Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 140 • fev. / 2018

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 26 • vol. 140 • fev. / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EDITORES-ASSISTENTES – Chiavelli Facenda Falavigno, Clécio Lemos, Daniel Leonhardt, Gabriel Divan, Pedro Castro e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORES-EXECUTIVOS – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminología – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidad de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidad de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Goethe-Universität Frankfurt am Main – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) ; João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal); Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidad de la República – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); Artur César de Souza (UFPR – Curitiba/PR) ; Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Carolina Costa Ferreira (UniCEUB – Brasília/DF); Carolina de Freitas Paladino (PUCRS – Porto Alegre/RS); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Deise Helena Krantz Lora (UCRC – Chapecó/RS); Eduardo Bruno Avellar Milhomens (UNA/BH – Belo Horizonte/MG); Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF); Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB); Felipe da Silva Freitas (UnB – Brasília/DF); Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) ; Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR); Lucas Romero Montenegro (Universität Augsburg – Alemanha) ; Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Portugal); Marcus Alan Gomes (ENFAM – Belém/PA); Milena Tarzia Barbosa da Silva (OAPEC – Santa Cruz do Rio Pardo/SP); Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e UNIFOR/CE); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (PRBA – Salvador/BA); Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (Estácio – Recife/PE); Taiguara Libano Soares e Souza (IBMEC-RJ/UFF – RJ); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de Janeiro/RJ)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Andersson Vieira Carvalho (Centro Universitário da Serra Gaúcha – Caxias do Sul/ RS); André Szesz (Universidade Positivo – Curitiba/PR); Antonia Monge Fernández (Universidad de Sevilla – Espanha); Douglas Carvalho Ribeiro (UFMG – Belo Horizonte/MG); Dyellber Araújo (FDUC – Portugal); Fábio Agne Fayet (Centro Universitário da Serra Gaúcha – Caxias do Sul/RS); Helena Costa Rossi (USP – São Paulo/SP); José Francisco Dias da Costa Lyra (IESA – Santo Ângelo/RS); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (URNERS – Ijuí/RS); Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG – Belo Horizonte/MG); Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (UFMG – Belo Horizonte/MG); Victor Sugamosto Romfeld ((UFPR – Curitiba/PR)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 140 • fev. / 2018

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 140 • fev. / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

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

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [02-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [15.12.2017]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
Vice-Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento da Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto
Ouvidor
Rogério Fernando Taffarello

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Silvio Luiz de Almeida
Convênios
João Paulo Martinelli
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida
Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

24º Seminário Internacional
Silvio Luiz Almeida

Grupos de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira

Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo

Comissão Especial IBCCRIM-Coimbra
Presidente: Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon

Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis

Equipe
Alexandre Soledade de Oliveira
Andrea Pereira dos Santos
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz

Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello

Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Cristina Uchôa

Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Allyne Andrade

Equipe
Ana Paula da Silva
Andreza Martiniano da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses da Silva

Equipe
Rafael Vieira dos Santos
Taynara Alves Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 140 • fev. / 2018

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editorial: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Assistente Editorial: Francisca Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thaís Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade e Revisão Ortográfica: Carina Xavier, Claudia Helena Carvalho, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi
Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Controle de qualidade da diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

Aproximación al delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español

The crime of human trafficking in Spanish criminal code

Antonia Monge Fernández 17

Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Legal and penal intervention in the globalized society: aspects of criminal liability of the legal entity

Helena Costa Rossi 71

Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências

Maria da Penha Law: advances and failures

Victor Sugamosto Romfeld 109

Estado y Futuro del Derecho Penal Comparado

State and the future of Comparative criminal law

Kai Ambos 139

Processo Penal

Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado

On the jurisprudential criteria for identifying the loss of a judge's impartiality

André Szesz 195

Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal

Who should be the constitution's guardian?: the safeguarding of constitutional-criminal guarantees towards Brazilian Supreme Court

Douglas Carvalho Ribeiro, Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira 225

O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro

The look crossed between the search for truth and the impartiality of the judge in the Portuguese-Brazilian scenario

Dyellber Fernando de Oliveira Araújo 247

WhatsApp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio

WhatsApp, data confidentiality and illegal evidence: to state the obvious

Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho 297

Crime e Sociedade

O capitalismo do espetáculo e o processo de desintegração social: anomia e o mal-estar do sistema penal

The capitalism of the spectacle and the process of social disintegration: anomie and the discomfort of the penal system

José Francisco Dias da Costa Lyra 325

O "anjo da história" e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário?

The "angel of history" and criminal expansionism: towards a totalitarian model?

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth 371

Índice Alfabético-remissivo 339

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 407

Diretrizes ao corpo de avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 417

Condições Básicas para Submissão (*checklist*) 421

Edital I – dossiês temáticos 2018 423

Aproximación al delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español

The crime of human trafficking in Spanish criminal code

Antonia Monge Fernández
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.
monge@us.es

Autora convidada

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumen: Este trabajo estudia el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, tras la reforma penal por LO 1/2015, destacando las principales novedades introducidas en la misma, desde una perspectiva crítica. En este estudio se analiza el tipo básico del delito, atendiendo al bien jurídico, la conducta típica, los sujetos y los medios comisivos típicos y, finalmente, el tipo subjetivo, constituido por las distintas finalidades de explotación. En segundo lugar se abordará la exégesis de los tipos agravados, tratando de fundamentar tal exasperación punitiva. En el análisis dogmático de esta figura delictiva se prestará especial atención a la irrelevancia del consentimiento de la víctima, la punibilidad de los actos preparatorios, la autoría y la participación, los controvertidos problemas concursales, la reincidencia internacional y, finalmente, la excusa absolutoria para la víctima de trata de seres humanos.

Palabras clave: Trata de Personas – Explotación – Captación – Transporte – Traslado – Acogimiento – Recepción– Intimidación – Engaño – Abuso de Superioridad – Necesidad – Vulnerabilidad – Reincidencia.

Abstract: This paper studies the crime of human trafficking of article 177 bis CP, after the criminal reform by LO 1/2015, highlighting the main novelties introduced in it, from a critical perspective. In this study, the basic type of crime is analised, taking into account the juridical good, the typical behavior, the subjects and the typical commissary means and, finally, the subjective type, constituted by the different purposes of exploitation. Second, the exegesis of aggravated types will be addressed, trying to ground such punitive exasperation. In the dogmatic analysis of this criminal figure, special attention will be paid to the irrelevance of the consent of the victim, the punishability of the preparatory acts, authorship and participation, the controversial bankruptcy problems, international recidivism and, finally, the acquittal for the victim of trafficking in human beings.

Keywords: Trafficking in human beings – Exploitation – Catchment – Transport – Transfer – Placement – Reception – Intimidation – Scam – Abuse of authority – Need – Vulnerability – Recidivism.

Sumário: 1. Introducción. 2. La regulación de la trata de seres humanos con anterioridad a 2010. 3. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el artículo 177 bis CP. 4. Análisis del tipo básico del artículo 177 bis CP. 4.1. Aproximación al tipo objetivo del delito de trata de seres humanos. 4.1.1. Los sujetos del delito. 4.1.2. La conducta típica. 4.2. Aproximación al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos. 4.2.1. La imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad. 4.2.2. La explotación sexual, incluyendo la pornografía. 4.2.3. La explotación para realizar actividades delictivas. 4.2.4. La extracción de sus órganos corporales. 4.2.5. La celebración de matrimonios forzosos. 5. Análisis de los tipos cualificados del delito de trata de seres humanos. 5.1. La puesta en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito. 5.2. La trata de personas con víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. 5.3. Trata de seres humanos con prevalimiento de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5.4. Trata de seres humanos cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas. 5.5. Trata de personas cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 7. La punibilidad de los actos preparatorias. 8. Autoría y participación. 9. Problemática concursal. 10. Reincidencia internacional. 11. La excusa absolutoria para la victima de trata de seres humanos. 12. Conclusiones. 13. Bibliografía.

1. Introducción

La necesidad de dar respuesta al fenómeno de la trata de personas y la obligación de cumplir con los mandatos internacionales[1] motivó al legislador penal español a introducir en el Código penal el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP), en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, argumentando que el tratamiento unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis CP resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos, aconsejando una separación en el tratamiento de este fenómeno,

1. En el marco de las Naciones Unidas cabe referirse al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementaria de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de 2000 (Protocolo de Palermo). En el ámbito de la Unión Europea, cabe destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia) y, con anterioridad, la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI, DOUE 1, 203, de 1 de agosto 2002), recientemente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOUE L 101, de 15 abril 2011).

segregación imprescindible, en aras de soslayar los constantes conflictos interpretativos que se habían suscitado. Por consiguiente, cabe concluir que trata de personas e inmigración ilegal son entidades criminológicas diversas aunque participen de un sustrato común, representado por el desplazamiento territorial de personas.

En el contexto internacional, la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 de la Asamblea General de las Naciones Unidas diferenció ambos fenómenos, destinando un Protocolo a cada uno de ellos. En primer lugar, el denominado Protocolo de Palermo, destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas. Y, en segundo lugar, otro Protocolo destinado a combatir el tráfico ilícito de inmigrantes "por tierra, mar y aire".

Y, desde luego, la reciente y criticable reforma de 2015 ha modificado esta tipología delictiva, ampliando el injusto típico introduciendo nuevas modalidades típicas y adelantando desmesuradamente –a mi juicio– el ámbito de intervención. No obstante, el impecable cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de España, armonizando nuestras normas mediante la adopción de una legislación importada de la UE, ha ocasionado graves problemas de interpretación, como se refleja en el tratamiento jurisprudencial de esta materia por parte de los tribunales españoles, como se observará en la referencia de algunas decisiones judiciales.

En líneas generales, puede afirmarse que la trata de seres humanos es la esclavitud[2] de nuestro tiempo y, lamentablemente, una realidad creciente tanto

2. Es conveniente subrayar que si bien los términos *trata* y *esclavitud* han sido utilizados como sinónimos, los textos internacionales establecen una distinción entre ambos. Conforme con ello, el artículo 1 del Convenio de Ginebra sobre la represión de la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 (enmendado por el Protocolo de 7 diciembre 1953), establece que la *esclavitud* es "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos"; mientras que la *trata de esclavos* "comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general, todo acto de comercio o transporte de esclavos" (vid, GARCÍA ARÁN, "Introducción", en Trata de personas y explotación sexual (García Arán coord.), Ed. Comares, Granada, 2006, p. 9). En sentido crítico se ha pronunciado SÁNCHEZ TOMÁS, para quien el uso de indistinto de "trata de seres humanos" o "tráfico de seres humanos" es desafortunado, proponiendo para esta tipología delictiva la denominación de "explotación de seres humanos), en "¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?" en La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas" (ALCÁCER GUIRAO, MARTÍN LORENZO/VALLE MARISCAL DE GANTES coord.), Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 15 y ss.

en Europa como en nuestro país, significando una profunda violación de los derechos humanos, de la dignidad y de la libertad de la persona conformando una delincuencia grave, que en la mayoría de las ocasiones implica a organizaciones delictivas a las que proporciona importantes beneficios basados en la utilización de las personas con distintos fines de explotación[3].

Críticamente debe subrayarse que la propia terminología empleada por el legislador resulta inadecuada, a mi juicio, quizás por razones históricas, si tenemos en cuenta que la "trata" se ha entendido equivalente a traficar o comerciar, con un sentido mercantilista, y por el contrario, en el delito de "trata de seres humanos" la idea que está latente no es tanto aquella relacionada con la compraventa de personas, sino la que remite a la idea de control o subordinación sobre esas personas, con la finalidad de su explotación[4]. No obstante, el significado semántico castellano del vocablo "trata" es sinónimo de tráfico o comercio, lo que no se ajusta al ámbito típico del delito descrito en el artículo 177 bis CP, de manera similar a la redacción de esta tipología delictiva en el ámbito del Derecho comparado[5]. Valga de cita, por ejemplo, la redacción empleada en el Código Penal alemán, cuyo § 233 StGB se refiere a "*Menschenhandel*", *handel* alusivo a la idea de comercio, venta, o mercantilismo[6].

En segundo lugar, la regulación internacional[7] del fenómeno de "trata de seres humanos" parece haber tomado como elementos delimitadores dos,

3. En este sentido se ha pronunciado el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de Explotación Sexual (2015-2018), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

4. Comparte esta reflexión SÁNCHEZ TOMÁS, ¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?, en ALCÁCER GUIRAO/LORENZO MARTÍN/VALLE MARISCAL DE GANTES, La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas, Edisofer, Madrid, 2015, p. 13.

5. Por ejemplo, el término inglés empleado para la „trata de seres humanos" es *traffic;* en Francia se utiliza el vocablo "traite" y en Italia "tratta", todas ellas expresiones que enlazan con la idea de mercantilización, comercio o intercambio. Esta redacción contrasta con la terminología utilizada en inglés, donde se distinguen tres vocablos distintos para referirse a tres fenómenos diferentes; a saber, traffic –tráfico–, *trade* –la trata de esclavos – y *smuggle* (= contrabando) –tráfico ilegal de migrantes– (SÁNCHEZ TOMÁS, luc, p. 15).

6. En detalle, vid. FISCHER, § 232 Rn 2; SCHROEDER, JZ 1999, p. 827, 832; Müko-StGB/Renzikowski § 232 Rn. 1: Lackner/Kühl/ § 232 Rn.; ZIMMERMANN, § 232 Rn 6, p. 1423.

7. En este sentido vid. Artículo 3 a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que contempla la Convención

cuales son: uno de carácter objetivo y otro, de carácter subjetivo. El primer elemento, de carácter objetivo, abarca la realización de un proceso o cadena de actos, consistentes en *captar, reclutar, transportar, trasladar, transferir, acoger, alojar o recibir personas*. Además, las acciones referidas deben haberse realizando empleando una serie de medios determinados, unos de carácter coercitivo (la amenaza, la fuerza, la coacción), otros de carácter fraudulento (engaño) o abusivos (abuso de poder, abuso de una situación de necesidad o vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos)[8]. El segundo elemento, de carácter subjetivo, se concreta en la realización de diversas finalidades de explotación (sexual, laboral, personal).

2. La regulación de la trata de seres humanos con anterioridad a 2010

Si bien es cierto que la trata de seres humanos no ha sido tipificada de manera autónoma por el legislador penal español hasta la LO 5/2010, que crea "ex novo" el art. 177 bis CP, no es menos cierto que el tratamiento jurisprudencial de este fenómeno ha sido resuelto conforme a otras tipologías delictivas, subsumiendo los supuestos de "trata" tanto en los delitos contra la libertad sexual (art. 188.2 CP), los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311, 313 CP), o los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).

Precisamente la LO 11/1999, de 30 de abril modificó el Título VIII del Código Penal, incluyendo el epígrafe «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», introduciendo el apartado segundo del artículo 188 CP, castigando a quien directa o indirectamente, favoreciera la entrada, estancia o salida de personas del territorio nacional, con el fin de su explotación sexual, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Con posterioridad, la LO 4/2000, de 11 enero, Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social motivó la creación

---

de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional –Protocolo de Palermo– (BOE núm. 296, 11 diciembre 2003); Artículo 4 a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos –Convenio de Varsovia– (16 mayo 2005), y el Artículo 2 de la Directiva 2001/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (5 abril 2011), relativa a la Prevención y Lucha contra la trata de seres humanos (DOCE L 2013, de 1 agosto 2003).

8. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, 2012 b, p. 227; LÓPEZ RODRÍGUEZ, p. 60, n. 99.

del Título XV bis CP, y el artículo 318 bis CP, a tenor de la Disposición Final Segunda. Conforme con ello, se castigaba en primer lugar, la promoción, la ayuda o la facilitación del tráfico ilegal de personas, en tránsito o con destino a España. De igual modo, se sancionaba, en segundo lugar, la promoción, la ayuda o la facilitación del tráfico ilegal de personas, en tránsito o con destino a España, cuando estas acciones se llevaren a cabo con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima. El referido precepto *–artículo 318 bis CP–* sería objeto de sucesivas modificaciones, tanto por LO 11/2003, 29 septiembre, como por LO 13/2007, 19 noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.

En síntesis, y antes de la introducción del artículo 177 bis en el Código Penal, el panorama legal se reconducía a dos tipologías delictivas. De un lado, la mayoría de las conductas constitutivas de lo que actualmente consideramos "trata de seres humanos" fueron sancionadas principalmente a través del artículo 318 bis CP, inserto en el Título XV bis, bajo la rúbrica "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". De otro lado, en otras ocasiones las conductas fueron subsumidas en el derogado *artículo 313.1 CP*, en el ámbito del Título XV que versa sobre los "Delitos contra los derechos de los trabajadores", cifrado sobre todo en la promoción o el favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea.

Pese a ser loable que estos supuestos no quedasen en la impunidad por parte de los Tribunales españoles, la solución adoptada no estaría exenta de críticas, principalmente por tres razones. En primer lugar, la tutela penal otorgada por el legislador español incumplía claramente los compromisos internacionales adoptados por España, que reclamaban una trasposición al Código penal español de las normas supranacionales que regulaban el fenómeno de la trata de seres humanos. En segundo lugar, la represión de estas conductas con el recurso al artículo 318 bis CP suponía, en definitiva, una confusión entre la trata de seres humanos y la inmigración clandestina, identificando ambos fenómenos que, no obstante, son realidades diferentes. Finalmente, la subsunción de las conductas en el ámbito típico del artículo 318 bis CP –delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros–, dejaba en la impunidad los casos de *trata interna*, tanto de víctimas españolas, como de víctimas pertenecientes a otros países de la Unión Europea[9].

9. En este sentido, vid. SAP... Ciudadanas procedentes de Rumanía...

3. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el artículo 177 bis CP

El delito de trata de seres humanos se ubica en el Título VII bis, que se rubrica "De la trata de seres humanos", y es preciso alegar que las rúbricas de los Títulos y las Secciones en que se divide nuestro Código penal son ya indicativos de los bienes jurídicos que tratan de tutelar, aludiendo a los intereses jurídicos relevantes dignos de protección, aunque no siempre directamente. Si bien, parafraseando a MEZGER, cabe entender que "el bien jurídico del tipo es la línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo"[10], no debe ser el único criterio a tener en cuenta. En una inter sistemática, es preciso subrayar que el Título VII bis es subsiguiente al Título VII, que versa "De los delitos contra la integridad moral", por lo que pudiera afirmarse cierta referencia entre el delito de trata de seres humanos y los delitos que protegen la integridad moral.

La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos ha sido desde sus orígenes, una cuestión muy controvertida, como asimismo lo ha sido la propia definición de lo que pueda entenderse por "integridad moral"[11], entendido como derecho fundamental plasmado en el artículo 15 de la Constitución[12]. Y debe afirmarse que el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) es más amplio que el protegido en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP), cifrándose aquél en "la dignidad humana y la multiplicidad de derechos que la conforman"[13].

10. MEZGER. *Tratado de derecho penal*. Trad. *Rodríguez Mu oz*. Madrid, 1955. p. 334.
11. En opinión de la jurisprudencia, "El artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la "integridad moral" y proscribe con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto" (STS, 3 octubre 2001).
12. En este sentido véase MUÑOZ CONDE, DP.PE, op. cit., p. 159, 169.
13. De esta opinión IGLESIAS SKULJ, "De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP", en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (2ª edición), (González Cussac, Dir., Górriz Royo/Matallín Evangelio, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 201, p. 596.

En el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de abril de 1989, sobre explotación de la prostitución y el comercio de seres humanos, reivindicaba "una auténtica política común a todos los Estados miembros para luchar contra la prostitución y erradicar la trata de seres humanos". Con posterioridad, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 enero 1996, destacó la incompatibilidad de la trata de seres humanos con la dignidad y el valor de la persona humana, subrayando que esta práctica constituye una grave violación de los Derechos Humanos (Considerando A)

Como hemos comentado *supra*, con anterioridad a la reforma por L0 5/2010, de 22 de junio, en virtud de la cual se crea el Título VII bis, relativo a "La trata de seres humanos", las conductas constitutivas de trata de personas fueron sancionadas bajo otras tipologías delictivas, bien, bajo el tenor literal del artículo 313 CP[14], bien bajo el ámbito típico del artículo 318 bis CP, ubicado en el Título XV bis, que lleva por rúbrica "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Bajo esta perspectiva, fue opinión mayoritariamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia penales afirmar que el artículo 318 bis se configuraba como un tipo *pluriofensivo*[15], donde además de protegerse la dignidad de la persona se tutela, incluso, el *control de los flujos migratorios*[16]. En sentido contrario se ha manifestado MARTOS NÚÑEZ, quien afirma que:

> [...] el bien jurídico no es la defensa del control de los flujos migratorios, sino que el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, *la dignidad y la libertad* del sujeto pasivo. Modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone una anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido.[17]

En un afán delimitador del concreto bien jurídico protegido por el artículo 177 bis del Código Penal, con anterioridad a la reforma de 2015, la jurisprudencia mayoritaria había sostenido que "prevalece la protección de la

14. Por ejemplo, valga de cita la SAP Almería, Sección 2, 20 diciembre 2007.

15. Alguna resolución jurisprudencial ha sostenido que el delito de trata de seres humanos, con anterioridad a su redacción por LO 5/2010 –artículo 318 bis CP– tutela tanto la dignidad de las personas, como el control de los flujos migratorios (SAP Elche, Sección 7, 20 julio 2007; SAP Zamora, Sección 1, 23 junio 2011.

16. De esta opinión PÉREZ CEPEDA. Las normas penales españolas: cuestiones generales. In: GARCÍA ARÁN (Coord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Ed. Comares, 2006. p. 158.

17. Vid. MARTOS NÚÑEZ. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP. *EPCR*. 2012. v. XXXII. p. 102.

dignidad[18] *y la libertad de los sujetos pasivos* que la sufren", bien jurídico de naturaleza personalísima –en esencia la propia personalidad de la víctima (...) bienes jurídicos de primer rango" [19]; "... la protección del bien jurídico en el tráfico se vincula a la afectación de la dignidad humana y por lo tanto a la integridad moral (...)"[20], (...) "el derecho a ser tratado como persona como contenido básico de la dignidad humana", según ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 febrero 1998, en relación a la inmigración clandestina de trabajadores, al mencionar el derecho de éstos a que se respete su libertad y seguridad, y "en última instancia su dignidad como persona"[21]. En síntesis, la *dignidad humana* proscribe que la persona sea tratada como un objeto y como mera entidad sustituible, lo que conduce al respeto de su individualidad y los derechos que le son inherentes[22].

Conforme con esta posición, la protección del bien jurídico en el tráfico se vincula a la afectación de la *dignidad humana* y por lo tanto a la *integridad moral*[23]. Un sector de la doctrina penal, representado de modo destacado por DÍAZ PITA, sostuvo que:

> [..] la integridad moral se configura como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el "ser humano" sea considerado un puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito. Toda persona, por tanto, tiene derecho a recibir un trato en consonancia con su condición de ser humano libre y digno de respeto; en suma a ser tratado como un ser humano, nunca como un simple objeto. El bien jurídico *integridad moral* se interpreta, también, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Finalmente, el referido bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos,

18. Con anterioridad a la LO 5/2010, vid.SAP LU 781/2007, SAP Lugo, Sección 1, 14 mayo 2007; SAP GC 804/2008.
19. SAP B 1056/2013.
20. SAP B 1056/2013.
21. SAP Lugo, Sección 1, 14 mayo 2007.
22. SOLOZÁBAL. Voz "Dignidad". *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, 1995. v. II; PÉREZ CEPEDA. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada, 2004. p. 170 y ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia, 2003, p. 247 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE. In: Quintero (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Pamplona, 2004. p. 1517, citados por GARCÍA ARÁN. Los tipos penales acogedores del tráfico de personas. *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Ed. Comares, 2006. p. 208.
23. SSAP PO 1305/2015, SAP M 12635/2014, SAP B 1056/2013.

> ideas o sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad.[24]

Con anterioridad a la creación del Título VII bis CP, y dado que las conductas constitutivas de trata de seres humanos se reconducían a otras tipologías delictivas, sobre todo los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en este contexto se ha "insistido en la necesidad de atemperar la referencia a la tutela del interés del Estado para salvaguardar la incolumidad de sus fronteras con la exigencia de una eventual afectación de los derechos del ciudadano extranjero". Valga de cita la STS de 14 diciembre 2011, al señalar que el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis 1:

> (...) no lo constituye sin más los *flujos migratorios*, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación –que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los *derechos de los extranjeros* y de su *dignidad* en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su *integridad moral*. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral –cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 CP– y explicar así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al artículo 313.1 del Código Penal.[25]

Una reiterada línea jurisprudencial ha reservado el artículo 177 bis CP para aquellos atentados más severos a la *dignidad de las personas*, pues con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la

24. DÍAZ PITA. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXI, 1997. p. 74; citado por MARTOS NÚÑEZ. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP. *EPCR*. 2012. v. XXXII. p. 102. De la misma opinión POMARES CINTAS, quien entiende que el delito de malos tratos supone una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, al instrumentalizarla en la realización de diversas finalidades, con su anulación como persona, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. Jaén, núm. 13-15 (2011), p. 6.

25. SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, 30 enero 2015, nº recurso 91/2013 (SAP GC 325/2015).

emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP). Valga de cita la STS de 17 junio 2016, donde los Magistrados acuerdan que el bien jurídico de este tipo de comportamientos delictivos es la dignidad, que "está caracterizada por ser una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido"[26].

En el plano doctrinal, un sector minoritario ha criticado la creación de este nuevo Título, pues por razones de homogeneidad del bien jurídico protegido, en cuya opinión:

> (...) el lugar oportuno para el tratamiento de la mayor parte de estas conductas hubiese sido el Título XV bis del Código penal, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con algún retoque al artículo 318 bis o la inclusión de un tipo concomitante a éste. Los restantes casos podrían haberse incluido, del mismo modo, en sede de los delitos de lesiones (tráfico de órganos), contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra los derechos de los trabajadores.[27]

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia penales han sostenido mayoritariamente la necesidad y oportunidad de este nuevo Título, afirmando que el delito tipificado en el artículo 177 bis CP protege una pluralidad de bienes jurídicos, entre los que cabe mencionar la dignidad humana[28] y la integridad moral, fundamentando esta aseveración en las disposiciones internacionales, principalmente, en la Decisión Marco del Consejo de Europa de 19 julio 2002[29].

En mi opinión, en virtud de un argumento sistemático, es coherente sostener que el delito de trata de seres humanos protege la integridad moral, bien jurídico autónomo y digno de protección, entendido como "el derecho de la

26. Tol 5.751.800.

27. De esta opinión BLANCO LOZANO. In: POLAINO NAVARRETE (Coord.). *Lecciones de derecho penal*: parte especial. Madrid: Ed. Tecnos, 2010. t. I. Adaptadas a las leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de Reforma del Código penal. p. 190.

28. En este sentido se ha pronunciado DE VICENTE MARTÍNEZ. In: GÓMEZ TOMILLO (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2011. p. 707.

29. Conforme con la Decisión Marco del Consejo de Europa de 19 julio 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, "la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción".

persona"[30] a ser tratada como tal (...). No obstante, la situación ofrecida por el legislador penal contrasta poderosamente con la tipificación de esta materia en el ámbito del Derecho comparado, destacando la posición sostenida por el Código penal alemán (StGB), donde esta tipología delictiva se regula en el ámbito de los "Delitos contra la libertad personal", y se ha considerado que se protege la libertad de determinación en el ámbito sexual[31], en el supuesto de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, dado que el § 232 StGB[32] se ubica en el Título de los Delitos contra la libertad personal ("Straftaten gegen die persönliche Freiheit") No obstante, esta perspectiva se ha modificado, en virtud de la decisión adoptada por el Parlamento Alemán (*Bundestag*) en Sesión de 7 julio 2016, aprobando la Ley de mejora en la lucha contra la trata de personas, cuya reforma afecta sustancialmente tanto al Código penal, como al Estatuto de los Trabajadores. De un lado, la reforma penal ha merecido severas críticas por parte de la doctrina[33], al preverse la inclusión de nuevas tipologías delictivas en el delito de trata de seres humanos, además de modificar las ya existentes, empleando una desafortunada técnica legislativa, siendo objeto de reforma los § 232 E-StGB. Trata de personas; §232a E-StGB. Prostitución coactiva; § 232b E-StGB. Trabajo forzado. § 233 E-StGB. Explotación laboral. § 233a E-StGB. Explotación bajo aprovechamiento de una detención ilegal (privación de libertad). De otro lado, la reforma afecta al Estatuto de los Trabajadores, modificando 8 Libros.

En definitiva la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 considera que en el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis CP prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren, privando al ser humano de la dignidad, reduciéndolo a la condición de objeto, así como de la libertad de decidir acerca de su destino. Incluso, con carácter previo, diversos instrumentos internacionales ya destacaron la

30. En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal*: parte especial. 20. ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015. p. 169.

31. Confróntese SCHROEDER, "Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels", en NJW 2005, 1393, 1395; el mismo, en Gesetzestechnische Fehler im 37. Strafrechtsänderungsgesetz", en GA 2005, p. 307--309; "GÖSSEL SexStrR 5/30; Renzikowski MK 2; LACKNER/KUHL, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, CH Beck, München, 2014, p. 1130.

32. El delito de trata de seres humanos fue introducido por vez primera en el Código penal alemán en virtud de la 4º ley de reforma del Código penal de 23 de noviembre de 1973 (BGBL 1 1725), plasmándose en los §§ 180 a, apartado 3 y 4, y 181 StGB.

33. De esta opinión ZIMMERMANN, § 232 Rn 6, 3. Aufl., 2016, p. 1423.

incompatibilidad da la trata de seres humanos con la dignidad de la persona, por lo que pudiera concluirse que sea la dignidad el bien jurídico protegido en esta tipología delictiva.

4. Análisis del tipo básico del artículo 177 bis CP

4.1. Aproximación al tipo objetivo del delito de trata de seres humanos

4.1.1. Los sujetos del delito

El delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP se configura como un tipo común, en el que, puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona, sin que se exija la concurrencia de ninguna cualificación especial[34] en el sujeto que realiza la conducta descrita en el tipo, configuración que difiere de la primigenia regulación del fenómeno de la trata de seres humanos –Protocolo de Palermo–, que la vinculaba necesariamente con la delincuencia organizada.

De otro lado, con relación al sujeto pasivo del delito de trata de seres humanos pueden reiterarse las mismas observaciones que para el sujeto activo, dado que la conducta puede incidir sobre cualquier persona, tanto los nacionales, como los extranjeros, que sean objeto de la conducta de trata con cualquiera de las finalidades enumeradas en el precepto, como apunta el tenor literal del artículo 177 bis. 1 CP "... víctima nacional o extranjera".

Un sector de la doctrina penal, representada de modo destacado por MUÑOZ CONDE, sostuvo que pese a la redacción genérica singular del sujeto pasivo, las conductas llevadas a cabo en el ámbito del artículo 177 bis CP serán ejecutadas frecuentemente sobre un sujeto pasivo colectivo, lo que conlleva que en el caso en el que sean varias personas las tratadas globalmente, con alguna de las finalidades del citado precepto se apreciará un único delito[35]. Sin embargo, esta interpretación es contradictoria con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, de 31 de mayo 2016, para la unificación de criterios que establece que "el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del

34. Vid. MUÑOZ CONDE, DP.PE, op. cit., p. 170; asimismo, MARTOS NÚÑEZ, El delito de trata de seres humanos, op. cit., p. 100-101; REQUEJO NAVEROS, "El delito de trata de seres en el Código penal español", op. cit., p. 41.

