendo que “provar sua inocência” através da existência de uma causa de exculpação.

É necessário, principalmente, repensar a ideia de reprovação que fez com que penetrasse no discurso penal um sentido moralista, que dá o tom do arbítrio provocado tanto pelo juízo de reprovação, quanto pela constatação da culpabilidade baseada numa ideia caricata de que algo era exigível porque “qualquer um” deveria fazê-lo, desconsiderando a complexidade do real. Assim, a literatura, emprestando ao significado a complexidade que só ela pode ter, nos brinda com a célebre frase de Mário Quintana e que, em muito, sintetiza a ideia que delineou o presente artigo: “Ah, esses moralistas... Não há nada que empeste mais do que um desinfetante!”.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução á sociologia do direito penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida Liquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editores: 2007.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BIRMAN, Joel. *Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal*. In: BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral – 2. ed*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (exemplo privilegiado da Aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b
- CASTRO, Lola Aguiar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Espanõl: Parte General*. Madrid: Tecnos, 2004.
- _____. *Ontologismo e normativismo na teoria finalista*. São Paulo: Revista dos tribunais online, 2004. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Jos%E9%20Cerezo%20Mir/Ontologismo%20e%20Normativismo%20na%20Teoria%20Finalista.pdf>> Acesso em: 12 de Set. de 2013.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- COSTA JUNIOR, Heitor. *Culpabilidade e reprovação*. In: BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GOFFMAN, Ervin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: volume 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.558.
- GÜNTHER, Klaus. *Responsável pelos próprios atos? O Direito Penal e o conceito de culpabilidade – Uma velha discussão com novos impulsos*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen. In: Forschung Frankfurt 4/2005.
- HASSEMER, Winfried. Culpabilidade. In: *Revista de Estudos Criminais*, 2001, n.03.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

MACHADO, Vinicius da Silva. *Entre números, cálculos e humanidade: O princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada*. Brasília: UnB, 2009, 156f. Mestrado Dissertação. Mestrado em Direito Estado e Constituição. Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

NASCIMENTO, André. *Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade*. In: BATISTA, Nilo. Cem anos de repressão: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PANDOLFO, Alexandre Costi. *Criminologia Traumatizada*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010

_____, Alexandre Costi & RODRIGUES, Roberto da Rocha. *Entre o estrangeiro e a cegueira: Direito e literatura na motivação das decisões judiciais nos crimes de roubo no Rio Grande do Sul*. In PANDOLFO, Alexandre Costi & SOHNGEN, Clarice Beatriz da Costa. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como brigolage de significante*. Curitiba: UFPR, 2004, 434f. Doutorado Tese. Curso de pós-graduação da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal – Parte Geral 5ª Edição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro V.1: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E A FORMAÇÃO DO COLEGIADO EM 1ª INSTÂNCIA NOS ATOS DECISÓRIOS. UMA LEITURA CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Thiago M. Minagé

Doutorando e Mestre em Direito. Professor de Penal da UFRJ/FND.
Professor de Processo Penal da EMERJ. Professor de Penal e
Processo Penal nos cursos de Pós Graduação da Faculdade Baiana
de Direito e ABDConst-Rio. Professor de Penal e Processo Penal na
Graduação e Pós Graduação da UNESA. Coordenador do Curso de
Direito e da Pós Graduação em Penal e Processo Penal da UNESA/RJ
unidade West Shopping.. Autor da Obra: Prisões e Medidas
Cautelares à Luz da Constituição publicado pela Lumen Juris no ano
de 2013. Autor de inúmeros artigos jurídicos. Advogado
Criminalista.

INTRODUÇÃO

Com a evolução do estudo e aperfeiçoamento da ciência Processual Penal, denota-se a inadmissibilidade de uma abordagem teórica com consequências práticas, despidas de um contexto interpretativo democrático, onde, as categorias do direito processual devem ser estudadas conforme transformação histórico, cultural e ideológico em que estão inseridas. O processo criminal possui seus princípios, suas regras, suas leis e todo um contexto para seja interpretado e aplicado de forma correta. A regulamentação e contenção do exercício do poder é uma das características mais marcantes e importantes dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim, inconcebível regras autoritárias que, em nome de um pretexto utilitarista, afastam direitos e garantias individuais, sob a justificativa de que é melhor ou necessária, sem maiores contornos explicativos. A Lei 12.694/2012 em seu art. 1º regulamenta o denominado **colegiado para prática de qualquer ato jurisdicional**, ou seja, em primeira instância, cuja responsabilidade para julgamento de determinado processo é constitucionalmente atribuída a um único juiz a lei efetiva a figura de um verdadeiro “**colegiado julgador de exceção**” completamente despido de fundamentação jurídica, histórico, cultural e carente de legislação sobre o tema.

Nesse contexto, devemos levar em consideração não só a legislação em comento, mas também necessário o entendimento quanto ao Sistema Processual adotado, em conformidade com toda a estrutura principiológica em vigor que, somente com a harmonia dessas categorias que podemos aceitar a constitucionalidade do respectivo dispositivo legal em análise.

1 SISTEMA PROCESSUAL. Para além da divisão de funções.

Quisera eu ter expressamente descrito em algum texto legislativo a definição e adoção do sistema processual regente em nosso processo penal, digo isso, pois, grande parte daqueles que diariamente lidam com o direito, possuem tamanha limitação em

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

entender que é válido apenas o que está escrito na lei (positivismo semântico), ou seja, ainda se sustenta que a lei é a única fonte regulamentadora ao ponto de ignorar inúmeras vezes o que está na própria Constituição, assim, se não está escrito, não tem valor, sendo bem enfatizado por Lenio Streck¹ onde afirma que:

“... Este é o estado da arte do modus interpretativo que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticada em terrae brasilis, Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando de “baixa constitucionalidade” e “crise de dupla face...”.

Vide ainda, decisões de nosso Superior Tribunal de Justiça onde determinado ministro **afirma categoricamente não se importar com o que a doutrina diz**².

O sentido dessa afirmação, retomando o raciocínio, ampare-se no fato de que em nenhum texto legal temos definido qual o sistema processual adotado por nossa legislação, assim **imprescindível** a atuação da doutrina no intuito de estabelecer parâmetros e alcance na atividade interpretativa.

Nesse bojo, com a propriedade que lhe é peculiar, analisando os contornos inerentes ao *sistema processual*, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho³ traça algumas considerações importantíssimas com a identificação de que, o marco caracterizador de um sistema está calcado em um princípio unificador que regulamentará toda a sistemática processual.

Por uma questão óbvia, Kant⁴ trata de forma satisfatória o entendimento necessário à identificação do significado de princípio unificador, afirmando que, o conhecimento humano, para ganhar contornos científicos, antes de qualquer coisa, necessário passar pela organização sistemática fundada em uma *ideia central*. Assim, esta ideia central consolida o surgimento do denominado *princípio unificador* que identifica uma unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia, ou seja, uma unicidade de tratamento, que no caso em análise, se perfaz através do processo criminal. Assim, antes de se realizar qualquer estudo em matéria processual penal é de fundamental importância ter em conta qual modalidade de sistema processual será examinada para assim identificar, qual a origem e desenvolver do estudo e aplicabilidade do processo, no intuito de termos um discurso único de validade, para, então, se entender como caminhar na compreensão do

¹ STRECK, Lenio, Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina, acessado em 04/05/2014.

² “Não me importa o que pensam os doutrinadores.” Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 279.889 - AL, (Fazenda Nacional X Pedro Lourença Wanderley e Outros), por meio do qual Sua Excelência argumenta que ninguém dá lições aos Ministros

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 29

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 584. Por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia (...). Aquilo que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego acidental do conhecimento in concreto a toda espécie de fins exteriores e arbitrários, mas, sim, de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade. No que toca ao direito processual, segundo o estágio atual do conhecimento jurídico, têm sido reconhecidos, historicamente, dois sistemas processuais: o inquisitório e o acusatório, cada qual regido por princípios unificadores próprios, que são, respectivamente, o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

direito processual penal. Por todos, ensina Geraldo Prado,⁵ ao pontuar as características do sistema eleito pela Constituição de 1988, e mais à frente, concluir qual deles fora o adotado, definindo o sistema acusatório conforme legislação em vigor:

(...) de tudo que foi visto é possível ratificar a advertência feita no começo deste item. Tal seja, de que no Brasil, certamente não é tarefa fácil assinalar com precisão, acima dos interesses que movem os juristas, motivados pelo sentido e função que atribuem ao processo penal e pela maneira como viveram a experiência política do seu tempo, que sistema processual ou que sistema em outras épocas imperou. Assim, se aceitarmos que a norma constitucional quer assegurar ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório além de lhes deferir, até o trânsito em julgado, da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou o sistema acusatório (...) por sistema acusatório, compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele que herda o nome: acusatório. Em que consiste então, nesta perspectiva, o princípio acusatório.

Como se verá, a distinção entre os sistemas processuais não é operada de forma unânime na doutrina brasileira.

Conforme afirma Franco Cordero,⁶ o critério que define a distinção entre os sistemas processuais é a *gestão da prova*, que indica um verdadeiro princípio unificador do sistema e, por via de consequência, a própria modalidade de sistema processual. No direito brasileiro, por exemplo, essa posição é adotada com base nos ensinamentos de *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, levando a afirmar que se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador. Gestão da prova, aqui, diz com a iniciativa e o controle em relação à produção da prova⁷.

Assim, pode-se dizer que no sistema inquisitório (instituído desde os séculos XII e XIII, no âmbito da Igreja Católica), desde o início orientado pelo princípio inquisitivo, a gestão da prova é concentrada essencialmente ao magistrado que, em linhas gerais, a produzir de forma restrita, sendo que a vantagem (aparente) de tal estrutura residiria no fato de que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos, de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.

Conforme observa Foucault⁸, com razão, o juiz produzia sozinho, e com pleno poder, uma verdade que imputava ao acusado. O trabalho do juiz, de fato, é delicado.

⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006. pp. 167-195.

⁶ CORDERO, Franco. *Contributo allo studio dell'aministia nel processo*. Milão: Giuffrè, 1957.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

⁸ FOUCAULT, Michel. *As verdades e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 1999.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.

Em contrapartida, todo o sistema acusatório, pelo princípio dispositivo oferece às *partes* a gestão total da prova, que terá como função formar todo material probatório a ser livremente apreciado pelo juiz, sem sua iniciativa, controle ou gestão em relação à admissibilidade.

Dessa forma, cria-se o processo acusatório como um autêntico e verdadeiro processo de partes, completamente diverso daquele antes existente. Na sua essência, o contraditório é pleno e irrestrito e o juiz apresenta-se em posição passiva, sempre longe e alheio à coleta da prova. O processo surge como uma disputa entre as partes que, em local público e aos olhos de todos, inclusive em praças, argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É fundamental lembrar de que um processo deve ser amparado e fundamentado em bases que se estruturam numa cultura processual mais afastada a manipulações, mesmo porque o réu, antes de ser um acusado pela prática de um desvio punível, é cidadão, portanto, senhor e detentor de direitos inafastáveis e respeitados inerentes à sua pessoa. Como se tem buscado demonstrar, o critério a ser adotado e seguido no que se refere à *gestão da prova*⁹ deverá ser determinante para a identificação do princípio unificador de um sistema processual, já que a maior parcela da doutrina aponta o fato da *existência de partes* como critério suficiente para a distinção entre os sistemas processuais.

Conforme bem destacado, no procedimento acusatório aqui analisado o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam, existindo assim, verdadeira relação processual. Entretanto, no processo penal inquisitivo a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que se pode afirmar não se tratar de um processo genuíno, e sim, uma forma autodefensiva de administração da justiça.

No sistema inquisitivo, o órgão jurisdicional na pessoa do juiz de direito tem preponderância total quanto aos atos processuais a serem praticados, no qual tudo nele se concentra: as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam todo o processo, tudo na figura do juiz. Mesmo porque, é de suma importância a real distinção entre partes do processo e sujeitos do processo, sendo certo que, partes são os personagens interessados no resultado final (acusação e defesa – Ministério Público e Advogado) e sujeitos são os personagens indispensáveis para o desenvolvimento do processo (Acusação, Defesa e Juiz). O juiz não tem interesse no resultado final do processo e sim verdadeira obrigação de solucionar o caso apresentado.

Como forma de sustentação por parte da doutrina tradicional, no sentido de seguir afirmando a existência de uma teoria geral do processo, ignora toda a estrutura indissociavelmente inquisitória oriunda de uma legislação processual penal infraconstitucional que elabora argumentos no sentido de compatibilizar o sistema processual civil, e também o penal, sob a mesma categoria de sistemas acusatórios. Tal

⁹ DA ROSA, Alexandre Morais. Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos. Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente cognitiva, de acerto de insignificantes, a fixação de quem exercerá a gestão da prova e com que poderes se mostra indispensável, no que se já denominou “bricolagem de significantes”. Pág. 55.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

afirmação corrobora no sentido da afirmação emitida por Ada Pellegrini Grinover,¹⁰ quando sustenta que a verdadeira distinção entre os sistemas não passa pela gestão da prova que tenta restringir, invariavelmente, a iniciativa probatória por parte do juiz, mas, exclusivamente, pela existência ou não de partes. Mais do que isso, sugere que os que adotam o critério da *gestão da prova* confundem o sistema acusatório com o *adversary system* do direito anglo-saxão.

Assim, mesmo não havendo harmonia na doutrina quanto ao ponto fundamental que traz a distinção entre os sistemas processuais existentes, ou seja, se a distinção se dá através de um **princípio unificador**, se através da **gestão da prova** ou se identifica pela **existência ou não de partes no processo** não interfere na unanimidade de que o Sistema Processual Adotado é o Acusatório.

Assim, em uma tentativa se resumir o significado de Sistema Acusatório pode-se afirmar que, que possui como princípio unificador o fato de o gestor da prova ser pessoa/instituição diversa do julgador e nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, o que não ocorria no sistema inquisitivo. Destarte, o juiz é imparcial e somente julga, não produz provas e nem defende o réu. Os prováveis precursores desse sistema processual são: a) Magna Carta; b) Petition of Rights; c) Bill of Rights; d) secularização; e) iluminismo. Para facilitar a compreensão desse sistema, eis suas principais características: a) as partes são as gestoras das provas; b) há separação das funções de acusar, julgar e defender; c) o processo é público, salvo exceções determinadas por lei; d) o réu é sujeito de direitos e não mais objeto da investigação; e) consequentemente, ao acusado é garantido o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, e demais princípios limitadores do poder punitivo; f) presume-se a não culpabilidade (ou a inocência do réu); g) as provas não são taxativas e não possuem valores preestabelecidos.