35. De esta opinión MUÑOZ CONDE, luc. En este aspecto, el delito de trata de seres humanos presenta similitudes con los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 CP), donde se protegen a los trabajadores como colectivo.

Código Penal, reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real". Es más, una reciente y singular línea jurisprudencial se ha pronunciado en el sentido indicado, al entender que "el delito de trata de seres humanos tiene un *sujeto pasivo individual* y no plural", y así lo ha declarado esta Sala Casacional, al menos en una ocasión, como es el caso de la STS 178/2016, 3 marzo, que declara lo siguiente:

> (...) el art. 177 bis CP castiga la trata de seres humanos, sea en España o desde España, empleando violencia, intimidación o engaño... cuyas conductas típicas son la captación, el traslado, el transporte, el acogimiento, la recepción o el alojamiento con distintas finalidades, en el caso de autos la explotación sexual, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima.[36]

4.1.2. La conducta típica

La amplitud de conductas abarcadas por el tenor literal del artículo 177 bis CP ha motivado que se haya calificado como un *tipo abierto*, en el que se castiga la trata de seres humanos, empleando unos medios comisivos determinados y con unas finalidades específicas. Redacción coincidente con la definición internacional contemporánea de *trata*, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.1 del Protocolo de Palermo, en virtud del cual el concepto aquí descrito debe constituir la base esencial del delito de trata de seres humanos que han de tipificar y sancionar los Estados Parte en su derecho interno. Conforme con ello, la definición de trata de seres humanos que contempla el legislador penal español contiene una descripción que pivota sobre tres elementos básicos, como son: el desarrollo de unas acciones en cadena; el empleo de unos medios determinados y, finalmente, la realización de unas concretas finalidades.

Es evidente que la amplitud del precepto ha dificultado, en ocasiones, su delimitación con respecto a otras modalidades típicas –artículo 318 bis CP–, resultando gravosa la formulación del juicio de tipicidad, si se repara que el citado precepto hace mención expresa al "tráfico ilegal" de personas, resultando indispensable definir el ámbito típico de cada uno de los tipos referidos, desde una doble perspectiva: tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que componen su estructura, en atención al bien jurídico que cada uno de los citados delitos aspiran a tutelar.

36. STS, 17 junio 2016 (Tol 5.751.800).

Y si bien es cierto que en virtud del deber de armonización que debe cumplir nuestro Derecho con la normativa internacional, podría tomarse de referencia diversos textos internacionales, que apuntan como criterio de delimitación la exigencia de que sean las *organizaciones criminales* el medio a través del cual se ejecute el delito de trata de seres humanos[37], no es menos cierto que este criterio no es adecuado, si tenemos en cuenta que el legislador español ha considerado esta circunstancia para configurar los tipos agravados –apartado 6 del artículo 177 bis CP–, en los casos en que "... el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades". Por consiguiente, resulta asumible que el tipo básico del delito de trata de personas abarca en su tipicidad supuestos que no son ejecutados mediante organizaciones criminales[38].

En segundo lugar, otros criterios empleados frecuentemente para delimitar el ámbito típico de los artículos 177 bis y 318 bis, esgrimían pautas geográficas, en el sentido de interpretar que el delito de tráfico de personas lleva implícita la entrada irregular de alguien en un país distinto al suyo, lo que implica un cruce de fronteras que no siempre está presente en el delito de tráfico de personas, que puede darse tanto dentro del país –trata interna–, como fuera del mismo –trata transnacional–, interpretación rechazable a mi juicio.

Finalmente, un tercer criterio esgrimido para delimitar ambas tipologías delictivas reside en vincular el tráfico de personas con la voluntad del migrante, mientras que la trata de personas se ejecuta utilizando medios que anulan su consentimiento, tales como la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

El apartado primero del artículo 177 bis[39] castiga con pena de cinco a ocho años de prisión la trata de seres humanos, enumerando como conductas típicas

37. Véase, en este sentido, el art. 3, a) del Protocolo de Palermo; la Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra el crimen organizado (15 noviembre 2000).

38. En este sentido, vid. STS, Sala Segunda, de 13 de mayo 2015, Sentencia 298/2015, Rec. 10815/2014 (LL 59381). Precisamente, la novedosa definición de la trata de seres humanos en el Convenio de Varsovia, desvinculó el fenómeno de la trata con relación a la delincuencia organizada.

39. Número 1 del artículo 177 bis redactado por el número noventa y cuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). *Vigencia: 1 julio 2015.*

la *captación*[40], el *transporte*[41], el *traslado*[42], el *acogimiento*[43], la *recepción* –incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas–, con distintas finalidades *a)* La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; *b)* La explotación sexual, incluyendo la pornografía; *c)* La explotación para realizar actividades delictivas; *d)* La extracción de sus órganos corporales; *e)* La celebración de matrimonios forzados), pero refiriendo como medios comisivos el empleo de la *violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima –nacional o extranjera–*, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

La Reforma penal de 2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, reclamadas con anterioridad por la doctrina, reflejándose en el nuevo delito de trata de seres humanos, fiel trasunto de los mandatos internacionales[44]. Como fruto de esta trasposición el nuevo artículo 177 bis CP contiene dos elementos de carácter objetivo, como son la acción y los medios comisivos, y un tercero de carácter subjetivo, cifrado en las diversas finalidades a las que se destina la trata.

Por lo que a la conducta se refiere, vamos a destacar las principales novedades suscitadas por la LO 1/2015, considerando típicas "ex novo" en primer lugar el *intercambio* y la *transferencia de control sobre las personas*, conductas que pese a estar previstas en el Protocolo de Palermo, fue inexplicablemente omitida por la reforma de 2010. Tal omisión fue denunciada por diversos sectores de la doctrina, que criticaron con razón las consecuencias que se derivaron de la anterior redacción, cuyo verbo nuclear "traslado" había forzado a interpretar incluidas en el ámbito típico, no sólo el *traslado físico*, sino incluso, los casos de *traslado de dominio* sobre la persona tratada, en aras de evitar dejar en la impunidad los casos *de venta, permuta o alquiler de las víctimas*[45]. A diferencia de su predecesor, el nuevo artículo 177 bis CP incluye en la conducta típica

40. Vid. SAP Cuenca, Sección 1, 2 abril 2013.
41. Vid. SAP Ceuta, Sección 6, 11 enero 2005.
42. Vid. SAP Ceuta, Sección 6, 1 febrero 2005.
43. Vid. SAP Cuenca, Sección 1, 2 abril 2013.
44. De esta opinión LÓPEZ RODRÍGUEZ, Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 83.
45. De esta opinión VILLACAMPA ESTIARTE. *El delito de trata de seres humanos*: una incriminación dictada desde el Derecho internacional, 2011. p. 419 y ss.

las acciones de "intercambio o transferencia de control sobre la víctima", cuya laguna de punibilidad había sido colmada en la práctica, con anterioridad, subsumiendo esta modalidad en las acciones de *traslado y recepción*, al haber interpretado por traslado y recepción no sólo la movilidad física de la persona objeto de trata, sino también el traslado del dominio sobre la víctima a la persona que la recibía o acogía[46]. Esta nueva inclusión ha merecido las críticas de la Fiscalía General del Estado, que la ha calificado de "inapropiada"[47], al entender que "precisamente, las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger y recibir se refieren a la víctima (en singular), mientras que la acción relativa al intercambio o transferencia de control alude a "esas personas" (en plural). Teniendo en cuenta que la trata constituye un delito que afecta a derechos personalísimos, la referencia en esta última acción a "esas personas" debería sustituirse por "ella" (esto es, la víctima)"[48].

En segundo lugar, la LO 1/2015 ha suprimido de la conducta típica la anterior modalidad de "alojar", incluida en la actual redacción en los verbos "recibir" o "acoger", cuya supresión no se justifica en la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica, si bien se apoya en el ámbito internacional. Entre los argumentos que se han esgrimido para justificar la citada supresión, cabe referirse a dos. En primer lugar, su omisión en los instrumentos internacionales que regulan la trata de personas, pues ni el artículo 2 de la Directiva 2011/36/EU, ni el artículo 3 del Convenio de Varsovia, contienen referencia alguna al verbo "alojar" como conducta típica de la trata de seres humanos, en contraste con el Protocolo de Palermo, cuyo artículo 3 sí preveía tal modalidad[49]. En segundo lugar, pudiera admitirse que conllevaría una reiteración gramatical el empleo de los verbos "alojar" y "acoger", de significado equivalente, por lo que la supresión de uno de ellos resulta afortunada[50].

---

46. Comparten este argumento VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada sobre el Derecho Internacional, Cizur Menor, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 419.
47. Fiscalía General del Estado, 2013, p. 146.
48. De esta opinión, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Conceptualización de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, op. cit., p. 83-84.
49. En este sentido, Vid. IGLESIAS SKIULJ. De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP. In: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.); GÓRRIZ ROYO; MATALLÍN EVANGELIO (Coord.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2. Ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015. p. 597); VILLACAMPA ESTIARTE, "Víctima de la trata de seres humanos", op. cit., p. 7.
50. De esta opinión LÓPEZ RODRÍGUEZ, Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, op. cit., p. 83.

El delito se configura como un *tipo de mera actividad*[51], que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Entre las carácter Téngase en cuenta que el delito de trata de seres humanos se configura como un "delito complejo de tracto sucesivo"[52], en cuya realización es posible distinguir distintas secuencias, que abarcan desde la captación de la víctima, pasando por el transporte o el traslado, el acogimiento o la recepción, hasta desembocar en las diversas finalidades de explotación (laboral, sexual, personal).

En aras de proceder a la exégesis de la conducta típica, es conveniente comenzar con la primera modalidad típica descrita en el artículo 177 bis CP, concretada en el verbo "captare". Según el DRAE, el sustantivo "captación" se entiende como la acción de "captar", cuya cuarta acepción se interpreta como la acción de "atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto". En relación con el ámbito típico del artículo 177 bis CP, esta modalidad constituye el eje principal a partir del cual se desencadena el proceso de la trata, suponiendo la separación de la persona de su *hábitat* natural sin su anuencia, para incorporarla al ámbito de dominio del victimario –captador o traficante–, con la consiguiente pérdida de autonomía y capacidad de voluntad[53], anulando la voluntad de la víctima y quedando de este modo al arbitrio del captador o explotador. Por ejemplo, a través de un anuncio en un periódico, se ofertan condiciones laborales atractivas que conlleva que una persona abandone su país de origen, valiéndose con frecuencia del engaño[54].

En coherencia con el tracto sucesivo que supone el delito de trata de seres humanos, desde el inicial acto de "*captación*" hasta desembocar en la conducta final de explotación, se suceden una serie de acciones intermedias, que pasamos a analizar, que abarcan desde el *traslado,* el *transporte,* el *acogimiento y* la *recepción*.

---

51. En el Derecho penal alemán, por el contrario, el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual –§ 232 StGB– se ha configurado como un delito de resultado, vid. LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, p. 1130; SCHROEDER GA, 2005, 307; WOLTERS, SK 1.

52. Citar comentario*

53. En la doctrina española comparten esta opinión DAUNIS RODRÍGUEZ ("cuando la persona es captada pierde la capacidad de controlar plenamente su proyecto vital presente o futuro, al adquirir el tratante una clara posición de dominio sobre ella, hasta el punto de poder determinar sus decisiones y actividades finales", en El delito de trata de seres humanos, p. 82, citado por RODRÍGUEZ LÓPEZ, en Conceptualización de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, op. cit., p. 32-33, nota 29).

54. Véase, por ejemplo, STS, 4 marzo 2016 (LL 10073/2016). Captación de extranjeras.

La conducta típica descrita en el tipo básico del artículo 177 bis CP alude, en segundo lugar, a las acciones de "transportare" o "trasladare"; "traslado" y "transporte", como acciones constitutivas de la trata de seres humanos que en una progresión lógica suceden a la acción inicial de captación. En una primera interpretación "ad litteram", pudiera entenderse el "traslado" como la acción de llevar a alguien o algo de un lugar a otro, y el "transporte" como la acción y efecto de transportar, esto es, llevar a alguien o algo de un lugar a otro. En coherencia con la interpretación sostenida *supra*, en esta modalidad típica se van a incluir tanto los supuestos de trata interna, como de trata internacional, esto es, tanto las conductas que tienen lugar en nuestro país, como aquellas que se suceden desde otros países hacia el nuestro o, finalmente, se realizan en España en tránsito hacia otras zonas geográficas trasfronterizas ("sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella").

En definitiva, puede concluirse que *traslado* y *transporte* revisten significados semánticos sinónimos, por lo que hubiera sido aconsejable emplear uno solo de los sustantivos referidos. Finalmente, la conducta del tipo básico del delito de trata de seres humanos culmina con la referencia a las acciones de "acogimiento" y "recepción", como acciones intermedias previas a las respectivas finalidades de explotación. En aras de interpretar el contenido gramatical de las citadas acciones, por "acogimiento" debe entenderse acogida, recibimiento o refugio en que acogerse. En segundo lugar, la "recepción" alude a la acción y efecto de recibir, como el tomar lo que le dan o le envían.

En la descripción típica del artículo 177 bis CP el legislador alude como modos comisivos al empleo de *violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad de vulnerabilidad*, por lo que nos encontramos ante un delito de medios determinados. Desde la primigenia definición, los textos internacionales contemplaron en la trata de seres humanos la concurrencia de estos medios comisivos, el "recurso a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios" (artículo 3, a) Protocolo de Palermo)

Los medios comisivos típicos se pueden resumir en los siguientes:

1º. La *violencia* –"vis física", entendida como "fuerza física aplicada a la persona que inutiliza su capacidad de decisión y libertad de movimiento[55]; lo

55. El acusado compelió a la víctima, utilizando *fuerza* e intimidación, patentes en los hechos y como así lo respaldan las lesiones diagnosticadas y el miedo que la denunciante le guardaba, al ejercicio de la *prostitución*, en contra de su voluntad (STS, 30 abril 2015, Roj.: STS 4143/2015); SAP AV 10/2015.

que equivale a fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión, abarcando conductas subsumibles en el art. 172 CP, pero que no exige que se traduzca en lesiones corporales en la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal"[56].

2º. La *intimidación*[57] –"vis compulsiva"–, en cuanto anuncio de un mal inmediato grave y real que impide el que se pueda actuar con autodeterminación, es decir, se pueda tomar una decisión distinta de la que impone el agente. Se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas que son dirigidas a la víctima o a un tercero, generalmente familiares, con la finalidad de doblegar su voluntad. Por ejemplo, actos de coacción, fuerza o amenaza encaminados a lograr que la persona ejerza la prostitución. En el análisis de algunos fallos jurisprudenciales se ha condenado por delito de trata de seres humanos con empleo de intimidación casos en los que los autores empleaban técnicas de *vudú*[58], como forma para doblegar la voluntad de la víctima. En otros, se amenazaba a la víctima con causarle daño a ella misma o a sus familiares, incluso con la muerte[59].

En la doctrina penal ha sido una cuestión controvertida la relativa a considerar o no como medio coercitivo la *coacción económica*[60], en el delito de trata de seres humanos. Si bien es cierto que el tenor literal del artículo 177 bis CP admitiría tales supuestos en los medios coercitivos –"..., no es menos cierto que en la práctica resultará de muy difícil prueba que una situación de estrechez económica haya conllevado a una persona a ser víctima de trata de seres humanos. Por ejemplo,

56. De esta opinión VILLACAMPA ESTIARTE, 2011 a, p. 38; LÓPEZ RODRIGUEZ, p. 60, n. 102.

57. Por ejemplo, SAP Cádiz, Sección 4, 28 junio 2013: "atmósfera de miedo y de doblegamiento de la voluntad de la víctima".

58. Vid. STS, 18 mayo 2016 (Roj.: 2287/2016).

59. Por ejemplo, STS 19 julio 2016 (Roj.: 3665/2016), los autores amenazaban a las víctimas con pegarles un tiro en la cabeza a ellas o a sus familiares, o con pegarles una paliza.

60. En la doctrina alemana se admite la coacción económica como medio coercitivo. En este sentido vid. ZIMMERMANN, § 232 StGB, en Strafgesetzbuch Kommentar, 2º Aufl., Rn. 15, p. 1425.

3º. El *engaño*[61] consiste en crear una idea equivocada mediante una manipulación de la realidad, engaño que debe ser *bastante, idóneo y adecuado*, pues si puede ser detectado sin esfuerzo por la víctima, y no es capaz de falsear la realidad, no sería suficiente para apreciarse el delito. Esta modalidad fraudulenta, en la que el autor utiliza fraude o engaño para obtener el consentimiento de la víctima, forma parte de la denominada *trata* "consensuada o consentida"[62], siendo considerado actualmente el medio más frecuente de comisión en el delito de trata de seres humanos.

4º. Las diversas modalidades de abusos –de una *situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*[63] – comprenden aquellas relaciones de prevalimiento del sujeto activo, bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que éste se encuentra o bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar[64]. Estos medios abusivos van a suscitar problemas de interpretación, que residen en la vaguedad e indeterminación de la redacción típica, si reparamos en las expresiones utilizadas por el legislador, que resultan contrarias a la seguridad jurídica.

En primer lugar, la alusión al *abuso de una situación de superioridad o necesidad*, resulta a mi juicio superflua, si tenemos en cuenta que en la mayoría de los supuestos de trata de seres humanos concurrirá esta situación de desequilibrio y subordinación entre el tratante/captor y la víctima, que facilita además el control de aquél sobre ésta, por lo que considero que es un elemento inherente a estas prácticas. En segundo lugar, la propia estancia de la víctima en un país extranjero supone que se encuentre en una situación de necesidad o

61. Por ejemplo, STS 19 julio 2016 (Roj.: 3665/2016). Los autores ofrecieron falsos puestos de trabajo bien remunerados y dignos a mujeres jóvenes de Paraguay, que se encontraban en situación de grandes dificultades económicas para que ejercieran la prostitución.

62. Véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 61.

63. La doctrina jurisprudencial ha considerado que concurre una situación de vulnerabilidad de la víctima, en aquellos casos de víctima extranjera, con escasa formación cultural (por ejemplo, la víctima, una mujer rumana de 19 años, sólo había ido al colegio 6 años), desconocimiento del idioma, sin conocer la ciudad ni el país donde vive. Por ejemplo, véase SAP M 19516/2014, SAP M 7407/2014.

64. B 11117/2014. En el supuesto de hecho de la referida sentencia, las conductas tuvieron como víctimas a mujeres nigerianas, de escasa cultura, imbuidas en creencias religiosas.

desamparo[65], motivada incluso por el desconocimiento del idioma, la carencia de relaciones personales, etc.

En aras de evitar problemas de interpretación, la reforma de 2015 ha incorporado una interpretación auténtica de lo que deba entenderse por situación de vulnerabilidad, derivada de lo previsto en la Directiva 2011/36/UE[66], precisando que "existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso". Si bien ha sido loable la definición introducida por el legislador, la misma no va a estar exenta de dudas en su exégesis, ya que los términos empleados son vagos e imprecisos, sin que quede claro qué deba entenderse por "alternativa (...) aceptable que someterse al abuso"[67], interpretándose por tal el "estado en el que la persona no tiene otra opción real y aceptable que someterse a la voluntad de quien quiere explotarla"[68], es decir, "toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata"[69].

---

65. A este respecto, el legislador alemán utiliza las expresiones "... unter Ausnutzung einer *Zwangslage* oder *Hilflosigkeit*", que pudieren interpretarse como "aprovechamiento de una situación de necesidad o desamparo, incluyendo en la *situación de necesidad* tanto la necesidad económica como la personal, sin que se exija que se trate de una amenaza para su propia existencia, aunque sí debe suponer una limitación sustancial de sus posibilidades de decisión y actuación. En el mismo sentido, debe tratarse de una necesidad que reduzca su capacidad de resistencia ante los ataques contra su libertad sexual. Por ejemplo, pensemos en los casos de pobreza acuciante, malas relaciones personales en su país de origen, tratarse de una persona desempleada y sin hogar. Otro grupo de casos relevantes, serían los relativos a las adicciones; por ejemplo, piénsese en las drogas, cuya financiación se llevaría a cabo a través del ejercicio de la prostitución. Con relación al segundo elemento típico –la situación de *desamparo*–, la doctrina alemana ha considerado que la propia estancia de la víctima en el país extranjero supone ya una situación de desamparo o desvalimiento, vid. ZIMMERMANN, § 232 StGB 2. Aufl., Rn, 14-15.
66. En concreto, el apartado 2 del artículo 2 dispone que "(...) existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso".
67. Esta interpretación estaba prevista en el art. 318 bis en su versión originaria, si bien fue suprimida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, 2011 a, p. 427, citada por LÓPEZ RODRIGUEZ, en Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos, op. cit., p. 87, n. 211.
68. Vid. Informe Explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mayo 2005, apartado 83.
69. Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia.

Conforme con esta definición, ¿cuándo puede afirmarse que el autor se aprovecha de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima? ¿Cuándo se abusa de esta situación? ¿En qué casos la víctima no tiene más opción verdadera o aceptable que someterse al abuso? Si reparamos en el término empleado por el legislador, una *alternativa* es "la opción entre dos o más cosas, cada una de las cosas entre las cuales se opta". Asimismo, de tal opción se predican los adjetivos "verdadero" y "aceptable", lo que significa que tal opción debe ser "real y efectiva", entendiendo por "aceptable", "capaz o digno de ser aceptado", expresión desafortunada que va a suscitar controversias en la exégesis de este precepto. Conforme con ello, podrá predicarse que el tratante/captor abusa de una situación de necesidad o vulnerabilidad, en aquellos casos de víctima desamparada y en situación de dependencia económica. Por ejemplo, la víctima se encuentra privada de su documentación, que ha sido retenida por los tratantes[70].

En segundo lugar, el legislador penal incluye en el concepto de trata abusiva, los casos en que el autor se aprovecha de una *situación de vulnerabilidad de la víctima*, vocablo que resulta vago e impreciso[71] y que va a plantear problemas con respecto a la delimitación entre el tipo básico de trata de seres humanos y los tipos cualificados. Téngase en cuenta que la vulnerabilidad ha sido utilizada por el legislador como un factor de agravación de la pena, no sólo en el delito de trata de seres humanos, sino también en otras tipologías delictivas. Valga de cita los delitos de lesiones, de violencia de género, contra la libertad e indemnidad sexuales, etc.

Por ejemplo, la jurisprudencia ha apreciado la situación de vulnerabilidad de la víctima, en el caso de la STS 18 mayo de 2016 (Roj.: 188/2016), donde las víctimas fueron captadas en Nigeria, siendo obligadas a ejercer la mendicidad, habiendo sido transportadas en cayuco y empleando, incluso, técnicas de *vudú*. En este contexto es constatable que aquéllas difícilmente tenían otra alternativa que aceptar la explotación sexual, preordenada inicialmente, cuando además una de ellas conocía su destino y la otra lo presuponía. En un contexto de desamparo y desarraigo en un territorio extranjero, con la obligación de reintegrar las cantidades exigidas por los traficantes y las presiones ejercidas sobre ellas mismas y a su familia, fueron suficientes para doblegar su voluntad.

70. Citar JP.

71. SERRA CRISTÓBAL y LLORIA GARCÍA, 2007, p. 66, citado por RODRÍGUEZ LÓPEZ, n. 65, p. 106.

5º. Finalmente, la L0 1/2015 ha añadido una novedad, referida a la inclusión como *medio de la entrega o recepción de pagos o beneficios*, en aras de lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. Esta inclusión es fruto de reiteradas críticas esgrimidas por la doctrina, que denunciaron esta laguna en la redacción primigenia del delito de trata de seres humanos, en virtud de la LO 5/2010 y que resultaba injustificada, habiendo sido considerada por las disposiciones internacionales, en cuya definición de "trata" incluían tal modalidad comisiva. En este sentido, el apartado a) del art. 3 del Protocolo de Palermo se refería a la trata de personas como "(...) la captación, el transporte, el traslado, al acogida o la recepción de personas, recurriendo (...) a la *concesión o recepción de pagos o beneficios* para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (...)". Con posterioridad, el apartado a) del artículo 4 del Convenio de Varsovia reitera este medio comisivo, con expresa alusión al empleo de "(...) *ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas* para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra (...)". Finalmente, continúa esta línea la Directiva 2011/36/EU, al definir la trata de seres humanos como "... la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas (...) o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para logra el consentimiento (...)" (art. 2, apartado 1).

En efecto, el empleo de los medios coercitivos y fraudulentos por parte del autor de la trata de seres humanos conlleva que la víctima pierda el control sobre su propia persona, y se vincule al captor/tratante en una clara relación de subordinación o de dominio, anulando finalmente su voluntad.

Con independencia de que no se empleen los medios comisivos anteriormente mencionados, se considera constitutiva del delito de trata de seres humanos en todo caso, cualquiera de las acciones referidas en el apartado anterior, cuando se llevaren a cabo *respecto de menores de edad con fines de explotación*[72-73]. A este respecto, el apartado 2 del artículo 177 bis CP considera que:

72. Véase, MAPELLI CAFFARENA. Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual. *La Ley penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario, n. 57, 2009. p. 3 y ss.

73. SAP Madrid, Sección 3, 24 octubre 2014. Delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, relativo a persona menor de edad y pertenencia a organización o asociación, art. 177 bis 1 b, 2, 3, 4 b, 6 y 9 CP) en concurso ideal-medial con un delito de prostitución coactiva (art. 188.1 y 2 y 4b CP); SAP Madrid, Sección 5, 14 abril 2015. Delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual relativo a persona menor de edad (art. 177 bis 1 b, 2, 2, 4 b, 6 y 9 CP) en concurso ideal con delitos de prostitución coactiva (art. 188.2 y 4 b CP).

> (...) aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

Desde un punto de vista teórico, la mención expresa a la conducta de trata de seres humanos, que será típica, en cualquier caso, cuando se llevaren a cabo *respecto de menores de edad con fines de explotación*, y aunque no se empleen los medios comisivos típicos va a suscitar diversos interrogantes. En este caso, es preciso recordar que el artículo 177 bis 4 CP contiene como agravación específica que "la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, *o sea menor de edad*" (letra b). Ante esta redacción, ¿cabe colegir que siempre que la conducta de trata de seres humanos se realice con fines de explotación dará lugar a la aplicación del tipo agravado? ¿No es posible, por tanto, aplicar el tipo básico cuando la víctima sea un menor? ¿En qué casos se aplicará el tipo agravado?

Efectivamente, las Sentencias 827/2015, de 15 de diciembre y 53/2014, de 4 de febrero, recuerdan que el apartado segundo del art 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

Esta norma procede del artículo 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente

artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

A estos efectos, debemos entender por "niño" o "menor" a toda persona menor de 18 años[74], por lo que el tipo resultará aplicable cuando se realicen conductas de captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, y sea menor de 18 años.

Esta previsión legal no va a estar exenta de críticas, por lo que a su redacción se refiere, tanto por lo que omite, como por lo que incluye. Con relación al primer aspecto, si bien es cierto que se ha tenido en consideración la mayor vulnerabilidad de los *menores de edad*, calificando en todo caso la conducta como trata de seres humanos, aun cuando no concurran los medios comisivos determinados, no es menos cierto que el legislador ha olvidado mencionar expresamente a los *incapaces*, omisión que puede subsanarse reconduciendo estos supuestos a los casos de abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima[75]. En segundo lugar, con relación a lo que expresamente dispone, el legislador alude a que esta conducta se lleve a cabo "respecto de menores de edad con *fines de explotación*", lo que suscita la pregunta sobre lo que deba entenderse por "explotación", expresión que sólo se menciona expresamente por el legislador en las letras b) y c) entre las finalidades con las que debe llevarse a cabo la trata –" explotación sexual, incluyendo la pornografía" y "explotación para realizar actividades delictivas". Conforme con ello, ¿debe interpretarse que la trata de menores sólo será típica cuando venga referida a la finalidad de

74. Vid. Art 12 CE, que entiende por persona menor de edad aquella que no ha cumplido todavía los dieciocho años. Esta tipificación contrasta con lo dispuesto por el legislador penal alemán, cuyo § 232 (1) se refiere a *un menor de 21 años*, en el caso de trata de seres humanos con fines de explotación sexual ("Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter einundzwanzig Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen bringt (...)". Esta redacción va a ser objeto de modificación tras la decisión del Parlamento alemán de 7 de julio de 2016 (BT Drucks. 18/9095) ley para mejorar la lucha de la trata de personas.

75. De esta opinión ALONSO DE ESCAMILLA, 2013, p. 171; TERRADILLOS BASOCO, 2011, p. 164 y 2010, p. 210; LÓPEZ RODRÍGUEZ, p. 75.

explotación sexual y la finalidad de realización de actividades delictivas? O, por el contrario, ¿deben también incluirse las restantes finalidades previstas en los apartados a), d) y e)? Evidentemente, en una interpretación sistemática y coherente del art. 177 bis CP, debe entenderse asimismo como constitutiva del delito de trata de menores de edad las conductas que se lleven a cabo sobre éstos, con cualesquiera de las finalidades previstas en el tenor literal del precepto objeto de estudio. En este sentido, un sector de la doctrina penal ha criticado la desafortunada redacción del art. 177 bis CP, proponiendo como loable la supresión de la expresión "con fines de explotación", lo que hubiese evitado confusión en su interpretación[76]

La descripción típica prevé que la conducta se ejecute *en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella*. No exige, pues, el traspaso de una frontera como un elemento del tipo que resulte necesario en todo caso[77]. En el ámbito internacional, el Protocolo de Palermo exigía con relación a la trata de seres humanos algún elemento de transnacionalidad y cierto grado de participación de un grupo delictivo organizado, elementos omitidos en el Convenio de Varsovia, cuya definición de trata de seres humanos fue novedosa, en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, suprime el elemento de la transnacionalidad, al incluir todas las formas de trata de seres humanos, tanto internas como internacionales, abarcando por tanto la llamada trata doméstica. En segundo lugar, se admiten como posibles sujetos activos cualquier persona, sin vincular la trata con la delincuencia organizada, como constaba en el Protocolo de Palermo.

En el análisis de la conducta típica debe señalarse que el legislador ha considerado *irrelevante el consentimiento* otorgado por la víctima que sea objeto de trata, cuando se hayan empleado algunos de los medios del apartado 1, esto es, el empleo de la *violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima –nacional o extranjera–*, o *mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios* para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, por tratarse de un consentimiento viciado (apartado 3, artículo 177 bis CP)[78]. En

76. En este sentido se han manifestado POMARES CINTAS, y TERRADILLOS BASOCO, en LÓPEZ RODRÍGUEZ, p. 76.

77. Véase SAP Jaén 154/2014.

78. Art. 177 bis 3 CP: "El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo".

segundo lugar, esta disposición es fiel reflejo de lo dispuesto en los textos internacionales que regulan la trata de seres humanos, de los cuales el precepto español es fiel trasunto[79]. Conforme con ello, el art. 3 del Protocolo de Palermo ya puntualizaba que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación intencional será irrelevante cuando éste se haya obtenido recurriendo a alguno de los medios enumerados (cfr. Art. 3 b). Y fue precisamente esta cuestión la que suscitó una aguda controversia en las negociaciones del Protocolo de Palermo, entre quienes otorgaban validez al consentimiento prestado por la persona explotada, justificando tal argumento en la libertad de la persona para decidir sobre su futuro, y quienes, de otro lado, negaban cualquier tipo de validez a un consentimiento otorgado bajo tales circunstancias[80]

4.2. Aproximación al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos

Por lo que respecta al tipo subjetivo del delito de trata de seres humanos, debe subrayarse que las conductas descritas en el artículo 177 bis CP adquieren relevancia típica en tanto en cuanto se realicen con alguna de las finalidades indicadas en su tenor literal, esto es, la explotación para (a) la imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad; (b) la explotación sexual[81], incluyendo la pornografía; (c) la explotación para realizar actividades delictivas; (d) la extracción de sus órganos corporales; (e) la celebración de matrimonios forzados. En este contexto, debe entenderse por *explotación* "utilizar en provecho propio alguna circunstancia que pone a otro en desventaja".

Conforme con ello, debe afirmarse que el delito de trata de seres humanos se configura como un *delito de tendencia*[82], que requiere que las conductas alternativas referidas con anterioridad, se realicen con cualquiera de las finalidades anteriormente mencionadas. En esta vertiente subjetiva la única modalidad típica reconocida por el legislador es la *dolosa*, de manera que el

79. Valgan de cita, el art. 3, apartado b) Protocolo de Palermo; art. 4, apartado b Convenio de Varsovia; apartados 4 y 5, art. 2, Directiva 2011/36/UE.

80. Esta controversia estuvo relacionada con el tratamiento de la prostitución. P. 37 LÓPEZ RODRÍGUEZ.

81. El acusado compelió a la víctima, utilizando fuerza e intimidación, patentes en los hechos y como así lo respaldan las lesiones diagnosticadas y el miedo que la denunciante le guardaba, al ejercicio de la prostitución, en contra de su voluntad (STS, 30 abril 2015, STS 4143/2015).

82. Véase en detalle en la doctrina alemana, SCHROEDER, NJW 2005, p. 1393; el mismo, GA, 2005, p. 307.

sujeto activo debe conocer que la víctima va a ser sometida a una explotación, sin que sea preciso que el dolo abarque la naturaleza de aquéllas. Por consiguiente, además del dolo, se exige la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto cifrado en alguna de las finalidades descritas en el artículo 177 bis CP, esto es, sexual, laboral, personal, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que nos encontramos ante un *delito mutilado de dos actos*, siendo suficiente con la realización de alguna de las acciones descritas en el tipo con algún fin de explotación para entender consumado el tipo. Por el contrario, si se concretaran alguna de las finalidades de explotación, las conductas serían constitutivas de otra tipología distinta...

4.2.1. La imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad[83]

La primera finalidad de explotación tipificada por el legislador en la letra a) del artículo 177 bis ha sido objeto de modificación, con relación a lo dispuesto en el Anteproyecto (Proyecto 2013), que suprimió la referencia al *trabajo forzado*, quizás al considerar "tautológica la referencia al forzamiento tanto para el desarrollo del trabajo como de cualquier servicio –pues la referencia típica a los *trabajos forzados*[84] sí se mantiene"[85].

En el ámbito normativo internacional de la regulación de la trata de personas, con carácter previo, el *Protocolo de Palermo* incluyó en la definición de *trata* no sólo la *trata forzada o coactiva*, sino también la *trata abusiva*, abarcando entre sus finalidades además de la explotación sexual, otras formas de explotación, entre las que cabe mencionar los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, etc.[86] En esta misma línea, el Convenio de Varsovia reitera entre las finalidades de la trata de personas "(...) el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre ..." (art. 4, apartado a). Finalmente, cabe referirse al Consejo de Europa, concretamente a la Decisión

83. En este sentido, vid. STS, 18 mayo 2016 (Roj.: 2287/2016).

84. Véase el Convenio 29 OIT sobre trabajo forzoso.

85. De esta opinión, VILLACAMPA ESTIARTE. Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas. *InDret*: Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com), Barcelona, abr. 2014. p. 9.

86. Véase, en detalle, LÓPEZ RODRÍGUEZ, Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, op. cit., p. 41.

Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, cuyo artículo 1 define la trata de seres humanos[87], refiriendo entre sus finalidades "... el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre".

Con relación a la primera de las finalidades típicas exigidas por el legislador penal en el delito de trata de seres humanos, la letra a) del inciso primero se refiere a la *esclavitud*, que ha sido definida en artículo 1.1 de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926 como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". Conforme con ello cuando la víctima es explotada con esta finalidad, se anula su capacidad de decisión y de voluntad, quedando a merced del explotador, que ejerce un dominio sobre aquélla, cosificándola[88] , tratándola como algo de su propiedad. De ahí que se exigiese como requisito fundamental para afirmar la existencia de una situación de esclavitud el requisito de la propiedad, pues según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no era suficiente el empleo de la violencia o falta de libertad para determinar la existencia de una situación de esclavitud. Estas consideraciones propiciaron la necesidad de incluir junto a la finalidad de la esclavitud, *otras prácticas similares a la esclavitud*, que surgen frecuentemente a raíz de una deuda que la víctima contrae con su explotador.

En tercer lugar, junto a las finalidades de la esclavitud y prácticas similares a la esclavitud el legislador alude a la *servidumbre*, donde cabe incluir la servidumbre de la gleba, entendida como aquella situación en que la víctima queda obligada por ley costumbre o acuerdo a trabajar y vivir en una tierra que pertenece a otra persona y prestar sus servicios de manera remunerada o gratuitamente y sin derecho a modificar su situación[89].

87. "(...) la captación, el transporte, el traslado, la acogida la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando:

(a) se recurra a la coacción, al fuerza o la amenaza, incluyendo el rapto o

(b) se recurra al engaño o fraude, o

(c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o (d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona."

88. Vid. DAUNIS RODRIGUEZ, op. cit., p. 131.

89. De esta opinión DÍAZ MORGADO, El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario, op. cit., p. 158.

Finalmente, la letra a) del inciso primero concluye refiriéndose a la *mendicidad*, como práctica análoga a la esclavitud. Y si bien es cierto que ni el Protocolo de Palermo, ni el Convenio de Varsovia contemplaron expresamente esta finalidad, no es menos cierto que a partir del carácter de "derechos mínimos" que habían sido fijados en los instrumentos internacionales referidos, cada Estado miembro podría concretar con posterioridad esta lista de *numerus apertus*. En coherencia con las disposiciones internacionales, la Directiva 2011/36/EU incluyó, por primera vez, entre las finalidades de la conducta de trata la práctica de la *mendicidad*, evitando problemas relacionados con la seguridad jurídica. En cumplimiento el deber de armonización que vincula al legislador penal español con la normativa europea, el tenor literal del artículo 177 bis CP alude a la práctica de la mendicidad entre otras formas típicas de explotación laboral. Según el DRAE, en su segunda acepción por mendicidad se entiende la "acción de mendigar", esto es, "pedir limosna de puerta en puerta", o "solicitar el favor de alguien con importunidad y hasta con humillación".

4.2.2. La explotación sexual, incluyendo la pornografía

Esta segunda modalidad de explotación perseguida con la trata de personas, la explotación sexual, ha sido una finalidad frecuentemente asociada al delito objeto de nuestro estudio, asumida por el legislador penal español desde las primeras regulaciones de esta materia. Recuérdese que la reforma operada en nuestro Código Penal por LO 11/1999, de 30 abril, modificó el artículo 188. 2 CP, tipificó la trata de personas con fines de explotación sexual, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. El artículo 188.2 CP consideraba conductas típicas las acciones *directas o indirectas de favorecer la entrada, estancia o salida de personas del territorio nacional, con el fin de su explotación sexual, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima* –trata con fines de explotación sexual–.

En este mismo contexto, la reforma por LO 1/2003, de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros modificó el artículo 318 bis CP –Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros–, contemplando la finalidad de explotación sexual, sancionando el subtipo agravado "el tráfico ilegal o la inmigración ilegal con fines de explotación sexual" –art. 318 bis, b CP–.

En el ámbito internacional, esta finalidad ya fue recogida por el Protocolo de Palermo al definir la *trata de personas* e incluir por vez primera, no sólo la explotación sexual, sino también otras formas de explotación ("la explotación

de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual"). La doctrina ha criticado, con razón a mi juicio, esta indeterminada y amplia redacción (deliberada e intencionada), al no ser posible alcanzar un acuerdo internacional sobre su contenido. Es conveniente destacar que en las negociaciones que precedieron al Protocolo de Palermo, surgió una aguda controversia entre quienes, por un lado, consideraban que la prostitución siempre reviste un carácter forzado, y quienes, de otro, estiman que el ejercicio de la prostitución debe ubicarse en el ámbito del derecho a la intimidad, como una manifestación de la libertad, en concreto "el derecho a la intimidad y a la autonomía sexual engloba la libertad para decidir ejercer la prostitución"[90].

Efectivamente, a partir de la tipificación de la explotación lucrativa de la prostitución en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 188.1 in fine CP), cabe preguntarse por el fundamento que justifica la mayor exasperación punitiva que el legislador penal ha otorgado a los casos de trata de personas con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, recuérdese que el art. 188.1 CP dispone de un marco penal de pena de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, mientras que el art. 177 bis CP castiga la conducta de trata de seres humanos con fines de explotación sexual con pena de prisión de cinco a ocho años. Entonces, ¿cuál es la razón que justifica esa exasperación punitiva? ¿El criterio del bien jurídico? ¿Merece mayor protección la libertad sexual que la dignidad de la persona? A este respecto se han manifestado diversas opiniones doctrinales en aras de justificar la mayor penalidad con que se castiga la trata de seres humanos, proponiendo reservar el ámbito típico del art. 177 bis CP para los casos en que se constate un plus de lesividad que trasciende al mero lucro patrimonial derivado del ejercicio de la prostitución.

4.2.3. La explotación para realizar actividades delictivas

Esta finalidad ha sido incorporada en la reforma de 2015, como fruto de las críticas que se habían esgrimido contra el precepto en su redacción primigenia de 2010, que había omitido[91] –inexplicablemente a juicio de la doctrina– la referencia a la explotación con la finalidad de utilizar a la víctima para realizar actividades delictivas, por ejemplo, como carteristas o traficar con estupefacientes o incluso para vigilar el transporte de otras personas. Con carácter previo, el Proyecto de Reforma de 2013 previó tal finalidad, en trasposición de

90. En opinión de LÓPEZ RODRÍGUEZ, "... los términos "explotación de la prostitución ajena" u "otras formas de explotación sexual" no se definen en el Protocolo.

91. En ausencia de referencia expresa a esta finalidad de

lo dispuesto en la Directiva 2011, entre cuyas finalidades se contemplaba la explotación conforme a la cual se utilizaba a la víctima para realizar actividades delictivas, de cualquier tipo[92].

4.2.4. La extracción de sus órganos corporales

La finalidad de explotación para extracción de sus órganos corporales se hallaba ya prevista en la definición de trata de personas del Protocolo de Palermo, y guarda cierta similitud con el delito de tráfico de órganos (art. 156 bis CP), introducido "ex novo" por el legislador penal a tenor de la LO 5/2010, de 22 de junio. Y es evidente que entre las finalidades con las que se trafica con las personas se halle la extracción de sus órganos, suponiendo unos elevados ingresos para los traficantes en el mercado negro.

Según dispone la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por ***órgano*** se entiende "una parte diferenciada del cuerpo humano, formado por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante".

Conforme con esta definición, quedarían excluidos inexplicablemente, la extracción de tejidos humanos, la sangre o los gametos, lo que conllevado la crítica, con razón a nuestro juicio, pues sólo se ha contemplado la extracción de los órganos corporales y sin embargo, se haya omitido toda referencia a "los tejidos humanos" que asimismo pueden ser objeto de extracción y venta (por ejemplo, médula, córnea)[93].

4.2.5. La celebración de matrimonios forzosos

El legislador penal español ha introducido como novedad, con relación a las finalidades perseguidas por este delito, que la trata de personas se dirija con la finalidad de *celebrar matrimonios forzados*[94], lo que va a suscitar problemas concursales con lo dispuesto en el *artículo 172 bis CP*, donde el legislador ha tipificado el delito de matrimonio forzado, en el ámbito "De los delitos contra la libertad"[95]. Esta tipificación es un trasunto de lo dispuesto en la Con-

92. Véase en detalle, PÉREZ CEPEDA, op. cit., 2004, p. 39; LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 66.

93. De esta opinión, en ALCÁCER, op. cit., p. 48.

94. En el derecho comparado, el Código penal alemán tipifica el delito de matrimonios forzados en el § 237 StGB –*Zwangsheiratet*–.

95. Artículo 172 bis CP: "*1.* El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a

vención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España, establece en su artículo 16 que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento". Conforme con ello y con el deber de armonización de nuestra normativa con las normas internacionales, la tipificación de esta modalidad resultaba necesaria y oportuna, como ya habían regulado otros países de nuestro entorno cultural, tales como Alemania[96], Dinamarca, Francia, Reino Unido o Noruega.

Un sector de la doctrina representado de modo destacado por TERRADILLOS BASOCO, ha criticado con razón la inclusión de esta finalidad de explotación, que más bien configura un *delito cultural*, quizás pensado para minorías extranjeras[97].

La descripción típica no impide que, si las finalidades de trata se realizasen y fuesen constitutivas de otras tipologías delictivas, se aplique la correspondiente solución concursal entre el delito de trata de seres humanos y aquéllas (concurso real o ideal de delitos)[98].

5. Análisis de los tipos cualificados del delito de trata de seres humanos

A partir de la modalidad básica del delito de trata de personas, el legislador penal ha diseñado unos tipos agravados, atendiendo a diversas circunstancias, relacionadas unas, con la víctima y, otras, con el autor. En primer lugar, cuando

tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. 3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad". Este artículo ha sido introducido en el Código penal español por el número noventa del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo).

96. Vid. Zwangsheiratet; § 237 StGB.
97. TERRADILLOS BASOCO, en luc.
98. Vid. MUÑOZ CONDE, DP.PE, op. cit., p. 171.

la conducta suponga peligro para la vida o la integridad, o se abuse de la vulnerabilidad de la víctima o se trate de menores de edad[99]. Y, en segundo lugar, cuando se trate de autoridad, agente de éste o funcionario público[100], o se trate de una Organización[101] dedicada a la trata. Finalmente, se contiene una agravación específica, referida a los Jefes y encargados de las organizaciones criminales. Y desde luego, en atención al mayor incremento de pena que corresponde a los tipos cualificados, es preciso fundamentar la razón que justifica tal exasperación punitiva.

En este estudio podemos estudiar las agravaciones distinguiendo, en primer lugar, aquellas referidas a la víctima y, en segundo término, las que se relacionan con el autor.

El apartado 4 del artículo 177 bis CP, dispone lo siguiente:

> *4.* Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: *a)* se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; *b)* la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5.1. La puesta en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito

Por lo que respecta a la primera cualificación, la *letra a)* del apartado 4 castiga con la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero, la trata de personas cuando *hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito*[102].

Esta primera cualificación tiene su origen en diversos instrumentos internacionales que regulan la trata de seres humanos, principalmente el Convenio

99. SAP GC 1593/2013, SAP M 9431/2015.

100. SAP M 12803/2014, SAP M 7407/2014, SAP M 19516/2014 ("trabajador de una Embajada").

101. SAP M 7349/2015, SAP B 11117/2014, SAP M 12635/2014.

102. En el derecho comparado, el Código penal alemán contempla asimismo en el Nr. 2 del § 232 StGB supuestos de especial gravedad ("*schwere Misshandlung oder Gefahr des Todes*"), si bien limita la agravación para los casos de maltrato grave o peligro de muerte. Véase en detalle, KUDLICH, § 232 StGB, en LK, 12. Aufl., Rdn 45, p. 23; ZIMMERMANN, luc.

de Varsovia (art. 24.a) y en la Directiva 2011/36/EU (art. 4.2. c), en cuyo articulado se alude expresamente a la puesta en peligro de la "vida" de la víctima. No obstante, la expresión utilizada por el legislador español ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina, por su vaguedad e indeterminación. ¿Cómo debe interpretarse esta puesta en peligro?

A este respecto se han pronunciado dos líneas doctrinales; una primera de carácter restrictivo, que limita la aplicación del tipo agravado cuando la puesta en peligro afecte a la *vida* de la víctima, como bien jurídico protegido[103]. Frente a esta posición, una segunda línea, más flexible, interpreta la puesta en peligro no sólo referida a la *vida* de la víctima, sino también cuando afecte a otros bienes jurídicos relevantes tales como la *salud o la integridad físicas* de las personas[104].

Como respuesta a las principales críticas que se habían esgrimido contra el precepto en su redacción anterior a la reforma de 2015, que residían en su vaguedad y amplitud con respecto *al peligro* en que se colocaba a la víctima, la nueva redacción concreta y detalla esa circunstancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 2011/36/EU.

Por lo que respecta a la circunstancia de *puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas*, la jurisprudencia[105] ha afirmado su concurren-

103. En esta primera línea de interpretación se han pronunciado VILLACAMPA ESTIARTE, DAUNIS RODRÍGUEZ, Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, op. cit., p. 76, n. 164.

104. De esta opinión MARTOS NÚÑEZ, SANTANA VEGA; TERRADILLOS BASOCO, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, op. cit., p. 77.

105. Por ejemplo, vid. STS, 8 abril 2016 (STS 1552/2016). En otros casos, se ha afirmado que "la referida embarcación, de pequeñas dimensiones, es totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía de casi 24 horas, careciendo de las mínimas condiciones de seguridad, como tampoco de ningún elemento que sirva para comunicarse con el exterior en caso necesario. En la patera no se encontró ningún chaleco salvavidas, ni ningún otro elemento que pudiera servir para prevenir cualquier contingencia que se pudiera presentar. Por ello, las vidas e integridad física de los ocupantes que el acusado había desembarcado previamente se puso en concreto peligro" que "basta la descripción fáctica de las circunstancias en que se realizó la travesía para confirmar la concurrencia del elemento del riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas que requiere el subtipo. Ya decíamos en nuestra sentencia de 28 de junio de 2002 que no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó

cia normalmente en los casos de transporte marítimo clandestino por medio de pateras[106], cayucos, balsa hinchable, *zódiacs*, hidropedales u otro tipo de embarcaciones muy precarias[107], por carecer de elementos de seguridad y de ayudas a la navegación o de salvavidas, y por tratarse de una travesía por alta mar[108]. En segundo lugar, también se ha considerado la puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas los casos de transporte marítimo clandestino a través de los denominados "motores humanos", peligrosidad que se deriva de la propia acción. Finalmente, cabe apreciar esta circunstancia en los supuestos en que la persona es transportada oculta en un vehículo a motor (por ejemplo, casos en que es escondido debajo de los asientos del motor, escondido bajo las maletas, en el salpicadero o, incluso, en un doble fondo practicado en el salpicadero[109]) o escondido en un habitáculo preparado a tales efectos, por riesgo de asfixia, quemaduras.

5.2. La trata de personas con víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad

Con relación a la segunda cualificación, *la letra b)* del apartado 4 del artículo 177 bis CP tipifica como supuesto agravado, la trata de personas cuando se trate de *víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad*. Y si bien es cierto que la vulnerabilidad había sido un factor tenido en cuenta con anterioridad a la LO 1/2015 para agravar esta conducta, no es menos cierto que la nueva

---

la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano)".

106. SAP GC 936/2007.

107. SAP TF 2338/2007, GC 5025/2007, SAP GR 77/2007, GC 372/2008, SAP TF 557/2007.

108. Véase SAP TF 2338/2007.

109. SAP 12803/2014, SAP ML 44/2103. Con relación al anterior art. 318 bis CP, véase, SAP GR 1701/2008, SAP GC 890/2008, SAP GC 894/2008, SAP CE 31/2008 (auto caravana), SAP CA 305/2007, SAP GR 557/2007, SAP GC 936/2007, SAP ML 141/2008, SAP CA 1185/2007, SAP CE 223/2007, SAP CE 224/2007.

regulación ha precisado y detallado nuevos aspectos para definir e interpretar el elemento de la "vulnerabilidad", tales como la enfermedad, el estado gestacional, la discapacidad o situación personal y, finalmente, la minoridad[110].

En primer lugar, con relación a la *vulnerabilidad* que debe revestir la víctima para proceder a la aplicación del tipo cualificado, debe recordarse que el legislador penal español ha ido otorgando cada vez una mayor y reforzada tutela a este grupo de personas, que parecen estar necesitadas de mayor protección.

De esta nueva redacción merecen destacarse dos cuestiones, que afectan tanto a la expresa referencia del "estado gestacional" como concreta situación de vulnerabilidad de la víctima[111], y si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial había considerado el estado gestacional como circunstancia equivalente a especial vulnerabilidad de la víctima, la nueva redacción alude expresamente a esta circunstancia evitando problemas de interpretación. En segundo lugar, el nuevo tipo agravado concreta la referencia de la situación de la víctima, a una situación "personal", por lo que la misma sólo puede fundamentarse en una situación de esta índole, excluyendo cualquiera otra[112].

En aras de justificar la mayor exasperación punitiva que la citada agravación conlleva, se exige que la vulnerabilidad revista una cierta entidad, para fundamentar la aplicación del tipo cualificado[113].

Debe tenerse en cuenta que algunas de las cualificaciones mencionadas son coincidentes con los medios comisivos típicos descritos en el artículo 177 bis CP, singularmente el abuso de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, lo que podría conculcar el "principio ne bis in idem". Conforme con ello, procederá la aplicación del tipo agravado en los casos en que la situación de "vulnerabilidad" no haya sido ya tenida en consideración para subsumir la conducta en el tipo básico del delito de trata de seres humanos. Por ejemplo,

110. En opinión de un sector de la doctrina, representado de modo destacado por IGLESIAS SKULIJ, la inclusión de la "minoridad" como factor agravante de la conducta ha sido inadecuado, dado que tal referencia general podría conllevar a "una aplicación automatizada del tipo cualificado", por lo que hubiera sido más idóneo "haberse concretado en circunstancias especiales el mayor contenido de injusto" (Comentarios, op. cit., p. 600).

111. Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había admitido la concurrencia de tipos agravados por la especial vulnerabilidad de la víctima en algunos casos de delitos contra la libertad sexual...

112. De esta opinión VILLACAMPA ESTIARTE, 2011 a, p. 455 y ss.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos, op. cit., p. 77.

113. Citar p. 50...

si la conducta de captación se hubiere realizado aprovechándose de la *especial vulnerabilidad de la víctima*, por tratarse de una *persona enferma*, la conducta sería subsumida bajo la tipicidad del tipo básico, sin que fuera posible sancionar tal conducta conforme al tipo cualificado referido.

(c) En segundo lugar, la inclusión de la *minoridad* como factor de agravación, al tratarse de una víctima especialmente vulnerable, no ha sido afortunada, dado que se debería haber concretado en circunstancias especiales el mayor desvalor de injusto, en aras de evitar la aplicación automática de este supuesto en los casos de víctima–menor de edad[114], que además dejaría vacío de contenido del apartado 2 del artículo 177 bis, conforme al cual se considera *trata de seres humanos* cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior.

Por consiguiente, para apreciar la cualificación comentada sería necesario constatar un mayor desvalor de injusto, reflejado en un plus de antijuridicidad,

5.3. Trata de seres humanos con prevalimiento de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público

El apartado 5 del 177 bis castiga con la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico, e inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando las conductas de trata de seres humanos se realicen *prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

Con relación a esta agravación, referida al autor, el legislador ha adoptado una fórmula similar a la empleada para referirse a la agravante genérica del artículo 22.7ª CP ("Prevalerse del *carácter público* que tenga el agente"), si bien la nueva redacción es más amplia, incluyendo en la tipicidad no sólo el prevalimiento de la condición de "funcionario público", sino también de "agente de ésta" o "autoridad[115]".

114. De esta opinión IGLESIAS SKULJ, "Trata de personas con fines de explotación", op. cit., p. 600.

115. Vid. SAP Ceuta, Sección 6, 1 febrero 2005. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 CP), cometido por Guardia Civil que pretende introducir en España a ciudadano marroquí.

Es preciso matizar que el *carácter público* del culpable se determina por su participación en el desempeño de funciones públicas, aunque sea por un tiempo limitado y simplemente de facto. Conforme con ello, no es preciso que el sujeto sea funcionario público en el sentido del Derecho administrativo, y ni siquiera en el sentido del Derecho Penal[116]. Por ejemplo, el funcionario *de facto*, no lo es propiamente en el sentido descrito en el artículo 24 CP y, no obstante, asimismo participa en el desempeño de funciones públicas y tiene un carácter público[117]. En relación con su ámbito de aplicación, se requiere la concurrencia de dos *elementos*. El primero, de carácter objetivo, el sujeto debe prevalerse del desempeño de funciones públicas para así ejecutar el delito con mayor facilidad o menor riesgo[118]. En segundo lugar, un elemento subjetivo, cual es que esa condición se ponga a servicio del propósito criminal[119]. Su ámbito de aplicación abarca a quienes se presentan ante su víctima en su cualidad de agentes de la autoridad, aprovechándose de ese carácter para realizar con mayor facilidad el delito[120], o disminuir el riesgo[121].

El *fundamento* de esta agravación reside en la mayor gravedad de injusto, y concretamente del desvalor de la acción. La producción del resultado delictivo, la comisión del delito, aparece en una contemplación *ex ante*, como más probable, si el sujeto se prevale del desempeño de sus funciones públicas; siendo la acción más peligrosa[122].

En suma, la agravación se basa en la mayor confianza que los referidos sujetos pueden proyectar sobre las víctimas de trata de seres humanos, con frecuencia vulnerables, sancionando la conducta además de con la pena de prisión en su mitad superior, con la de inhabilitación absoluta de seis a doce

116. Artículo 24 CP: "... todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". De otra opinión, TERRADILLOS BASOCO, "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal", en Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 75, y la STS, 19 de julio 1993 (A. 6488).

117. De esta opinión CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español*: parte general/II. 6. Ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 396.

118. CEREZO MIR, *Curso*/II, 6. ed., p. 397.

119. STS, 28 febrero 2003 (Tol 265.686).

120. STS, 22 junio 2004.

121. En detalle, vid. CEREZO MIR, *Curso*/II, 6. ed., nota 112, p. 397.

122. Véase CEREZO MIR, *Curso*/II, 6. ed., p. 397.

años. Conforme con ello, si bien referido a la circunstancia genérica del *artículo 22.7ª CP*, el incremento de pena pueda fundarse en el abuso en el plano moral, utilizado en beneficio particular por el delincuente[123]. Por vulnerar el principio "ne bis in idem", esta cualificación resulta incompatible en su aplicación con la circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 22.7ª CP. No obstante, dado que el prevalimiento del carácter público constituye una especie de abuso de superioridad, al gozar éste de un ámbito de aplicación más extenso, es posible aplicar conjuntamente ambas circunstancias de agravación.

5.4. Trata de seres humanos cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas

La segunda agravación referida al autor se tipifica en el apartado 6 del artículo 177 bis CP, al sancionar con pena superior en grado a la prevista en el apartado 1, además de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando *el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas*, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades[124]. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

En este segundo supuesto, el ámbito de aplicación de la agravante se extiende a los casos en que "*el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas*, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades". En primer término, será preciso delimitar qué se entienda por "organización delictiva"[125] a efectos del delito de trata de seres humanos. A este respecto, la Acción Común 98/733/JAI, entiende por "organización delictiva", una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de

123. En este sentido se ha pronunciado la STS, 23 noviembre 2005 (Tol 795.510).

124. En el Derecho comparado, el legislador alemán tipifica como supuestos agravados en el nº 2, del apartado 3 del § 232 StGB los casos de ... miembro de una cuadrilla (banda) u empresa... ("Gewerbs- oder bandenmäßige Begehung"); vid. KUDLICH, LK, 12. Auf., § 232 StGB, Rdn. 46; ZIMMERMANN.

125. Vid. STS 110/2012, 9 febrero.

al menos 4 años como mínimo o con una pena aún más severa; con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o una medida de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública"[126].

Esta agravación va a suscitar problemas de compatibilidad con el paralelo concepto normativo de organización, contenido en el nuevo artículo 570 bis CP[127], más restrictivo.

De otro lado, la jurisprudencia ha interpretado que para considerar una organización delictiva:

> (...) no basta el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal, y se necesita que el acuerdo lleva a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo (...) Más allá de un mero acuerdo transitorio dirigido a una particular acción delictiva, aparece una organización estable, jerarquizada y con distribución de funciones, es decir, un entramado de personas que ejercían papeles distintos en una actividad permanente y estable para la obtención continuada de beneficios económicos.[128]

Por consiguiente, y en relación con la cualificación objeto de nuestro análisis, se aplicará la agravante cuando los autores estén estructurados de forma escalonada, donde alguno o algunos de sus componentes tomen las decisiones finales, con cierta tendencia a la continuidad.

En segundo lugar, la cualificación analizada podría extenderse a otros supuestos de actuación en el seno de "grupos criminales" (art. 570 ter 1 CP)[129], como modalidad residual, sin que deban reunir los requisitos característicos

126. Artículo 1 Acción Común 98/733/JAI.

127. Artículo 570 bis CP: "1 (...) A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

128. STS, 2 marzo 2010 (LL 34227/2010) Inmigración clandestina. Artículo 318 bis. Subtipo agravado por pertenencia a una *organización*, FJ Segundo.

129. Art. 570 ter CP: "1 (...) A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

de la "organización delictiva". A diferencia de otras tipologías delictivas[130], la actual cualificación no exige que el culpable *pertenezca* a una organización, sino que es suficiente que aquél *se sirva* de la organización sin pertenecer a ella. Asimismo, se requiere que la *organización o grupo se dedique* "a la realización de tales actividades", con un tenor literal similar al exigido en los artículos 187.3 y 189.3 e) CP, donde reviste mayor lógica, al tratarse de los delitos relativos a la prostitución.

Por último, cabe preguntarse por el *fundamento* de la referida cualificación, que justifica el incremento de la pena, en su caso, cuya exasperación se fundamenta en la mayor gravedad que la delincuencia organizada conlleva, que suele actuar con frecuencia en relación a los delitos que afectan a la trata de personas, constituyendo el *modus operandi* más frecuente de comisión.

5.5. Trata de personas cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones

Finalmente, el artículo 177 bis, 6 in fine prevé una *hiperagravación,* cuando se trate de los *jefes, administradores o encargados* de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

El artículo 177 bis, apartado 7, prevé la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en relación al delito de trata de seres humanos, de acuerdo con lo

130. Por ejemplo, delitos relativos a la prostitución; artículo 187.3 CP ("La pena se agrava cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación incluso de carácter transitorio); artículo 188.4 b CP ("Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupos criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades) Corrupción de menores; artículo 189.3 e) CP, "Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades"; Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; artículo 318 bis. 5 CP:" Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades (...).

establecido en el artículo 31 bis, castigándola con la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Esta previsión legal es fruto de lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 1 de la Convención contra la Delincuencia Organizada[131], donde se prevé que:

> 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
>
> 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
>
> 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.
>
> 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

7. La punibilidad de los actos preparatorias

La trascendencia y gravedad del fenómeno de la trata de seres humanos ha conllevado su reflejo en el plano punitivo, de modo que el legislador penal ha considerado punibles los actos preparatorios que se realicen con anterioridad a la comisión de las concretas acciones descritas en el tipo. Conforme con ello, se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente la *provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos*.