2 PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL

Podemos considerar como princípio toda estrutura sobre a qual se constrói alguma coisa, ensinamentos básicos e gerais que delimitam de onde devemos partir em busca de algo, verdades práticas que visam doutrinar nossa mente para melhor discernirmos sobre os caminhos a serem tomados nos objetivos. Os princípios traçam as orientações, as diretrizes que devem ser seguidas por todo o Direito, cuja estrutura é de tal forma baseada como estrutura, que dificilmente pode-se dissertar doutrinariamente sobre qualquer tema sem que haja uma série de princípios a serem citados. Conforme conceituação dada por Bandeira de Mello¹¹.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

¹⁰ GRINOVER, *As garantias constitucionais do processo*, Novas tendências. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acessado em 01.dez.2009.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.545.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

São ideias conceituais, conceitos básicos que tem a função de ligar a sociedade à sua história, fazendo a história do direito em si, pois os princípios não se esgotam nos textos que estão descritos, estando em constante evolução, nunca reduzidos à norma legal.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹² a expressão "princípio" vem do latim *principium*, tendo significado de início, origem: *motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado (na lei) ou não*. O autor classifica os princípios como inerentes à organização dos sistemas processuais e posteriormente os que se referem ao direito processual penal subdivididos em ação, jurisdição e processo.

De uma forma ou de outra, os princípios empregam unidade no discurso do direito, fato este extremamente necessário para condição de sua consistência¹³, validade e coerência. Apenas os princípios impõem ao direito a lógica de fato que deveriam ter, sem lacunas e sem contradições, verdadeiro discurso uno, coerente e satisfatório como no dizer de Luigi Ferrajoli: *Son principios, en otras palabras, que imponen al derecho positivo, la lógica que, de hecho, no tiene pero que, jurídicamente, debe tener*.

2.1 Princípio do juiz natural

Define o art. 5.º, LIII, da CRFB¹⁴ que: *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”*, vedando-se assim o denominado juízo ou tribunal de exceção descrito também no art. 5.º, XXXVII da CRFB¹⁵. Por este princípio, o acusado tem o direito de ser processado e julgado por órgão judicial cuja competência fora previamente estabelecida em lei, não podendo ocorrer nomeação de juiz ou a constituição de um tribunal especialmente para o julgamento de determinada pessoa ou fato criminoso, pois certamente estaria comprometida a imparcialidade do julgador. Logo existe apenas 01 (um) juiz natural.

No problema em análise, todavia, não se confunde juízo especializado, com o malsinado juiz de exceção, até porque, neste caso, há efetiva constituição de um juízo excepcional para o julgamento de um determinado ato e determinado acusado, juiz este completamente alheio ao processo, sem qualquer contato com as provas produzidas, e sequer sabedor do contexto processual debatido.

Por juiz natural entende-se o órgão jurisdicional previamente constituído, ou seja, antes da ocorrência do fato que desaguou no processo, sem sequer saber o pseudo autor, a lei estabelece que aquele, especificamente aquele juiz será o competente. Garantia

¹² MIRANDA COUTINHO. O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância, mas, não raro, não tem o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, nesse passo, é seu efeito alienante altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Epistemologia Jurídica y Garantismo*. Fontamara. 1ª ed., 2004. p. 134.

¹⁴ Art. 5º... - LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹⁵ Art. 5º ... - XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

constitucional que visa impedir o Estado de direcionar o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão.

3 FORMAÇÃO DE COLEGIADO. A legalização por via ordinária de uma vedação constitucional.

O filósofo Giorgio Agambem¹⁶ afirma categoricamente que o *Estado de “o estado de exceção é a regulamentação do que não é regulamentado*, ou seja, no Estado Democrático de Direito, as regras são claras e previamente estabelecidas, não dando espaço para integrações legislativas penais e muito menos contradições constitucionais. Tudo está, ao menos, delimitado pela Constituição. Previamente estabelecido. Logo, se temos normas constitucionais, princípios reitores no ordenamento jurídico e princípio unificador que define o sistema processual adotado, não pode uma Lei ordinária, estabelecer procedimentos e práticas de atos que afrontem toda a ciência estabelecida e consolidada, pelo simples fato de ser considerada como útil, encontrando amparo no discurso utilitarista de que *é necessário*. Lei 12.694/2012 que dispõe sobre o **processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas** com redação no art. “1º *Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente*”: pela simples leitura, percebe-se a discrepância com tudo aquilo que fora tratado no presente ensaio. A respectiva lei, simplesmente permite que, dois juízes, completamente alheios ao processo, sem qualquer conhecimento fático e contencioso do caso, possa decidir sobre restrições de direito em face de uma pessoa; permite ainda que dois juízes, que não possuem competência previamente estabelecida para análise do caso possam se manifestar em momentos cruciais. Por alguns juristas definida como “lei do juiz sem rosto” a respectiva regulamentação deve ter equilíbrio na proteção dos juízes mas nunca violar direitos e garantias reconhecidos em nossa Constituição¹⁷.

Conforme expresso na lei a competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado o mesmo fora convocado, demonstrando verdadeiro “ato decisório via tribunal de exceção” (§ 3º do art. 1º). O respectivo malsinado colegiado terá competência inclusive para sentenciar ao término do processo, uma vez que o rol do artigo 1º é meramente explicativo. Desse modo, na decisão do magistrado, que determinar a instauração, diga-se que seria o mínimo, deverá ser mencionado expressamente o ato para o qual o colegiado foi convocado.

Detalhe importante a esclarecer, que a lei não determina que o colegiado seja instaurado para a prática de apenas um ato processual. Assim, é possível que o colegiado seja convocado para a prática de uma série de atos referentes a um único processo, situação esta que seria de uma avassaladora afronta ao devido processo legal.

¹⁶ AGAMBEM. Giorgio. Estado de Exceção. Tradução: Iraci D. Poleti. Editora BOITEMPO. 2004

¹⁷ Para o professor da USP Pierpaolo Bottini, a medida viola o direito do réu e contraria a política de transparência adotada pelo governo federal com a Lei de Acesso à Informação. “O réu tem o direito de saber quais os argumentos expostos, seu teor, e os fundamentos das decisões, em especial daquela que divergiu dos demais. Em tempos de transmissão ao vivo das sessões do STF, do CNJ, e de aprovação da lei de transparência, parece um despropósito a criação de decisões ocultas, que não são expostas ou juntadas aos autos”. <http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viola-garantias-constitucionais-dizem-advogados> acessado em 03.05.2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A Lei determina, em seu art. 1º, § 4º que “*As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial*”. Assim, como todo o texto da lei, a redação do § 4º não é das melhores (senão uma das piores) e deixa margem a inúmeras dúvidas como: *De que reuniões trata esse dispositivo?*

Essas reuniões são públicas ou sigilosas? No entanto, conforme a lei determina as reuniões do colegiado para discutir sobre a deliberação de algum ato processual são sigilosas. Essa conclusão decorre do fato de que a própria Lei determina que as decisões do colegiado deverão ser publicadas sem qualquer referência a eventual voto divergente (§ 6º do art. 1º). Em outras palavras, se dois juízes votarem pela condenação e o terceiro magistrado pela absolvição, a decisão será publicada sem que seja mencionada essa divergência, ou seja, a exceção vale apenas para situação contrária à pessoa humana, nada mais contraditório.

Porém, eis a nossa legislação em sua máxima contradição em vigor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluir um assunto de tamanha relevância e falta de concordância quanto a seu conteúdo, seria de uma presunção maior que a própria arbitrariedade e inconstitucionalidade instaurada na legislação em comento. No entanto, para efeitos didáticos na que se refere à conclusão deste artigo, encerro com o seguinte dizer de Chico Buarque¹⁸ que bem traduz o desejo acadêmico dos equívocos legislativos oportunistas. Vai Passar:

(...)
Num tempo
Página infeliz da nossa história
Passagem desbotada na memória
Das nossas novas gerações
Dormia
A nossa pátria mãe tão distraída
Sem perceber que era subtraída
Em tenebrosas transações
Seus filhos
Erravam cegos pelo continente
(...)

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEM. Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. Editora BOITEMPO. 2004.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁸ O começo do fim da longa e tenebrosa nevasca cultural foi 1979. O recém criado Conselho Superior de Censura abrandava a atuação repressiva. Num tempo, página infeliz da nossa história, passagem desbotada na memória das nossas novas gerações, Chico Buarque e Francis Hime compuseram o samba “Vai Passar”, hino da Campanha das Diretas. O disco com “Vai passar” é o Chico Buarque 1984, mesmo ano da votação da emenda das “Diretas já”, em abril

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição*: Princípios Constitucionais do Processo Penal, 3 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jaccinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CORDERO, Franco. *Contributo allo studio dell'aministia nel processo*. Milão: Giuffrè, 1957.
- DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo pena*. Madrid: Trota, 5 ed. 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Epistemologia Juridica y Garantismo*. Fontamara. 1ª ed., 2004.
- FOUCAULT, Michel. *As verdades e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, *As garantias constitucionais do processo, Novas tendências*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acessado em 01.dez.2009
- HABERMAS. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MINAGÉ. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.
- STRECK, Lenio, *Crise de paradigmas*. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. www.conjur.com.br acessado em 04.05.2014.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Valdemir Pontes

Advogado, Professor, Analista Legislativo da Câmara Municipal de Curitiba - PR desde 1988. Graduado em História e Direito. Pós Graduado em Educação com ênfase na prática pedagógica; Ciência Política com ênfase no magistério Superior; Direito Aplicado para a carreira do Ministério Público; Direito Penal e Processual Penal; Aluno dos cursos para Doutorado em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires.

RESUMO: O estudo que segue, abordará a prisão preventiva, ou, prisão sem pena. Inicialmente, após uma breve introdução, serão examinados os princípios constitucionais que norteiam a liberdade como regra, e a privação da liberdade como exceção, a ser usada como última opção na busca de resultado útil ao processamento penal de um fato típico qualquer. O encarceramento processual, como exceção que é, está previsto na legislação infraconstitucional, que trás em seu texto os pressupostos e os requisitos em que é possível o Estado lançar mão desta providência. Os requisitos referidos serão objeto de exame neste estudo, que deverá apontar as ideias e os ideais de grandes pensadores do direito, bem como o posicionamento do autor, quanto à legitimidade desta medida extrema e sua real necessidade. Para tanto, cada requisito constante do artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro será analisado individualmente, por óbvio de forma não exauriente, ante sua complexidade, mas espera-se, suficiente a lançar alguma luz sobre os constantes atentados que são praticados, sobretudo, contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

1 - INTRODUÇÃO

A chamada prisão processual, em qualquer de suas modalidades (em flagrante, preventiva e temporária), tem cunho unicamente acautelatório, é medida da qual se deve lançar mão quando claramente presente, além do *fumus comici delicti*, também o *periculum libartatis*. Sempre levando em conta os princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal, mormente o da presunção de inocência, ou, estado de inocência, e da dignidade da pessoa humana. Limitando, assim, o poder-dever estatal.

A custódia cautelar, anterior à sentença condenatória, reveste-se de caráter provisório e visa dar eficiência ao processo penal, assim como garantir seu resultado útil. É dizer, ao final, o integral cumprimento de eventual sentença condenatória dele decorrente.

A prisão preventiva, modalidade de prisão provisória que será objeto do presente estudo, pode ser decretada em qualquer momento do processo pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mesmo mediante representação da autoridade policial.

O que se pretende, é uma breve incursão pelas razões justificadoras da custódia cautelar, em sua modalidade preventiva, à luz da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, tendo em conta, ainda, a previsão de outras medidas cautelares que se emergem da novel legislação (Lei 12.403/2011), recentemente em vigência.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Portanto, inicia-se o estudo pelo exame da norma constitucional, para então, adentrar aos dispositivos contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, que traz positivado os casos em que se admite esta prisão processual. Vamos à lei maior:

2 – A CONSTITUIÇÃO E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Se o processo, de modo geral, deve ser norteado pela Constituição, com muito mais razão, o processo penal deve ter o mesmo norte.

O direito Penal é visto por muitos estudiosos como o grande limitador do *Ius Puniendi* do Estado, na medida em que se fundamenta em princípios constitucionais garantidores das liberdades individuais e de uma menor intervenção do Estado sobre a pessoa, como os já referidos (presunção de inocência ou, estado de inocência e dignidade da pessoa humana). A esse respeito, aponta Luiz Flávio Gomes:

nenhum poder dentro do Estado constitucional e humanitário de Direito (ECHD) pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites, na atualidade, são revelados por meio de princípios, que contam (quase todos) com base constitucional expressa.¹

Os princípios constitucionais, portanto, são os garantidores dos direitos fundamentais, impedindo que o Estado repressor avance para além dos limites ditados neste diploma legal. Se assim não fosse, poderíamos estar ainda vivendo as angustias de um Estado abusivo no exercício do direito de punir o indivíduo. Como é sabido, prática largamente difundida em outros tempos, de tristes e dolorosas memórias.

É razoável imaginar que, por seu turno, a legislação infraconstitucional, materializada no Código penal, em considerável medida, tem o viés de cercear as liberdades individuais, ou, o direito natural do cidadão. O que empresta ao Estado, grande poder de coerção.

Inolvidável que as condutas positivadas, que se constituem crime, prestam-se a informar que é vedado ao indivíduo sua prática, sob pena de incorrer em ilícito penal e responder à conseqüente Ação Penal que daí decorre.

Por outro lado, o mesmo dispositivo que informa constituir crime determinada conduta, estabelece o máximo de pena a ela imposta, ou seja, ao tempo que limita a liberdade de agir do indivíduo, limita, igualmente, o poder de punir do Estado.

Para além desse aspecto, o Código Penal também limita o poder de punir do estado na medida em que deve informar, com clareza e exatidão, a conduta considerada ilícita, é dizer, todo o mais, que não está ali positivado, é permitido, portanto, não constitui crime. (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*)²

De todo modo, seja o que for que o Direito Penal limite, se a liberdade do indivíduo, ou o direito de punir do Estado, importa esperar que o manejo da persecução penal seja orientado, precipuamente, pelas disposições e princípios constitucionais, em maior medida que pelas disposições infraconstitucionais.

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 10 abril. 2007.

² Constituição Federal do Brasil Art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Idem, Art. 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Em que pese a legislação penal infraconstitucional ser alicerçada em princípios constitucionais, sua interpretação e aplicação, quando orientada pelo medo ou pela comoção social, pode se distanciar daqueles princípios, a ponto de promover muito mais injustiça do que justiça.

É possível verificar, mormente nas decisões judiciais sobre esse tema, uma inclinação acentuada ao atendimento à legislação infraconstitucional (cerceadora das liberdades) em detrimento da lei maior (garantidora das liberdades). Como bem menciona Streck, existe: *"um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se 'adaptar' a Constituição às leis ordinárias"*³.

Esse "fascínio" pela interpretação extensiva (*in malam partem*) da lei penal e processual penal produz uma perseguição penal inclinada a atender, muito mais, aos interesses vingativos da vítima, ou dos seus, do que ao mais nobre postulado da justiça, que é dar a cada um o seu direito. No caso em exame, o de responder ao processo em liberdade.