Esta decisión político-criminal ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, en el sentido de considerar excesivo el adelantamiento de las barreras de punición en el ámbito de los delitos de trata de seres humanos, máxime si se tiene en cuenta que los instrumentos internacionales sólo aconsejan la

131. INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. («BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, p. 35280-35297).

necesidad de tipificar la tentativa[132], pero en absoluto hacen referencia alguna a los actos preparatorios. Entonces, ¿cuál ha sido la razón que ha motivado que el legislador penal español considere punible estos actos preparatorios?

8. Autoría y participación

En el delito de *trata de seres humanos*, la acción descrita en el artículo 177 bis CP, es ejecutada normalmente por un solo individuo, que conforme a la redacción del artículo 28 CP, respondería a título de *autor directo*[133], siendo factible asimismo la *coautoría*[134]. Sin duda, se admiten distintas formas de participación criminal, tales como la *cooperación necesaria* y la *complicidad*[135].

Valga de cita, el supuesto de hecho de la STS 191/2015, de 9 de abril, en la que la conducta de las acusadas, conocedoras de la verdadera finalidad del viaje de la víctima (el ejercicio de la prostitución), se limitó a colaborar con los actos del autor, pero desde un segundo plano, reforzando la posición de éste,

132. Por ejemplo, Artículo 2 Decisión Marco 2002/629/JAI.

133. Véase CEREZO MIR, *Curso*/III, p. 208, n. 8; 211. El artículo 28 del Código penal atribuye la condición de *autores*, no sólo a quienes realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, sino también considera autores –sino partícipes–): a) a quienes inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo (*inductores*); b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado (*cooperadores necesarios*). En este contexto, es conveniente distinguir dos tipos de colaboradores: el cooperador necesario, en los casos en que el partícipe realiza una aportación sin la cual el hecho no se habría efectuado (art. 28 b) CP) y el cómplice, en los casos restantes (art, 29 CP). Sin embargo, la distinción entre uno y otro no es tarea fácil, exigiendo la jurisprudencia en la constatación de la *complicidad* "la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, ya que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, no obstante, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito" [STS, Sala Segunda, de lo Penal, 191/2015, de 9 de abril, Rec. 10674/2014 (La Ley 37163/2015)].

134. Vid. STS, 17 junio 2016 (Tol 5.751.800). Delito de trata de seres humanos. Coautoría. Los acusados, actuando con ánimo de lucro, se *concertaron entre sí* para contactar con ciudadanas nigerianas que residían en su país de origen a las que ofrecían trabajo en la isla de Tenerife como peluqueras.

135. Entre las características exigidas a la complicidad, la jurisprudencia ha subrayado que se trate de actos periféricos y de mera accesoriedad; contribución de carácter secundario o auxiliar; participación accidental y no condicionante; o de carácter accesorio. De otro lado, ha de tratarse de una aportación eficaz o de una contribución relevante.

exclusivamente desde un plano secundario, debiendo conceptuarse su participación en grado de *complicidad*[136].

En la doctrina alemana se ha admitido la posibilidad de la *autoría mediata* donde el autor ejecuta la conducta valiéndose de un instrumento que, en este caso, es la víctima que es utilizada como el instrumento de su propia explotación[137].

9. Problemática concursal

La realización del delito de trata de seres humanos va a ocasionar frecuentes supuestos concursales, en los casos de concurrir con otros delitos que integren en sí mismos los medios comisivos utilizados para lograr vencer la resistencia de la víctima, por ejemplo, delito de amenazas o coacciones, debiendo acudir a las reglas generales conforme a las cuales quedarán consumidos en la acción típica de trata, o, como ocurre con el delito de detención ilegal del artículo 163 CP, cuando no queden subsumidos entrarán en concurso real o medial, según el caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental según la pacífica doctrina jurisprudencial sobre el art. 77.1 CP. Esta afirmación viene avalada por el tenor literal del artículo 177 bis, al reconocer que:

> (...) en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán *sin perjuicio* de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación (apartado 9).

Si bien son imaginables diversas constelaciones concursales entre la trata de seres humanos y otras tipologías delictivas[138], los supuestos más frecuentes van a venir referidos a la concurrencia entre la citada tipología delictiva, junto con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) y los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y 188 CP).

En este contexto es preciso recordar que la Reforma de 2010 introdujo un nuevo Título –VII bis "De la trata de seres humanos" y un nuevo art. 177 bis–,

136. STS, Sala Segunda, de lo Penal, 191/2015, de 9 de abril, Rec. 10674/2014 (La Ley 37163/2015). El supuesto de hecho versa sobre la introducción en España de menor rumana captada bajo falsa promesa de un trabajo como empleada del hogar para dedicarla a la explotación sexual. Complicidad de las coacusadas que desarrollan actos de colaboración y vigilancia de la menor respecto de los dos principales acusados.

137. De esta opinión KODLICH, en LK, 12. Aufl., § 232 StGB, Rdn 36, p. 19.

138. Por ejemplo, delito de falsedad en documento oficial (art. 392 CP).

precepto que viene a sustituir al art. 318 bis.2 CP (derogado) y amplía el círculo de acción al referirse a la víctima nacional o extranjera, con lo que se incluye a toda posible víctima a diferencia del art. 318 bis que se refiere a extranjeros. Si bien el Tribunal Supremo admite la compatibilidad[139] entre el art. 318 bis y el art. 188.1 CP, no son alternativos. De este modo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2006 estableció que:

> (...) la relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del Código Penal, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que se sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución es propia del *concurso real de delitos*. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis CP 1º, descartando la aplicación del art. 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo.

Es decir, la conducta descrita en el art. 188.1 CP, consistente en determinar a una persona mayor a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, es independiente[140]. Y en relación con la inmigración, posterior a la conducta consistente en la promoción del tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina, aun cuando fuera con la finalidad de explotación sexual mientras se mantuvo vigente esta figura agravada[141].

Los supuestos donde la conducta *de trata con fines de explotación sexual* ha resultado en un *delito relativo a la prostitución*[142], se han resuelto con la solución del *concurso medial*, siguiendo el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014, (STS nº 53/2014), que vino a analizar la situación concursal entre ambos tipos delictivos, art 177 bis, trata de seres

139. Vid. SSTS 23 marzo y 27 junio 2011.

140. SAP M 12433/2014, SAP GC 2981/2010, SAP CA 475/2007, SAP B 9994/2007, SAP M 14079/2007.

141. SAP HU 523/2011.

142. Véanse, por ejemplo, STS, 30 abril 2015 (ATS, 4143/2015). Trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en concurso ideal-medial con un delito de prostitución coactiva; SAP Madrid, Sección 15, 19 febrero 2007, condena por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros –artículo 318 bis 1º CP, en *concurso ideal medial* con un delito intentado de prostitución -artículo 188.1.1º CP; SAP Córdoba, Sección 1, 16 abril 2007; SAP Madrid, Sección 6, 30 mayo 2007 condena por delito de prostitución consumado, en grado de tentativa en concurso ideal medial con el artículo 318 bis 2º CP. En otras resoluciones, la jurisprudencia ha castigado por *concurso real* entre el artículo 318 bis y el artículo 188.1º CP (SAP Madrid, Sección 1, 24 octubre 2007).

humanos con fines de explotación sexual y art 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata, exponiendo lo siguiente:

> (...) el párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Nos encontramos, en consecuencia, ante un *concurso de delitos* y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis CP, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumar efectivamente. Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos previstos en el párrafo primero del precepto.
>
> En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevista en el art 77 1º para el denominado concurso medial. Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial.

Ciertamente, en los hechos probados se recoge una conducta de *transportar y trasladar* a las menores con un fin de explotación sexual, que efectivamente se produjo, concurriendo la agravación de que las víctimas son menores, por lo que ha sido correcta la aplicación de los tipos delictivos de los arts. 177 bis, 188.1 y 2 CP en concurso medial tal como ha sido apreciado por la Sentencia recurrida.

La diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis CP) y la trata de personas (art 177 bis CP) ha sido confusa en nuestro derecho positivo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y que en ocasiones se hayan sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual. En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. La otra gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter trasnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas. Y una tercera diferencia se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una hetero integración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis CP, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 mayo 2016, ha dictado una nueva doctrina para

la interpretación del artículo 177 bis CP, afectando a las reglas concursales de penalidad. Conforme con ello, sostiene que el delito de trata de seres humanos versa sobre un sujeto pasivo individual, y no difuso o plural, lo que obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real. La primera Sentencia a la que se ha aplicado este criterio dobla la condena – de 5 años y 6 meses de prisión a 10 años y 7 meses – para cada uno de los dos acusados de traer a España a dos ciudadanas nigerianas a las que prometieron que iban a trabajar en Tenerife como peluqueras. Una vez allí, sin embargo, les dijeron que tenían que ejercer la prostitución para saldar la deuda que habían contraído con ellos -4000 euros cada uno-, al tiempo que las amedrantaban y presionaban para que aceptaran las condiciones impuestas. Conforme con ello, la STS, 16 junio 2016[143] aplica por vez primera el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, de 31 mayo 2016, para la unificación de criterios que establece que "el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis CP, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real".

10. Reincidencia internacional

En previsión del ámbito en el que se comete esta tipología delictiva, de marcado carácter trasnacional[144], el legislador penal ha reconocido en el apartado 10, que: "las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español"[145].

11. La excusa absolutoria para la victima de trata de seres humanos

En cumplimiento del deber de armonización de nuestra legislación con las normas europeas, en concreto la Directiva 2011/629/AJ, el artículo 177 bis, apartado 11 ha tipificado una excusa absolutoria para la víctima de trata de seres humanos, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de exclusiva

143. Tol 5.751.800.

144. Este carácter transnacional se constata, dado que el delito de trata de seres humanos comienza en los países de origen de las víctimas y termina en los países de explotación (vid. MARTOS NÚÑEZ, El delito de trata de seres humanos, op. cit., p. 99).

145. Vid. Arts. 136 y 137 CP.

aplicación cuando su participación en la situación de explotación haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso o haya sido sometida, atendiendo a criterios de proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. El legislador español ha tipificado esta excusa absolutoria asimismo en otras tipologías delictivas (por ejemplo, el delito de tráfico de órganos), quizás para soslayar los inconvenientes que plantearían las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad o miedo insuperable, para cuya aplicación es necesaria la concurrencia de ciertos elementos.

12. Conclusiones

1. – Tras la reforma por LO 1/2015, puede afirmarse que el bien jurídico protegido en el artículo 177 bis CP está constituido por la *dignidad y la integridad moral* de las personas objeto de trata, quedando el control de los flujos migratorios en el ámbito típico del artículo 318 bis CP –Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros–.

2. – Con relación a la conducta típica, la reforma de 2015 ha ampliado el tipo básico del artículo 177 bis, incluyendo *el intercambio y la transferencia de control sobre las personas*, en cumplimiento del deber de armonización de las normas penales con las de orden internacional, principalmente procedente del ámbito de la Unión Europea.

3. – La Reforma por LO 1/2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, reflejándose en el nuevo delito de trata de seres humanos, fiel trasunto de los mandatos internacionales. Como fruto de esta trasposición el nuevo artículo 177 bis CP contiene dos elementos de carácter objetivo, como son la acción y los medios comisivos, y un tercero de carácter subjetivo, cifrado en las diversas finalidades a las que se destina la trata. El delito de trata de seres humanos se compone de *tres esenciales elementos cumulativos* como son la acción, los medios comisivos y la finalidad de la explotación, es decir, medios coercitivos, fraudulentos y abusivos. Dos son de carácter objetivo (las conductas típicas y los medios comisivos) y otro subjetivo (la finalidad perseguida).

4. – Finalmente, la L0 1/2015 ha añadido una novedad, referida a la inclusión como *medio de la entrega o recepción de pagos o beneficios*, en aras de lograr el consentimiento de la persona que poseyera en control sobre la víctima. Esta inclusión es fruto de reiteradas críticas esgrimidas por la doctrina, que denunciaron esta laguna en la redacción primigenia del delito de trata de seres humanos, en virtud de la LO 5/2010 y que resultaba injustificada, habiendo sido considerada por las disposiciones internacionales, en cuya definición de "trata" incluían tal modalidad comisiva.

5. – Con independencia de que no se empleen los medios comisivos anteriormente mencionados, se considera constitutiva del delito de trata de seres humanos cualquiera de las acciones referidas en el apartado anterior, cuando se llevaren a cabo *respecto de menores de edad con fines de explotación*, lo que va a suscitar problemas de interpretación con relación al tipo cualificado (donde se considera a la "minoridad" como una situación de vulnerabilidad).

6. – La descripción típica prevé que la conducta se ejecute en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. No exige, pues, el traspaso de una frontera como un elemento del tipo que resulte necesario en todo caso.

7. – En primer lugar, como novedad en los tipos cualificados en atención a la cualidad de la víctima, se ha introducido una interpretación auténtica de lo que deba interpretarse por "vulnerabilidad". Y si bien es cierto que la *vulnerabilidad* había sido un factor tenido en cuenta con anterioridad a la LO 1/2015 para agravar esta conducta, no es menos cierto que la nueva regulación ha concretado y detallado nuevos aspectos para concretar e interpretar el elemento de la "vulnerabilidad", tales como la enfermedad, el estado gestacional, la discapacidad o situación personal y, finalmente, la minoridad. El apartado 1 del artículo 177 bis, in fine CP introduce una interpretación auténtica de los que debe interpretarse por *vulnerabilidad*, considerando que "existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso".

8. – En segundo lugar, el artículo 177 bis, 6 in fine prevé una *hiperagravación,* cuando se trate de los *jefes, administradores o encargados* de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

9. – El artículo 177 bis, apartado 7, prevé la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en relación al delito de trata de seres humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, castigándola con la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

10. – La trascendencia y gravedad del fenómeno de la trata de seres humanos ha conllevado trascendencia en el plano punitivo, de modo que el legislador penal ha considerado punibles los *actos preparatorios* que se realicen con anterioridad a la comisión de las concretas acciones descritas en el tipo.

11. – En previsión del ámbito en el que se comete esta tipología delictiva, de marcado carácter trasnacional, el legislador penal ha reconocido la *reincidencia internacional*.

12. – Finalmente, se prevé *una excusa absolutoria para la víctima* de trata de seres humanos, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de exclusiva aplicación cuando su participación en la situación de explotación haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso o haya sido sometida, atendiendo a criterios de proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado

13. Bibliografía

BLANCO LOZANO. In: POLAINO NAVARRETE (Coord.). *Lecciones de derecho penal*: parte especial. Madrid: Ed. Tecnos, 2010. t. I. Adaptadas a las leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de Reforma del Código penal.

CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español*: parte general/II. 6. Ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.

DE LEÓN VILLALBA. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia, 2003.

DE VICENTE MARTÍNEZ. In: GÓMEZ TOMILLO (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2011.

DÍAZ PITA. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXI, 1997.

GARCÍA ARÁN. Los tipos penales acogedores del tráfico de personas. *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Ed. Comares, 2006.

GÖSSEL SexStrR 5/30; Renzikowski MK 2.

IGLESIAS SKIULJ. De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP. In: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.); GÓRRIZ ROYO; MATALLÍN EVANGELIO (Coord.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2. Ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

KUDLICH. Comentario al § 232 StGB. *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*; 12., Auflage (Hrg. LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN).

LACKNER; KUHL, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, CH Beck, München, 2014, p. 1130.

MAPELLI CAFFARENA. La trata de personas. *ADPCP*, t 65, 2012, p. 25-62.

MAPELLI CAFFARENA. Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual. *La Ley penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario, n. 57, 2009.

MARTOS NÚÑEZ. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP. *EPCR*, 2012. v. XXXII. p. 97-130.

MEZGER. *Tratado de derecho penal*. Trad. *Rodríguez Mu oz*. Madrid, 1955.

MUÑOZ CONDE. *Derecho penal*: parte especial. 20. ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ CEPEDA. Las normas penales españolas: cuestiones generales. In: GARCÍA ARÁN (Coord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Ed. Comares, 2006.

PÉREZ CEPEDA. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada, 2004.

SCHROEDER, NJW 2005, 1393, 1395.

SCHROEDER, GA, 2005, 307.

SOLOZÁBAL. Voz "Dignidad". *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, 1995. v. II.

TERRADILLOS BASOCO. Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

VILLACAMPA ESTIARTE. Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas. *InDret*: Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com), Barcelona, abr. 2014, p. 2-3.

VILLACAMPA ESTIARTE. *El delito de trata de seres humanos*: una incriminación dictada desde el Derecho internacional, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE. In: Quintero (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Pamplona, 2004.

ZIMMERMANN. Comentario al § 232 StGB, en StGB Strafgesetzbuch Kommentar Hrg. SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- La trata de personas y el problema de su bien jurídico, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 71/126-146 (DTR\2008\165);
- O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, de Luciana Maibashi Gebrim e Cristina Zackseski – *RBCCrim* 119/49-74 (DTR\2016\4871); e
- Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea, de José Luis de La Cuesta Arzamendi – *RBCCrim* 107/149-198 (DTR\2014\1553).

Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Legal and penal intervention in the globalized society: aspects of criminal liability of the legal entity

Helena Costa Rossi
Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo.
helena.costa.rossi@gmail.com

Recebido em: 20.06.2017
Aprovado em: 31.07.2017
Última versão da autora: 01.08.2017

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: Este artigo se dedica a compreender, por meio do estudo qualitativo de fatores intrínsecos à globalização financeira, como contribuem para a construção de um contexto social e econômico que se reflete na conjuntura e na composição do sistema jurídico-penal, consolidando-se nas previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica. A análise resulta de pesquisa bibliográfica (descritiva e exploratória) e do estudo dialético entre correntes dogmáticas favoráveis e contrárias a tal implementação, refletindo a atual posição da mentalidade jurídico-penal brasileira e seus avanços quanto à proteção dos bens jurídicos supraindividuais. O artigo pretende produzir um breve diagnóstico a respeito da admissibilidade da implementação e positivação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apresentando questões fundamentais e ressalvas necessárias para a garantia da proteção dos *bens jurídicos supraindividuais*, sem prejuízo aos *bens jurídicos individuais.* Assim, adotou hipótese quanto à vantagem de sua adoção pelo ordenamento pátrio ao apresentar-se como instrumento de harmonização dos novos casos de criminalidade corporativa.

Abstract: This article focuses on the qualitative study of factors intrinsic to the financial globalization, to understand how they contribute to the construction of a social and economic context that reflects itself directly in the conjuncture and in the composition of the criminal-legal system, especially in the predictions of criminal liability of the legal entity. The analysis results from a bibliografic research and from a dialectical study between dogmatic currents favorable to and contrary to such an implementation, reflecting the current position of the Brazilian criminal and legal mentality, and its advances regarding the protection of supra-individual legal rights. The article intends to produce a brief diagnosis about the admissibility of the implementation and positivation of the criminal responsibility of the juridical person, presenting fundamental problems and necessary reservations to guarantee the protection to the supraindividual juridical goods, without prejudice to the individual juridical property. Thus, it adopted a hypothesis as to the advantage of its adoption by the country order, when presenting itself as an instrument for harmonizing new cases of corporate crime.

Rossi, Helena Costa. Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 140. ano 26. p. 71-107. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

Palavras-chave: Avanço jurídico-penal – Nova criminalidade corporativa – Bem jurídico supraindividual – Questões fundamentais – Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Keywords: Criminal expansion – New corporate crime – Supraindividual legal good – Fundamental difficulties – Criminal liability of the legal entity.

Sumário: 1. Introdução. 2. A nova ordem globalizada: globalização e seus efeitos. 2.1. Realce do impacto globalizado. 2.2. Globalização financeira: primeiros efeitos. 2.2.1. Efeitos: a perda de poder estatal. 2.2.2. Efeitos: avanço do poder econômico. 2.2.3. Efeitos: dominação política e crises. 3. A crise de 2008. 4. Necessidade de regulação. 5. O Estado capaz de regular seus particularismos. 6. A questão da legitimidade. 7. Direito penal e criminalidade corporativa. 8. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: evolução e aceitação. 9. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos. 9.1. Fundamentação estrutural. 9.2. Fundamentação legal. 10. Questões fundamentais: críticas e posicionamento. 10.1. Capacidade de ação e culpabilidade. 10.2. Orientação das penas. 10.3. Mero simbolismo. 10.3.1. Adequação. 10.4. Limites e legitimidade. 10.4.1. Vias alternativas. 10.4.2. Criminalizar os ricos para punir os pobres. 10.5. Previsão legal específica. 10.6. Admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

1. Introdução

A[1] evolução da vida moderna conheceu uma terceira fase no modo capitalista de produção, a saber o capitalismo financeiro, que toma por pilares o sistema bancário, as grandes instituições financeiras e o mercado globalizado. O capital desmaterializa-se, impessoaliza-se e passa a circular sem barreiras pelo sistema financeiro global. Essa nova ordem econômica tem como efeito a sobreposição dos interesses comerciais à segurança econômica e ambiental, aos direitos humanos e à justiça social[2].

Tal contexto implica no surgimento de novos conflitos, especialmente decorrentes da concentração de riquezas em grandes monopólios e do avanço do poder corporativo, que, aliados ao desemprego endêmico e à exclusão generalizada, exigem soluções atuais e eficientes[3].

---

1. Agradeço ao Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira pela orientação em Iniciação Científica, da qual resulta este artigo, e pelos ensinamentos. Agradeço, também, à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) pelo financiamento da pesquisa que motivou o artigo (processo 2015/17626-5).
2. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*. Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.
3. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra;

A essa situação somou-se, em destaque aos novos crimes econômicos e ambientais, a quase nula condição de reação dos governos, num contexto no qual os Estados têm seu poder de positivação de um sistema normativo próprio limitado pelos grandes conglomerados empresariais e pelas grandes organizações transnacionais. Delineia-se um momento de formação corporativista e autônoma de novos sistemas normativos, em que se busca eficiência e celeridade, compatíveis com as necessidades do mercado.

Descortina-se um processo no qual o "andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem interferência cruzada de atores transnacionais"[4], não se apresentando mais "em condições de estabelecer um tipo de regulação hierárquico-autoritativa da sociedade, uma vez que muitos sistemas econômicos e sociais tendem a se tornar autônomos, não se deixando disciplinar por controles externos"[5].

No entanto, a partir da crise deflagrada em 2008, nascida de condutas criminosas adotadas por instituições financeiras, as quais mergulharam o planeta numa grave recessão econômica, seguida de megaescândalos financeiros que tinham fraudes contábeis e falta de transparência de informações corporativas como plano de fundo (cujas consequências passam a ser suportadas essencialmente pelas camadas mais humildes da sociedade), delineou-se um novo cenário. O declínio da atividade econômico-financeira global decorrente de tal crise apenas foi evitada por meio da contribuição de recursos públicos, e os Estados, apesar de todas limitações diante do poderio econômico transnacional, tiveram de exercer um protagonismo intervencionista, configurando-se um momento a partir do qual ganha novo impulso a defesa da regulação estatal da economia, principalmente com destaque para a responsabilização penal da pessoa jurídica[6].

SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 349.

4. BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Equívocos do globalismo e respostas da globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.
5. FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, dez. 2009. p. 9.
6. SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Dissertação de doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: [s.n.], 2004. p. 26-30.

Desenvolve-se, assim, a discussão de questões político-criminais na esfera do direito corporativo, decorrente da amplitude que assumem os efeitos delitivos nesse sentido, em razão da integração econômica global, revestindo de relevância a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho é efetivar o estudo de fatores da globalização que contribuem para a construção de um contexto social e econômico que se reflete na conjuntura e na composição do sistema jurídico-penal, consolidando-se especialmente nas previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Pretendeu-se, portanto, o estudo de fatores capazes de contribuir para a formação do rumo jurídico-penal brasileiro, os quais, quando analisados sob a óptica do desenvolvimento da globalização financeira, determinam a admissibilidade da implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro.

Ambicionou-se, como objetivo específico, amalgamar tais aspectos a partir da análise de correntes favoráveis e contrárias a tal implementação, refletindo a atual posição da mentalidade jurídico-penal brasileira e seus avanços quanto à proteção dos *bens jurídicos supraindividuais*.

Assim, a partir da eleição da responsabilidade penal da pessoa jurídica como objeto de estudo, sujeita à análise qualitativa de fatores que interagem para o incentivo de sua implementação, utilizou-se a pesquisa bibliográfica (descritiva e exploratória), por meio do método interpretativo (descrição, conceituação, caracterização e apontamento de consequências), a fim de produzir um diagnóstico a respeito de sua implementação e positivação. Ainda foram apontados problemas fundamentais e ressalvas para garantia da proteção dos *bens jurídicos supraindividuais,* sem prejuízo aos *bens jurídicos individuais*.

Este artigo divide-se, portanto, em três partes. Na primeira foram abordadas questões econômicas referentes à *nova ordem globalizada*, à relação de poder estabelecida pelas grandes corporações e centros empresariais e à consequente necessidade de regulação estatal de atividades econômicas. Foi analisada, também, sua potencialidade para tanto, representando avanço penal no âmbito dos *novos crimes,* cuja ofensividade atinge os *bens jurídicos supraindividuais*.

Na segunda parte foi destacada a responsabilidade penal da pessoa jurídica como principal exemplo do avanço da legislação penal sobre crimes empresariais, lesivos dos bens jurídicos supraindividuais. Foi apresentada em seus fundamentos estruturais e legais, e analisada conforme as críticas doutrinárias a seu respeito, permitindo a produção de um diagnóstico adequado quanto à sua positivação.

Estes foram amalgamados com a conclusão a respeito da hipótese adotada de início, ou seja, quanto à admissibilidade da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento pátrio, associada à possibilidade de benefícios da regulação estatal penal sobre tal espécie de criminalidade, ao apresentar-se como possível instrumento de harmonização dos novos casos de criminalidade corporativa.

2. A nova ordem globalizada: globalização e seus efeitos

No declínio do século XX e início do XXI, a sociedade se defrontou com um desafio epistemológico novo. As relações, os processos e as estruturas econômicas e políticas passam a se desenvolver em escala mundial, adquirindo preeminência sobre as relações que se desenvolvem em escala nacional. Manifesta-se o desafio de pensar o mundo como uma sociedade global[7], remetendo-se à compreensão do mundo e à consciência deste como totalidade[8].

A globalização financeira, como processo econômico, social e cultural, possui como principais características, numa escala nunca antes alcançada, o crescimento do comércio internacional de bens, produtos e serviços; a transnacionalização de megaempresas; a livre circulação de capitais e competitividade econômica baseada no uso intensivo de conhecimento; a privatização da economia e minimização do papel dos governos e dos Estados-Nação; o surgimento da sociedade da informação e o incremento do contato entre as pessoas[9].

Entre essas, deve-se destacar, sob o ponto de vista da análise socioeconômica, a percepção da globalização como expressão contemporânea da internacionalização do capital. Nesse sentido, apresentam-se o avultamento dos grandes monopólios, a transnacionalização de empresas e sua integração e interdependência. Desse modo, essencialmente quanto a questões econômicas, o globo passa a configurar-se como uma "unidade operacional básica"[10], como sintetizado por Silvina Malvárez:

7. IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. Estudos Avançados, São Paulo, v. 8, n. 21, maio-ago. 1994. p. 147.
8. GIRAUD, Olivier. A globalização vista do Norte e do Sul: quais os seus mecanismos sociais?: *Cad. CRH*, Salvador, v. 20, n. 51, set.-dez. 2007. p. 390.
9. MALVÁREZ, Silvina. El reto de cuidar en un mundo globalizado. *Texto contexto,* Florianópolis, v. 16, n. 3, jul.-set. 2007. p. 522.
10. HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos*: o breve século XX: 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 29.

> La transición de era se desenvuelve en una densa trama de procesos sociales de diferentes categorías y dinámicas: los procesos históricos y culturales parecen haber ingresado en un tiempo de aceleración de la historia y de transculturación consecuente a la transición demográfica. Los cambios geopolíticos devenidos de la globalización de la economía establecieron un nuevo orden internacional de liberalización de los mercados a escala planetaria. La transformación comunicacional vincula con increíble velocidad a las personas y a las instituciones e instala nuevas lógicas de funcionamiento global. Las dificultades de funcionamiento se producen simultáneamente en las instituciones responsables de la cohesión social, en las relaciones entre economía y sociedad y en los modos a través de los cuales se forman las identidades individuales y colectivas.[11]

2.1. Realce do impacto globalizado

Inaugura-se uma relação complexa entre o perfil fortemente globalizado da economia, a reorganização do Estado e uma nova composição das políticas criminais[12], de modo a impor-se a discussão a respeito das formas de ação e reação por parte do Estado, com relevo para a criminalidade corporativa como movimento deflagrado pela sociedade global, especialmente decorrente da concentração de riquezas em grandes monopólios e do avanço do poder corporativo.

Constata-se, portanto, que tal desenvolvimento não acarreta somente, como globalização econômica, problemas às economias nacionais mas também leva a modificações do direito penal, assumido como política criminal global. No centro dessas modificações, está a progressiva criminalidade transnacional, que conduz o direito penal clássico nacional aos seus limites e enseja novas questões fundamentais[13].

Observando-se as novas possibilidades de delitos, estas se delineiam a partir de: *causas técnicas*, as quais possibilitam o uso de redes de dados mundiais para a prática de delitos, de modo que a persecução penal não somente sofre a pressão da adaptação no sentido técnico mas também alcança, do ponto de vista quantitativo e funcional, os limites da sua capacidade; *causas econômicas*, pela articulação do mercado financeiro mundial, caracterizado por suas rápidas transformações, o que, em sua maior parte, subtrai o controle dos Estados;

11. MALVÁREZ, Silvina. Op. cit., p. 521.
12. SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland à sociologia da punição. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 18, n. 1, jun. 2006. p. 332.
13. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 271.

e *causas políticas*,[14] motivadoras de um enfraquecimento da soberania estatal e da fronteira entre Estados, à medida que estes perdem a capacidade de controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais[15].

Dessa forma, delineiam-se os elementos constituidores desse novo tipo de criminalidade corporativa de âmbito econômico-financeiro, os quais se manifestam em falsidades contábeis, práticas anticoncorrenciais e estratégias empresariais desleais, entre outras[16].

2.2. Globalização financeira: primeiros efeitos

O grande impulso rumo à globalização financeira foi acompanhado de um novo paradigma, o retorno à confiança na capacidade autorreguladora do mercado, em que o capital financeiro, forma abstrata de riqueza capitalista, alcança *status* permanente na valorização e expansão do mercado[17].

Essas mudanças significaram uma reestruturação na hierarquia dos aparatos estatais, na qual as agências nacionais se tornaram instrumentos de transmissão das agências centrais da economia mundial[18].

Concomitantemente, aumentaram as desigualdades e a deterioração dos serviços públicos, resultando na supremacia de grupos poderosos e na concentração de renda, ou seja, em perda constante da qualidade de vida para a maioria dos habitantes do planeta[19].

Assim, a interação constante do capital financeiro, que a princípio aparenta ser motivadora de uma integração global, ao mesmo tempo que estimula a criminalidade corporativa elimina as possibilidades de uma globalização real de recursos, com benefício para todos[20]:

14. Ibidem, p. 272.
15. COSTA, Getúlio José Moreira da. *Globalização e a perda da identidade do Estado-Nação*. Jun. 2004. Disponível em: [www.angelfire.com/sk/holgonsi/getulio.html]. Acesso em: 27.09.2015.
16. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 280.
17. FERNANDES, Marcelo Pereira. Uma nota sobre a literatura acerca das causas dos desequilíbrios globais no contexto da globalização financeira. *Econ. Soc.*, v. 24, n. 1, 2015. p. 221.
18. Idem.
19. VICENTE, MM. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Editora UNESP/ Cultura Acadêmica, 2009. p. 133.
20. MALVÁREZ, Silvina. Op. cit., p. 523.

> La globalización es la interconectividad del capital, la producción, las ideas y la vida cultural en marcha constante y creciente, (...) trayendo consigo un cambio profundo en la concepción espacio-tiempo y en la dimensión cognitiva, flujos globales crecientes y aumento y re-configuración de actores y escenarios. La globalización instala un capitalismo de progreso unilateral concentrador de riqueza y poder, lo cual elimina las expectativas de una globalización con beneficios para todos. El efecto redistributivo resulta, en verdad, inverso.[21]

2.2.1. Efeitos: a perda de poder estatal

Os Estados, no contexto delineado, têm seu poder de positivação de um sistema normativo próprio limitado pela formação corporativista e autônoma de novos sistemas normativos, que buscam maior eficiência e celeridade, compatíveis com as necessidades do mercado[22].

A partir da relação indispensável entre fluxo corrente dos mercados e um modelo político propício, o mercado global impõe o modelo que mais beneficia esse processo. Liberta-se o mercado das influências estatais, constituindo um mercado máximo sobreposto a um Estado mínimo.

Consequentemente, o risco de crises sistêmicas se eleva, já que os agentes econômicos podem operar com um volume de recursos maior do que os disponíveis à vista, acentuando a volatilidade dos ativos a qualquer oportunidade ("em momentos de forte instabilidade, os agentes tendem a diminuir sua alavancagem e liquidar posições em diferentes mercados")[23].

Assim, as formas de poder global, prevalecentes no mundo contemporâneo, articulam-se segundo os princípios da economia de mercado, da apropriação privada e da acumulação do capital, destacando-se que esses fatores econômicos caminham sempre acompanhados de apropriação política e social[24].

Na era da globalização e das novas formas de governança, as contradições entre as normas do funcionamento democrático e as normas mercantis passam a ser resolvidas em prol destas últimas. A implementação é, então, mais seriamente orientada para o cumprimento de objetivos numéricos do que para a realização do serviço público[25].

---

21. Idem.
22. FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 307.
23. FERNANDES, Marcelo Pereira. Op. cit., p. 222.
24. COSTA, Getúlio José Moreira da. Op. cit. loc. cit.
25. GIRAUD, Olivier. Op. cit., p. 392.

Torna-se enfraquecido o poder decisório dos Estados, os quais ficam circunscritos às sugestões impostas por conglomerados transnacionais, entre os quais o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, sem que se observem as peculiaridades de cada território e sem que assumam responsabilidade quanto às consequências particulares da orientação de suas ações.

2.2.2. Efeitos: avanço do poder econômico

Como expressão máxima de tais fatores, "o mercado torna-se a matriz estruturadora da vida social e política". O comando da economia global desloca-se para o mercado financeiro, de modo que "as grandes corporações, e não os governos, passam a decidir sobre câmbio, taxa de juros, rendimento da poupança, e investimentos"[26].

Interligam-se empresas transnacionais e estreitam-se as relações entre Estados. E delineia-se uma sociedade global nos moldes de uma organização mundial complexa, institucionalizada em agências como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD)[27].

2.2.3. Efeitos: dominação política e crises

Evidentemente, a preponderância econômica dos grandes centros corporativos traz consigo outro fator, consubstanciado na dominação política dos povos. Resulta da busca por retorno das riquezas investidas, da exploração do mercado, do uso de mão de obra barata e, especialmente, da flexibilização da legislação, no que se refere a tributos ou questões ecológicas, por exemplo[28]. O que é capaz de gerar "intensas iniquidades com efeitos perversos sobre a governabilidade democrática[29]", elevando excessivamente o risco de crises sistêmicas.

---

26. ALBERTI, Raquel Lorensini; SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. *A autonomia do Estado no processo de globalização*. *Revista do CCEI – Centro de Ciências da Economia e Informática*, URCAMP, Bagé, v. 8, n. 13, mar. 2004. Disponível em: [www.angelfire.com/sk/holgonsi/raquel2.html]. Disponível em <www.angelfire.com/sk/holgonsi/raquel2.html> Acesso em: 11.11.2015.
27. COSTA, Getúlio José Moreira da. Op. cit. loc. cit.
28. Idem.
29. DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editora Unesp, 2005. p. 64.

3. A crise de 2008

Nascida de condutas criminosas adotadas por instituições financeiras, a crise de 2008 foi capaz de introduzir o planeta numa grave recessão econômica envolta em megaescândalos financeiros, que dispôs de fraudes contábeis e da falta de transparência de informações corporativas como plano de fundo (cujas consequências foram suportadas essencialmente pelas camadas mais humildes da sociedade)[30]

Sob tal aspecto destacam-se as principais características da recente crise, as quais se resumem em uma grande velocidade e profundidade de contágio. Sua facilidade de transmissão demonstra a alta correlação entre a abertura financeira e seu impacto; uma vez que resulta da concentração bancária, do conluio e fusões de intermediários financeiros, por exemplo[31].

Impera ressaltar que, nesse momento, o declínio da atividade econômico-financeira global somente foi evitado por meio da contribuição de recursos públicos, e os Estados, apesar de todas as limitações diante do poderio econômico transnacional, tiveram de assumir protagonismo, configurando-se um momento a partir do qual ganha novo impulso a defesa da regulação estatal sobre a criminalidade corporativa, principalmente em destaque à responsabilização penal da pessoa jurídica[32]:

> Especialmente con el posterior advenimiento de la crisis financiera, donde determinados ámbitos delictivos –como la corrupción, la criminalidad económica o la contaminación– son entendidos no sólo como el producto de una mala motivación individual, sino además como «males estructurales o sistémicos» que hay que combatir. (...) se ha percibido que los delitos tienen uma co-explicación en el carácter criminógeno de las organizaciones a las que los individuos pertenecen –sean aparatos burocráticos, partidos políticos u organizaciones empresariales–, desde las cuales muy a menudo se ha promovido y/u ocultado la criminalidad. Todo ello, de algún modo, ha devuelto al horizonte de posibilidades la opción de resolver la responsabilidad por lo que acontece no sólo en un nivel individual, sino también en la esfera de lo colectivo.[33]

30. Idem.
31. TOVAR, Edgar Demetrio. Globalización financiera y sus efectos sobre el desarrollo financiero. *Ensayos sobre política económica*, v. 29, n. 66, dez. 2011. p. 113.
32. Idem.
33. SOLA, Javier Cigüela. *La culpabilidade colectiva en el derecho penal*: crítica y propuesta de una responsabilidade estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 27-28.

4. Necessidade de regulação

Destarte, a forma de organização dos grupos econômicos suscita problemas específicos de esclarecimento e aplicação, potencializados por estratégias empresariais criminosas. Os problemas de controle do Estado que a isso correspondem impõem atenção para a punibilidade da empresa, para o aumento de participação na investigação criminal e para uma crescente demanda por autorregulação[34].

Quanto aos conceitos de controle alternativos e particulares como a autorregulação, embora ofereçam novas possibilidades e oportunidades de regulação, amparam riscos jurídicos e políticos, concretizados na desestatização do controle da criminalidade, assim como na perda do controle jurídico do Estado, de garantias processuais penais e da legitimação democrática das intervenções em direitos fundamentais[35].

Além disso, em vista do recurso ao Estado quando da crise de 2008, ressalta-se que os mercados financeiros, ao superar os Estados, fazem-no, porém, apenas com responsabilidade limitada. Quando advêm as crises, invocam socorro da comunidade internacional dos Estados para reprimi-las e superá-las.[36]

Resta estabelecida, assim, uma "espiral de desresponsabilização" sobre os mercados, acentuada pelos sucessivos choques dos anos 1970[37].

Essa nova "arquitetura da regulação financeira" é, frequentemente, caracterizada por pouca transparência e falta de responsabilidade, implicando num *déficit* de democracia e transparência e ignorando fatores locais essenciais[38].

5. O Estado capaz de regular seus particularismos

O Estado continua sendo o destinatário principal das exigências de bem-estar geral e os problemas das sociedades (crescimento econômico, emprego, seguridade social etc.) recaem, afinal, sobre os governos. Especialmente nos

34. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 280.
35. Ibidem, p. 292.
36. COSTA, Getúlio José Moreira da. Op. cit. loc. cit.
37. DALCERO, Pedro Luiz. Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa racionalista. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 40, n. 2, 1997. p. 132.
38. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 287.

processos de integração regional, o Estado é o destinatário mais importante das reivindicações nos setores de segurança, bem-estar econômico e justiça social[39].

Segundo Gilberto Dupas, "O Estado ainda é o único aparato institucional – por delegação teórica da sociedade, daí advindo sua legitimidade – que tem, à sua disposição (...) o poder de instaurar a ordem fundamentada no direito".[40] Nesse sentido, o objetivo do capital parece ser "(...) induzir um vácuo de poder que permita a faculdade de editar normas de direito internacional que não levem em conta as realidades que interessam ao bem público, o único legitimante definitivo das ações globais"[41].

Não se trata de defender, a partir de uma concepção falsa, a onipotência do Estado. O Estado, porém, em sua posição de fiador dos direitos do capital, ao mesmo tempo incumbido da legitimação política da organização social, deve conservar sua força regulatória, em atenção às suas necessidades particulares[42].

6. A questão da legitimidade

Não faz parte da lógica capitalista a regulação do capital. Cabe à sociedade, por meio dos Estados, enquadrá-la em limites legais adequados a cada circunstância e em cada particularidade. Permitir-se-ia, assim, conciliar sua tendência incessante de concentração e maximização de rentabilidade com os interesses fundamentais e legítimos das sociedades, que conflitam com as estratégias corporativas[43].

Contudo, as corporações capazes de definir a direção dos vetores tecnológicos, o grau de empregabilidade das economias e a distribuição mundial da produção sujeitam-se, também, às consequências negativas advindas de tal potencial, como a degradação ambiental e econômica. Em decorrência de tais fatores, passam a depender da legitimação dos atores públicos para manter seu espaço mercadológico e sua margem de lucro[44].

Como dispõe Gilberto Dupas: "a economia neoliberal é o que há de disponível para aqueles que quiserem fazer parte do mundo global". No entanto, a vulnerabilidade desse poder reside na sua legitimação social. O metapoder da

39. PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 41, n. 2, 1998. p. 110.

40. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 161.

41. Ibidem, p. 162.

42. GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, dec. 1995. p. 96-97.

43. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 38.

44. Ibidem, p. 39.

economia global demonstra-se "extensivo, difuso e não autorizado", por não dispor de legitimidade. Tal poder, em longo prazo, não pode prescindir de legitimidade, repousando sua estabilidade sobre a necessária evidência de aprovação social. Disso decorre o papel essencial das instituições democráticas, as quais não se constituem na legitimação geral do poder, mas na "obtenção de um consenso que sancione o exercício do poder e da dominação em benefício de uma governança que seja entendida como socialmente benéfica[45]".

7. Direito penal e criminalidade corporativa

Descortina-se, então, a imperatividade de discussão das formas de prevenção da criminalidade corporativa para legitimação de tal controle. Sob tal aspecto, embora possa ser atribuído ao Direito Administrativo a incumbência de exigir das empresas efetivos programas internos de respeito e cumprimento da lei, o Direito Penal é capaz de ir além. É capaz de agir, por um lado, representando uma tentativa normativa e institucional de defesa social diante das condutas antissociais praticadas pelos poderosos centros corporativos e, por outro, representando um papel de integração e ajuste dos mercados perante incertezas e instabilidades, representando importante instrumento de harmonização desses novos casos de criminalidade[46].

O emprego do Direito Administrativo, portanto, acaba por "accelerare enormemente il rito a dispetto di questioni fattuali e giuridiche spesso tutt'altro che banali".[47]

Afinal, não há definição de responsabilidade nem sistema legal, político ou social que aprove ou legitime a expansão desenfreada do poder do capital, não se podendo admitir que a legalidade e legitimidade substituam-se pela operacionalidade e eficácia[48].

Sendo o sistema financeiro composto de organizações (bancos e intermediários financeiros), pelo próprio mercado financeiro e por um necessário marco institucional (instituições formais e informais, leis, regramentos, costumes,

45. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 41-42.

46. SARCEDO, Leandro. Op. cit. loc. cit.

47. Tradução direta: "(...) acelerar enormemente o rito (processual), apesar de questões factuais e jurídicas geralmente longe de serem banais". CANZIO, Giovanni; DOMENICO, Cerqua Luigi Canzio; LUCA, Luparia (a cura di). *Diritto penale dele società*. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica. CEDAM, 2016. Introduzione al tomo primo.

48. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 154.

cultura etc.), depende, tanto em relação à operacionalidade quanto à eficácia de suas atividades, do modo como articulam esses três componentes essenciais:[49]

> La eficacia con la que cada sistema financiero cumple con sus funciones marca su grado de desarrollo financiero. Esto ocurre cuando el mercado, las instituciones y las organizaciones del sistema aminoran, entre otros, los costos de transacción, de hacer cumplir los contratos, y de información, con la correspondiente mejora en la provisión de las funciones básicas del sistema financiero[50].

Assim, o presente artigo supõe que o mercado é capaz de produzir lucros dentro de um marco regulatório adequado para garantir não só as liberdades políticas e civis, mas também condições básicas de direitos econômicos e justiça social[51], partindo do recorte a respeito da previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para alcançar tal adequação.

Diante dos déficits de legitimação, essa previsão pode quebrar a hegemonia do discurso neoliberal e substituí-lo por um discurso que exige à economia mundial responsabilidade, imputabilidade e transparência[52].

É nesse contexto de globalização financeira e diluição dos paradigmas tradicionais de conformação social que o direito penal ganha relevo com relação aos interesses de proteção de bens jurídicos supraindividuais, consubstanciados na admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

8. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: evolução e aceitação

Fundamentou-se que a economia mundial e o mercado em geral necessitam de uma nova política de Estado que crie um quadro de regulamentação fundamental ao seu funcionamento, sobretudo para lidar com os desequilíbrios criados por ela mesma[53].

Tal modelo, ao demonstrar o surgimento de um novo paradigma normativo de análise jurídica, exige criação de novas condições legais que contemplem essa recente realidade social[54].

---

49. TOVAR, Edgar Demetrio. Op. cit., p. 88.
50. Idem.
51. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 224.
52. Ibidem, p. 273.
53. DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 269.
54. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 20.

Nesse contexto, percebe-se o desenvolvimento de um consenso internacional no sentido da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por exemplo, quando da realização do XV Congresso Internacional de Direito Penal, em 1994, realizado no Rio de Janeiro, a comunidade jurídica internacional aprovou recomendações concernentes à persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente, ainda que não diretamente imputados a um elemento humano[55].

Além disso, a Corte Constitucional da Colômbia, em decisão n. 320, de 1998, previu que "a mera indenização dos prejuízos, como compensação patrimonial, ou a sanção de ordem administrativa, não expressam de maneira suficiente a estigmatização das condutas antissociais que se tipificam como delitos", estabelecendo um marco no continente sul-americano, ao afirmar a possibilidade de *imputação e punição* de delitos corporativos[56].

Posteriormente, a partir da Normativa de 2005 expedida pela União Europeia, solidificou-se recomendação aos países-membros para que adotassem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Recomendou-se, em seu artigo 5º, que fossem adotadas medidas para garantir que as pessoas jurídicas pudessem ser consideradas responsáveis pelas infrações cometidas em seu proveito[57].

Nesse intuito evolui a aceitação internacional e nacional a respeito da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, implicando uma imperativa análise de seus fundamentos e possíveis críticas, a fim de que se permita estabelecer um posicionamento prático e dogmático adequado à realidade do ordenamento brasileiro. Tais disposições serão analisadas a seguir.

9. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos

Da investigação dos fenômenos sociais, a qual se põe em primeiro plano quando da análise do direito, extrai-se um conjunto de dados cujo reconhecimento é vinculante para o direito penal. A partir de um traçado de características distintivas do atual universo social daquele existente no século XX, passou a corporação, como ente coletivo, a integrar o cerne do exercício do

55. Ibidem, p. 50.

56. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 70.

57. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 352.

poder global. A imputação subjetiva dos entes coletivos apresenta ao mundo jurídico um novo destinatário da norma penal, a qual deixa de radicar apenas no ser humano[58].

O direito penal quanto à pessoa jurídica, por constituir nova raiz criminológica, permite, portanto, a construção de princípios próprios de contenção, voltados, por exemplo, à preservação dos empregados, pequenos fornecedores, terceiros de boa-fé e terceiros alheios ao evento criminoso[59].

Pela consideração dessa possibilidade, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deixa de representar uma desestruturação das garantias penais clássicas, mostrando-se, ao contrário, como preservação destas, ao permitir o estudo diferenciado das duas esferas criminais.

9.1. Fundamentação estrutural

Em relação à estrutura corporativa como suporte para a fundamentação da responsabilidade coletiva, destaca-se a *Teoria da ação institucional*, prevista por David Baigun e analisada por Fábio Guaragni.

Esclarecendo o que propõe a teoria, determina-se como *autônoma* a expressão de uma entidade em relação a seus membros, exatamente porque essa expressão advém das decisões dos órgãos do ente coletivo, associadas ao uso de *mecanismos estatutários próprios*. Esse processo decorre do funcionamento de uma *organização* e apresenta diferentes variáveis, as quais interferem na tomada de decisão final, mediante avaliação do impacto que têm sobre o denominador comum identificado pelo *interesse econômico*. Esses processos, em âmbito corporativo, constituem-se de extrema complexidade, impossibilitando sua identificação como próprios de um sujeito individual previamente inserido numa estrutura orgânica e organizada[60].

Assim, a partir da conjugação de *regulação normativa particular*, *organização complexa* e *interesse econômico*, torna-se perceptível a *conduta* como expressão da vontade do ente coletivo, não no plano psíquico, já que a pessoa

58. Idem.

59. GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014. p. 45.

60. GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014. p. 130-132.

jurídica não o possui, mas, seguramente, no plano comunicativo. E, como sujeito comunicativo, que produz, em seu contexto, ações com significados próprios, pode ter culpabilidade própria também, enquanto "pessoa comunicante autônoma"[61].

O dolo identifica-se, nesse sentido, como soma de conhecimentos agregados, e não exclusivamente como produção psicológica humana.

Por ser, a corporação, dotada de particularidades que permitem sua diferenciação volitiva e comunicativa, ensejando possibilidade de apreciação de uma capacidade de ação e de culpabilidade singulares, justifica-se sua incorporação num direito penal coletivo, que não se intromete nem se imiscui no direito das garantias tradicionais.

9.2. Fundamentação legal

Observados os alicerces estruturais para o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cabe analisar como esta seria percebida pelo sistema legal, a fim de concluir o raciocínio a respeito de sua admissibilidade.

Logo, deve-se ressaltar que a dialética entre as características dos novos bens jurídicos e os modelos de atuação sobre eles, por meio da atividade de empresas, tem dado lugar a um tipo de criminalidade em relação à qual os tradicionais instrumentos legais, ou ao menos a concepção tradicional destes, têm entrado em crise, no sentido de que encontram consideráveis dificuldades de aplicação e, portanto, de realização de suas funções práticas[62]:

> A insuficiência do direito penal tradicional como mecanismo de controle das condutas ilícitas vinculadas às empresas é, hoje, evidente. Mesmo aqueles que não concordam com a responsabilidade penal da pessoa jurídica estudam o problema sob a perspectiva da necessária criminalização de condutas que venha a disciplinar crimes econômicos ou ecológicos. Se, por um lado, a ampla reforma que se está a exigir aponta para o caminho da descriminalização, indica, em contrapartida, a criminalização de várias condutas no âmbito do direito econômico e dos bens jurídicos supraindividuais[63].

61. Ibidem, p. 132-135.

62. GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 103.

63. SHECAIRA, Sérgio Salomão. O Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra;

Essa questão não pode mais ser resolvida a partir da velha contraposição entre a teoria da ficção de Savigny e a teoria realista de Gierke em torno da realidade da pessoa jurídica. Hoje é preciso aceitar que a pessoa jurídica é um fator real, ativo no escopo e acontecer social, de realidade própria e distinta das pessoas físicas. E, por mais que a atribuição de personalidade jurídica não seja uma questão que possa fundamentar-se na esfera ontológica, é certo que seu modo de organização e atividades constituem dados inerentes à esfera normativa, podendo submeter-se à regulação jurídica[64], como determinado por Gracia Martín em:

> Si bien la atribuición de personalidad jurídica no es una cuestión que pueda fundamentarse en la esfera ontológica sino únicamente en la normativa, lo cierto es que los modos de organización y el proceso de la atividad reales de la persona jurídica y de modo muy especial de la empresa económica constituyen datos que están previamente dados a la regulación jurídica[65].

Todas essas novas circunstâncias e realidades, com seus novos significados e as valorações que sobre elas podem recair, dificultam consideravelmente a aplicação dos instrumentos dogmáticos tradicionais, impondo que sejam submetidos à revisão. Assim, deve-se atentar, legalmente, que, em vista de tais circunstâncias, a organização da responsabilidade desenvolvida apenas no âmbito interno da empresa ameaça transmutar-se em uma "organizada irresponsabilidade"[66].

Dessa forma, a partir do indispensável trabalho de determinar os elementos que compõem a realidade da pessoa jurídica, pode-se avaliar que, sendo suscetíveis de receber as valorações legais do direito penal, há possibilidade de fundamentar a imposição de consequências jurídicas às pessoas jurídicas[67].

No entanto, existe forte posicionamento doutrinário que discorda dessa valoração legal disposta às pessoas jurídicas, como descreve Miguel Reale Júnior ao considerar tal previsão como um "documento legislativo que afronta

---

SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 354.

64. GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 89.
65. Idem.
66. Ibidem, p. 104.
67. Ibidem, p. 90.

a tradição do nosso direito"[68]. Faz-se necessário, portanto, explicitar os argumentos mais significativos nesse sentido, para que se propicie justificação do posicionamento adotado no sentido da admissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

10. Questões fundamentais: críticas e posicionamento

Os entraves apontados para desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica repousam sobre um conjunto de elementos sistêmicos fundamentais para análise do crime, os quais giram em torno de uma ideia fundante, mutável de acordo com a história contextual que com ela corresponde.

Deve-se, portanto, admitir a possibilidade de transformação de tais ideias. Afinal, hoje deixa de existir a correspondência exclusiva entre o conceito de conduta humana e a proteção de bens jurídicos, devendo-se pensar o direito penal a partir da nova necessidade de proteção de bens jurídicos supraindividuais.

10.1. Capacidade de ação e culpabilidade

A primeira, e mais contundente, crítica feita à responsabilização penal das pessoas jurídicas busca demonstrar que estas não são capazes de agir com culpabilidade.

A culpa, nesse sentido, consistiria tão somente em uma "objeção levantada a uma pessoa que voluntariamente decidiu-se por um comportamento ilícito, apesar de ter o dever de se comportar conforme o Direito"[69], ou seja, seria submissa a critérios psicológicos e antropológicos, conforme Javier Cigüela Sola: "(...) la organización desarrolla sólo como prestación de sus miembros (...)"[70].

Assim, como afirma Gracia Martin, "o elemento portador da possibilidade de responsabilização penal é sempre e apenas o exercício da vontade, bem

68. REALE JÚNIOR, Miguel. A lei dos crimes ambientais. *Revista Forense*, v. 345. p. 121.

69. GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, organo y representante de la empresa en el derecho español. Estúdio especifico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una 'actuación en lugar de outro. *Hacia un Derecho Penal Econômico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, p. 81-124, 1995.

70. SOLA, Javier Cigüela. *El injusto estructural de la organización*: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. Barcelona: InDret, jan. 2016. p. 5.

como o seu processo de formação"[71], de forma que a noção de culpa pressuporia a existência de um ente com capacidade de livre autodeterminação moral (*freie und sittliche Selbstbestimmung*).[72]

Impõe afirmar que a vontade da pessoa jurídica, a partir de uma concepção normativa e social, e não mais ontológica[73], não é vista no sentido exato em que é atribuída ao ser humano, ou seja, como processo natural decorrente de sua própria existência. Deve, porém, ser compreendida no plano sociológico, à medida que a empresa tem existência e vida jurídica próprias no seio da sociedade que a legitima. Trata-se de uma vontade pragmática, que desloca a concepção da questão do ponto de vista material e individual para um ponto de vista mais abrangente, que "transcende a mera realidade física das pessoas e coisas"[74]:

> Nesses termos, a ação é avaliada não como comportamento puramente naturalístico, mas, sim, como um complexo dotado de significado social. Por esse motivo, torna-se também aceitável a ideia de que uma pessoa jurídica pode agir propriamente, bastando, para isso, que as diversas ações individuais executadas por seus membros possam ser avaliadas como uma ação complexa em seu significado global. Ou seja, ainda que fruto de diversas vontades humanas, o Direito poderia considerá-la vontade própria do ente coletivo, ao ater-se ao seu sentido social e comunicativo.[75]

Nesse sentido, a conjugação da previsão do artigo 173, § 5º, com o artigo 225, § 3º, da Constituição concede amparo constitucional à extensão da

---

71. GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 40-41.
72. GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, organo y representante de la empresa en el derecho español. Estúdio especifico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una 'actuación en lugar de outro. *Hacia un Derecho Penal Econômico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, 1995. p. 81-124.
73. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella; KIRSCHBAUM, Deborah; TANGERINO, Davi; PALMA, Juliana Bonacorsi de; LUZ, Yuri Corrêa da; FERREIRA, Carolina Cutrupi; CAMARGO, Beatriz; SCHAFFA, Pedro; TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas*. Uma contribuição para o debate público brasileiro. Projeto Pensando o Direito: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. p. 26.
74. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014. p. 15.
75. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 26-27.

subjetividade ativa criminal para a pessoa jurídica. Dessa forma, transcende, mas não prejudica, a tradicional identificação da pessoa natural como sujeito ativo do crime, expandindo o horizonte da subjetividade ativa penal em relação a crimes contra a ordem econômica, financeira e a economia popular, pela atribuição da capacidade ativa[76].

A Constituição Federal firmou a responsabilidade diante da culpa. Ao fixá-la novamente, porém, quando do exame da ordem econômica e do meio ambiente, constata-se que o fez para modificá-la, não no sentido de contrariedade, mas de *complementariedade* em relação a casos excepcionais, não alcançáveis pela regra geral[77]. Assim, mesmo concedendo à culpabilidade um juízo individualizador, abriu espaço para que se possa imaginá-la em juízo paralelo, já que não igual, ou seja, como culpa coletiva[78].

A Constituição brasileira, então, assevera a possibilidade de responsabilidade coletiva, de modo que, ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de outra culpa de natureza coletiva. Essa dicotomia, por contraste, contempladora de duas individualidades que se condicionam reciprocamente, permite reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas que podem ser objeto de estudos paralelos. Permite-se concluir que "se é verdade que a culpabilidade é um juízo individualizador, não é menos verdade que se pode imaginar um juízo paralelo para a culpa coletiva"[79].

10.2. Orientação das penas

Outra crítica assume que as pessoas jurídicas são incapazes de se determinarem pelos fins das penas privativas de liberdade, orientadoras do ordenamento jurídico-penal.

76. GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal do ente coletivo:* pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014. p. 34.
77. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 142.
78. Ibidem, p. 194.
79. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 355.

A princípio, não parece correto circunscrever o arsenal sancionatório do direito penal à pena privativa de liberdade (algo que só seria coerente se conjuntamente fosse admitida sua ineficiência, pois esta, sabidamente, não atinge os fins aos quais se propõe). A sanção, no direito penal, abrange outros aspectos, como a estigmatização ou suas inerentes garantias[80]. Afinal, conforme brilhantemente prenuncia Salomão Shecaira, para que o sistema não sofra distorções autoritárias que possam ferir a dignidade humana, deve-se ter em conta a desnecessidade da pena privativa de liberdade[81].

Dessa forma, destacam-se alternativas sensatas, relacionadas, em seus efeitos preventivos, às consequências estigmatizantes e criminógenas que delas possam advir, todas elas, porém, balizadas pelas garantias do processo penal[82].

Entre as possibilidades sancionatórias manifestam-se as *sanções pecuniárias*, as quais neutralizariam a busca pelo lucro no crime, mas que, contudo, implicariam uma "pecuniarização" das condutas, ou seja, a redução do crime ao cálculo custo/benefício do seu cometimento. Ainda, a *extinção ou interdição temporária* da empresa se mostraria danosa à sociedade, ao implicar o afastamento do ente produtivo da economia do País. Já a *proibição de contratar com o Poder Público*, atingindo não somente empresas que celebram contratos com este, mas qualquer empresa que pleiteia crédito oferecido por bancos estatais, ou privados que repassam recursos estatais, é capaz de atingir o principal interesse das pessoas jurídicas sem incorrer, todavia, na problemática das sanções pecuniárias. Outra alternativa é, ainda, a *publicação da sentença condenatória*, apta a transferir para o mercado as decisões sobre as consequências negativas da imputação de responsabilidade. [83]

Demonstra-se, com isso, que quando se trata de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, as principais penas aplicáveis afastam-se da privação de liberdade, concentrando-se em alternativas viáveis, ao lado das penas restritivas de direitos, ou na prestação de serviços à comunidade, as quais possuem como norte teleológico a reparação do dano aliada à indução de uma conduta corporativa mais integrada com os interesses sociais[84].

80. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 96.
81. Ibidem, p. 106.
82. Ibidem, p. 107.
83. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 40-43.
84. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. Op. cit., p. 16-18.

Todas elas, por suas características adaptadas ao funcionamento mercadológico das grandes corporações, em maior ou menor grau possuem a capacidade de atingir o comportamento do ente coletivo.

10.3. Mero simbolismo

Complementando a crítica a respeito da orientação das penas, Regis Prado afirma que o direito penal assim concebido não está em condições de cumprir suas novas funções.

Pelo contrário, vem sendo permanentemente acompanhado de déficits de execução específicos, reprovados por criminalizações ou aumento de pena e um âmbito progressivo de efeitos meramente simbólicos. Jorge Figueiredo Dias reconhece que "o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social."[85]

Assim, "dado que não podem ser esperados efeitos reais, o legislador pelo menos obtém crédito político de ter dado uma resposta célere aos medos e perturbações sociais com os severos meios criminais". Significando que a eficiência é apenas aparente e puramente simbólica, incidente tão somente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança[86].

Luis Greco aconselha, ainda, que a norma deve guardar conformidade com o conceito cognitivo, impedindo a formação de conceitos meramente virtuais ou simbólicos, devendo ser minorado o atrito entre o conceito e o objeto ao qual se refere.[87]

Quanto a tal crítica, deve-se admitir, como premissa, que "la sanción penal tiene un valor simbólico innegable y de la máxima relevancia negativa para la empresa, lo que determina que su eficacia preventiva sea, sin duda, mayor".[88]

---

85. DIAS, Jorge Figueiredo. Um contributo para a reforma do direito penal econômico: para uma dogmática do direito penal secundário social português. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 16.
86. REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: REGIS PRADO, Luiz. DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 148-149.
87. GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *RBCCrim*, São Paulo, n. 32, 2000. p. 138.
88. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.).

O caráter simbólico do direito penal constitui fato intrínseco desse sistema, cuja utilização, ao contrário da superficialidade social que se admite, corresponde à sanção de maior intensidade que pode ser auferida aos crimes corporativos. Diante disso, seu caráter simbólico pode ser adotado, quando subordinado à sua observância com cautela, como proposto por Jesús-María Silva Sánchez: "sanciones de tal intensidad sólo pueden aparecer como legítimas en casos de peligro extremadamente grave de lesión de bienes jurídicos de suma importancia"[89].