A inclinação acentuada referida atenta diretamente contra o já citado princípio da presunção da inocência, estatuída no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira, que preconiza: *"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*.⁴ Esse dispositivo garante ao indivíduo o *status* de inocente até final condenação. O estado de inocência é um postulado desde há muito reconhecido, já em 1789 a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão destacava em seu artigo 9º:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.⁵

Pois muito bem, outro princípio constitucional emerge nesse estudo, o da dignidade da pessoa humana, este, quicá o mais importante dos princípios constitucionais, por sua abrangência e pelas implicações que sua inobservância pode produzir. Por esta e por outras razões, já em 1949 a Assembléia das Nações Unidas consagrou de forma textual a expressão: *"A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la"*.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição brasileira de 1988 recepcionou este postulado em seu artigo 1º, inc. III⁶, como princípio fundamental a ser observado. A este respeito, leciona com maestria Sarlet: Veja-se:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

³ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.002, p. 30-31.

⁴ Constituição federal do Brasil Art. 5º, LVII.

⁵ Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III - a dignidade da pessoa humana;

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷

Por fim, sendo princípio fundamental recepcionado pela Constituição Federal, não pode ser permitido ao operador do direito relativizar seu sentido ou sua abrangência, sob pena de por em risco todos os demais princípios relativos à liberdade, até mesmo, de apequenar o sentido de Estado Democrático de Direito, como bem demonstra o Professor Rizzatto Nunes:

O que o intérprete tem de fazer é apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem permitir que façam dele um conceito variável conforme se duvide do sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico. Aliás, foi esse tipo de relativização, vigente em vários períodos da história, que serviu para justificar todo tipo de atrocidade.⁸

Em que pese tantos dispositivos em favor da liberdade, que exaltam a dignidade humana e são, de regra, observados, o direito brasileiro admite exceções a essa regra, basta que sejam preenchidos alguns requisitos dispostos na legislação infraconstitucional, em especial aqueles elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Se for possível constatar, com a necessária clareza, indícios e elementos suficientes de que, em liberdade, o agente incorreria em conduta atentatória a uma das hipóteses contidas no referido artigo, aí sim, poder-se-ia, excepcionalmente, mantê-lo sob custódia provisória. Aí está o caso da aplicação da exceção prevista na lei ordinária sobre a regra constitucional.

O que se teme é o uso indiscriminado da exceção, que de tão reiterada, pode transformar-se em regra para todos os efeitos, em reprise, um processo penal consubstanciado unicamente na norma infraconstitucional, em franco desprezo aos princípios constitucionais que a norteiam.

Permitir uma persecução penal que se afaste, ainda que milimetricamente, dos princípios garantidores dos direitos individuais que a Constituição Federal preconiza, é o mesmo que permitir o arbítrio do homem sobre o homem. Prática largamente difundida nos anos negros e tenebrosos da Idade Média, bem como nos porões do autoritarismo, em tempos mais recentes.

É, portanto, fundamental que se prime pela liberdade como regra. Assim ensina Moreno Victor Catena:

A regra terá, por isso, de consistir no respeito pela liberdade do arguido, devendo o seu funcionamento subordinar-se a uma ‘apertada’ compreensão dos critérios da *necessidade*, da *proporcionalidade* e da *menor intervenção possível*. Este último adquire, alias, especial importância na órbita da *prisão preventiva*, onde integra o conteúdo do chamado *princípio da subsidiariedade* segundo o qual a detenção só

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

⁸<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2013/12/09/o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pode ocorrer quando as restantes medidas de coação se mostrem, em concreto, inadequadas ou insuficientes.⁹

Vê-se pelo cotejo entre os princípios garantidores da liberdade que a Constituição preconiza, e as normas cerceadoras da legislação infraconstitucional, a possibilidade de existência de conflitos de direitos e interesses fundamentais, restando ao operador do direito a árdua tarefa de solucioná-los.

Embora haja um aparente conflito entre as normas, é admissível a medida extrema consubstanciada na custódia cautelar, desde que, como dito, havendo *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*, haja ainda fundado receio de danos à *ordem pública, à ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*, se for o caso.

Atente-se às palavras do Mestre Delmanto:

Primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos).¹⁰

Sem olvidar que a opção de lançar mão da prisão preventiva, quando existentes ambos os pressupostos já mencionados, deve ser precedida de profunda e exaustiva análise do caso concreto, sob pena de se promover uma injustiça maior e mais danosa que a própria conduta imputada ao agente. É dizer, o acusado pode ficar sob custódia provisória por mais tempo que a pena a ser imputada, em caso de condenação. Inaceitável num Estado Democrático de Direito.

Com isto, encerram-se as considerações sobre os aspectos constitucionais que norteiam, ou devem nortear as decisões que impõe a segregação provisória daqueles que respondem a processo penal e passa-se ao exame, breve, de cada uma das hipóteses elencadas no referido dispositivo legal.

3 - A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A “Ordem Pública” redundante em conceito deveras amplo e impreciso. Não serve, portanto, como fundamentação para qualquer medida repressora, em especial a privação da liberdade. *Data vênia* assemelha-se muito mais a uma “desculpa esfarrapada” do que a um fundamento jurídico penal.

Sobre o tema, Gomes Filho leciona com maestria:

“A idéia de ‘ordem pública’, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado [citando José Eduardo Campos de Oliveira Faria] ‘com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica’ e que implica ‘a ruptura dos padrões de

⁹ CATENA, Moreno Victor. *Derecho Procesal* *Apud*. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 71

¹⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica.”¹¹

E vai além: “A decretação de prisão para a garantia da ordem pública, além de não ser um ‘instrumento a serviço do instrumento’, é uma antecipação da punição ditada por razões de ordem material, sendo pressuposto o reconhecimento da culpabilidade.”¹²

O reconhecimento da legitimidade da prisão cautelar com base na “ordem pública” implica em ampliar muito, e perigosamente, o poder discricionário do juiz, mitigando sobremaneira o poder limitador da lei. Neste sentido, o mesmo autor expressa com clareza esse raciocínio:

“No caso especial da prisão cautelar, o apelo à ‘ordem pública’ representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz que nesse particular não fica sujeito a limitações senão da própria sensibilidade.”¹³

Importa asseverar que a chamada “ordem pública” retrata o controle do Estado sobre as sociedades organizadas, é dizer, a manutenção de um coletivo ordenado, subsumido ao regramento que garante esta ordem.

Nessa linha de raciocínio, é forçoso admitir que a custódia do acusado a pretexto da manutenção da “ordem pública” é dirigida a atender muito mais à necessidade do Estado em manter esse controle do que, propriamente, ao perfeito andamento do processo penal.

É certo que a sociedade obediente é diretamente atingida pela conduta de um agente transgressor das regras estabelecidas, de modo que, sua custódia presta-se a atender de forma igualmente direta esta mesma sociedade.

Assim pontua Pacelli sobre o tema, vejamos:

A prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.¹⁴

Como já dito, não se trata de medida acautelatória do processo penal, senão de medida assecuratória do controle social pelo Estado. Não obstante, o respeitado Professor Auri Lopes Júnior tem posicionamento ainda mais extremado quanto à legitimidade da medida em exame:

Não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma

¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹² *Idem*, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹³ *Idem*.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. *Curso de Processo Penal*, pág.435.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública*.¹⁵

Menos extremadas, mas não menos contundentes, as palavras do eminente doutrinador Fernando Tourinho Filho retratam, com grande fidelidade, a linha de raciocínio deste autor relativamente à fragilidade das “circunstâncias autorizadoras”. Alerta o Professor:

“Não se pode olvidar que o diploma processual penal pátrio data de 1942, elaborado, portanto, em plena época ditatorial. Nessa época, não era reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção de inocência como preceito constitucional. Assim, ditas circunstâncias autorizadoras repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário.”¹⁶

Note-se que o posicionamento doutrinário é pacífico quanto à fragilidade da hipótese “ordem pública” embasar, por si só, a custódia processual de um acusado. Ainda assim, para aumentar a inquietação sobre esta matéria, a hipótese “ordem econômica” mostra-se ainda mais frágil. Vamos a ela.

4 - A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Pelas razões acima, aventadas por Tourinho Filho, somadas a outras, que por certo emergirão, conclui-se, com relativa tranquilidade, que esta hipótese autorizadora da decretação da medida extrema, igualmente, mostra-se pouco densa e, portanto, insuficiente para estribar a privação cautelar da liberdade de locomoção.

A hipótese referida incorporou a redação do art. 312 do Código Processual Penal através da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, conhecida também como Lei Antitruste. Deveria aplicar-se, portanto, unicamente aos crimes contra a ordem econômica. É dizer: estando solto, o acusado poderá reincidir na prática a ele imputada e, com isto, abalar a ordem econômica.

Não se admite a decretação de custódia cautelar fulcrada nesta hipótese, quando a conduta atribuída ao acusado atentar a outro bem jurídico tutelado pelo direito penal, que não a “ordem econômica”.

Assim se posiciona o professor Rogerio Greco:

“A lei 8.884, de 11 de junho de 1994, fez incluir no art. 312 do CPP a expressão ordem econômica. Assim, segundo Paulo Rangel, quis ‘permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A prisão para garantir a ordem econômica somente poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas leis nº 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86

¹⁵ LOPES JR. Aury. *Novo regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. p. 93.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando. Considerações sobre a prisão preventiva. *Revista Síntese de Direito Processual Penal e Processual Penal*. Ano VI, n. 34, out./Nov. 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

e demais normas que se referem à ordem econômica, como quer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da lei 8.884/94”.¹⁷

Inobstante qualquer posicionamento favorável, ao ver do autor, esta inclusão é absolutamente desnecessária, senão por outras razões, pelo simples fato de que a expressão se amolda à perfeição como “espécie” (ordem econômica) do “gênero” (ordem pública). Está, portanto, contida nessa hipótese. O que remete ao entendimento de que a expressão é totalmente suprimível do texto processual.

Em outras palavras, a ordem econômica integra o conceito de ordem pública, ou seja, garantir a ordem pública significa garantir a ordem econômica nela inserida.

Neste raciocínio, ante flagrante desnecessidade da expressão “ordem econômica” no texto legal, denota-se que sua inclusão teve cunho retórico e meramente político, impulsionado, quiçá, pelas bases ideológicas do novo “Estado Liberal” que emergia à época. Prenhe de políticas escancaradamente intervencionistas.

Portanto, impõe-se a compreensão de que a expressão em comento, por retórica que é, desmerece maiores aprofundamentos. O que remete ao exame de outra hipótese elencada no dispositivo legal.

5 - A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A hipótese ora retratada, “conveniência da instrução criminal” para decretação da prisão preventiva, igualmente desencadeou discussões doutrinárias quanto a ser suficiente para justificar a segregação cautelar. Longe de ser pacífico o tema. De todo modo, em que pese a divergência de opiniões, natural no estudo do Direito, a expressão se nos parece dotada de alguma especificidade, o que facilita sua compreensão e análise, porquanto se mostra um tanto mais precisa terminologicamente.

Pois bem, o art. 312 do Código de Processo Penal admite a decretação de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal somente quando estritamente necessária, ou seja, solto o agente, a persecução penal *in judicio* se deturparia e não chegaria a bom termo. Nas palavras de Tornagui, verifica-se esta hipótese quando: “*O acusado livre está destruindo provas, corrompendo testemunhas, influenciando peritos, etc.*”¹⁸ Nesses casos, especificamente, é que se admite razoável a custódia cautelar.

Que não se confunda, entretanto, conveniência da instrução criminal com dificuldade ou impossibilidade material do Estado em encontrar o acusado para comparecer ao processo. A carência de material humano somado ao seu insuficiente aparelhamento não justifica, sob qualquer hipótese, a segregação.

As palavras de Tourinho Filho: “não é o fato de o réu estar sempre viajando, a negócios, ou a passeio, que a autoriza (a prisão preventiva). A providência apontada, para tais casos, é a decretação da revelia, nos termos do art. 367 do CPP”.¹⁹

¹⁷ GRECO, Rogério. Atividade Policial, aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais, editora Impetus, 2ª edição, 2009, páginas 70/71

¹⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando. Considerações sobre a prisão preventiva. Revista Síntese de Direito Processual Penal e Processual Penal. Ano VI, n. 34, out./Nov. 2005.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

No mesmo sentido, Tornaghi: “Não a justifica (a decretação da prisão preventiva), porém, o comodismo, a facilidade de ter o acusado sempre à mão”.²⁰

Veja-se que o texto legal traz a expressão “conveniência”, que não pode ser interpretada noutro sentido que não o de “necessidade”. A “conveniência da instrução criminal” nasce, em verdade, da imprescindibilidade de se prestar a tutela jurisdicional penal de forma isenta e livre de interferência. A resposta do Estado deve ser precedida de um processo sem mácula, que busque a verdade real dos fatos.

Há que se admitir, entretanto, que existem casos em que a expressão “conveniência” não é empregada como “necessidade”, mas, simplesmente como conveniência. Como bem exemplifica Gualberto Garcez Ramos, apontando a hipótese seguinte:

“Um acusado ameaça de morte uma testemunha de um total de cinco que o viram cometer o crime. Se ele a matar, restarão quatro a testemunhar contra ele. Numa situação como essas não há, rigorosamente, necessidade absoluta de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Há isto sim, conveniência”.²¹

Ainda que não seja necessária sua custódia, pela conveniência da instrução criminal, já que outras quatro testemunhas ainda restam, subtrai-se da hipótese suscitada que, em havendo indícios suficientes de que o agente matou uma das testemunhas, a este deverá ser imputado novo crime, com nova persecução penal.

Assim, em reprise, cumpre asseverar que não é qualquer viagem a negócios ou a passeio que deve autorizar a efetivação da custódia preventiva, tampouco o comodismo judiciário, mas sim, a verificação de fatos concretos, praticados pelo acusado, que comprovem atitudes concretamente danosas (e não, possivelmente danosas) e contrárias aos interesses da instrução criminal, de modo que seja “necessária” a decretação da prisão preventiva para o bom prosseguimento do feito.

Relativamente à eventual possibilidade de fuga do acusado, há que se verificar o fundamento sobre o qual se embasará a decisão pela custódia provisória. Neste ponto, Marques vislumbra duas hipóteses fundamentais, uma para assegurar a instrução criminal e a outra em face à segurança da aplicação da lei penal. Vejamos:

“[estas hipóteses se caracterizam quando] houver perigo de fuga que o impeça [o acusado] de comparecer ao juízo, a fim de levar esclarecimentos úteis à instrução da causa, a prisão preventiva poderá ser decretada “por conveniência da instrução criminal”: [ou seja aqui] teremos então providência cautelar instrumental. Mas se tudo indica que o réu, temeroso do resultado do processo, fuja do distrito de culpa ou, então, provável seja essa fuga, por não apresentar garantias suficientes à Justiça, visto lhe ser indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal, a prisão preventiva terá cabimento “para assegurar a aplicação da pena”: [ou seja aqui] teremos, então, a providência cautelar final.”²²

Na esteira das palavras do mestre, segue exame da derradeira hipótese de prisão processual segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

²⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1978.

²¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²² MARQUES, José Frederico. A Nova Lei Penal. São Paulo: Saraiva, 1976.

6 - A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Finalmente uma questão menos polêmica a ser tratada, ainda assim, não menos instigante. A decretação de prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal é definida brilhantemente por Luiz Antonio Câmara nas seguintes palavras:

“Esse pressuposto cautelar autoriza a denominada prisão como cautela final: decreta-se a custódia para assegurar o cumprimento da lei penal quando busca a Justiça deixar à sua disposição, acessível, no distrito da culpa, o indiciado ou acusado responsável pela prática de uma infração penal, com o fito de que, proferida ao final decisão condenatória, não venha ela a ser executada, evitando-se que, entregue a prestação jurisdicional, não se encontre meios para efetivá-la em face da não presença do condenado”.²³

Por óbvio, não se aceita a determinação da custódia pela simples conveniência do juízo ter “sempre a mão” o indiciado ou acusado.

Todavia, até certo ponto é compreensível que se admita o cabimento da medida. E a doutrina assim entende, visto que a finalidade da decretação de preventiva, por esta hipótese, é a não frustração do *ius puniendi* do Estado, em razão da fuga do acusado.

Não se espera unanimidade na aceitação deste requisito como justificador da medida extrema. Embora relativamente pacífica a doutrina, há quem se levante contra a maioria. Entre os autores contrários está Pisapia, citado por Gomes Filho, para quem a prisão preventiva decretada a este título, nada mais é que um “*‘expediente prático’ a serviço de um sistema que reconhece a própria incapacidade em providenciar medidas adequadas para o cumprimento de suas decisões.*”²⁴. Porém, sem muitos seguidores esse posicionamento.

Inobstante a afronta ao princípio da presunção da inocência, é possível constatar casos em que se justificaria a medida. Como para acusados abastados, com condições econômicas de se evadir do país e viver confortavelmente em outro e que demonstrem concretamente esta intenção. Vide caso do ex Diretor do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato.²⁵

De todo modo, quer parecer que a prisão preventiva, nestes casos, mostra-se, em alguma medida, necessária, pois caso contrário estaria malogrado o direito que a sociedade delegou ao Estado de punir e, por via de consequência, a sociedade restaria frustrada.

A título de ilustração e embasamento teórico, invocam-se as ponderadas palavras de Gomes Filho, valendo-se de algumas ideias de Pompeo Pezzatini:

“A terceira das finalidades atribuídas por nosso legislador ordinário à prisão preventiva é de ‘assegurar a aplicação da lei penal’, ou seja, evitar que, diante da

²³ CÂMARA, Luiz Antonio. Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá Editora, 1997. p. 119.

²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

²⁵ O ex-diretor de Marketing do Banco do Brasil Henrique Pizzolato, condenado a 12 anos e sete meses de prisão no processo do mensalão, foi preso na Itália, na cidade de Maranello, após operação conjunta das polícias brasileira e italiana. Ele estava foragido desde novembro do ano passado. <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,ex-diretor-do-banco-do-brasil-e-presno-na-italia,1126948,0.htm>

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

possível fuga do acusado, pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva.”

“Evidencia-se nessa justificação talvez a mais típica dentre as funções atribuídas à custódia cautelar, aceita como um ‘mal necessário’: entre o risco de submeter antecipadamente à prisão um inocente e o risco de tornar possível ao culpado subtrair-se à execução da pena, com a fuga, prefere-se a segunda alternativa.”²⁶

Em que pese este entendimento, ainda que em alguma medida seja aceitável esta providência, estará sempre sob a sombra da possibilidade, nada remota, de a custódia provisória se mostrar, ao final, mais rigorosa que a própria pena. Ou, ainda, pior, completamente injusta, ante uma eventual sentença absolutória.

7 – CONCLUSÃO

Enfim, a discussão acerca da prisão processual está longe de findar-se, quer sob o atual regramento, quer sob o regramento previsto no novo Código de Processo Penal, que se avizinha.

Por derradeiro, não se pode prescindir de fazer referência às sábias palavras do jurista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, quando afirma, sobre as liberdades públicas no Brasil:

“Em se tratando de liberdades públicas, ‘defender um (indivíduo), aqui, significa defender todos’, tanto que a violação às Liberdades Públicas de um é ofensa a todos, tamanha a importância que elas têm”.²⁷

Com as palavras do mestre, encerra-se o presente estudo, cuja pretensão não vai além de retratar, sucintamente, a posição de alguns dos grandes pensadores e defensores de todas as liberdades, e com isto compartilhar as inquietações que emergem deste, que é o ramo mais inebriante do direito: O Direito Criminal.

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”²⁸

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória*: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá Editora, 1997. p. 119.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 95.

CATENA, Moreno Victor. Derecho Procesal Apud. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 71

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: Garantias Constitucionais e Processo Penal: A Crise da Segurança Pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. p. 182

²⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Código Penal Brasileiro.

Constituição federal do Brasil 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: *Garantias Constitucionais e Processo Penal: A Crise da Segurança Pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. p. 182

Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, José Frederico. *A Nova Lei Penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

STRECK. Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.002, p. 30-31.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Considerações sobre a prisão preventiva*. Revista Síntese de Direito Processual Penal e Processual Penal. Ano VI, n. 34, out./Nov. 2005.

HORIZONTE DE PROJEÇÃO DO CONTROLE PENAL NO CAPITALISMO GLOBALIZADO NEOLIBERAL

Vera Regina Pereira de Andrade

Mestre e Doutora em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires-Argentina. Professora nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis – Brasil.

RESUMO: Propõe, este artigo, uma leitura criminológica crítica dos movimentos e do horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, identificando quais são as demandas e enunciações que o condicionam, expressando, a sua vez, movimentos estruturais e conjunturais, que ora separam, mas sobretudo mimetizam Mercado (poder econômico e financeiro), Estado (poder político e punitivo) e comunidade (micropoderes sociais informais). É esta mimetização que, no universo de um maniqueísmo moralista vertido em fundamentalismo punitivo (a luta contra a criminalidade) e da política criminal como espetáculo, sustenta a expansão e a legitimação do controle penal, que caminha na direção de um dramático "autoritarismo cool", genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo as latino-americanas. Saberes como as Criminologias de base crítica têm, portanto, um papel importante a desempenhar, seja no esforço para a decifração dos enigmas do controle, seja no compromisso com a mudança de seus rumos anti-democráticos e exterminadores.

Palavras chave: Criminologia - Controle penal – capitalismo globalizado neoliberal - criminalização-criminalidade-violência

ABSTRACT: This article proposes a critical criminological reading of the movements and the horizon of the projection of the penal control in the neoliberal globalized capitalism, identified which are the demands and annunciations which condition, expressing, in its turn, structural and conjectural movements, which at times separate, but above all mimics the market (economic and financial power), State (political power and punishment) and community (micro social and informal power). And this mimic, which in a moralist Manichaeism universe is translated into a punitive fundamentalism (the war against criminality) and of political criminality, as a spectacle, supports the expansion and legitimization of the penal control, which heads toward a dramatic “cool authoritarianism”, genocide, making refuge the paths of democracy, particularly in Latin American. Therefore the base knowledge of Critical Criminology has an important role to play, be it in the effort to decipher the riddles of control, be it with commitments to the change of its antidemocratic and exterminating directions.

Key words: Criminology – Penal Control – Globalized Neoliberal Capitalism - Criminalization – Violence

Sumário: 1. O sentido e o lugar da fala. 2. O controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. 3. O campo do medo da criminalidade violenta de rua e da criminalização instrumental da pobreza. 4. O campo da indignação contra a criminalidade das elites ilesas e a criminalização simbólica da riqueza. 5. O campo da proteção contra “violências” e da criminalização dos problemas sociais. 6. Movimentos reformistas: duplicidade metódica e unidade funcional. 7. O Papai Noel está nu. 8. Estado penal forte x Estado fraco: a política criminal como espetáculo. 9. O campo contradiscursivo

1. O sentido e o lugar da fala

Decifrar e compreender os movimentos e o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo, é tarefa (a que nos propomos aqui), a um só tempo, fundamental e desafiadora, que se inscreve, sem pretensões de exclusividade, no marco das Criminologias de base crítica ¹ e do conjunto de saberes que conjugam esforços para a compreensão das transformações sociais em sentido lato, eis que aqueles (movimentos e horizonte) guardam com estas uma conexão funcional que lhe imprime sentido e condiciona o desenho, interativamente.

Compreender o controle é buscar compreender, portanto, como as sociedades se mantêm e transformam, como constituem a identidade de seus sujeitos (subjetividades), como constroem a linha divisória entre a normalidade e o desvio, a cidadania e a criminalidade, a ordem e a desordem. Para um criminólogo de raiz crítica é imperioso, portanto, decodificar as demandas da ordem, e quem são os atores que as enunciam, porque esta enunciação demarca e condiciona o horizonte de projeção, o território do controle penal, que expressa, a sua vez, movimentos estruturais e conjunturais, que ora separam, ora mimetizam e confundem Mercado (poder econômico e financeiro), Estado (poder político e punitivo) e comunidade (micropoderes sociais informais). Compreender o controle é buscar compreender, portanto, a própria dinâmica do poder ou dos poderes: poder econômico, financeiro, midiático, político, punitivo oficial (poder legislativo, policial, ministerial judicial, acadêmico) micropoderes sociais.

¹ . Por Criminologias de base crítica entendo todas aquelas desenvolvidas a partir do paradigma da reação ou controle social, de matriz construtivista e interacionista, desde seus momentos fundacionais (década de 60 do século XX), até seus posteriores desenvolvimentos materialistas, feministas e outros, combinando, então, ao enfoque microsociológico e à análise institucional deslegitimadora representada pelas teorias do labelling approach, um enfoque macrosociológico representado na análise estrutural do controle penal ,e, portanto, na sua relação funcional com o capitalismo, com o patriarcado, com o racismo, etc. Tais são as chamadas Criminologia radical, nova, crítica , dialética, da libertação, feminista, etc. Por Criminologia crítica, em sentido estrito, entendo a versão mais amadurecida e sistematizada deste paradigma, que encontrou em Alessandro Baratta seu maior sistematizador e divulgador.

A Criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX com o estatuto de uma ciência causal da criminalidade, do crime e do criminoso (Criminologia positivista) transformou-se, e está a se transformar, a partir deste paradigma, numa teoria crítica e sociológica do controle social e penal, de modo que, deixando de lado as diferenciações possíveis no seu interior, ela se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas penais vigentes (cultura, estrutura, operacionalidade, funções..) que veio a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. (BARATTA,1997)

Destarte, desde há muito a Criminologia deixou de ser uma ciência da criminalidade e de exercer o monopólio do saber solitário sobre ela, para se reconhecer, num esforço compartilhado mais modesto, como uma das Ciências Sociais que concebe a criminalidade como uma construção social resultante da interação continuada entre os processos de definição , seleção e estigmatização realizados pelo controle social formal ou penal (Legislativo-Lei-Polícia-Ministério Público-Judiciário- Prisão-secretarias e ministérios de justiça e segurança pública...) e o controle social informal (família-escola-universidades-mídia-religião-moral-mercado de trabalho-manicômios-pena privada...) e funcionalmente relacionados às estruturas sociais. E a função “nobre” do controle penal, assim como a função geral de todo o mecanismo de controle social, é construir a linha divisória entre a normalidade e o desvio (construção binária, seletiva e estigmatizante). Podemos falar, portanto, da trajetória de uma Criminologia da violência individual (positivista e clínica) a uma Criminologia da violência institucional e estrutural (construtivista e crítica), como uma trajetória da infância à maturidade criminológica.

2. O controle penal no capitalismo globalizado neoliberal

No senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal

(doravante CGN),² domina uma leitura da criminalidade violenta de rua como sendo o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada. O medo, (MALAGUTI BATISTA, 2003) que vira medo do crime, e a insegurança, que vira insegurança contra a criminalidade, aparecem como a base da grande demanda por segurança pública, cujo sistema se torna o mais hipertrofiado do CGN e acarreta a saturação punitiva das agências policial (civil e militar) e prisional, que está na base de uma das mais espetaculares expansões punitivas que o capitalismo tem vindo a experimentar, dando espaço a um gigante punitivo, ao agigantamento do “Papai Noel”.

A equação “aumento e alarma (midiático) da criminalidade= medo e insegurança= demanda por segurança =expansão do controle penal”,³ obedece às ilusões da infância criminológica (Criminologia positivista) em que se acreditava no Papai Noel (sistema penal) distribuindo presentes (combatendo e reduzindo a criminalidade, ressocializando os criminosos e promovendo segurança).

Esta ilusão, radicalmente desconstruída na maturidade criminológica (Criminologias críticas), cresceu, no entanto, maliciosamente, pois, despidendo-se da

² . Por globalização entendo um novo momento de poder planetário correspondente à era da revolução tecnológica, da sociedade da comunicação e do espetáculo, caracterizado por transformações nas noções de tempo, espaço e movimento, por transformações econômicas (na esfera da produção e da acumulação de riqueza, e na esfera do mercado e do consumo, com a produção de desemprego estrutural, precariedade e flexibilização do trabalho), transformações políticas (erosão seletiva da soberania e do Estado-nação, do espaço público e da democracia, desestruturação do Estado social), transformações culturais e subjetivas (individualismo possessivo, mercantilização da vida, consumismo radicalizado, sentimento de intolerância para com o Outro, sentimento de insegurança e medo, fragmentação social e de classe), jurídicas e punitivas. Trata-se de uma realidade de poder marcada por uma dominação planetária capitaneada tanto por alguns Estados nacionais, notadamente os Estados Unidos da América, numa relação de conflito-cooperação com a Europa e com o Japão, como por novos atores e elites paraestatais e financeiros. A globalização da economia capitalista ou do capitalismo, derivada da própria lógica do sistema de acumulação de riqueza e potencializada pela tecnociência, pela desestruturação da União Soviética e pela queda do Muro de Berlim (comumente caracterizada por “globalização hegemônica”), encontra no neoliberalismo – o fundamentalismo de mercado – sua base teórico-ideológica operacionalizante e legitimante, sem com ela se confundir ou a ela se reduzir. Todas estas transformações têm sido objeto de uma gigantesca literatura e o desgaste semântico do signo globalização é evidente. Ele aparece fortemente subjetivado – a globalização como o grande sujeito que move doravante a história – e muitas vezes confundido com o signo neoliberalismo, ou se superpondo ao signo capitalismo. As principais consequências sociais e humanas da globalização hegemônica são muito visíveis: radicalização do fosso que separa países ricos e pobres, centro e periferia, norte e sul do planeta, radicalização da desigualdade social planetária (inclusive nos países centrais), na forma de marginalização, miserabilidade e exclusão social. Diz-se que o modo de produção capitalista ingressa numa fase pós-fordista, na qual o conflito central entre capital e trabalho, e entre burguesia e proletariado dá lugar a uma não relação entre incluído e excluído. A respeito, ver BERGALLI, Roberto. Globalizacion y control de la ciudad. Fordismo y disciplina-post-fordismo y control punitivo. *Il Diritto e la differenza – scritti in onore di Alessandro Baratta a cura di Raffaele De Giorgi*. Lecce: Multimedia, 2003. V. II. p. 55-86. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. XX, 1999. p. III-XXIV.