Portanto, a despeito da crítica feita por José de Faria Costa, "a simples necessidade não constitui critério suficiente (...) para justificar a intervenção. Faz-se necessário (...) razões concretas que recomendem tomar uma tal medida"[90], socorre Busato em:

> Se o propósito é garantir o Direito penal como instrumento de *ultima ratio*, convém que as situações que socialmente adquiriram maior relevância social, desde o ponto de vista da agressão aos bens jurídicos mais caros a essa mesma sociedade, não sejam negligenciados [91].

Assim, nas palavras de Zúñiga Rodriguez:

> Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, mas que el producto nacional bruto (PNB) de um tercio de la humanidad. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos o políticos importantes de nuestra era.[92]

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 72-75.

89. Idem.

90. COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D'ÁVILA, Fábio Roberto (Org.). *Direito penal e polícia criminal no terceiro milênio*: perspectivas e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal, Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 508.

91. BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 214.

92. RODRIGUEZ, Zuñiga. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: FARALDO CABANA, P. *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência, 2004. p. 265.

10.3.1. Adequação

Outrossim, à pessoa jurídica, cuja capacidade de lesão ao bem jurídico é extremamente superior à das pessoas físicas, por atuar no bojo de atividades econômicas tendentes ao crescimento em escala, estaria reservada apenas a reação estatal mais branda, mediante reação administrativa sem a força da sanção penal[93].

Esse posicionamento permite o entendimento de que se destinando às pessoas jurídicas apenas sanções civis e administrativas, as sanções penais reservar-se-iam apenas às pessoas físicas, implicando o uso de gravame mais severo para agressões, por vezes, de menor potencial lesivo. E isso significaria a manutenção de um privilégio histórico que fere os princípios de equidade, proporcionalidade e adequação.

Assim,

> [...] provindo hoje as mais graves e frequentes ofensas aos valores protegidos pelo Direito Penal (...), não de pessoas individuais, mas coletivas, a irresponsabilidade destas significaria sempre um seu inexplicável tratamento privilegiado perante aquelas.[94]

Preceitua-se:

> [...] Astenersi dal punire direttamente le persone giuridiche può essere solo fonte di un più accentuato senso di sfiducia nelle istituzioni, il cui prestigio può essere solo ulteriormente scosso dallo spettacolo di uno Stato che è 'forte' con i 'deboli' e 'debole' con i 'forti'.[95]

10.4. Limites e legitimidade

O direito penal é, em sua essência, mínimo, de conteúdo garantista. Sua contradição básica, consistente em procurar diminuir a violência social impondo uma forte violência estatal à cidadania, revela a necessidade de imposição, por meio de lei, de limites claros e seguros à atuação do Estado. Assim, há uma série de critérios negativos, limites materiais e formais, que devem ser

93. GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Op. cit., p. 124.

94. DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 116º (1983-4) e 117º (1984-5).

95. Tradução direta: "Abster-se de punir diretamente pessoas jurídicas poderá ser apenas fonte de um sentido mais agudo de desconfiança nas instituições, cujo prestígio só pode ser abalado pela visão de um Estado que seja 'forte' com o 'fraco' e 'fraco' com o 'forte'". CANZIO, Giovanni et al. Op. cit., loc. cit.

verificados na legislação penal a fim de que se assegure que esta não consagre uma ilegítima violência estatal[96], aplicando-se, sempre que possível, vias alternativas de sanção.

10.4.1. Vias alternativas

Por constituir-se um sistema que se distingue dos demais porque, além de atuar na estabilização da norma, serve-se dos instrumentos mais gravosos para tanto, o Direito Penal somente é considerado funcional quando a estabilização da norma não puder ser alcançada por outras vias menos custosas e igualmente eficazes[97].

Sob tal perspectiva, porém, deve-se considerar que o selo intrínseco ao Direito Penal traz consigo uma série de garantias que os outros âmbitos legais não possuem, harmonizando-se com os meios gravosos dos quais se utiliza. A título de exemplo, admite-se a previsão, no Direito Administrativo, da responsabilidade objetiva, a qual, em nenhuma circunstância, poderia ser no direito penal.

No âmbito da criminalidade corporativa, portanto, o recurso às vias sancionatórias alternativas deve sujeitar-se ao exame, de fato, dos meios menos gravosos de punição, o que, todavia, não pode significar sacrifício de garantias em detrimento da especialização e celeridade administrativas.[98]

10.4.2. Criminalizar os ricos para punir os pobres

Segundo João Carlos Castellar, o movimento criminológico que pretende declarar que os detentores de poder também são passíveis de sanções penais mostra direcionar-se única e exclusivamente à punição dos pobres, afinal, são estes os selecionados como alvos de sanções. Incentivar a crença no punitivismo dos poderosos aumentaria somente a punição destinada aos pobres, pois, para que a legislação penal alcance o âmbito corporativo, seriam excepcionadas as garantias que minimamente visam a protegê-los da coação penal[99]:

96. BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora LiberArs, 2013. p. 23.

97. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 250.

98. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 64 -65.

99. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico* versus *direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 210.

> É oportuno, portanto, questionar se o sacrifício do modelo garantista deve realmente ser exigido a fim de que o direito penal possa enfrentar as demandas de proteção da sociedade hodierna. Ante o perigo inerente às atividades típicas de um mundo globalizado e o desconhecimento da potencialidade lesiva das recentes tecnologias, o Direito Penal é desafiado a responder de modo eficaz às ofensas e às ameaças aos bens jurídicos envolvidos e a oferecer soluções adequadas e justas – do ponto de vista dogmático e político-criminal –, e que não comprometam sua identidade, infrinjam seus princípios reitores ou deformem as categorias que fundamentam a responsabilidade penal. Trata-se, sem dúvida, de um grande desafio[100].

Assim, diante de uma orientação que procura responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, sob a ótica da necessidade político-criminal e em nome de fins preventivos de defesa social contra a criminalidade corporativa, questiona-se se seria legítima, diante dos princípios garantistas que informam o Estado Democrático de Direito[101].

Todavia, segundo Paolo Patrono, não se podem equiparar:

> Os limites empíricos com os limites de legitimidade do Direito Penal, sem levar em conta a multiplicidade de dados muitas vezes de signo oposto que influem sobre a valoração de eficácia da escolha penal, e sem levar em conta que existe um mundo de valores irrenunciáveis[102].

Cabe ponderar que a ideia de eficácia na prevenção não pode ser o fim primordial da política jurídica de um Estado democrático, devendo sua consecução encontrar limite infranqueável nos princípios de garantia. Ademais, o emprego legítimo da sanção penal exige mais do que a mera satisfação de fins de utilidade social ou prevenção. Embora o respeito aos princípios e categorias fundamentais possa ser visto como obstáculo inexorável a uma maior idoneidade do Direito Penal como meio eficaz de proteção de bens jurídicos, o certo é que a tendência que propugna por uma dogmática penal orientada a fins eminentemente preventivos padece da falta de limites claros à sua atuação[103].

A despeito da força de tais críticas, não pode ser ignorado o avanço que constituiu a inserção no ordenamento brasileiro da responsabilidade coletiva. Permitiu-se, a partir dela, eliminar a perspectiva de posturas mais radicais no

100. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit., p. 244.

101. REGIS PRADO, Luiz. Op. cit., p. 132.

102. PATRONO, Paolo. Diritto Penale dell'impresa e interssi umani fondamentali. Milão: CEDAM, 1993. p. 113-114.

103. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit., p. 250.

âmbito da responsabilidade coletiva e individual, os quais, de fato, significariam retrocesso nas garantias individuais[104].

A respeito disso, reitera Salomão Shecaira:

> A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nesse sentido, previne o ordenamento de outras ciladas (...) muito comuns no tratamento dos delitos supraindividuais, ante a inegável dificuldade probatória e de imputação que apresentam às autoridades no âmbito da responsabilidade individual, tais como: inversão do ônus da prova (...), adoção de tipos penais abertos, adoção de tipos de perigo de maneira desmedida, antecipações cada vez maiores dos limites do punível (...).[105]

Destarte, pela aceitação de um juízo paralelo para a responsabilidade do ente coletivo busca-se, exatamente, proteger o indivíduo da flexibilização de suas garantias fundamentais, visando adequar o direito penal hodierno por meio da regulação de seus avanços, quando balizados pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

10.5. Previsão legal específica

A previsão constitucional da responsabilidade penal foi positivada pelo legislador infraconstitucional com a Lei dos Crimes Ambientais 9.605/98. Todavia, fez-se de forma simples: enunciou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas sem, contudo, instituí-la completamente, faltando-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a sua consecução[106].

Sob tal perspectiva, demonstra Regis Prado que não há como, em termos lógico-jurídicos, quebrar um princípio como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado tradicionalmente no sistema de responsabilidade da pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos conformadores de um sistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias[107].

Desvenda-se, então, um posicionamento contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica que, porém, admite sua possibilidade caso seja devidamente

104. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 357.

105. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. Op. cit., p. 18.

106. REGIS PRADO, Luiz. Op. cit., p. 149.

107. Idem.

regulada, demonstrando o avanço da admissibilidade do conceito inclusive entre aqueles que fortemente a criticam.

A respeito da Lei de Crimes Ambientais, a carência de mecanismos e procedimentos adequados acarreta, essencialmente, problemas de aplicação processual da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim como demonstra Marta Machado, "parte dos casos que chegam aos Tribunais envolve justamente questionamentos sobre a aplicabilidade das regras processuais tradicionais e pouquíssimos logram chegar à análise de mérito".[108]

Ademais, medidas processuais que têm como parâmetro a pessoa física, inaplicáveis às peculiaridades do ente coletivo, obstaculizam sua realização:

> Outra questão problemática a ser considerada é a vinculação de diversos instrumentos processuais e prazos à pena restritiva de liberdade. A fixação de alguns benefícios – como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a suspensão condicional da pena – e a determinação de prazos prescricionais são exemplos de institutos processuais penais cujas regras de aplicação dependem necessariamente da pena de prisão cominada em lei, fixada em número de anos. O fato de a pena das pessoas jurídicas não poder ser fixada temporalmente gera uma lacuna legislativa e, consequentemente, incertezas com relação à aplicação de tais institutos.[109]

A falta de definição de tais questões implica significativo número de ações impugnativas, que se referem a pedidos de extinção, trancamento ou recebimento das ações penais em fases muito iniciais do procedimento enquanto poucos são os casos em que os Tribunais analisaram o mérito da imputação da responsabilidade à pessoa jurídica.[110]

Atenta-se, ainda, para a diferença entre a lei francesa e a lei brasileira. Como constata Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, o Código Penal francês *instituiu* a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no artigo 121-2; *indicou* as penas criminais, correcionais e contravencionais aplicáveis às pessoas jurídicas no artigo 131-37 a 49; e*specificou* os tipos legais aplicáveis às pessoas jurídicas; e cominou, em cada tipo legal, os *limites máximos e mínimos* das penas aplicáveis às pessoas jurídicas[111].

---

108. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 52.

109. Ibidem, p. 53.

110. Ibidem, p. 78.

111. SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 275.

Não há, contudo, na previsão legal brasileira especificação dos crimes que podem ser cometidos pelas pessoas jurídicas, nem suas respectivas penas, como nas legislações que consagraram a responsabilidade penal do ente coletivo[112]. Configura-se, com isso, uma hemorrágica criminalização, a qual deslegitima os avanços na seara de proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

Além disso, a falta de previsão legal específica não autoriza a atuação do juiz, configurando entrave essencial ao desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme:

> Pese a reconocer la importancia y acierto del principio de última ratio (...) frente a um caso en que el juez no puede menos que sustituir al legislador en materia penal, y no en detalles manores, sino nada menos que en la naturaleza, alcance, cuantia e individualización de las penas[113].

Por fim, deve-se frisar, quanto ao processo penal, o que institui Eugenio Zaffaroni: "por ello, estimo que en el actual estado legislativo, las disposiciones concernientes a la responsabilidade penal de las personas jurídias no son aplicables hasta que se sancionem las normas procesales que permitam su realización"[114].

10.6. Admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica

A incorporação das novas necessidades de tutela, para harmonização de complexidades relacionais empresariais, ao Direito Penal, mostra-se imperiosa[115], sendo resultado de uma nova "dialética da modernidade"[116], da qual advém o destaque à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Todavia, a operacionalização do regime de responsabilização requer que sejam levadas em consideração, além da definição de seus limites, questões

112. LUISI, Luiz. *Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

113. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Bstista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

114. Ibidem, p. 63.

115. D'ÁVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 64, jan.-fev. 2007. p. 81.

116. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, jan.-abr. 1992.

ligadas ao funcionamento do instituto e sua harmonização com o sistema penal em vigência, afinal, as lacunas de regulamentação, de ordem material e processual penal, prejudicam sua implementação.[117]

Assim, perfaz-se a necessidade da criação de previsões específicas e regras de adaptação do sistema penal às peculiaridades do instituto, tais como a criação de parâmetros para o cálculo prescricional, aplicação de benefícios, realização de atos processuais, critérios para determinação das sanções, formas de sua execução, as quais devem levar em consideração também a adequação a questões societárias[118].

A simples adoção do instituto sem que se procedam tais adequações e regulamentações prejudica a eficácia de sua aplicação e transforma a responsabilidade penal da pessoa jurídica em um "elemento di discontinuità del sistema"[119], capaz de perpetuar um sistema de desresponsabilização.[120]

Jorge Figueiredo Dias indica, então, a possibilidade de instituição de uma categoria própria, diferente das meras contravenções ou medidas de segurança, no âmbito de um Direito penal cujos tipos se dirigem, em primeiro plano, à organização enquanto tal.[121] Da mesma forma destaca Roxin, ao afirmar que "uma pessoa jurídica só pode agir e tornar-se culpável em um sentido análogo (ao da pessoa física), através de uma construção jurídica. Para tanto será necessário desenvolver regras especiais de imputação (...)",[122] com preceitos próprios do ramo do direito onde é destinado a encontrar seu próprio lugar, conforme: "E, soprattutto, il coordinamento delle forme e dei contenuti della tutela penalistica con i precetti e le sanzioni propri dei rami del diritto entro cui essa era destinata a trovare il proprio spazio".[123]

117. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 78.

118. Idem.

119. Tradução direta: "elemento de descontinuidade do sistema." CANZIO, Giovanni et al. Op. cit., loc. cit.

120. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Op. cit., p. 79.

121. DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a Economia Nacional. In. PADOVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 80.

122. ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 790, ago. 2001. p. 474.

123. Tradução direta: "(...) e, acima de tudo, a coordenação da forma e do conteúdo da tutela penal com os preceitos e as sanções próprias dos ramos do direito entre os quais estava destinada a encontrar o seu próprio espaço. Contudo, o autor recomenda que isso se faça de forma residual e não paralela". CANZIO, Giovanni et al. Op. cit., loc. cit.

A admissibilidade da integração da responsabilidade penal da pessoa jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro justifica-se diante de seus elementos subjetivos particulares[124], todavia, para que conjugue eficácia e segurança jurídica, deve desenvolver-se em requisitos e pressupostos específicos paralelos aos correspondentes à proteção dos bens jurídicos individuais, a fim de que não se confunda com eles. Propõe-se, portanto, que seja elaborada, em seus princípios, em uma Parte Geral Paralela, e, em suas especificidades, em uma Parte Especial, com discriminação dos crimes que por ela podem ser praticados.

Bernd Schünemann assevera, na esteira do que já havia sido apontado por Ulrich Beck, e sintetiza que insistir em uma estrutura individual de imputação para tratar da responsabilidade por infrações realizadas no âmbito de pessoas jurídicas nos levaria a um estado de "irresponsabilidade organizada" (*organisierte Unverantwortlichkeit*) (SCHÜNEMANN, 1979, p. 30 e ss.),[125] assim como a uma "larga fascia di impunità".[126]

Para evitá-lo, deve-se atentar para a construção de um rol claro de delitos, conjugados pela criação de um sistema de ação próprio e culpável da empresa, aliados, sobretudo, à previsão de garantias, para evitar punições automáticas no sentido da responsabilidade objetiva. Visando, também, à validação de programas de boa governança corporativa pela discriminação de um conteúdo mínimo que a empresa deve observar.

11. Conclusão

Por representarem, os entes coletivos, uma das formas essenciais do modo de ser comunitário das atuais sociedades modernas[127], torna-se, pois, imperioso considerar a admissibilidade de um princípio de responsabilização penal dos entes coletivos como tais.[128]

---

124. SHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de la empresa. In: Anuário de Direito Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, n. 38, 1988. p. 530.

125. Idem.

126. CANZIO, Giovanni et al. Op. cit., loc. cit.

127. COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do direito penal). In. CORREA, E. et al. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1. p. 503.

128. DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

Compreende-se, portanto, que, observadas as ressalvas quanto à indicação precisa das penas criminais e quanto à especificação dos tipos legais aplicáveis, aliadas à cominação, em cada tipo legal, dos limites máximos e mínimos das penas, admite-se a positivação paralela da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento pátrio.

Sua adoção e inclusão no sistema jurídico-penal brasileiro, por conseguinte, associa-se à possibilidade de benefícios da regulação estatal penal sobre tal espécie de criminalidade, ao apresentar-se como possível instrumento de harmonização dos novos casos de criminalidade corporativa.

Dessa forma, este artigo preocupou-se em apontar questões fundamentais para o aperfeiçoamento e a implementação da responsabilidade da pessoa jurídica, apresentando breve diagnóstico e perspectiva para evolução científica do sistema de imputação jurídico-penal, embasando-se, essencialmente, no contexto de globalização financeira que o permeia.

12. Bibliografia

ALBERTI, Raquel Lorensini; SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. A autonomia do Estado no processo de globalização. *Revista do CCEI – Centro de Ciências da Economia e Informática*, URCAMP, Bagé, v. 8, n. 13, mar. 2004. Disponível em [www.angelfire.com/sk/holgonsi/raquel2.html].

BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Equívocos do globalismo e respostas da globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora LiberArs, 2013.

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

CANZIO, Giovanni; DOMENICO, Cerqua Luigi Canzio; LUCA, Luparia (a cura di). *Diritto penale dele società*. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica. CEDAM, 2016. Introduzione al tomo primo.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico* versus *direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

COSTA, Getúlio José Moreira da. *Globalização e a perda da identidade do Estado-Nação*. Jun. 2004. Disponível em: [www.angelfire.com/sk/holgonsi/getulio.html].

COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do direito penal). In. CORREA, E. et al. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D'ÁVILA, Fábio Roberto (Org.). *Direito penal e polícia criminal no terceiro milênio*: perspectivas e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal, Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. *RBCCrim*, São Paulo, n. 64, jan.-fev. 2007.

DALCERO, Pedro Luiz. Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa racionalista. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 40, n. 2, 1997.

DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. Um contributo para a reforma do direito penal econômico: para uma dogmática do direito penal secundário social português. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 116º (1983-4) e 117º (1984-5).

DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a Economia Nacional. In. PADOVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global*: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, dez. 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho.* Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Marcelo Pereira. Uma nota sobre a literatura acerca das causas dos desequilíbrios globais no contexto da globalização financeira. *Econ. Soc.*, v. 24, n. 1, 2015.

GIRAUD, Olivier. A globalização vista do Norte e do Sul: quais os seus mecanismos sociais? *Cad. CRH*, Salvador, v. 20, n. 51, set.-dez. 2007.

GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, p. 93-112, dec. 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J. Bosch, 1996.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas juridicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, organo y representante de la empresa en el derecho español. Estúdio especifico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una 'actuación en lugar de outro. *Hacia un Derecho Penal Econômico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, p. 81-124, 1995.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *RBCCrim*, São Paulo, n. 32, 2000.

GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, jan.-abr. 1992.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos*: o breve século XX: 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 8, n. 21, maio-ago. 1994.

LUISI, Luiz. *Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella; KIRSCHBAUM, Deborah; TANGERINO, Davi; PALMA, Juliana Bonacorsi de; LUZ, Yuri Corrêa da; FERREIRA, Carolina Cutrupi; CAMARGO, Beatriz; SCHAFFA, Pedro; TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas*. Uma contribuição para o debate público brasileiro. Projeto Pensando o Direito: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

MALVÁREZ, Silvina. El reto de cuidar en un mundo globalizado. *Texto contexto*, Florianópolis, v. 16, n. 3, jul.-set. 2007.

PATRONO, Paolo. Diritto Penale dell'impresa e interssi umani fondamentali. Milão: CEDAM, 1993.

PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 41, n. 2, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei dos crimes ambientais. *Revista Forense*, v. 345.

REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: REGIS PRADO, Luiz. DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUEZ, Zuñiga. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: FARALDO CABANA, P. *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência, 2004.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 790, ago. 2001.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ Marcos César. A contribuição de David Garland à sociologia da punição. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 18, n. 1, jun. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica.* Dissertação de doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: [s.n.], 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: FECOMERCIOSP, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: OLIVEIRA, William Terra de, LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiederman. São Paulo: Liber-Ars, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2003.

SHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de la empresa. In: Anuário de Direito Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, n. 38, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOLA, Javier Cigüela. *La culpabilidade colectiva en el derecho penal*: crítica y propuesta de una responsabilidade estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.

SOLA, Javier Cigüela. *El injusto estructural de la organización*: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. Barcelona: InDret, jan. 2016.

TOVAR, Edgar Demetrio. Globalización financiera y sus efectos sobre el desarrollo financiero. *Ensayos sobre política económica*, v. 29, n. 66, dez. 2011.

VICENTE, MM. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Editora UNESP/ Cultura Acadêmica, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: REGIS PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao acórdão RE 548.181 do STF, de Claudio Bidino – *RBCCrim* 123/383-405 (DTR\2016\24037);
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado, de Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin – *RT* 961/245-273 (DTR\2015\13359);
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol, de Juan Carlos Carbonell Mateu e Paulo César Busato – *RBCCrim* 133/37-67 (DTR\2017\1842); e
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro, de Sérgio Salomão Shecaira – *RT* 921/281-294 (DTR\2012\44819).

Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências

Maria da Penha Law: advances and failures

Victor Sugamosto Romfeld

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC (2014-2015). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2009-2013). Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 27.02.2017
Aprovado em: 15.05.2017
Última versão do autor: 05.06.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Com dez anos de vigência, a Lei Maria da Penha representou uma verdadeira conquista para o movimento feminista, avançando substancialmente no tratamento jurídico da violência doméstica. No entanto, a lei ainda convive com uma série de obstáculos que impedem sua efetivação plena, principalmente no que diz respeito à escassez de recursos financeiros para implementar as políticas públicas legalmente previstas. Assim, este trabalho tem o propósito de analisar, do ponto de vista jurídico e criminológico, as mudanças positivas trazidas pela lei e suas falhas, apontando possíveis caminhos para aprimorar o tratamento jurídico da violência doméstica.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha – Violência doméstica – Criminologia crítica.

Abstract: With ten years of existence, "Maria da Penha" Law has represented an achievement for the feminist movement, advancing on the legal treatment of the domestic violence. However, the law still deals with a lot of obstacles, which compromise its effectiveness, especially related to the financial resources to implement public policies legally established. Thus, this work aims to analyze, from a legal and criminological point of view, the positive changes brought by the law and its failures, proposing possible ways to improve legal treatment of domestic violence.

Keywords: Maria da Penha Law – Domestic violence – Critic criminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Mudanças: tentativas de superar o passado. 2.1. O protagonismo do feminismo na política brasileira. 2.2. Em briga de marido e mulher, o Estado mete a colher. 2.3. Mecanismos legais para lidar de forma mais efetiva com situações de violência. 3. Críticas: o que deve e o que não deve ser recepcionado. 3.1. A visão patriarcal do Poder

Judiciário. 3.2. A efetividade da lei colocada em xeque. 3.3. Para além do caráter aparentemente punitivista. 3.4. Uma lei que promove o encarceramento?. 3.5. Lesão corporal no âmbito doméstico: ação penal pública condicionada ou incondicionada?. 3.6. A escassez de recursos como obstáculo à implementação de políticas públicas previstas na lei. 3.7. Sobre as mulheres trans: invisibilidade, silenciamento e vulnerabilidade. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em linhas bastante gerais, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) tem como finalidade criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O nome dessa lei se deve a um caso brutal que envolve Maria da Penha Maia Fernandes, que quase foi morta por seu marido duas vezes, ficando paraplégica (DIAS, 2012, p. 15).

A repercussão foi tão significativa que houve formalização de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), fazendo com que o Brasil fosse condenado internacionalmente por negligência e omissão diante da violência doméstica (DIAS, 2012, p. 16).

Esse foi o contexto que impulsionou a criação da lei em destaque, marcado pela intensa mobilização, pelas alianças entre grupos feministas e pelo reconhecimento de desigualdades entre as próprias mulheres:

> Diante disso, a interpretação da condição de ser mulher extrapola o recorte puramente sexista, e pedia por outra articulação simbólica que sanasse as crises na estrutura identitária do movimento, e que viabilizasse a formação de alianças com os demais grupos feministas em torno da Campanha Maria da Penha. Assim, estratégia simbólica adotada nesta Campanha propugnou a desigualdade não somente entre os sexos, mas também, a desigualdade entre as mulheres, e como a violência se distingue para cada mulher "diferente", isto é, a violência qualifica-se pela discriminação específica a cada mulher. Foi esta a interpretação que viabilizou a formação de alianças com outros grupos feministas, conectando-os. (PRATA, 2008, p. 18)

Para lidar adequadamente com a temática da violência contra as mulheres, não se pode ter uma visão essencialista. Deve-se reconhecer o gênero enquanto uma categoria que, associada a outras (como classe e raça), confere diferentes opressões ou subordinações às mulheres (CAMPOS, 2012, p. 37).

A formulação da Lei Maria da Penha só foi possível por meio de um processo que unificou vários atores sociais (CAMPOS, 2011, p. 6), ou seja, diversos

setores do movimento feminista, num período de transição política para a democracia, após 20 anos de regime militar (PASINATO, 2008, p. 326). O objetivo consistia em oferecer respostas mais efetivas para as mulheres que viviam (e ainda vivem) em situações reais e cotidianas de violência no contexto doméstico e familiar (PASINATO, 2008, p. 323).

O termo "violência" se refere às práticas de determinados grupos sociais contra outros, forçando-os à submissão com o fim de dominar e explorar, negando ou mesmo suprimindo qualquer manifestação de autonomia por parte dos que estão sendo oprimidos (TELES, 2010, p. 382). No caso da violência doméstica, pode-se dizer seguramente que se trata de um problema social generalizado, e não uma patologia de alguns indivíduos (SABADELL, 2005, p. 432), fundado numa relação desigual entre os sexos (SAFFIOTI, 2004, p. 82). Essa relação é fruto de um processo de aprendizagem, no qual as posições de agressor(a) e agredida(o) são apreendidas (TELES, 2010, p. 387).

Diante disso, nota-se que a complexidade do tema exige um tratamento adequado por parte do Direito. Entretanto, não era o que ocorria anteriormente: com a vigência da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), o delito de violência doméstica era classificado como "crime de menor potencial ofensivo".

Ao considerá-la como um crime de pequeno potencial ofensivo em relação aos demais, feministas avaliam que a referida legislação foi decisiva para minimizar a violência contra as mulheres (PASINATO, 2008, p. 341). Quando não eram desestimuladas a dar continuidade à ação, as penas aplicadas consistiam no pagamento de multas irrisórias ou cestas básicas, que não eram revertidas em benefício da vítima (PASINATO, 2008, p. 341-342).

Esses foram alguns dos inúmeros motivos pelos quais a Lei Maria da Penha afastou, em seu art. 41, a incidência da Lei dos Juizados Especiais, no que diz respeito aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Maria Berenice Dias explica sucintamente as razões desse afastamento: "A partir do momento em que a lesão corporal leve foi considerada de pequeno potencial ofensivo com possibilidade de os conflitos serem solucionados de forma consensual, acabou banalizada a violência intrafamiliar" (DIAS, 2007, p. 299).

O modelo anterior era marcado pela abstenção por parte do Estado, corroborando com uma lógica neoliberal, de acordo com as reflexões do jurista Lênio Streck à época de vigência da Lei dos Juizados Especiais:

> Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a "surra doméstica" com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação

> pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite, agora, o "duelo nos limites das lesões", eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada a ver com isto. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada "teoria do bem jurídico", própria do modelo liberal individualista de Direito". (STRECK, 1999, p. 94)

Considerando que a Lei 9.099/95 revelou-se "(...) uma lástima na resolução de conflitos domésticos" (SAFFIOTI, 2004, p. 91), foi imprescindível elaborar uma legislação especial que reconhecesse a igualdade na diferença, contemplando as especificidades do grupo plural formado pelas mulheres, para garantir acesso amplo a direitos tidos como universais (PASINATO, 2008, p. 333). A Lei Maria da Penha partiu justamente desses pressupostos.

Por isso, na sequência, a referida lei será analisada em seus múltiplos aspectos: desde os seus avanços até suas insuficiências.

2. Mudanças: tentativas de superar o passado

2.1. O protagonismo do feminismo na política brasileira

A mudança destacada neste tópico dificilmente pode ser apreendida numericamente, por meio de estatísticas, por se tratar muito mais de uma questão política que envolve os mais diversos setores do movimento feminista. A proposição de uma lei que superasse o paradigma antigo (sob a vigência da Lei dos Juizados Especiais) certamente contribuiu para o rompimento de estruturas históricas de opressão, além de dar visibilidade nacional à violência de gênero (MAGALHÃES, 2011, p. 217).

Partindo desse pressuposto, as dúvidas que pairam sobre a questão – se bastam leis/delitos genéricos, ou se são necessárias leis/tipos penais específicos no que diz respeito à violência doméstica (LAURENZO, 2012, p. 143) – foram resolvidas momentaneamente por parte do movimento de mulheres, que se empenhou na formulação de outro diploma legislativo.

Ao construir essa legislação para nortear o tratamento legal da violência doméstica, Carmen Hein de Campos sustenta, com razão, que o feminismo disputou um lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais (CAMPOS, 2011, p. 7). Nesse processo, houve nitidamente um protagonismo feminino que se traduziu numa afirmação de direitos. Nas palavras da jurista mencionada:

> A Lei Maria da Penha reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica. Ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal (...). Não há dúvidas de que a Lei Maria da Penha está provocando deslocamentos discursivos que afirmam cada vez mais os direitos das mulheres relacionados a uma vida livre de violência, rompendo com a ordem de gênero do direito penal. (CAMPOS, 2011, p. 9)

Quando se fala em "afirmação de direitos", trata-se de uma luta incansável das feministas por uma vida sem violência. As mobilizações que possibilitaram a aprovação da Lei Maria da Penha desestabilizaram e tensionaram os espaços públicos, até então ocupados por homens. Assim, relevou-se a necessidade de diálogo contínuo com as esferas de poder (BARSTED, 2011, p. 15), ainda que as instituições estatais estejam permeadas estruturalmente pelas relações sociais (MASCARO, 2013, p. 80), marcadamente classistas, racistas e patriarcais.

Não obstante as limitações de tal diálogo e disputa institucional, grupos e organizações foram capazes de, ao longo das décadas recentes, pressionar o Estado, fazendo com que as demandas feministas fossem incluídas na agenda pública (BARSTED, 2011, p. 16). Além disso, organismos internacionais também foram influenciados, e passaram a compreender o papel de políticas públicas articuladas para enfrentar o fenômeno da violência contra a mulher (BARSTED, 2011, p. 17). Desse modo o Estado, mesmo que atravessado por uma cultura patriarcal, gradativamente abandona perspectivas de abstenção, para interferir nas relações privadas.