³ . A respeito da recorrente construção histórica de “emergências” que fundamentam construções de inimigos sociais, ver MOCCIA, 1997 ; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, 2003.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ingenuidade da fantasia infantil, sobreviveu na nudez aberta do mercado econômico, político e midiático, tornando-se um produto : uma ilusão lucrativa com a mais-valia da dor e da morte. Da dor e da morte dos controlados nas masmorras prisionais, dos controladores, sobretudo policiais , das vítimas, dos familiares de controlados e vítimas, sem respostas positivas do sistema, dos que nada tem a ver . Este mercado polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o Papai Noel não existe, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo.

O argumento que desejamos desenvolver aqui é, em sentido oposto à enunciada fantasia do poder oficial e do senso comum, o seguinte: os condicionamentos da expansão do controle penal, que é um inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e Europa , se globalizando por uma espetacular operação de *marketing* ideológico), não devemos buscá-los, como nos discursos do poder oficial e do senso comum, na suposta expansão da criminalidade e/ou no medo por ela gerado(embora em seu nome fale e pretenda se justificar), mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, em especial na dualidade que vou caracterizar como “Mercado onipresente e excludente x Estado soberana, politica e socialmente ausente, amalgamados por uma cultura individualista radicalizada.”

O controle penal é um mecanismo de controle social central no capitalismo globalizado neoliberal e sua expansão, de extrema complexidade, não pode ser captada senão como um conjunto de tendências, parcialmente visíveis, parcialmente cegas, como característico de todo tempo de grandes transformações (SOUSA SANTOS, 1989). Tais tendências, que apresentam identidades e diferenças no centro e na periferia do capitalismo, apontam para um movimento simultâneo de:

- a) expansão quantitativa (maximização) do controle ;
- b) expansão qualitativa (diversificação): continuidade, combinada com redefinição de penas, métodos , dispositivos, tecnologias de controle;
- c) expansão do controle social informal – pena privada;
- d) minimização das garantias penais e processuais penais.

Grosso modo, o controle penal do CGN está às voltas, simultaneamente, com os problemas de estabilização da ordem , e de controle da criminalidade (num contexto em que ordem e criminalidade apresentam limites confusos e superpostos), gerados-agravados, por um lado, por um quadro crescente de desemprego (estrutural), de aumento da pobreza e da exclusão social, de individualismo e intolerância para com o "Outro"; quadro traduzido no " regime do excesso " , excesso de pessoas tratadas como verdadeiro lixo humano, o excedente da economia de mercado globalizada, uma *underclass*, a “multidão”, os “novos impuros” . (GIORGI, 2006, BAUMAN, 1999).

3. O campo do medo da criminalidade violenta de rua e da criminalização instrumental da pobreza

Este é o campo de maior visibilidade social, construído como o campo da desordem e da criminalidade (da rua, da periferia, da favela e do morro, mas também do campo e entre nações) que requer limpeza, varredura, esconderijo, eliminação.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

É precisamente o campo, já referido, causador do medo e da demanda (das elites contra os pobres e excluídos) por segurança (dos seus corpos e do seu patrimônio), e para o qual converge - reforçando a secular seletividade classista do sistema penal - a expansão criminalizadora em todos os níveis, particularmente legislativa , policial e prisional, a produção tirânica de Leis penais e o aprisionamento em massa, a hipertrofia da prisão cautelar, a redução progressiva e aberta das garantias jurídicas. É neste campo que se teoriza, dogmática, aberta e cinicamente, acerca da antecipação da tutela penal e do "Direito penal do inimigo" , que se contrapõe ao Direito Penal dos "Cidadãos" , descoberto e coberto, respectivamente, de garantias penais e processuais penais (JAKOBS,2003), e assistimos à emergência, reativa, de um movimento jurídico-penal garantista, um retorno à posição fetal iluminista, em que todos se dizem defensores dos direitos humanos contra a barbárie punitiva.

É neste campo que se redefinem as funções da prisão, da ressocialização para a neutralização e o isolamento celular – o ideário da segurança máxima - (PAVARINI, 1988), e a prisão cautelar, que era exceção, vira regra. O princípio da presunção de inocência, ainda que desde sempre violado pelo subterrâneo Direito Penal do autor que normalmente constituiu a base da seletividade estigmatizante do sistema penal , se converte abertamente em princípio de presunção de culpa por antecipação. Passam a conviver, tensamente, o tradicional sistema penal condenatório e um novo e mais arbitrário ainda sistema penal acautelatório (ZAFFARONI, 2007, ANDRADE, 2007 e BARRETO, 2007).

É neste campo que se fala da passagem do "controle disciplinar" para o "controle atuarial" (GIORGI, 2006), baseado numa avaliação de risco do tipo custo-benefício, é neste campo que têm lugar a privatização e a venda aberta de presídios, as tecnologias eletrônicas de controle, bancos de dados, pulseiras e toda gama de objetos para o monitoramento de presos.

E é precisamente porque desordem e criminalidade estão embaralhadas, que o controle penal contemporâneo precisa produzir assepsia social, justificada em nome do controle do “risco” ou do “perigo” do crime, controle de grupos construídos como desordeiros e perigosos, culminando por revalidar a importância daquele campo da criminalização que já era considerada insignificante, por princípios minimalistas, como as contravenções penais, sobretudo de mendicância e vadiagem, invocando, cada vez mais, o poder configurador, verticalizante e militarizado que se exerce na ante-sala do sistema penal (ZAFFARONI, 1991 e CASTRO, 2005).

É neste campo que se exacerba o maniqueísmo criminal, o fortalecimento de um Nós contra o Outro, “*Outsiders* antecipados” (COUTINHO, 2000), e a radical relação de exterioridade que os cidadãos de bem mantêm para com a problemática criminal, então fortemente moralizada.

Aqui radica a construção, pelo sistema penal, dos velhos e novos inimigos internos e externos da sociedade, e que se dá em torno da (velha) pobreza e da (nova) exclusão, da droga, do terror e das nacionalidades (ladrões, seqüestradores, estupradores, sem terra, sem teto, desocupados, vadios, mendigos, flanelinhas, limpadores de pára-brisa, criminosos “organizados”, traficantes, terroristas, imigrantes...). Estruturalmente, a construção social da criminalidade permanece centrada nas ilegalidades dos bens e dos corpos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

A droga leva as mulheres para parir seus filhos na prisão. Reatualizam-se contextualmente, e a cada nova tragédia, as demandas por pena de morte, prisão perpétua, redução da idade para a imputabilidade penal, demandas que encontram na mídia e no revigoramento das pesquisas etiológicas sobre violência (notadamente as baseadas na Neurociência) uma assustadora regressão “atávica” lombrosiana.

Trata-se de um clamor punitivo que não poupa a juventude e a adolescência, mas a demanda por sua criminalização é, naturalmente, para os filhos dos outros (não para os nossos), para os filhos da rua, órfãos de Pai e Mãe, órfãos de Estado e que se pretende agora adotados pela prisão. João Hélio, Isabela e Eloá são signos de um tempo que não tem solidariedade para com a dor alheira, em que a vitimização vira celebridade, a demanda por Justiça vira histeria coletiva e a mídia se transmuta, como demonstraram BATISTA (2002) e MENDONÇA (2002), de histórico mecanismo legitimador, em “agência de executivização” do sistema penal, que investiga, processa julga, executa sentença e estigmatiza. E mais, incita e produz linchamento - pena de morte informal.

É o tempo da catarse coletiva. Mas, se a mídia se transmuta de mecanismo legitimador em mecanismo executório informal do sistema penal, a pena de prisão, desde sempre violência institucional, também se transmuta, mais do que nunca, de mecanismo executório em mecanismo exterminador, ou seja, em risco de pena de morte indireta. O que está em jogo, e devemos capturar aqui, é também a expansão, a maximização da pena de morte informal. Devemos capturar, que enquanto se alastram os debates bizarros (prós x contras) em torno da implantação da pena de morte em tempo de paz, se radicaliza a pena de morte informal por dentro do controle penal formal, particularmente no *in put* (poder policial) e no *out put* (poder prisional) do sistema penal. Há polícias que matam (BARCELLOS, 1992) e há prisões que matam (ZAFFARONI, 1993). Uma sentença condenatória à pena de prisão hoje representa uma sentença condenatória ao risco da pena de morte indireta, e sobre isto tem que haver mais do que mediana clareza.

Trata-se, este campo do medo e da criminalização da pobreza, da bifurcação “dura” (COHEN, 1988) do controle penal. Impiedosa e onipresente, afunda o fosso da seletividade e da morte. Vê-se, pois, com clareza, que é o campo de ação do eficientismo penal, da materialização da ideologia da tolerância zero (para com os pobres e excluídos) e das políticas de segurança máximas (para os “cidadãos”), em cujo território germina um império da segurança pública na mais afinada simbiose com um império de segurança privada. Germina um autêntico “ Mercado de controle do crime” (CHRISTIE, 1998) que faz das nossas prisões novos *gulags* em estilo ocidental. Grades prisionais se espelham em grades residenciais e comerciais, em prisões “ a céu aberto”, a arquitetura e a dinâmica das cidades mudam: a rua e a praça se tornam espaços de “passagem” , circuitados pelo pânico da travessia acelerada.

Quem são os enunciadores (declarados e latentes) desta demanda criminalizadora agigantada?

Os enunciadores são, mimeticamente, poder econômico e financeiro, poder midiático, poder político, poder punitivo estatal, poder jurídico e poderes sociais, feitos senso comum . Nela se fundem, ambigualmente, Mercado, Estado e Comunidade. Por isso estamos não apenas perante um Estado penal, (WACQUANT, 2001) mas perante um Mercado penal (CHRISTIE, 1998) e uma sociedade punitiva, e, ainda que entre os atores vigore motivações muito diversas, o poder punitivo parece funcionalizar a todos.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Da ótica do poder oficial, a demanda é pela segurança da ordem, da ótica dos sujeitos sociais, a demanda é pela segurança dos seus bens e dos seus corpos: a ordem, os bens e os corpos encontram-se mimeticamente contemplados nesse caminho único neoliberal no qual a antítese bipolar do Estado soberana, social e politicamente ausente, é o Mercado e o Estado penal onipresentes, mediados por uma comunidade culturalmente individualista e subjetivamente amedrontada.

Nas enunciações desta demanda se fundem as exigências do poder globalizado, as necessidades de acumulação do capital em nível planetário, as idiossincrasias do consumo fetichista, e suas conseqüências culturais, o individualismo possessivo, o mesmo que produz o medo e a insegurança difusas na comunidade.

Estamos perante um protagonismo do capital e das finanças, social e ecologicamente predatório, que produz desemprego estrutural, desordem social e exclusão, e necessita neutralizá-lá, à custa da culpabilização individual neoliberal, em prisões exterminadoras (periferia capitalista) ou de segurança máxima (centro capitalista), e, ainda, com extraordinária capacidade lucrativa; que amplia a produção de mercadorias e necessita maximizar o consumo, bem como a proteção destes consumidores ávidos por mais e mais patrimônio e dinheiro, e que por todos os motivos da existência contemporânea gera insegurança ontológica (BAUMAN, 1999), então convertida e reduzida à insegurança e medo do crime, com decisiva mediação estatal e midiática.

4. O campo da indignação contra a criminalidade das elites ilesas e a criminalização simbólica da riqueza

Por outro lado, no entanto, no outro pólo da acumulação e da superacumulação do capital, geradora de uma espetacular economia e instituições criminógenas, embora também se fortaleça e visibilize a demanda por criminalização, permanece e se agrava a imunidade e a impunidade das elites, dos estratos altos, altíssimos e médios, com criminalidades e responsabilidades abrigadas em Estados, instituições, empresas transnacionais, de múltiplo espectro e condutas criminais, que vitimizam humanidade e natureza, pessoas, povos, animais e meio-ambiente, sistemas econômicos, políticos, tributários, de saúde, de educação, etc

Este campo, que traduz, já não um sentimento generalizado de medo, mas um sentimento difuso de indignação contra a impunidade das múltiplas facetas da "criminalidade de colarinho branco", circunscreve uma demanda, também difusa, pela compensação da seletividade penal, e aglutina algumas respostas instrumentais do sistema, sobretudo provenientes da Polícia e do Ministério Público federais, mas aglutina, sobretudo, respostas simbólicas, na forma de criação de leis penais, modelos ditos minimalistas, como penas alternativas e pecuniárias, juizados e jurisprudências especiais, tribunais penais internacionais, que replicam a lógica da seletividade penal em nível planetário (PECEGUEIRO, 2007). Este campo, que também tem para com ele uma relação midiática e uma mídia simpatizante, alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais criminalizadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Trata-se, este campo, da bifurcação “branda” (COHEN, 1988) do sistema penal.

Teoriza-se então, dogmatica, aberta e cinicamente, , sobre a legitimidade de um “Direito Penal de duas e três Velocidades ” (SILVA SÁNCHEZ,2002), uma primeira velocidade representada pelo Direito Penal da prisão (o “núcleo intangível do Direito Penal”), recoberto das tradicionais garantias, uma segunda velocidade representada pelo Direito penal das penas de privação de direitos e pecuniárias , flexibilizadas em relação às garantias, (destinado sobretudo à criminalidade econômica), e uma terceira velocidade, de prisão com garantias flexibilizadas, considerada “inevitável” neste contexto atual, ainda que em caráter excepcional, e por tempo limitado. A terceira velocidade coincide, precisamente, com a velocidade destinada ao “Inimigo” (*Feindstrafrecht*), tal como teorizado no modelo de JAKOBS (2003) .

Quem são os enunciadores desta demanda?

Novamente, ainda que de forma muito mais difusa e complexa , reaparece aqui o mimetismo entre Estado, mercado e comunidade. O Estado e a comunidade, com seus múltiplos atores, parecem ser os enunciadores mais visíveis desta demanda, mas ela se mimetiza, também, com uma demanda “antropofágica”, do capital contra o capital. Ela expressa uma correlação de forças e uma luta intestina travada entre capitais e burguesias (do capital transnacional e global contra o capital nacional, mas também do capital nacional contra o capital nacional e local), em que está em jogo a fragilização/anulação competitiva do *Outro* (capital), o que é mais contundente perante a avassaladora desterritorialização do capital globalizando e crescentemente móvel, que pode se alojar, estrangeiramente, onde for mais “atraente”.

A crescente criminalização (primária) da burguesia, p.ex., nos crimes contra o sistema tributário (Lei nº 8.137/1990 e Lei nº 9.430/1996), como sonegação fiscal, tem operado o fenômeno, no Brasil, da passagem da possibilidade do apenamento prisional para o pagamento pontual dos tributos devidos; da impunidade prisional para a quitação de débito, e, portanto, do aprisionamento para o “empobrecimento” (descapitalização, falência, morte de pessoas jurídicas) , através de uma jurisprudência abertamente seletiva nesta matéria. Mediante esta forma de criminalização jurisprudencialmente controlada da burguesia nacional, e canalizada para os cofres públicos, é em benefício financeiro do Estado, a sua vez , que a criminalização reverte (AREND, 2005). Da ótica da comunidade, diferentemente, a demanda é mobilizada, ao que tudo indica, por um sentimento de indignação contra as elites ileas.

5. O campo da proteção contra “violências” e da criminalização dos problemas sociais

Em meio às demandas pela criminalização da desordem , da pobreza e da riqueza , ex-surgem múltiplas demandas por proteção contra diferentes formas de condutas, percebidas como violências, através do sistema penal, que enaltecem tanto necessidades, valores e ideologias de que são portadores indivíduos atomizados, quanto reunidos em classes, grupos, movimentos, coletividade; tanto subjetividades individuais, quanto coletivas (demandas criminalizadoras ecológicas, animalistas, de gênero, da sexualidade, étnicas, etárias, de portadores de necessidades especiais, da infância, de idosos, de trânsito, etc.) enaltecendo, mais do que nunca, o poder do Papai Noel , e agudizando a relação, mal resolvida, entre infância e maturidade criminológica.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

É que, muitas destas demandas têm a pretensão de obter, através do sistema penal, não apenas (e isto já é impossível) proteção e redução de violência e dano, mas efetivas “conquistas” em seus projetos emancipatórios, como é o caso dos movimentos feministas e LGBT.

Quem são os enunciadores destas demandas?

Os enunciadores emergem, declaradamente, da comunidade: são os novos sujeitos coletivos, notadamente os novos movimentos sociais, ecológicos, feministas, LGTB, anti-racismo, animalistas, de idosos que enunciam suas demandas criminalizadoras a partir da consciência da forma concreta de dominação, sujeição, discriminação e destruição a que estão submetidos enquanto condição humana, e a que estão submetidos a animalidade e o meio-ambiente.

Vê-se, então, que os enunciadores são os excluídos do contrato social fundador da modernidade (BARATTA, 1995), um contrato cujos atores e beneficiários foram homens ,adultos jovens brancos e proprietários, e do qual foram excluídos e coisificados (tornados objeto de domínio e sujeição) todos os “improdutivos” na ascendente industrialização capitalista : os homens pobres, os negros, os não proprietários, as mulheres, os homossexuais, as crianças , os idosos, os que nada tinham, as animais e a natureza . Assim, mesmo estas demandas, que parecem projetadas unicamente no campo da proteção da subjetividade e da diferença, da proteção contra violências diferenciadas, têm condicionamentos estruturais, e remetem a uma crítica da ordem: o capitalismo explorador do trabalho masculino produtivo, o capitalismo patriarcal e sua sujeição de gênero e sexual (originariamente baseado na família monogâmica heterossexual e na sujeição da mulher ao domínio masculino e ao espaço privado da vida), o capitalismo coisificador e depredador da animalidade e da natureza, que primeiro destrói para depois, frente aos limites naturais da exploração, erguer a bandeira salvacionista. Eis o retrato de uma “sociedade excludente” (YOUNG, 2002), cujo capitalismo, ademais da exploração de classe e da exclusão social , ou seja, da desigualdade social , produz, através de múltiplos cruzamentos estruturais e culturais (antropocentrismo, catolicismo, androcêntrico, sexismo, racismo...) múltiplas dominações e assimetrias sociais.

Vê-se, então, que também estas demandas condensam, ambigualmente, por detrás das necessidades declaradas dos sujeitos demandantes, necessidades latentes de reprodução do capital e da ordem, que com elas se mimetizam. Exemplo: a proteção do meio-ambiente e a insistência na necessidade de um ambiente ecologicamente equilibrado interessa a todos os sujeitos e animais no planeta, mas também ao próprio capitalismo, porque se é condição de sustentabilidade da vida, o é também do próprio sistema. Desta forma, a demanda pela proteção penal do meio-ambiente que se consubstancia no Brasil, p. ex., através da Lei n.9.205/98, com vasta criminalização ambiental, condensa, ambigualmente, necessidades do poder econômico e do mercado, e necessidades da comunidade , dos sujeitos sociais , do meio-ambiente e dos animais.

6. Movimentos reformistas: duplicidade metódica e unidade funcional

Todos estes movimentos do controle penal se traduzem num conjunto, também complexo de reformas penais, processuais penais, penitenciárias e constitucionais, aparentemente contraditórias e superpostas, como na sociedade brasileira da

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

"redemocratização", que tecem a trama, só aparentemente anárquica, do controle penal. Minimalismo x maximalismo, penas alternativas, juizados especiais criminais, polícia comunitária x crimes hediondos, lei Maria da Penha, criminalização de gênero, ambiental, étnica, estatutos do idoso e adolescentes, estatuto do desarmamento, guerra e paz, convivem numa extraordinária cercania aos recônditos dos porões punitivos.

O controle penal do CGN vai se caracterizando, desta forma, por um caminho de dupla via metódica (núcleo duro traduzido na prisão, fechada, crescentemente cautelar e sem garantias, para os estratos baixos e os não estratos x núcleo brando, traduzido na imunização ou alternativas penais para os estratos altos, altíssimos e médios), que só faz reforçar sua secular seletividade estigmatizante. Trata-se, portanto, de uma duplicidade metódica, com unidade funcional: o "caminho único" e onipresente do mercado neoliberal, encontra seu equivalente funcional no caminho também único e onipresente do controle penal neoliberal. Todos os caminhos continuam levando os mesmos e os definidos como similares à prisão e à morte, no confronto cada vez mais bélico e militarizado em que o controle penal vem se convertendo, e na teia, cada vez mais emaranhada, entre controle social formal e informal, entre pena pública e privada, entre lógica da seletividade e lógica do extermínio, entre prisão e "genocídio em marcha", "genocídio em ato" (ZAFFARONI, 1991).

E a comunidade (o "povo"), que na fundação da modernidade e do controle penal moderno havia rompido com a relação de cumplicidade que no medievo mantinha com o carrasco, para se colocar ao lado e se solidarizar com a dor dos condenados (FOUCAULT, 1987) reúne-se agora novamente a ele , voltando a hipotecar cumplicidade ao carrasco , quando não se fazendo, ele próprio, carrasco. O "povo" está de novo do lado do soberano e alimenta o espetáculo punitivo.

E é este fundamentalismo punitivo, de matriz maniqueísta moralista, que faz mimetizar, paradoxalmente, "direita" e "esquerda" punitiva: o gigante punitivo é socialmente sustentado não apenas por setores politicamente conservadores, mas por setores progressistas , uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência, segurança e proteção de direitos ofertada no crescente mercado do sistema penal. O nó punitivo faz-se elo de curiosa intersecção, e assim se transmuda e descentraliza o foco político: a grande fratura da nossa sociedade não parece ser mais uma fratura de classe, mas uma fratura moral (entre bons e maus, bandidos e cidadãos, violentadores e violentados), a luta "de" classe foi desfocada, para reinar soberana, em seu lugar, a luta "contra" a criminalidade ; fratura naturalmente afinada, por sua vez, com a máxima neoliberal segunda a qual "a grande fratura da nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes e incapazes de serem responsáveis por si mesmos." (Lawrence Mead).

Eis Estado mercado e comunidade mimetizados na figura de um algoz máximo, onipresente e espetacular, mediados pelo poder tecnológico da mídia, emaranhado que integra, a sua vez, o universo da política como espetáculo. E é esta mimetização , é este amálgama, que sustenta o avanço e a legitimação da punição.

7. O Papai Noel está nu

Nosso tempo, o tempo do CGN , é, pois, extremamente pródigo, generoso em construções sociais da criminalidade, em distribuição instrumental e simbólica do bem e do *status* social negativo de criminoso, é um noelzão às avessas: distribuição negativa, porque invertida, de dano e dor.

Mas o Papai Noel, este ser mitológico geracional, construído como um signo de distribuição igualitária do bem positivo fraternidade, o Papai Noel também está, ele próprio, nu, uma nudez que desvenda , hoje sem fantasias, que o Papai Noel simboliza uma espetacular colonização do cristianismo pelo capitalismo e o mercado.

Esta nudez está aberta no fascínio mercantil e num mercado de coisas impressionantemente cada vez mais pluralizadas e sofisticadas, no fetichismo das mercadorias postas à disposição de um consumidor ávido, que se atropela sobretudo em dezembro nas lojas, em busca de presentes e da novidades decorativas do ano, para logo jogar fora aqueles enfeites que, de um ano para outro, já viraram quinquilharias. O papai noel converteu-se em decoração e vitrine ofuscando o presépio de Jesus, Maria e José, com seus animais, o mito fundacional: os animais, os mais esquecidos e vitimados pela barbárie do capital.

O Papai Noel sistema penal também está nu, uma nudez que desvenda, hoje sem fantasias legitimadoras, suas múltiplas colonizações. As fantasias, entretanto, ainda que desnudadas em sua ingenuidade infantil , não apenas sobrevivem, mas se recriam em novas fantasias estilizadas às exigências da maturidade: se o Papai Noel não pode mais distribuir igualitariamente os presentes prometidos a todos, pois nem todos são igualmente merecedores, é preciso recriar “Papais Noéis” em diferentes velocidades, a duas, talvez três velocidades, para que assim ele(s) alcance(m) o verdadeiro dom da ubiquidade justa : a onipresença necessária para dar a cada um de acordo com o seu merecimento.

8. Estado penal forte x Estado fraco: a política criminal como espetáculo

Mas, a onipresença do Papai Noel, o agigantamento do poder punitivo estatal , implica um Estado forte?

Entreabre-se, aqui, o paradoxo do Estado neoliberal: este Estado punitivamente forte, é, ao que tudo indica, politicamente frágil. O Papai Noel é, ao mesmo tempo, gigante e anão, gigante punitivo porque é anão político.

Politicamente, o Estado está refém; refém do poder econômico e financeiro global, refém do poder penal e social. Império e colônia, tão dominador quanto dominado, tão encarcerador quanto encarcerado, refém de seu próprio poder, o Estado apela para o espetáculo, esvaziando-se uma forma de exercício do poder estatal que levava historicamente o nome de política e de soberania.

A fragilidade política do Estado reaparece, assim, na forma do Estado espetáculo, da política como espetáculo, cujo centro é ocupado pelo Estado penal e a política criminal, seja porque o Estado enuncia, sucessivamente, respostas simbólicas para os problemas que não pode resolver, cujo centro é ocupado pela criminalização (da pobreza, da riqueza e dos problemas sociais); seja porque o espetáculo midiático é acionado para a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

criminalização instrumental da pobreza: espetáculos legitimadores que encontram forte consenso no senso comum do CGN.

E na ausência política do Estado e da política como mediação da construção social democrática, o controle penal contemporâneo caminha na direção de um dramático "autoritarismo cool" (ZAFFARONI, 2007), genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo aquelas, como as latino-americanas, encarceradas no secular domínio imperial do capital.

9. O campo contra-discursivo

Entretanto, ainda que todos se reconheçam no Estado punitivo, que parece contemplar e funcionalizar todas as demandas, exceto as dos aprisionados, os que instrumentalmente pagam o preço, seria incompleto e injusto apresentar o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo como um horizonte monolítico, em que não houvesse contradiscursos e movimentos de resistência teóricos e práticos, teóricos e militantes, de saberes e fazeres, institucionais e informais, provenientes do próprio Estado e da Comunidade. E eles existem, desde sempre.

No que concerne à Academia, a história das Criminologias críticas, sobretudo latino-americanas, é uma das mais importantes páginas desta resistência, e os modelos e movimentos abolicionistas/minimalistas e de construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, desenvolvidos desde o seu interior, ou em estreita conexão com elas, representam uma contribuição ímpar nesta direção.⁴ E como a história não é só história do passado, elas seguem tendo um papel fundamental a desempenhar, seja no esforço para a decifração dos enigmas do controle, seja no compromisso com a mudança de seus rumos anti-democráticos e exterminadores.

Este Seminário, numa importantíssima parceira do Ministério da Justiça com o Instituto Carioca de Criminologia, e com o sugestivo título “Depois do Grande Encarceramento” é precisamente um espaço institucional afirmativo de que contra-discursos têm voz. Dediquemos, pois, um contra-discurso final ao destino do encarceramento, pois ele é, sem dúvida, o núcleo duro mais preocupante do gigante punitivo.

Do ponto de vista dos direitos humanos e da dignidade humana, o fim do encarceramento é um imperativo. Do ponto de vista da ordem vigente, a continuidade do encarceramento é que é um imperativo. A máxima foucaudiana nunca foi tão atual: o fracasso (humanista) da prisão é, ao mesmo tempo, o seu sucesso (FOUCAULT, 1987).

Qual é, então, o futuro do encarceramento, ou do encarceramento tal como se tornou no CGN?

A Sociologia, a História e a Historiografia, a Literatura e saberes diferenciados nos têm dado pistas para uma reflexão a respeito não circunscrita a um exercício ingênuo de futurologia.

Assim, sociólogos nos dizem que a eternidade das instituições e da pena é proporcional à sua funcionalidade numa dada estrutura social; historiadores nos dizem

⁴. A respeito Cf Andrade, 2006. E sobre abolicionismo no Brasil cf PASSETTI, 2002 e PASSETTI E SILVA (Orgs.) 1997.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

da historicidade das instituições e da pena e, portanto, de sua contingência e provisoriedade, e o poeta, com a leveza expressiva que lhe é peculiar, nos diz que “as únicas coisas eternas são as nuvens...” (Mário Quintana).

As pistas são, pois, de que os métodos punitivos têm nascimento, vida e morte, ainda que para renascer, logo depois, portando heranças que se pensavam sepultadas. E ainda que exista gradação de violência nos métodos, de nenhum se pôde dizer, com Vinícius de Moraes, que “seja eterno enquanto dure”.

As pistas são, pois, para uma reflexão afirmativa de que o encarceramento é finito, como o são todos os métodos punitivos na história, que duraram enquanto durou a sua funcionalidade e aceitação numa determinada estrutura e ordem social. Nesta esteira, muito embora não saibamos qual é a longevidade do gigante punitivo, é de todo conseqüente acreditar que a prisão não ficará. Ficar somente a vergonha da prisão, sucessora da memória da “vergonha do carrasco”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2003.