2.2. Em briga de marido e mulher, o Estado mete a colher

Entre juristas feministas, parece ser consenso o fato de que, na sociedade brasileira, há uma naturalização histórica da violência doméstica e familiar contra a mulher (BARSTED, 2012, p. 108). Mesmo com avanços legislativos e esforços por parte dos poderes públicos, persiste uma criminalidade específica, cujo alvo é a população feminina, o que indica a permanência da ideologia sexista (BARSTED, 2012, p. 90-91).

Com a edição da Lei Maria da Penha, um número expressivo de denúncias demonstrou que as famílias nem sempre são locais de afeto e acolhimento, mas sim lugares de violência (CAMPOS, 2012, p. 38). Por isso, são necessários mecanismos para coibi-la no âmbito das relações familiares, como prevê expressamente o art. 226, § 8º, da Constituição Federal Brasileira.

Se o Brasil é um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e se um de seus objetivos consiste em promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF), então é evidente que esse Estado não pode fechar seus olhos e simplesmente ignorar as mulheres em situação de violência. Em outras palavras, não há como se abster, restando a interferência estatal nesse âmbito. Contudo, como advertiu Carmen Hein de Campos, a intervenção não pode ser ilimitada:

> Ao criar políticas públicas de prevenção e assistência e ao sancionar a Lei Maria da Penha o Estado brasileiro busca atender a uma demanda por reconhecimento de status social negado às mulheres e, portanto, uma demanda por justiça. A teoria feminista do direito tem revelado, de um lado que, se há necessidade da intervenção no âmbito da família para assegurar os direitos das mulheres, de outro, há limites nessa intervenção. Há de se questionar em que medida a intervenção promove os direitos, aumenta o controle ou contribui para uma nova vitimização. Sabe-se que não há respostas fáceis nesse campo. (CAMPOS, 2012, p. 38-39)

De qualquer forma, ainda que seja um desafio definir modos eficazes de proteger as mulheres que acionam o sistema de justiça, fazendo com que deixem de conviver com a violência (CAMPOS, 2012, p. 40), não pode o Estado ser minimalista nessa área, pois isso representaria o triunfo da ideologia neoliberal (atribuições estatais reduzidas) e patriarcal (conivência com a opressão das mulheres).

Por isso, avaliamos positivamente a mudança de paradigmas por parte do Estado brasileiro, ou seja, a transição da Lei dos Juizados Especiais para a Lei Maria da Penha, que possibilitou dar visibilidade não só à violência doméstica mas também à violência de gênero.

2.3. Mecanismos legais para lidar de forma mais efetiva com situações de violência

Do ponto de vista legal, um dos pontos inovadores a serem destacados na LMP é aquele referente à criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal (art. 14 da lei em destaque). Estudiosos da área afirmam que o ideal seria a instalação imediata desse juizado, em todas as comarcas, com a devida capacitação dos servidores públicos que ali atuam: juízes, promotores, delegados, defensores públicos, entre outros (DIAS, 2007, p. 299). Como já sustentamos, a Lei dos Juizados

Especiais mostrou-se totalmente inadequada para lidar com a violência doméstica, razão pela qual foi imprescindível outra legislação, conferindo tratamento distinto das demais infrações penais (KATO, 2008, p. 274).

Outro ponto extremamente relevante diz respeito à capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, do Corpo de Bombeiros, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário, no que tange às questões de gênero e raça (art. 8º, VII). Embora a concretização dessa proposta seja desafiadora, ela é fundamental, pois os profissionais atuantes nos referidos órgãos públicos são aqueles incumbidos de dar efetividade à LMP. Não raro, a falta de capacitação dá espaço para a reprodução de preconceitos, frustrando os objetivos de prevenir a violência doméstica/familiar contra a mulher (KATO, 2008, p. 281-282). Nesse contexto, Alice Bianchini faz uma ressalva, indicando que os profissionais – em especial, os quadros das Delegacias Especializadas – devem ser preferencialmente do sexo feminino:

> No que tange à seleção de seus integrantes, deve ser dada preferência, no momento de se compor os quadros das Delegacias especializadas, a policiais do sexo feminino, em face do natural constrangimento da mulher vítima em relação aos fatos a serem narrados (violência sofrida, mesmo que não tenha sido de natureza sexual). A capacitação de tais profissionais (de preferência do sexo feminino) merece cuidados especiais. (BIANCHINI, 2011, p. 227)

O terceiro aspecto destacado diz respeito às medidas protetivas de urgência (art. 22), inseridas no contexto das políticas de prevenção, assistência e contenção da violência, tendo como finalidade conter o agressor e oferecer proteção às mulheres (e a outros membros da família) que se encontrem em situação de risco (CAMPOS, 2014, p. 496).

Há um rol de medidas (art. 22 e seus incisos) que obrigam o agressor com o intuito de romper com o ciclo de violência. O conjunto de medidas não é exaustivo (conforme art. 22, § 1º), e podem ser aplicadas inclusive cumulativamente (art. 22, *caput*). Uma das principais consiste na suspensão/restrição da posse/porte de armas (art. 22, I), fundamental quando o agressor é policial (civil ou militar), ou agente público cuja atuação esteja relacionada com a posse/porte de arma de fogo (BELLOQUE, 2011, p. 310).

Ademais, importante ressaltar o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, II), pois esta convive com a alta probabilidade de ser agredida novamente, especialmente pelo fato de a situação de violência passar a ser conhecida pelos poderes públicos (BELLOQUE, 2011, p. 311).

Também devem ser mencionadas as chamadas "proibições de conduta" (art. 22, III, alíneas *a*, *b*, *c*), as quais procuram impor comportamentos de abstenção ao agressor, por exemplo: proibição de que se aproxime da ofendida, de seus familiares e das testemunhas (BELLOQUE, 2011, p. 312).

A intenção, neste tópico específico, não foi esgotar todos os aspectos legais da Lei Maria da Penha, mas somente apontar aqueles que consideramos os mais relevantes. Abordamos os mecanismos indicados (juizados de violência doméstica, capacitação dos profissionais e medidas protetivas) como avanços meramente *legislativos*, pois sabemos que aquilo que está previsto em lei nem sempre é devidamente efetivado na realidade. Por essa razão, o próximo passo deste trabalho consiste em expor e avaliar as críticas direcionadas à Lei 11.340/06.

3. Críticas: o que deve e o que não deve ser recepcionado

3.1. A visão patriarcal do Poder Judiciário

Segundo Ana Lucia Sabadell:

> Os estudos feministas indicam que os argumentos da preservação da privacidade e da tutela da liberdade (masculina) constituem o maior obstáculo para o enfrentamento da violência doméstica, já que permitem apresentá-la como assunto que só interessa aos diretamente envolvidos. (SABADELL, 2013, p. 225)

Essa concepção está presente não apenas em determinados segmentos sociais mas também entre operadores do direito, reforçando a ideia de que a violência nas relações conjugais é um tema a ser tratado no âmbito privado, de preferência exclusivamente pelo casal (PASINATO, 2008, p. 338).

Se os profissionais do direito não estão isentos da ideologia patriarcal, então as atenções devem se voltar àquelas e àqueles que estão incumbidos da função de julgar, ou seja, responsáveis por aplicar a Lei Maria da Penha nos casos concretos de violência. Ao contrário do que se costuma imaginar, o Poder Judiciário é repleto de ideologia, pois o magistrado, ao se deparar com uma situação cotidiana (como a violência contra a mulher), não decide a partir de um mero procedimento de subsunção lógica (conjugando fatos e normas jurídicas), mas é influenciado por suas idiossincrasias.

O filósofo do direito, Alysson Mascaro, é certeiro ao descrever que o juiz, diante dos fatos que lhe são apresentados, primeiro decide para depois aplicar o direito. As considerações do referido jurista merecem destaque:

> Um juiz, quando se depara com uma situação que lhe contraria ou agrada, já inconscientemente prepara sua decisão. Sua posição de classe, seus compromissos sociais, sua ideologia, seus valores, sua cultura, seus preconceitos, seus traumas e seus vícios inconscientes se levantam para determinar o resultado de sua decisão. A leitura do caso em questão e a busca da norma a ser-lhe aplicada é um movimento interpretativo e argumentativo que já tem por base essa hermenêutica prévia. (MASCARO, 2013, p. 190)

Apesar das reflexões de Mascaro, pode-se dizer que a maioria dos operadores do direito não tem percepção de que estão imersos naquilo que Warat chamou de "senso comum teórico dos juristas" (WARAT, 1982, p. 51), fundado em "opiniões costumeiras" que conduzem a uma uniformidade de pontos de vista sobre o direito (WARAT, 1982, p. 54). Partindo dessa premissa, discursos jurídicos são produzidos legitimando "lugares comuns" do machismo, como a fragilidade feminina[1] e a inversão da relação desigual entre os sexos[2], como se todo e qualquer homem fosse vítima das demandas feministas pelo combate da violência doméstica.

Nesse cenário, a atuação do Poder Judiciário tem se mostrado insuficiente, considerando que parcela considerável dos magistrados, ao decidir causas que envolvem violência contra a mulher, acaba reproduzindo uma série de preconceitos, operando como meras engrenagens do patriarcado, por desconhecerem as questões de gênero e suas implicações jurídicas (COSTA, 2012, p. 173).

Essa postura se torna especialmente problemática quando há uma distorção da aplicação da lei, chegando ao ponto de os tribunais (como ocorreu na Espanha) firmarem entendimento jurisprudencial de que o bem jurídico protegido no crime de violência doméstica é a paz familiar (LAURENZO, 2012, p. 146), quando, na verdade, as leis, que visam coibir e prevenir a violência de gênero, foram impulsionadas pelos movimentos feministas com a finalidade de proteger as mulheres.

1. "No cenário do Terror Penal, insere-se o combate desenfreado à criminalidade contra a mulher. Como a mulher frente ao homem é mais frágil, naturalmente deve haver uma exegese e uma aplicação normativa diferenciadas. Mas, não se pode deixar obnubilar a ponto de tornar o homem uma presa do Terror" (MAHMOUD, 2007, p. 304).
2. "De igual maneira, respeitando-se a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana (masculina) não se pode laborar com idéias pre-concebidas, estereótipos ou ideologias impregnadas pelo maniqueísmo. O Feminismo já contribuiu decisivamente para o fortalecimento da democracia (...). No entanto, as medidas de tutela da mulher devem ser administradas de modo a não degenerar em arbítrio". (MAHMOUD, 2007, p. 305).

Na prática, as sentenças que adotam esse posicionamento acabam por defender os agressores, ignorando completamente a integridade corporal, a saúde, e todos os demais bens jurídicos violados, no que diz respeito à mulher em situação de violência. Tudo isso em nome da privacidade do casal e da harmonia familiar (MELLO, 2012, p. 66), valores que parecem estar incorporados no Poder Judiciário brasileiro, como denuncia a advogada feminista Leila Barsted:

> O judiciário maneja com os valores sociais ainda de forma muito tradicional, contra as mulheres. Não há uma distinção de qualidade entre a maneira que um leigo avalia um caso de homicídio e a maneira como um juiz togado, um advogado, um defensor, um promotor de justiça vão avaliar esse caso de homicídio. Estão todos imersos nessa mesma cultura, onde foram naturalizados determinados papéis; são todos cúmplices dessa violência simbólica, num certo sentido. Cúmplices porque através dessas decisões eles passam uma mensagem política, estão fazendo política. Uma política que representa um jogo perigoso, porque é um jogo que incentiva implicitamente a violência. Considero que a política do judiciário, apesar de grandes avanços positivos nos últimos tempos, ainda tem sido uma política estimuladora da violência de gênero nos casos em que vítimas e réus são cônjuges ou companheiros. Nesse sentido, é de fundamental importância aprofundarmos o diálogo com essa instância de poder. (BARSTED, 1997, p. 84)

A autora citada encerra suas reflexões com uma constatação oportuna: a necessidade de estreitamento de diálogo entre as organizações/movimentos de mulheres e o Poder Judiciário, para que este reconheça a violência de gêneros como uma grave violação de direitos humanos (BARSTED, 2011, p. 35). Caso contrário, continuará sendo conivente com a perpetuação da cultura patriarcal, colocando obstáculos à concretização da Lei Maria da Penha.

3.2. A efetividade da lei colocada em xeque

Costuma-se dizer, de acordo com a linguagem popular brasileira, que determinadas leis "pegam" e outras "não pegam". Esse recurso linguístico nos remete à capacidade de uma lei de gerar efeitos na sociedade. No entanto, como se trata de um trabalho científico, é preciso recorrer a ferramentas teóricas que sejam capazes de explicar a realidade com maior profundidade.

Na Sociologia do Direito, há uma verdadeira controvérsia sobre as dimensões de eficácia da lei (em sentido amplo), comportando inclusive variações terminológicas: "efeitos", "eficácia", "efetividade", "eficiência", entre outros (SABADELL, 2013, p. 60). Diante da diversidade de definições, Ana Lucia Sabadell sustenta que a análise das repercussões sociais de uma norma

jurídica pode ser feita em três perspectivas: efeitos, eficácia e adequação interna (SABADELL, 2013, p. 60-61).

A categoria dos efeitos diz respeito a qualquer repercussão social gerada pela norma, ao passo que a sua eficácia consiste no seu grau de cumprimento dentro da prática social, isto é, quando a norma é respeitada pelos destinatários ou quando sua violação é devidamente sancionada pelo Estado (SABADELL, 2013, p. 61). Quanto à adequação interna da norma, trata-se de sua capacidade em atingir a finalidade social prevista pelo legislador (SABADELL, 2013, p. 62).

Tendo em vista a terminologia proposta por Sabadell, analisaremos a Lei Maria da Penha pela perspectiva de sua adequação interna, avaliando sua capacidade de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para tanto, utilizaremos a pesquisa realizada pelo DataSenado (2013).

Em março de 2013, o DataSenado, braço estatístico do Senado Federal, divulgou pesquisa acerca da Lei Maria da Penha que reuniu vários dados, alguns deles analisados a seguir.

A primeira informação relevante diz respeito à percepção quanto à proteção da mulher: para aproximadamente 2/3 das entrevistadas (66%), a população feminina está mais amparada depois do advento da Lei 11.340/06 (SENADO FEDERAL, 2013, p. 2). Isso não significa que ela seja um objeto intangível de críticas, mas indica a superação do paradigma anterior, sob a vigência da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), afastada nos casos de violência doméstica, conforme abordagem realizada nos tópicos anteriores.

Segundo o nosso entendimento, o percentual majoritário representa que as entrevistadas visualizam um ganho meramente *legislativo*, no sentido de que, em relação à legislação anterior, a Lei Maria da Penha mostra-se mais *adequada* no objetivo de proteger as mulheres.

Aliás, quanto ao tema específico da proteção, as opiniões foram divergentes, sem a possibilidade de se estabelecer qualquer consenso. Dados mais recentes da pesquisa realizada pelo DataSenado (referentes ao ano de 2013) indicam o seguinte: praticamente 30% acreditam que as leis brasileiras *não protegem* as mulheres contra a violência doméstica e familiar. Por outro lado, quase 20% das entrevistadas têm uma impressão *positiva* a respeito das referidas leis, ao passo que 50% entendem que há uma proteção parcial (SENADO FEDERAL, 2013, p. 3).

A disparidade das opiniões reflete, provavelmente, a dificuldade de delimitar o que seria a esfera de "proteção" e como seria possível realizar seu diagnóstico em um país de dimensões continentais, cujas regiões não apresentam uniformidade na efetivação dos serviços previstos na Lei Maria da Penha.

Outra informação preocupante, que merece destaque, é o fato de 80% das entrevistadas terem relatado que já foram vítimas de algum tipo de violência doméstica (SENADO FEDERAL, 2013, p. 4). Esse percentual demonstra que a existência de uma lei que tenha como escopo o combate à violência de gênero não é capaz, por si só, de reduzi-la.

As informações constantes na pesquisa elaborada pelo DataSenado não podem ser interpretadas de maneira leviana, conduzindo à equivocada conclusão de que a Lei Maria da Penha é totalmente ineficaz quanto às suas finalidades. Nesse sentido, concordamos com Wânia Pasinato, quando sustenta que "Ainda é cedo para avaliar os resultados da aplicação da Lei 11.340/06 e afirmar se a lei 'pega ou não pega' e se cumpre ou não com o seu propósito de erradicar e prevenir a violência contra as mulheres" (PASINATO, 2008, p. 355).

É preciso recordar que a lei em destaque possui apenas uma década de vigência, dificultando uma avaliação precisa e definitiva sobre os seus resultados no presente momento, o que somente poderá ocorrer a longo prazo, com a realização de vários estudos, pesquisas estatísticas e outras informações relevantes. Seria muita ingenuidade dos juristas acreditar que somente uma legislação especializada teria o potencial de nocautear séculos de patriarcado, marcados pela dominação masculina e pelos discursos de inferioridade da mulher.

Ainda que os dados obtidos com pesquisas empíricas (como aquela concluída pelo DataSenado) possam colocar em xeque a efetividade da Lei Maria da Penha, as insuficiências apontadas devem ser vistas como um ponto de partida, por meio do qual se buscam alternativas para fortalecer as políticas públicas e os mecanismos de natureza não punitiva da Lei 11.340/06. No mesmo sentido caminham as constatações de Wânia Pasinato:

> Apesar do pessimismo que alguns relatos e contextos acabam por inspirar, não se pode concluir que haja um fracasso generalizado destas instâncias na aplicação da lei e, consequentemente, na redução da violência contra as mulheres na sociedade. Ao contrário, os dados devem ser tomados como um convite para novas reflexões e debates em busca de alternativas para melhorar o funcionamento das políticas públicas envolvidas com a aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha e o atendimento de mulheres em situação de violência. (PASINATO, 2011, p. 140-141)

3.3. Para além do caráter aparentemente punitivista

Uma das críticas mais severas direcionadas à Lei Maria da Penha é aquela proveniente de criminólogos críticos e defensores do "direito penal mínimo". Para esses pensadores, a lei mencionada possui um caráter punitivista,

ao apostar na elevação das penas e na privação de liberdade do agressor. Nilo Batista é um dos autores que segue essa linha argumentativa:

> A Lei 11.340, de 7.ago.06, inspirada diretamente na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda clara por sofrimento penal físico. Quando veda a aplicação do que coloquialmente se chama de "pena de cesta básica", bem como de "prestação pecuniária" e de multa substitutiva (art. 17), ou quando declara inaplicável a Lei 9.099, de 26.set.95 (art. 41), ou quando eleva a pena máxima da lesão corporal doméstica (para retirar-lhe a condição de menor potencial ofensivo – art. 44), a lei faz uma opção retributivista-aflitiva que recusa o sofrimento penal moral ou patrimonial na sanção dirigida ao autor de delito caracterizável como violência doméstica. (BATISTA, 2007, p. xvi)

Em apertada síntese, sustenta o referido penalista que as mulheres depositaram todas as esperanças no poder punitivo para o tratamento da violência doméstica (BATISTA, 2007, p. xix). Discordamos desse posicionamento, por diversas razões.

Numa fase anterior à criação da Lei 11.340/06, houve, nas campanhas de mobilização, um destaque para o rigor das penas como medida de erradicação da violência doméstica, mas se sabe que a referida lei prevê respostas que extrapolam a aplicação de penas privativas de liberdade aos agressores (PASINATO, 2011, p. 120). Inclusive, criminólogos e feministas reconhecem que há um catálogo extenso de medidas de natureza extrapenal, transcendendo os horizontes da dogmática jurídica (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 144).

Observem-se as medidas elencadas por Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis:

> A parte mais extensa, e em nossa opinião, importante da Lei 11.340 tem um caráter não penal. A legislação menciona várias formas não penais de controle social, estabelecendo mecanismos para prevenção e reparação da violência doméstica (arts. 8-10): participação de organizações não governamentais, conduzindo pesquisas e estudos estatísticos; campanhas de prevenção; treinamento de agentes públicos em questões de gênero, raça e étnicas; implementação de programas educacionais nos currículos escolares. A lei estimula também a criação de centros multidisciplinares de atendimento à mulher (art. 35). Por fim, determina (art. 45) a presença do agressor em programas de reeducação de gênero. (SABADELL; DIMOULIS, 2014, p. 8)[3]

3. No original: "The more extensive and, in our opinion important part of Law 11.340 has a no-penal character. The statute mentions various forms of no-penal social

Nesse contexto, uma análise minuciosa da lei demonstra que, num universo de 46 artigos, apenas 4 deles são de natureza penal (o que representa um percentual de aproximadamente 8%). Vejamos: i) a inclusão de mais uma hipótese de prisão preventiva (art. 42); ii) a inserção de uma nova circunstância agravante da pena (art. 43); iii) a previsão de majorante (causa de aumento da pena), caso o crime de lesão corporal tenha sido praticado no âmbito das relações domésticas (art. 44); iv) a possibilidade de o juiz da execução penal determinar o comparecimento do agressor a programas de educação e reabilitação (art. 45).

Logo, parece-nos inadequado afirmar que há uma demanda evidente por "sofrimento penal físico", como insinua Nilo Batista. A Lei Maria da Penha extravasa anseios punitivistas, e não pode ser examinada de maneira apressada, somente tendo como ponto de partida seus quatro dispositivos penais. Do mesmo modo, parece inviável sustentar um viés rigorosamente repressivo, uma vez que a elevação de penas prevista na lei é ínfima se compararmos com outros delitos da legislação brasileira, como os crimes contra o patrimônio (arts. 155-183 do Código Penal) e os crimes que envolvem tráfico de drogas (Lei 11.343/06).

Por fim, a crítica do penalista supracitado, referente à aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais, já foi respondida no início deste artigo, ocasião na qual se evidenciou sua total incompatibilidade para lidar com os casos de violência doméstica.

3.4. Uma lei que promove o encarceramento?

Outra questão nos intriga: a Lei Maria da Penha contribui para a expansão do poder punitivo e para o encarceramento em massa? Para Nilo Batista, a resposta é afirmativa:

> (...) é evidente que ela [Lei Maria da Penha] expande o poder punitivo, que sempre é uma ameaça ao Estado de direito, e aumenta extraordinariamente

control, outlining mechanisms for prevention and reparation of domestic violence (arts. 8-10): participation of non-governmental organizations, conducting research and statistical studies; prevention campaigns; training of public officials on issues of gender, race and ethnicity; implementation of educational programs in school curricula. The Law encourages also the creation of centers of multidisciplinary and comprehensive care for women (art. 35). Finally, he determines (art. 45) the offender's presence in rehabilitation and gender reeducation programs".

> a vigilância por ele exercida. (...) a opção retributivista-aflitiva da lei representa uma contribuição para o grande encarceramento em curso. Como o sistema penal opera seletivamente, guiando-se as agências policiais pelos preconceitos que produzem e regem o uso do estereótipo criminal, é previsível que agressores negros e pobres tenham muito mais possibilidades de serem efetivamente presos do que agressores brancos de classe média. Dessa forma, a nova lei contribuiria para o processo estrutural de criminalização da pobreza ao qual o empreendedorismo neoliberal conduz, para o controle das massas humanas por ele economicamente marginalizadas, sob os olhos e sob a indiferença de grande parte dos operadores que nele intervêm. (BATISTA, 2007, p. xxi)

Ao contrário do que expôs o penalista em destaque, constatamos que a lei não contribui *substancialmente* com o "grande encarceramento"[4], sendo um equívoco defender que ela aumentou "extraordinariamente" a vigilância exercida pelo poder punitivo.[5] Para endossar a constatação mencionada, examinamos os relatórios oriundos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), nos anos posteriores à edição da Lei 11.340/06 (período compreendido entre 2008 e 2012), documentos que contêm informações a respeito da população carcerária brasileira.

O objetivo desta pesquisa consistiu em verificar quantos indivíduos passaram a ser efetivamente presos por conta da Lei Maria da Penha e o percentual

4. Os termos "grande encarceramento" e "encarceramento em massa" são utilizados por criminólogos críticos para designar a elevação dos índices de aprisionamento nos últimos anos, crescimento que pode ser verificado em grande parte dos países do mundo, mas especialmente naqueles em desenvolvimento, como nos países latino-americanos. Nesse cenário, oportunas as palavras de Massimo Pavarini: "Em geral, nos países desenvolvidos, a elevação dos índices de encarceramento nos últimos quinze anos é atestada em torno de 45%: nas Américas o fenômeno tem sido mais radical (nos seis países mais populosos, o crescimento tem sido sempre superior a 80%); na Europa, mais contido, apenas metade dos países tem conhecido incrementos superiores a 40%. Mas, se tomamos em consideração os países em via de desenvolvimento (...) devemos registrar crescimento médio que se coloca além de 100%" (PAVARINI, 2012, p. 69).
5. Os criminólogos Salo de Carvalho e Carmen Hein de Campos chegaram à mesma conclusão: "A segunda questão relevante, superando o debate normativo sobre a justificação própria do direito penal e ingressando no campo empírico da criminologia, é a de que o número de prisões efetivamente realizadas em decorrência da Lei Maria da Penha não permite afirmar que o estatuto colabore com o aprisionamento massivo, de modo a não caracterizar faticamente a visão punitivista 'oraculada'". (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150).

que essa quantidade representa em relação à totalidade da população carcerária. Como resultado da referida análise, sistematizamos os dados colhidos na tabela apresentada a seguir:

Ano	População Carcerária Nacional	Número de Indivíduos Presos por Violência Doméstica	Percentual em Relação à Totalidade da População Carcerária
2008	451.219	1.834	0,40%
2009	417.112	2.474	0,59%
2010	496.251	2.835	0,57%
2011	514.582	3.070	0,59%
2012	548.003	3.835	0,69%

A primeira observação que deve ser feita é que, no quinquênio 2008-2012, a quantidade de presos pelo crime de violência doméstica, se comparada com a totalidade da população carcerária, representou um percentual que oscilou entre 0,4% e 0,7%. Isso significa que a Lei Maria da Penha não causou um crescimento exponencial do poder punitivo, o qual manteve sua preferência por uma clientela praticante de crimes patrimoniais e delitos de tráfico de entorpecentes.

Por outro lado, não podemos deixar de assinalar que, no mesmo período, o número de pessoas encarceradas em decorrência da Lei 11.340/06 duplicou, tendência que deve ser contida imediatamente, pois, desse modo, somente a minoria de seus dispositivos (ou seja, aqueles de natureza penal) estarão sendo aplicados, comprometendo seriamente a efetividade de medidas que transcendem a esfera penal.

Apesar de discordarmos de grande parte das reflexões de Nilo Batista sobre a Lei Maria da Penha, o autor tem toda a razão ao ressaltar o perigo de se recorrer ao sistema de justiça criminal, que opera seletivamente, fazendo com que homens negros e pobres estejam muito mais suscetíveis à prisão do que homens brancos das classes média e alta. A lei em destaque não pode ser um mecanismo legitimador das demais opressões, como aquelas de ordem socioeconômica e racial.

3.5. Lesão corporal no âmbito doméstico: ação penal pública condicionada ou incondicionada?

Um tema causador de polêmicas, e de difícil solução, é aquele que diz respeito à natureza da ação penal do crime de lesão corporal no âmbito doméstico.

Preliminarmente, é importante desmascarar o falacioso argumento de que as mulheres se aproveitariam dos "benefícios" conferidos por legislações específicas (com enfoque de gênero) para se vingarem do marido, denunciando-o falsamente por uma agressão que não ocorreu, conforme demonstram pesquisas internacionais sobre o assunto[6], segundo as quais uma ínfima quantidade de mulheres adota esse tipo de postura. No caso do Brasil, a Lei Maria da Penha e as demandas feministas pela erradicação da violência doméstica não podem ser deslegitimadas por conta de um número ínfimo de mulheres que denunciam falsamente seus maridos/companheiros. Em outras palavras, uma exceção casuística não pode ser encarada como se fosse regra.

Feita essa ressalva, nota-se que, no modelo anterior, sob a vigência da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), o papel assumido pelas mulheres em casos de lesões corporais era caracterizado pela manifestação do desejo de representar criminalmente contra o agressor. Tratava-se, portanto, de um crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Wânia Pasinato relata que essa capacidade de "intervenção" no processo nunca foi tratada de forma consensual no movimento de mulheres, chegando a ser considerada como uma armadilha, por conta da falta de informação sobre os procedimentos da lei (e seus possíveis desdobramentos), bem como pelas pressões exercidas pelo agressor para que retirassem a queixa (PASINATO, 2008, p. 342). Isso faz com que muitos considerem ambígua a postura das mulheres diante de situações de violência doméstica. No entanto, tal comportamento é explicado, com maestria, pela feminista Heleieth Saffioti:

> A ambiguidade da conduta feminina é muito grande e compreende-se o porquê disto. Em primeiro lugar, trata-se de uma relação afetiva, com múltiplas dependências recíprocas. Em segundo lugar, raras são as mulheres que constroem sua própria independência ou que pertencem a grupos dominantes. Seguramente, o gênero feminino não constitui uma categoria social dominante. Independência é diferente de autonomia. As pessoas, sobretudo

6. "(...) é um mito que as mulheres denunciam falsamente, que querem se aproveitar do sistema penal para obter benefícios nos processos de separação ou divórcio. Trata-se de um mito falso. Um estudo de quinhentas e trinta sentenças permitiu comprovar que somente uma delas apreciou a probabilidade de que houvesse falso testemunho" (MONTALBÁN, 2012, p. 186, tradução livre). No original: "(...) es un mito que las mujeres denuncian falsamente, que quieran aprovecharse del sistema penal para obtener beneficios en los procesos de separación o divorcio. Es un mito falso. Un estudio de quinientas treinta sentencias permitió comprobar que sólo una de ellas apreció la probabilidad de que hubiera falso testimonio".

> vinculadas por laços afetivos, dependem umas das outras. Não há, pois, para ninguém, total independência. (...) Em terceiro lugar, na maioria das vezes, o homem é o único provedor do grupo domiciliar. Uma vez preso, deixa de sê-lo, configurando-se um problema sem solução, quando a mulher tem muitos filhos pequenos, ficando impedida de trabalhar fora. Entre outras muitas razoes, cabe mencionar, em quarto lugar, a pressão que fazem a família extensa, os amigos, a Igreja, etc., no sentido da preservação da sagrada família. (...) Há, pois, razões suficientes para justificar a ambiguidade da mulher, que num dia apresenta a queixa e, no seguinte, solicitava sua retirada. Isto para não mencionar as ameaças de novas agressões e até de morte que as mulheres recebiam de companheiros violentos. (SAFFOTI, 2004, p. 87-88)

Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que não seria possível "(...) condicionar a ação penal à iniciativa da vítima quando existe relação hierarquizada de poder entre agressor e agredido" (DIAS, 2012, p. 27), o Supremo Tribunal Federal conferiu, no julgamento da ADI 4.424/DF, interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006. Decidiu-se que, nos casos de lesão corporal (leve/grave/gravíssima, culposa ou dolosa), no âmbito doméstico, a ação penal é sempre pública incondicionada.[7]

Entretanto, a mudança na natureza da ação penal não está isenta de críticas. Ao impossibilitar qualquer manifestação da vítima, o Estado está padronizando soluções, como se em todos os casos de violência doméstica houvesse a necessidade de desencadear um processo penal contra o agressor. Além disso, esse modelo parece desconsiderar a autonomia das mulheres em escolher qual a melhor forma de se proteger e em avaliar sua situação futura no relacionamento com o marido/companheiro (LARRAURI, 2008, p. 122-123).