_____. Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres: Corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus, condicionadores, desodorantes, capim. Prefácio de: BARRRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

_____. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência*. Florianópolis, n. 52, dez. 2006.p.163-182.

AREND, Márcia Aguiar. *O controle penal da ordem tributária no Brasil : o uso do direito penal para a impunidade da sonegação fiscal*. Tese de doutorado. Florianópolis, Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 1997.

_____. Ética e Pós-modernidade. In: KOSOVSKI, Ester (Org.). *Ética na Comunicação*. Rio de Janeiro: Mauad, 1995. p.113-131.

BARRRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena..* São Paulo: IBCCrim, 2007.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, Ano 7, n.12, p. 271-288, 2º sem. 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zigmund *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. São Paulo: Globo, 1992.

CASTILHO, Ela Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Lei nº 7.492 de 16/6/1986. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Tradução por Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do delito*. A caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução por Luis Leiria. São Paulo, Forense, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 75-84. 1º e 2º sem.2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. história da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.
- GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006
- JAKOBS, Günther , CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del enemigo*. Madrid: Thonson-Civitas, 2003.
- MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência*. Um estudo do Linha Direta. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.
- MOCCIA, Sérgio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1997.
- PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 7, n.12, p. 107-118, 2º semestre de 2002.
- PASSETTI, Edson , SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs) *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de: Ignacio Munagorri. México:Siglo XXI,1988.
- PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. A falácia tribunal penal internacional: das promessas não cumpridas à reprodução das desigualdades. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. La transición postmoderna: Derecho y politica. *Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante,n.6, p.223-263, 1989a.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl.*Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.
- _____. *Muertes anunciadas*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993.
- _____. *O inimigo do Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Instituto Carioca de Criminologia/Revan., 2007.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1º v.

WACQUANT, Löic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

_____. *Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução por Renato Aguiar. Rio Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

DNA: A VERDADE CIENTÍFICA NOS CRIMES HEDIONDOS

Yuri Felix

Doutorando e Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- PUCRS. Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal.

INTRODUÇÃO: O mal-estar do estado da arte

Até mesmo para olhares mais desavisados, é cristalino afirmar que se vive em um período histórico de recrudescimento punitivo, onde o mote da vez é "do jeito que está não pode continuar", e em nome disse - nada mais popularesco que uma assertiva reducionista - a política criminal cotidiana é traçada, conjugando de forma trágica e oportunista o medo fomentado pela mídia hegemônica com a mais rasteira produção legislativa que se tem notícia. A meta é punir e punir, afinal é necessário dar alguma resposta, mesmo que seja qualquer resposta.

Nada mais simplório e utilizado de forma recorrente é o arsenal punitivo, onde o Estado por intermédio de suas agências de controle incidem de forma extremamente seletiva e casuística sobre aqueles que são os vulneráveis de sempre, em um país marcado pela exclusão, preconceito e indiferença, onde o mais fraco conhece o Estado não pela sua mão possivelmente assistencial, - política de *Welfare State* - mas sim, e muitas vezes somente desta forma, pela braço repressivo do Estado, que evidentemente colhe seus agentes nos mesmos locais e estratos sociais daqueles que serão abordados ou "combatidos" no cotidiano do capitalismo de barbárie. Afinal, um país em que a sua elite não foi capaz de efetivar nem mesmo as reformas mínimas de estado - reforma política, agrária, política habitacional e de renda - não é de espantar que até mesmo condutas mínimas fossem consideradas criminosas - vadiagem, capoeiragem - e seus praticantes precisavam ser efetivamente identificados e catalogados (CUNHA, 2002:147), pois precisamos conhecer o "inimigo".

Um país que não obstante o desenvolvimento econômico do último período vive crises cíclicas agudas, onde o primeiro a pagar a conta é o mais fraco que apenas possui a sua mão de obra para ofertar em um mundo cada vez mais globalizado e competitivo, com isso, por certo, alguém vai ficar de fora e o resultado não pode ser outro senão o aumento da exclusão das políticas sociais e do mercado de trabalho/consumo. Tudo isso resulta em um produto deverás nocivo e a porta de saída pode coincidir com a de entrada do cárcere, afinal na sociedade onde tudo é mercadoria aquele que não consegue vender a sua deverá ser colocado em "algum lugar" onde ele possa ao menos servir para balancear a velha lei de mercado da oferta e procura, e ainda, não possa acarretar mais problemas além da sua própria presença/exclusão do mercado consumidor. Afinal, em outros tempos - e nos dias atuais - e como bem apontou NILO BATISTA (1990:35), criminalizou-se o pobre que não se convertia em trabalhador. Esta é a marca de uma sociedade permeada pelo sentimento de indiferença e ressentimento, o resultado não

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

pode ser outro onde se fomenta a violência, que por sua vez gera ainda mais violência esgarçando qualquer tecido social.

Os dados da atualidade são alarmantes. Em recente divulgação da Pastoral Carcerária, no portal de notícias G1¹ onde se fala a respeito das mortes resultantes de confronto policial, é possível verificar o grau de seletividade e violência da nossa sociedade, coletividade esta considerada alegre e feliz, sendo esta a fama do povo brasileiro, será mesmo? Olhando os números que contemplam todos os Estados da federação, observasse que no ano de 2014, no Estado de São Paulo, ocorreram 695 mortes em confronto, resultando em uma média de 1,58 mortes por 100 mil habitantes. Ainda, neste mesmo dado constatasse que no mesmo período 14 policiais foram mortos no mesmo Estado em decorrência da "guerra" da criminalidade. Somente de olhar os números algumas conclusões são pertinentes, conforme abaixo:

- A primeira delas, a polícia tem matado cada vez mais e isto é um fato;
- Não somente suspeitos são vítimas da violência, mas sim agentes policiais estão perdendo sua vida no cotidiano desta "guerra";
- A política de segurança pública estabelecida é pautada majoritariamente na violência e combate;
- Se os números da violência estão se mantendo ou se alterando muito pouco, isso significa que a política de segurança estabelecida não tem surtido nenhum efeito ou resultados pífios;
- Se as mortes em decorrências dos confrontos estão em uma crescente, significa que os aparelhos de investigação pouco funcionam, tendo em vista que o resultado - já que pouco se investiga - e último recurso é o confronto direto;
- Com isso, a política de segurança pública institucionalmente posta é - lamentavelmente - uma política de extermínio;
- Neste cenário, de dados preocupantes, é imprescindível traçar uma nova política de segurança pública pautada em mais investigação e menos confronto, uma polícia com práticas filtradas constitucionalmente e convencionalmente;
- Por último, se as conclusões foram estas, em caso de manutenção desta política de confronto onde, frise-se, vitimam suspeitos e agentes públicos, a sociedade está diante de uma deliberada opção política e deve se posicionar diante disso.

Por certo, alguns Estados possuem números mais preocupantes que o Estado de São Paulo. O Rio de Janeiro, por exemplo, conta com 582 suspeitos mortos em confronto e 16 polícias e também perderam sua vida, resultando em um número médio de 3,54 mortes por 100 mil habitantes. Os números são seguidos pelo Rio Grande do Norte, com 69 suspeitos mortos e 5 policiais, com uma média de 2,02 mortes por 100 mil habitantes, o Estado do Pará com 159 suspeitos mortos e 2 policiais, com 1,97 mortes por 100 mil habitantes, o Estado da Bahia com 256 suspeitos mortos e o número estarrecedor de 31 policiais mortos, resultando em 1,69 mortes por 100 mil habitantes seguido do Paraná com 178 suspeitos mortos com 9 polícias vindo a óbito, uma média de 1,61 mortes por 100 mil habitantes. Cabe destaque, ainda, o Estado do Mato Grosso que não obstante ter o número de 8 suspeitos mortos em confronto e uma média de 0,25

¹ <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/brasil-teve-mais-de-23-mil-pessoas-mortas-por-pms-em-servico-em-2014.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

mortes por 100 mil habitantes, alcançou o número total de 18 policiais militares mortos no ano de 2014, um número altíssimo tendo em vista os outros dados apresentados pelos demais entes da federação.

Isso sem falar no fato de que quando se realiza uma análise qualitativa destes dados, observasse um elevado número de mortes suspeitas, sendo estas muitas vezes classificadas nos "autos de resistência" - já objeto de inúmeras manifestações e debates por parte de entidades de direitos humanos e militantes sociais - o que acarreta um sucessivo "engavetamento", varrendo para debaixo do tapete toda e qualquer necessidade de apuração de responsabilidades com relação a estas mortes violentas. Este é o estado da arte, um verdadeiro circo dos horrores da política de segurança pública nacional.

Não é por acaso que em meio uma crise econômica aguda e uma crise política das instituições, talvez sem precedentes, ocorra um inchaço da pauta punitiva, resgatando, por exemplo, a PEC 171 de 1993 - destaque para o ano - que visa a redução da idade de imputabilidade penal dos 18 anos para os 16 anos de idade. Vive-se um período histórico em que é perceptível que o executivo, o legislativo e até mesmo o judiciário, fiscalizador das condutas e - em tese - garantidor das regras do jogo estão alinhados no sentido de cada vez mais exacerbar a punição, ampliando o espectro de incidência do poder punitivo. Trata-se de um período de mau-trato das garantias constitucionais e descaso da Constituição de 1988, nada alvissareiro.

Neste momento de crise de representatividade democrática, de referência política, da necessidade de construção de uma eticidade contemporânea e de ampliação da pauta punitiva e exagerada flexibilização de direitos e garantias individuais, com avanços não somente na esfera do direito material mas sim no direito processual com o incremento dos chamados meios ocultos de investigação e prova, o homem se encontra em um profundo mar de abandono e Devir (BAUMER, 1977:167) e busca soluções que ao menos amenizem as suas angustias e dúvidas. No entanto, é impossível construir uma resposta consistente sem olhar as experiências e resultados do passado, pois o contínuo movimento da história segue em uma espiral de modo que o indivíduo deve observar o passado para refletir o futuro e agir no presente.

1. Um breve resgate histórico - pertinente e tempestivo - da Lei dos Crimes Hediondos

Nas Constituições da atualidade, a inserção de mandados de criminalização, onde se impõe ao legislador infraconstitucional a obrigatoriedade de regular condutas que na compreensão do constituinte originário são de extrema relevância, tendo como cerne o fato de que alguns bens jurídicos são essenciais para a vida em comunidade e que a melhor maneira de tutela seria a atuação do direito penal, o que seria uma duplicidade de ordem de considerações na visão de MARINUCCI e DOLCINI (1999:359), é algo cada vez mais presente na realidade jurídica constitucional.

A acentuada complexidade das relações no mundo globalizado, o desenvolvimento tecnológico com o respectivo aumento da velocidade das informações e transmissão de dados, a sensação de que todos estão consumindo e sendo consumidos em uma aceleração jamais vista na história do homem, enfim, uma nova realidade onde cada vez mais se tem mais perguntas com velhas respostas, o que torna ainda mais angustiante a

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

sensação de que a cada ano da vida de cada um o tempo passa cada vez mais rápido, ou seja, a percepção de que viver neste mundo é algo violentamente temporário.

A Constituição Federal de 1988 é bem característica disso na medida em que apresenta um amplo rol de normas de caráter penal. Diversos são os exemplos no texto constitucional que revelam a preocupação do legislador originário em trazer preceitos de caráter penal estabelecendo destinatários de incidência punitiva - grupos armados -, tipo de pena - reclusão -, causas de exclusão da punibilidade - anistia, graça - questões de natureza processual - fiança -, ou seja, uma manifestação declarada de opção de emprego dos meios de punição que por sua vez possuía causas perfeitamente explicáveis. O país acabava de retorna de um longo mergulho em um regime ditatorial e com isso era necessário explicitar - até mesmo para a comunidade internacional - de que não haveria de forma alguma retrocessos civilizatórios e que, além disso, não seria tolerada nenhuma espécie de ataque a nova ordem democrática recém estabelecida, a dignidade humana necessitava ser cabalmente assegurada em um Estado constitucional.

Sem falar ainda de pontos trazidos pelo legislador constitucional como a proibição de condutas de viés racistas, a expressa proibição do abuso, violência e exploração de crianças e adolescentes, bem como do emprego de tortura e de práticas que de alguma forma pudessem atentar contra o meio ambiente, e por último, em seu artigo 5º, XLIII, trouxe para o ordenamento jurídico nacional uma figura *sui generis* sem precedentes nos ordenamentos estrangeiros que são os fatos definidos como *hediondos*, assim prevendo restrições de natureza tanto penal quanto processual penal, destaque-se, impondo ao legislador ordinário a tarefa de indicar, definir o que vem a ser o crime de natureza hedionda.

Por conta do cenário político que antecedeu a feitura da Carta democrática, não é de espantar que o texto constitucional abrigue posições que em inúmeras vezes estarão colocadas em posições opostas, de modo que em determinados pontos do texto Maior se observa uma preservação de direitos que alguns poderão até entender como exacerbada e em outras linhas da Constituição se observará um avanço e incremento de incidência do aparato do poder punitivo. Esta inconsistência se deve muito por conta da heterogeneidade dos agentes integrantes da assembléia nacional constituinte caracterizada pelo pluralismo, confronto e antagonismos de concepções e ideias próprias do pacto republicano.

É certo que a doutrina brasileira nunca debateu de forma vigorosa e consistente a existência de normas constitucionais de criminalização, os denominados mandados de criminalização presentes no texto de 1988, pois como sabido a Constituição Federal democrática estabelece e determina os objetivos do direito penal com a respectiva e devida imposição de limites. Neste mister, o legislador constitucional indicou determinados bens jurídicos que de acordo com aquele momento histórico eram compreendidos como essenciais para o desenvolvimento da cidadania e com isso comunicou ao infraconstitucional a obrigatoriedade de estabelecer a devida proteção.

Claro que no momento de comunicação ao legislador ordinário o originário, de certa forma, invadiu a esfera de atuação daquele legislador penal, muitas vezes impondo restrições de natureza material e processual que é o caso dos crimes hediondos e assemelhados. Neste sentido, na esteira de compreensão de FIGUEIREDO DIAS (2004:123), "onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão".

Contudo, mesmo com esta delimitação constitucional oriunda do legislador originário resta uma margem considerável de atuação do legislador de piso para configurar as condutas típicas com suas respectivas sanções, atendendo assim a determinação da Carta da República. Além disso, é tarefa do legislador derivado observar a danosidade das condutas e com isso estabelecer as regras e preceitos sancionadores que irão reger a incidência punitiva. É uma exigência punitiva decorrente diretamente da Constituição, uma obrigação constitucional de criminalizar.

Nesta perspectiva que se enquadram os crimes hediondos e assemelhados. Na legislação brasileira tem-se um macrosistema punitivo, composto pelas leis penais que visam o emprego do direito penal para a proteção de bens jurídicos essenciais. Mas não somente estes, o legislador constitucional no artigo 5º, XLIII, criou um microsistema e com isso impôs toda sorte de restrições aos que incidissem nas condutas que fossem identificadas como hediondas e assemelhadas. Deve-se salientar que:

"Segundo o art. 5º, inciso XLIII, da Magna Carta, 'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem'. Resulta do texto constitucional que os delitos hediondos e os a eles equiparados devem merecer da legislação infraconstitucional tratamento isonômico, como é o dispensado pela Superlei aos referidos crimes. Assim, tais infrações penais constituem, conforme a Lei Suprema, crimes de especial gravidade, ensejando disciplina mais severa que a comum, mas, pela identidade de natureza entre eles, exigem unidade de tratamento legal, não sendo concebível possa a legislação infraconstitucional regulá-los diferentemente, realizando distinção contrária ao espírito da Carta Política. De acordo com os constitucionalistas portugueses J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, tem-se: 'A inconstitucionalidade consiste na violação do 'disposto na Constituição' ou dos 'princípios nela consignados'. Daqui se deduz que são geradores de inconstitucionalidade, não apenas a violação das normas-disposição (sejam imediatamente preceptivas, sejam programáticas), mas também a violação dos princípios constitucionais, sejam eles expressos (norma-princípio), sejam eles apenas implícitos (na medida em que sejam admissíveis' Fundamentos da Constituição, Coimbra ed. 1991, p. 264. TJMG, Agr. Ex. 1.0000.06.437135-4/001, 5ª Câ. Crim. j. 25.06.2006, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJMG 26.08.2006.

Porém, cabe destaque e uma primeira crítica ao produto legislativo decorrente da imposição constitucional - a Lei 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos e Assemelhados - pois esta não cumpriu a exigência originária na medida em que não definiu, não explicitou, não disse o que vem a ser uma conduta hedionda e de modo acomodado e simplório optou pela técnica do rol, pendurando diversas condutas de forma atécnica e sem o menor critério de política criminal minimamente sério, acarretando inúmeros prejuízos de ordem constitucional e, principal e escandalosamente para o sistema prisional brasileiro que explodiu por conta de pessoas privadas de sua liberdade identificadas como os hediondos que precisam sem contidos. Este é um desserviço político criminal na sociedade contemporânea, comunidade esta, como frisado, violenta e punitiva.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Um ponto interessante do histórico da Lei dos Crimes Hediondos é o fato de que esta somente foi aprovada, de forma apressada e sem muita discussão a época no Congresso Nacional, por ocasião do sequestro do grande empresário Abílio Diniz e logo em seguida Roberto Medina. Desta maneira, pode-se afirmar que logo em seu nascedouro a Lei dos Crimes Hediondos veio embalada por um profundo apelo midiático e de um conduzido e indisfarçável clamor popular, típico de discursos popularescos de emergência. Ainda, a época da feitura da lei, não foram poucas as vozes que clamaram por ainda mais punição, exigindo que nesta referida legislação fosse prevista a pena de morte para determinadas condutas, situação que perdura até hoje, ainda mais em um momento de aprofundamento da pauta punitiva, revigorando assim uma cultura da pena de morte, sobretudo para os mais vulneráveis, tem-se presente uma desmesurada ideologia de Lei e Ordem em pleno ciclo democrático.

Seguindo sua vocação midiática, por ocasião das lamentáveis chacinas ocorridas no Rio de Janeiro, Candelária e Vigário Geral, bem como do assassinato da atriz global Daniela Perez, foi criado o cenário ideal para uma campanha incendiária de exasperação punitiva. Estes fatos fizeram com que em 1994, fruto da pressão midiática sobre o Congresso Nacional, fosse incluído o crime de homicídio na malfadada lista de crimes hediondos, o que não serviu absolutamente para nada, pois os números de mortes violentas não se reduziram e o autor deste crime de repercussão nacional, evidentemente, não foi atingindo pela alteração legislativa, tendo em vista a proibição de retroatividade da lei penal mais gravosa.

Em seguida, por conta da explosão de falsificações de produtos alimentícios e medicinais, sendo que em alguns casos acarretaram a morte de pessoas - caso Androcur e Microvilar - fez com que a mídia incendiasse o debate a respeito da necessidade de punição rígida dos indivíduos que cometessem referida conduta. Com isso, nasceram para o mundo jurídico as leis 9.677 e 9.695, ambas de 1998, visando equacionar a problemática. Somente serviram para criar aquela que talvez seja a maior distorção legislativa que se tem notícia, cristalizada no artigo 273 do Código Penal, onde em seu preceito secundário é trazida uma pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão para pessoas que falsificam produtos não somente destinados a fins medicinais, como também os produtos para fins terapêuticos, ou seja e ainda segundo o próprio artigo e incisos, é possível observar que o indivíduo que falsifica qualquer espécie de cosmético ou saneante também incide na conduta. Com efeito, está-se diante da hediondez do detergente e do batom!

Indo mais a frente na história deve-se observar a Lei 12.015 de 2009, legislação esta que promoveu uma considerável alteração dos crimes sexuais, muito por conta dos casos de pedofilia ocorridos via internet e divulgados pela mídia nacional. Sem entrar nos meandros desta legislação é imperioso destacar a (a)técnica legislativa que teve o condão de aglutinar duas condutas completamente diferentes - estupro e atentado violento ao pudor - e que agridem em graus muito diferenciados o bem jurídico tutelado. Mais uma aberração jurídica.

Ademais, o legislador neste ano de 2015 promoveu o ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.104, visando criminalizar o feminicídio e da Lei nº 13.142, que objetiva tutelar a integridade de agentes de segurança pública e inclusive de seus parentes, como se o socorro ao direito penal pudesse ter o condão de impedir que em um país desigual as mulheres pudessem ter sua integridade respeitada ou as mesmas

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

oportunidades que os homens, ou que os agentes do sistema prisional, forças armadas e de segurança pública não fossem mais vitimados por estes atos de brutalidade e violência na guerra cotidiana da política de confronto. Mais uma vez pecou o legislador por esperar aquilo que não sairá da onde não deve mesmo sair, em outras palavras, de forma alguma, não teremos mais segurança e tranquilidade com mais direito penal.

O resultado, após 25 (vinte e cinco) anos de edição da Lei dos Crimes Hediondos é o pior possível, aumento da violência, explosão dos números da população carcerária, aumento de vítimas na guerra às drogas, enfim, uma série de efeitos devastadores e nocivos, principalmente com relação aos mais pobres. Por certo, não se desconhece aqui a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado, previsto anteriormente na Lei dos Crimes Hediondos, e a subsequente edição da Lei 11.464 de 2007 estabelecendo um novo regime progressivo, no entanto, fica apenas como registro, bem como a recomendação de leitura do *Habeas Corpus* 82.959/SP, onde se reconheceu referida inconstitucionalidade. Deve-se ainda sublinhar que infelizmente não pára por aí o fetiche pelos Crimes Hediondos, a necessidade de identificação e punição tornou-se ainda mais evidente por ocasião da edição da Lei 12.654 de 2012, onde foi trazida a exigência/obrigatoriedade de identificação genética aos que cometessem os crimes elencados na Lei 8.072 de 1990, Lei dos Crimes Hediondos. Mais uma vez o legislador impingiu um gravame aos etiquetados como hediondos, sendo que todos sabem quem é a clientela preferencial das agências punitivas, os punidos e mal pagos (BATISTA, 1990). São destes que será extraída a tão almejada "verdade científica".

2. O DNA e a verdade científica

No estudo do DNA o jurista se depara com uma zona gris, um *locus* de tensão, de tal modo que acaba sendo necessária uma revisitação de pontos já amplamente discutidos, porém, dado este novo ingrediente científico, a problemática se apresenta com novas vestes que precisam ser meticulosamente avaliadas, para que os leitores e estudiosos não se percam nos labirintos, discursos, dogmas e percalços da investigação proposta. Ainda, é curial uma genuína tentativa de superação daquilo que desde outrora persegue o imaginário daqueles que atuam, e de muitos que julgam/decidem, é imprescindível a superação de uma suposta apreensão/captação da verdade pura, cartesiana e cristalina.

Com o desenvolvimento tecnológico e o respectivo aprimoramento da técnica científica o homem se viu em uma nova dimensão energética da história, como novos desafios, porém com novas ferramentas que em diversos momentos passou a impressão de que a ciência poderia dar todas as respostas e assentando por completo qualquer margem de dúvida presente na complexidade das relações. No entanto, o presente e o futuro da sociedade da aceleração é profundamente incerto, sendo a marca do desenvolvimento do século XX o rompimento com a lógica de cariz newtoniana e o pensamento cartesiano.

O mundo de hoje é marcado pela inovação e movimento, a vida por si só já é identificada como em movimento e constante fluidez, as distancias se encurtaram, vive-se uma outra percepção de espaço-tempo, não por acaso o "homem, por via da sua consciência, da sua capacidade em se projectar no futuro, de inovar e de criar, adquiriu progressivamente o poder de influenciar e, hoje, de modificar o curso dos factos, nomeadamente nos domínios mais profundos da vida" (RAUX, 1998:14). Em nenhum

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

outro momento da história o homem acumulou tanto conhecimento a respeito de uma variada gama de saberes, este é o mundo da hiperinformação, do tempo real, da velocidade.

Um mundo dominado pela aceleração, desenvolvimento tecnológico e constante inovação é um mundo de angustiante incerteza e a sensação de que o tempo escapa é o sentimento do mundo globalizado. As antigas certezas foram - ou pelo menos deveriam ter sido - abandonadas, deixando o homem em um momento de profundo abandono e até mesmo de responsabilidade tecnológica. Assim, deve-se ter a perfeita noção de que:

"O desenvolvimento da ciência tem consequências a longo prazo que não podemos dominar. Em consequência, o tipo de responsabilidade que pesa sobre determinado número de profissões não diz respeito apenas ao presente, mas igualmente ao futuro. A partir de agora, cada geração tem o dever de deixar a terra no mesmo estado em que a encontrou à nascença. Este tipo de responsabilidade está fundado no princípio da desproporção. O menor erro de um cirurgião, de um anestesista, de um condutor de pesados, de um piloto de avião...pode causar a morte de dezenas, mesmo de milhares de pessoas. O progresso da ciência submete-nos a uma responsabilidade desproporcionada" (BRUCKNER, 1998:53)

Malgrado todo o vertiginoso desenvolvimento tecnológico do último período, o aprimoramento das técnicas científicas e das telecomunicações e transmissão de informações o conhecimento da comunidade científica está em constante avanço e como consequência marcada pela instabilidade. Com isso, é impossível afirmar que a ciência seja o reino do domínio completo das certezas. Inúmeras hipóteses podem existir e serem construídas, porém, longe de se estar em uma configuração de certeza plena.

O DNA não escapa desta constatação, pois mesmo com todo o conhecimento que se tem hoje do genoma humano é impossível afirmar que determinadas características do indivíduo estão inscritas em seu DNA e com isso seria possível saber se este ou aquele "etiquetado" possui ou não uma tendência a delinquir. Em última análise, a identificação genética de indivíduos identificados como os inimigos de uma sociedade ordeira e sadia visa extrair esta verdade científica trazida em seu corpo que independente de sua autorização ou vontade precisa ser vasculhado. Não é de hoje que se tenta descobrir as causas da criminalidade reduzindo - em determinados momentos da história da humanidade - esta intrincada questão em aspectos meramente biológicos, ou seja, de forma muitas vezes ingênua ou sorrateira, tenta-se identificar o crime/criminoso com um(a) doença/doente que precisa ser tratado(a), mas claro, independente de sua vontade, pois, afinal, o propósito é nobre e em nome de "todos de bem". Este discurso não é novidade na história da humanidade e suas consequências já são muito bem conhecidas. É necessário equilíbrio e cuidado.

Breves considerações finais

Não se desconhece que o tema é intrincado e tem-se a perfeita noção de que o objetivo proposto era de estabelecer algumas conexões entre os crimes hediondos e assemelhados, a verdade científica, o DNA e o sistema punitivo como um todo em uma sociedade marcada pela violência, aceleração e exacerbação da pauta punitiva. Desta maneira, buscou-se levar ao leitor alguns pontos de alerta e reflexão na medida em que se sabe que o conhecimento - assim como todas as coisas sob o Sol - está em constante modificação e movimento.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

Neste sentido, o texto visa iniciar uma reflexão angariando saberes já conhecidos da comunidade acadêmica, porém com uma perspectiva inovadora e com isso alertar o estudioso de pontos já mencionados na doutrina, mas com o ingrediente e o alerta de que mais uma vez - com a edição da Lei 12.654/12 - o alvo foi aquele que pelo menos nos últimos 25 (vinte e cinco) anos tem sido identificado como o inimigo mais nocivo da sociedade, que precisa ser neutralizado.

Desta forma, a proposta de identificar compulsoriamente os compreendidos como violentos e hediondos nada mais é que uma revisitação, claro rebuscada e melhor fundamentada, de uma prática higienista, seletiva e muito bem engendrada, acarretando um menoscabo dos direitos e garantias fundamentais da já conhecida clientela do sistema de justiça criminal do país que neste momento de sua história enfrenta uma profunda crise econômica e em sua política representativa cada vez mais desgastada e desacreditada pela cidadania.

Por último, é de rigor deixar afirmado que não se desconhece os avanços da tecnologia, sobretudo na descoberta da cura de inúmeras doenças e no avanço de pesquisas relacionadas ao genoma humano, porém, o DNA está longe de ser o reino das certezas, como tudo que se encontra no planeta em constante modificação e evolução, esta é a marca da vida, instabilidade e movimento e que toda ciência séria deve levar em conta a sua falibilidade e a possibilidade de novas respostas até mesmo para velhos problemas. Esta é a marca do conhecimento que nasce olhando para o passado, com vistas ao futuro, incerto!

Referências

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, v. II.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: O tempo da inocência. In: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Intenção e gesto: pessoa, cor e a produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro, 1927-1942*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral*. Coimbra: Coimbra ed., 2004, t. 1.

FELIX, Yuri; GUEDES, G. P.. A identificação Genética na Lei nº 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, v. 53, p. 157-179, 2014.

_____; SILVA, D. L.. A Lei 12.654/2012 e a Nova Economia Psíquica: O Discurso da Intervenção Genética no Processo Penal. *Revista Dinâmica Jurídica*, v. 1, p. 1-1, 2014.

_____; SANTOS, D. L. dos. Notas tempestivas sobre a verdade no Processo Penal. *Revista dos Tribunais São Paulo*, v. 4, p. 51-61, 2014.

CONTROVÉRSIAS CRIMINAIS: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia

_____; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes Hediondos*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1999.

RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/brasil-teve-mais-de-23-mil-pessoas-mortas-por-pms-em-serviço-em-2014.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.