A questão discutida é complexa, e, para além da opção entre ação penal pública condicionada/incondicionada, é preciso recordar que dificilmente o sistema penal escuta as mulheres, reconhecendo somente uma atitude como convencional (ou seja, aquela que denuncia seu agressor e deseja que este seja condenado) e etiquetando os outros comportamentos como desviantes ou incompreensíveis (LARRAURI, 2008, p. 101).

Ambos os modelos (ação penal pública condicionada e ação penal pública incondicionada) apresentam limitações, não sendo possível definir, *a priori*,

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada*. ADI 4.424/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 9 de fevereiro de 2012.

qual deles é mais adequado e/ou vantajoso para solucionar os casos de violência doméstica. De qualquer forma, deve-se tomar como referência a premissa de que, em geral, a mulher deseja simplesmente que a violência cesse, sem que isso represente uma punição para o seu parceiro (DIMOULIS; SABADELL, 2014, p. 12).

3.6. A escassez de recursos como obstáculo à implementação de políticas públicas previstas na lei

Parece ser um consenso entre as feministas o fato de que, apesar de a Constituição Federal brasileira prever uma série de direitos à totalidade dos cidadãos, o grande desafio que se coloca é a implementação de políticas públicas que garantam a concretização desses direitos (FREIRE, 2012, p. 14). No caso da Lei Maria da Penha, sua criação gerou expectativas consideráveis quanto à plena aplicabilidade de seus dispositivos, mas esse entusiasmo foi frustrado pela dificuldade de acesso aos serviços previstos na lei (CAMPOS, 2014, p. 498). Esses serviços foram enumerados didaticamente por Calazans e Cortes:

> A Lei Maria da Penha reafirmou os serviços existentes e previu a criação de novos, perfazendo o total de onze serviços: i) casas abrigo; ii) delegacias especializadas; iii) núcleos de defensoria pública especializados; iv) serviços de saúde especializados; v) centros especializados de perícias médico-legais; vi) centros de referência para atendimento psicossocial e jurídico; vii) Juizados de violência doméstica e familiar contra as mulheres; viii) equipe de atendimento multidisciplinar para auxiliar o trabalho dos Juizados; ix) núcleos especializados de promotoria; x) sistema nacional de coletas de dados sobre violência doméstica; e xi) centros de educação e de reabilitação para os agressores. Todos esses serviços conformam a rede integral de atendimento às mulheres vítimas de violência e são de competência dos Poderes Públicos. No entanto, para que tais serviços sejam criados é preciso que os mesmos façam parte do planejamento governamental. (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 58)

Não obstante a existência desses serviços, a consolidação de políticas públicas destinadas à redução da violência contra as mulheres depende da disponibilidade de recursos orçamentários (COSTA, 2011, p. 310). Essa dependência faz com que os referidos serviços se concentrem somente nas grandes metrópoles, especialmente nas regiões sul e sudeste do Brasil. Mesmo assim, os obstáculos são imensos: desde a defasagem no número de funcionários até a falta de capacitação da equipe e qualidade no atendimento (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 61).

Entretanto, é preciso estar ciente de que, muitas vezes, por detrás do argumento da suposta "escassez de recursos", esconde-se a falta de comprometimento e vontade política (DIAS, 2012, p. 82), por parte dos governos municipal, estadual ou federal. Independente da esfera federativa, é possível dizer que nenhuma delas incorporou definitivamente as pautas de gênero, elegendo-as como prioritárias nos planos de governo.

Esse fator se agrava ainda mais quando se observam os ventos neoliberais e hiperpunitivistas que vêm soprando na política brasileira, marcada recentemente pela aprovação do projeto que permite a terceirização de *qualquer* atividade[8] (comprometendo seriamente os direitos dos trabalhadores), assim como a tramitação, na Câmara dos Deputados, da assustadora Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171/93, que pretende reduzir a maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos[9] (atestando a falência do catastrófico sistema penitenciário brasileiro). Não por um acaso, Loïc Wacquant já anunciava, em uma de suas obras, que o desmoronamento do "Estado caritativo" (de bem-estar social) é prontamente substituído por um Estado penal (WACQUANT, 2007, p. 110).

Considerando as tendências mencionadas, bem como o cenário de crise econômica e política no Brasil, dificilmente os dispositivos da Lei Maria da Penha conseguirão sair do papel, o que compromete seriamente sua plena aplicabilidade e as vidas das mulheres que dependem das políticas públicas previstas na lei.

Nesse contexto, a demanda que se coloca imediatamente é a sua ampla concretização no território brasileiro: instalação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar (JEVDM), núcleos especializados nas Defensorias Públicas e disponibilidade de equipes multidisciplinares, apenas para citar alguns exemplos.

Posteriormente, uma vez consolidados de maneira minimamente uniforme nas regiões do País, será necessário lutar pela qualidade dos serviços oferecidos, capacitando todos os agentes envolvidos em questões de gênero e no atendimento das mulheres em situações de violência.

Para que tais objetivos sejam alcançados, será fundamental o papel de movimentos, organizações, coletivos, partidos políticos e demais entidades,

8. Disponível em: [http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/camara-conclui-votacao-do-projeto-de-terceirizacao.html]. Acesso em: 23.02.2017.

9. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/484871-CCJ-APROVA-TRAMITACAO-DE-PEC-DA-MAIORIDADE-PENAL.html]. Acesso em: 23.02.2017.

incumbidas de pressionar o Estado em suas múltiplas esferas. Essa é uma das possíveis estratégias para superar obstáculos político-orçamentários que ameaçam a efetividade da lei.

3.7. Sobre as mulheres trans: invisibilidade, silenciamento e vulnerabilidade

A última crítica, apresentada brevemente, consiste na abrangência da Lei Maria da Penha quanto às mulheres trans[10]. As palavras da criminóloga feminista Carla Marrone Alimena são suficientemente claras, expondo a problemática e suas implicações:

> A Lei 11.340/06 não parece abranger identidades de gênero, limitando-se a proteger "a mulher" dentro de um esquema de correspondência entre sexo-gênero. Para participar como vítima do rito judicial previsto pela Lei Maria da Penha, a princípio, o sexo que consta no registro civil do indivíduo deve ser o feminino, o que possibilitaria a proteção de alguns transexuais, mas não de travestis e transgêneros registrados como homens. As relações de conjugalidades que podem receber tratamento especial em caso de violência doméstica abrangidas pela Lei Maria da Penha são vinculadas a uma compreensão legal de sexo-gênero-sexualidade como correspondentes (mulher-feminina-heterossexual). É uma lei elaborada para atender, sobretudo, mulheres (vítimas) que se encontrem em relacionamentos heterossexuais com homens violentos (patriarcais) que devem ser contidos pelo Estado (também, patriarcal). A legislação acolhe, de forma não explícita, a violência em caso de conflitos íntimos lésbicos, dando a eles um tratamento especializado em razão do gênero, distinto de relacionamentos homossexuais entre homens, como se nesses não existisse nenhum problema de violência de gênero. Por essa lógica, somente as mulheres podem sofrer violência de gênero. Ainda, a existência dos tra(ns) é desconsiderada pela lei, como se fossem o outro gênero, o não-gênero. (ALIMENA, 2010, p. 81)

De fato, a Lei 11.340/06 não faz menção expressa às travestis e às transexuais, visto que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a *mulher* (art. 1º). Nos seus demais artigos, a terminologia se

10. Apesar da complexidade das discussões sobre os termos identitários, Guilherme Gomes Ferreira constata a existência de algumas narrativas que buscam diferenciar as travestis das mulheres transexuais. Segundo uma dessas possíveis narrativas, a mulher transexual se identificaria com o corpo/subjetividade femininos e, devido ao desacordo entre sua psique e sua estrutura biológica, rejeitaria o pênis e tudo que diz respeito ao masculino. Trata-se de uma mulher "presa" no corpo de um homem. Por outro lado, a travesti não buscaria a cirurgia de redesignação sexual, apresentando um corpo feminino com características masculinas (FERREIRA, 2015, p. 43).

repete (arts. 2º, 3º, 5º, entre outros), indicando *possivelmente* que a lei foi pensada para a proteção apenas das mulheres cisgênero.

Para suprir essa lacuna aparente, foi elaborado o Projeto de Lei 8.032/14, de autoria da deputada Jandira Feghali (PCdoB/Rio de Janeiro), o qual será examinado futuramente pela Câmara dos Deputados, pretendendo que a Lei Maria da Penha se estenda a pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres.[11]

Enquanto as iniciativas legislativas referentes à proteção das pessoas trans não são apreciadas pelo Congresso Nacional, a Lei 11.340/06 mantém sua redação original, ou seja, constando tão somente o termo "mulheres".

Ainda que não haja referência às questões de identidade de gênero, entendemos que, nos casos concretos, os juízes podem aplicar a lei de modo a incluir a proteção das pessoas trans, a partir de uma interpretação extensiva[12] do termo "mulher", englobando também os indivíduos que se identificam como tal. Seria uma solução provisória, pois, conforme bem alertado por Guilherme Gomes Ferreira (2015, p. 44), "Esta ideia já é problemática em si, na medida em que pressupõe um caráter binário do gênero, além do que, busca categorizar as pessoas trans em corpos ou masculinos, ou femininos".

A questão colocada – isto é, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres trans – é recente e ainda não foi apreciada pelas cortes superiores do país (Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF), somente em algumas sentenças isoladas de juízes de primeiro grau, como na decisão da juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, lotada na Comarca de Anápolis, no Estado de Goiânia.

Alguns trechos da referida decisão merecem destaque:

> Pois bem! Compulsando detidamente os autos em testilha observa-se que apesar de constar na capa dos autos de processo o nome da ofendida como sendo "Alexandre Roberto Kley", em verdade a referida pessoa fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 (dezessete) anos atrás como resulta do opúsculo objurgado. (...)

11. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/480438-LEI-MARIA-DA-PENHA-PODERA-VALER-PARA-TRANSEXUAIS-E-TRANSGENEROS.html]. Acesso em: 25.04.2015.

12. Segundo o teórico e filósofo do direito Alysson Mascaro, a interpretação extensiva é "(...) aquela que aumenta o campo de possibilidades hermenêuticas de uma norma jurídica. As hipóteses normativas são ampliadas pelo jurista, de tal modo que previsões originalmente não estipuladas passem a ser compreendidas no âmbito de implicações de uma determinada norma" (MASCARO, 2013, p. 176).

> (...) segundo os argumentos expostos no parecer da ilustre representante ministerial carreado às laudas 21 *usque* 23 do feito sob retina, embora o caso objurgado envolva violência doméstica, não se subsume à disciplina elencada na Lei Federal 11.340/06 já que vítima e autor das agressões "seriam" pessoas do mesmo gênero.
>
> *Prima facie*, parece-me ter ocorrido um equívoco por parte da instituição ministerial já que a vítima é pessoa do sexo feminino e não do masculino. Assim, como ofendida e ofensor não são do mesmo sexo e nem gênero não há que se falar em encaminhamento dos autos ao Juizado Especial Criminal e tão pouco passível de aplicação se torna qualquer dos dispositivos transcritos no ato normativo 9.099/95 em face de expressa proibição da Lei Maria da Penha.
>
> Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade.
>
> Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.[13]

Apesar de não distinguir corretamente alguns conceitos das discussões de gênero (confundindo, por vezes, sexo, identidade de gênero e orientação sexual), e valer-se de termos inadequados (como "opção" sexual), a posição da magistrada é louvável, ao reconhecer a aplicabilidade da Lei Maria da Penha a uma mulher trans, afastando a Lei dos Juizados Especiais. Na ausência de uma lei específica às pessoas trans, estas não podem ter seus direitos fundamentais negados, principalmente num país como o Brasil, que lidera mundialmente o número de mortes de travestis e transexuais.[14]

13. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha na transexualidade (Autos 201103873908)*. Julgado por Ana Cláudia Veloso Magalhães (Juíza de Direito na Comarca de Anápolis-GO) em 23.09.2011. Disponível em: [www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460]. Acesso em: 25.02.2017.

14. Disponível em: [http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-lidera-numero-de-mortes-de-travestis-e-transexuais-aponta-ong,5459c874c0fd3410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html]. Acesso em: 26.02.2017.

Para lidar com essa situação de marginalidade e vulnerabilidade extremas, há um grande obstáculo que se coloca: o fato de o direito moderno funcionar como elemento integrante e legitimador das relações patriarcais (SABADELL, 2013, p. 221). Como esse direito reflete a ideologia patriarcal, parte-se de uma concepção dicotômica das estruturas de gênero, na qual as pessoas precisam se afirmar enquanto masculinas ou femininas. Por isso, é muito difícil para a ciência compreender sujeitos que escapam da lógica binária de gênero (FERREIRA, 2015, p. 45). É justamente nesse ponto que reside a dificuldade de inclusão das pessoas trans no direito, pensado a partir de uma perspectiva cisgênero.

Tendo em vista que a suposta lacuna legislativa ainda não foi apreciada pelas instâncias superiores da justiça brasileira, e que não existe (por ora) um consenso nos movimentos feminista e LGBT sobre a problemática abordada, ela continua sem soluções definitivas. Nesse cenário nebuloso, os esforços devem ser canalizados no sentido de garantir direitos *básicos* às mulheres trans, para que deixem de ser invisíveis e tenham sua vida, integridade (física/psíquica) e liberdade sexual preservadas.

4. Considerações finais

Seria impossível sustentar que a Lei Maria da Penha representou um retrocesso no cenário jurídico-feminista brasileiro. Isso porque ela foi formulada a partir do protagonismo do movimento feminista na política nacional, que se mobilizou para que o Estado passasse a intervir nessa esfera tida até então como "privada". O resultado desse processo seguramente foi positivo, conferindo um tratamento jurídico mais adequado à violência doméstica.

Contudo, a lei convive com diversos obstáculos, principalmente em relação à falta de recursos estatais para concretizar políticas públicas de enfrentamento da violência contra a mulher. Além disso, a visão patriarcal do Poder Judiciário é um fator que contribui ainda mais para a dupla vitimização das mulheres, uma vez que os magistrados, ao julgarem casos que envolvem violência doméstica, reproduzem uma série de preconceitos machistas, o que, em última instância, acaba por manter intactas as relações patriarcais.

Embora existam múltiplas críticas direcionadas à Lei 11.340/06, algumas delas não devem ser integralmente recepcionadas. Em primeiro lugar, demonstrou-se, por meio dos relatórios do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que não se trata de uma lei que promove o encarceramento, como afirmam alguns criminólogos críticos. No mesmo sentido, observando seus dispositivos legais, não se pode dizer que há um caráter predominantemente

punitivista, pois poucos artigos preveem o aumento da pena ao agressor ou qualquer medida de caráter penal/processual penal.

Apesar do extenso rol de críticas e insuficiências, é preciso apontar as potencialidades da lei, principalmente no que diz respeito ao agressor, com o intuito de romper com o ciclo de violência. Esse rompimento pode ocorrer por meio dos "programas de reabilitação", iniciativa já realizada nos Estados Unidos, na Inglaterra e em alguns países europeus (LARRAURI, 2008, p. 133), também prevista na legislação brasileira.[15] O sucesso dos referidos programas depende não apenas de recursos financeiros mas também das equipes de atendimento multidisciplinar (art. 29 da Lei 11.340/06), que podem viabilizar um tratamento diferenciado aos casos de violência doméstica. A complexidade dessas propostas, entretanto, exigiria o espaço de outro(s) artigo(s), mas, mesmo assim, devem ser destacadas enquanto potenciais alternativas ao sistema penal, na luta pela consolidação de um direito penal mínimo que não estigmatize ainda mais vítimas e agressores.

5. Referências bibliográficas

ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível*: feminismos e criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-37.

BARSTED, Leila Linhares. Metade vítimas, metade cúmplices? A violência contra as mulheres nas relações conjugais. In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Feminino, masculino*: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 74-84.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. ix-xxiii.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor: artigo 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307-314.

15. Observe-se o art. 152, parágrafo único, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP): "Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação".

BIANCHINI, Alice. Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 8º. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 215-232.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-63.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: desafios para a integração de novos sujeitos de direitos. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska (Org.). *Estudos feministas e de gênero*: articulações e perspectivas. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014. p. 490-504.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria feminista do direito e violência íntima contra mulheres. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 33-42, jan.-mar. 2012.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.

COSTA, Bruna Santos; SANTOS, Luana Borges. A Lei Maria da Penha. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenses Dias da. *Introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: CEAD/FUB, 2011. (Série o Direito Achado na Rua, v. 5). p. 207-212.

COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca. A atuação diversificada e necessária do juiz e a efetividade das leis de igualdade de gênero. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 173-181, jan.-mar. 2012.

DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil*. População carcerária: sintético, 2008. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C--1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 20.04.2015.

DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil*. População carcerária: sintético, 2009. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 20.04.2015.

DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil*. População carcerária: sintético, 2010. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574

E9CE=3-7CD437-A-5A6B22166-A2D896E7%D&Team=&params=itemID-%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 20.04.2015.

DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil*. População carcerária: sintético, 2011. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 20.04.2015.

DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil*. População carcerária – sintético, 2012. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA-3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 20.04.2015.

DIAS, Maria Berenice. A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 15, n. 64, p. 297-312, jan.-fev. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. Domestic violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *Research Paper Studies*: Legal Studies (Paper n. 86). Escola de Direito da FGV, Feb. 2014.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões*: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015.

FREIRE, Nilcea. Violência de gênero e políticas públicas no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 12-19, jan.-mar. 2012.

KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar.-abr. 2008.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*: violencia doméstica. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

LAURENZO, Patricia. El derecho penal frente a la violencia de género. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 142-154, jan.-mar. 2012.

MAGALHÃES, Nayara Teixeira. A eficácia da Lei Maria da Penha e o acesso à justiça. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenses Dias da. *Introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: CEAD/FUB, 2011. (Série o Direito Achado na Rua, v. 5). p. 213-220.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O feminismo como contributo para o terror penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 297-305.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Adriana Ramos de. A importância da formação dos operadores do direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 59-69, jan.-mar. 2012.

MONTALBÁN, Inmaculada. Género, violencia y derecho. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 182-188, jan.-mar. 2012.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/06. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-142.

PASINATO, Wânia. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 70, p. 321-360, jan.-fev. 2008.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*: criminalidade, exclusão e insegurança. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PRATA, Ana Paula da Silva Brito. Mobilizações feministas e políticas de igualdade de gênero no Brasil: um estudo da campanha da Lei Maria da Penha. *Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 5, p. 7-19, 2008.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentos e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 840, p. 429-456, out. 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SENADO FEDERAL. *Pesquisa de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Relatório analítico. Brasília: Senado Federal, DataSenado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 81-104.

TELES, Maria Amélia de Almeida. O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 86, p. 381-392, set.-out. 2010.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. rev. e ampl. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, v. 3, n. 5, 1982.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dez anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para aonde?, de Carmen Hein de Campos – *RT* 974/155-170 (DTR\2016\24519);
- Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, de Eduardo Cambi e Emmanuella Magro Denora – *RBCCrim* 133/219-255 (DTR\2017\1847);
- Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos, de Lenio Luiz Streck e Vinicius de Melo Lima – *RBCCrim* 111/333-357 (DTR\2015\248); e
- O olhar jurídico feminino sobre a violência de gênero, de Virgínia de Fátima Marques Bezerra – *RT* 971/19-46 (DTR\2016\23071).

Estado y Futuro del Derecho Penal Comparado

State and the future of Comparative criminal law

Kai Ambos

Profesor de la Universidad Georg-August de Gotinga (Alemania)
y juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya.
kambos@gwdg.de

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumen: El derecho penal comparado se encuentra ante nuevos retos, debido a la globalización e internacionalización del derecho, así como a la aparición de nuevas amenazas (terrorismo, criminalidad cibernética). Esta situación permite plantear la siguiente pregunta: ¿puede esta disciplina hacer un aporte significativo para mejorar la seguridad de los ciudadanos? Para responder a este interrogante es necesario realizar algunas precisiones fundamentales, especialmente con relación a los siguientes temas: concepto e historia del derecho penal comparado (al respecto A.); su importancia y funciones (al respecto (B.); sus objetivos, métodos y fundamento normativo (al respecto C.); así como sobre el estado de la investigación y su enseñanza (al respecto D.). El análisis detallado de todos estos aspectos tendría que ser tratado en una monografía particular; por esta razón, las notas al pie del presente trabajo contienen numerosas referencias. Las alternativas y la importancia que el derecho penal comparado puede tener en el futuro (al respecto E.) dependen de la forma como se afronten los retos a los que se ha hecho alusión.

Palabras clave: Derecho (Penal) Comparado (Historia – Objetivos – Métodos – Funciones – Fundamento Normativo) – Comparative Criminal Justice – Comparación Cultural – Internacionalización – Globalización.

Abstract: Comparative criminal law is currently facing the new challenges posed by the globalisation and internationalisation of law on the one hand and novel threats such as terrorism and cybercrime on the other. Thus, the question arises whether it is actually possible for comparative criminal law to make a meaningful contribution to improving citizens' security? Some fundamental issues need to be clarified before this question can be answered: the concept and history of comparative criminal law (see A.), its significance and function (B.), its aims and methods as well as its normative foundation (C.), and the current state of research and teaching in the field (D.). All of these points merit further attention in their own right, and to this end references to additional literature on each topic are provided in the footnotes. The outlook for and future practical significance of comparative criminal law (E.) will depend on how the field responds to the abovementioned challenges.

Keywords: Comparative (Criminal) Law (History – Objectves – Methods – Functions – Normative Foundation) – Comparative Criminal Justice – Cultural Comparison – Internationalisation – Globalisation.

Sumário: 1. Fundamentación: Concepto e historia. 1.1 Concepto. 1.2. Historia. 2. Importancia y funciones del derecho penal comparado. 2.1. Importancia. 2.2. Funciones. 3. Objetivos, métodos y fundamento normativo. 3.1. Objetivos. 3.2. Métodos. 3.3. Fundamento normativo. 4. Situación de la investigación y enseñanza del derecho penal comparado. 4.1. Perspectivas. 5. Referencias bibliográficas. 5.1 Referencias de internet.

1. Fundamentación: Concepto e historia

1.1. Concepto

Por[*] [**] "derecho penal comparado" se debe entender, al menos en sentido programático y si se toma en serio este concepto, la investigación comparativa del derecho penal extranjero,[1] lo cual, en sentido amplio, debe comprender

* La versión original en alemán de este trabajo será publicada en la revista *Rechtswissenschaft* de la editorial Nomos con el título *"Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung"*. Traducción al español por Gustavo Emilio Cote Barco, LLM y candidato Dr. jur. en la Universidad Georg-August de la ciudad de Gotinga (Alemania), profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia).

Nota del traductor: las citas textuales en alemán tanto del texto principal como de los pies de página han sido traducidas y la versión original se encuentra entre corchetes. Asimismo, las citas textuales en inglés que se encuentran en el texto principal también se han traducido, no así las que se encuentran en los pies de página, dada la extensión de los mismos. Tampoco han sido traducidas las citas textuales en francés. Adicionalmente, se debe advertir que el término "*Strafrechtsvergleichung*" podría ser traducido de forma literal más exactamente como "comparación del derecho penal", lo cual permitiría expresar con mayor claridad que la expresión "derecho penal comparado", que dicho término no designa una "rama" del derecho penal, sino más bien una aproximación metodológica a su estudio. Sin embargo, se ha mantenido la expresión "derecho penal comparado", dado que ésta resulta más común en el ámbito hispanohablante.

** Las opiniones expresadas en el presente trabajo corresponden a la condición de investigador del autor – Agradezco a mis estudiantes asistentes M. Nißle y J. Schlake por su apoyo en la investigación y formateo del texto.

1. Para un concepto de derecho comparado de esta clase ver en general por ejemplo *E. Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978, p. 86 ("derecho comparado significa que las disposiciones jurídicas de un Estado son discutidas junto con las disposiciones de otro ordenamiento jurídico o con todos, pasados o presentes, los que sea posible. Nosotros investigamos qué preguntas son formuladas aquí y allá y cómo se responden, luego, cómo se relacionan las respuestas entre ellas" ["*Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates ... mit den Rechtssätzen einer*

también al derecho procesal penal así como a la administración de justicia –en el sentido de una comparación integral de la justicia penal (*"comparative criminal justice"*).[2] Solo de esta manera es posible una comparación estructural tal y como se explicará más adelante. En lo que a la comparación se refiere, ésta puede tomar como base el ordenamiento jurídico propio, para valorarlo teniendo en cuenta el derecho penal extranjero; aunque los ordenamientos jurídicos objeto de análisis simplemente pueden compararse sin llevar a cabo ninguna valoración.[3] En todo caso, es difícil establecer un único concepto de "derecho penal comparado", dado que éste se adapta de forma dinámica de acuerdo con los fines u objetivos que se persiguen con cada comparación.[4] En este sentido, es posible afirmar que el derecho penal comparado se dirige de cierta manera a un *"moving target"*, por lo cual "captarlo en una definición global pero que al mismo tiempo sea específica y tenga validez general" parece "casi imposible".[5] Además, el objeto de la comparación puede variar conside-

anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten.]); ver también *A. Junker*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, p. 921 (922) (Comparación como "proceso" ["Vorgang"]).

2. Fundamental *D. Nelken*, Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference, Los Angeles: Sage 2010. Este concepto es empleado con frecuencia para referirse a la comparación normativa del derecho penal sustancial y procesal, ver por ejemplo *E. Grande*, Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise, en: M. Bussani/U. Mattei (ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge 2012, p. 191-204; también *P. Roberts*, On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice, Oxford Journal of Legal Studies 22 (2002), p. 539-561 (revisando *D. Nelken,* Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There, Aldershot, Hants, England; Vermont, Vt.: Ashgate/Dartmouth 2006).

3. Ver *A. Eser*, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, en: H.-J. Albrecht (ed.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, p. 1499 (1501).

4. Ver *A. Eser*, Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden, en: A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 929 (941) con más referencias en el pie de página 7 ("el concepto depende decisivamente de la finalidad que se persiga con la comparación [wonach das Verständnis des Begriffs "offenbar entscheidend davon abhängt, "welcher Zweck damit gerade verfolgt wird."]).

5. [*"fast aussichtslos"*] , [*"in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen"*] *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1500.

rablemente:[6] es posible comparar solamente el derecho positivo –en el sentido del antiguo derecho comparado legalista (dogmático-conceptual y normativo)– o incluir también los valores que le son subyacentes; asimismo, es posible ir más allá de lo normativo y tomar como punto de referencia problemas concretos para investigar las respuestas que estos han generado –en el sentido del método funcional, aún hoy dominante–, para lo cual es posible concentrarse en los problemas sociales concretos (*"problem-solving approach"*) o incluir también en el análisis las instituciones jurídicas que se han implementado para solucionarlos (*"functional-institutional approach"*). De hecho, las condiciones socioculturales de los ordenamiento jurídicos particulares también pueden ser objeto de comparación (*"Kulturvergleich"*). Sobre esto se volverá más adelante.[7] En consecuencia, siguiendo la definición de *Rheinsteins* aún hoy válida, es posible afirmar que el derecho comparado es "una ciencia del derecho (entendido como producto social) empírica, que investiga la correspondencia de la vida en sociedad con las normas legales",[8] o, según una definición más reciente de *Eser*, "una comparación de diferentes derechos, científica y sistemáticamente dirigida a un objetivo específico y de acuerdo con esto metodológicamente adaptada".[9] Por otro lado, el derecho comparado, en cuanto comparación de la justicia penal tal y como se ha entendido sobre todo en el ámbito angloamericano, se pregunta de manera más general y decididamente más empírica (en contraste con las anteriores definiciones), sobre cómo "las personas e instituciones en diferentes lugares" tratan con "problemas de delincuencia",[10] para lo cual la atención se centra la mayoría de las veces en la ejecución penal y en los operadores judiciales.[11] Este tipo de comparación parece más adecuada que la

6. Ver también *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1501; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1050-1056 con más referencias.

7. Al respecto ver más adelante apartado C.II.

8. [*"empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturerscheinung"*] *M. Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1987, p. 21.

9. [*"ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte"*] *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 962; más sencillo *J. Pradel*, Droit pénal comparé, Paris: Dalloz 2008, p. 3 (*"l'étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux"*).

10. [*"people and institutions in different places"*] , [*"crime problems"*] *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 1.

11. *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 1 (*"... links between crime, social order and punishment, and explores the roles played by police, prosecutors, courts, prisons and other actors and institutions in the wider context of various forms of social control."*).

propuesta por los enfoques tradicionales para abordar los retos a los que se ha hecho referencia.

1.2. Historia

La importancia del derecho penal comparado fue descubierta desde principios del siglo XIX.[12] Anselm *von Feuerbach* (1775-1833) no solo se sirvió teóricamente del empirismo del método comparativo con miras a la creación de una –también históricamente orientada[13]– "jurisprudencia

12. Ver *H.-H. Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung, Tübingen 1955, p. 10 (10-24); *Pradel*, Droit (nota al pie 9), p. 16 ff.; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1503 s.; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 943 s., 949. – en general sobre la historia del derecho comparado *H. Jung*, Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: R. De Giorgi (ed.), Il dirito e la differenza: scriti in onore di Alessando Baratta, Vol. 1, Lecce: Pensa mulimedia 2002, p. 361; *Grande*, Comparative (nota al pie 2), p. 193; *W. Heun*, Die Entdeckung der Rechtsvergleichung, en: W. Heun/F.Schorkopf (ed.), Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne, Göttingen 2014, p. 9 (10 ss.) (quien ubica este desarrollo alrededor del año 1800, pero ve un auge en la primera mitad del siglo XIX con Feuerbach); *J. Basedow*, Comparative Law and its Clients, American Journal of Comparative Law (AJCL) 62 (2014), p. 821, 827 ss. (*"not before the end of the nineteenth century"*, 829; diferencia seis niveles de desarrollo); *M. Siems*, Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 10 (*"traditional comparative law"* a principios del siglo XX). Sobre la importancia, incluso más temprana, de los estudios comparados en otras áreas (etnología, linguística, religión, etc.) como *"scientific method* ver *N. Jansen*, Comparative Law and Comparative Knowledge, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 305 (318 ss.).

13. Sobre la relación entre derecho comparado e historia del derecho, primero durante la República de Weimar, ver *S. Vogenauer*, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen "Emanzipation durch Auseinanderdenken", RabelsZ 76 (2012), 1122 ss.; también *H. Kötz*, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, JZ 1992, p. 20 (21 s.) ("madera del mismo tronco" [*"Holz vom gleichen Stamm"*]); *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 923 ("la misma raíz" [*"dieselbe Wurzel"*]); *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12) p. 15 s., 19; para un enfoque decididamente histórico ver *A. Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1. edición, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974, p. 1 (3) (derecho comparado como *"Legal History concerned with the relationship between systems"*, p. 6); al contrario, resaltando las diferencias *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, § 1 notas marginales (nm.) 27 ss. (en el marco de la investigación histórica no se discute sobre la interpretación correcta del derecho extranjero por

universal",[14] sino que de esta misma manera utilizó el derecho procesal penal comparado en su lucha por la reforma al proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta especialmente los desarrollos que habían tenido lugar en Francia.[15] Posteriormente, Karl Joseph Anton *Mittermaier* (1787-1867) y Heinrich Albert *Zachariä* (1806-1875), discípulos de Feuerbach, también se inspiraron en la perspectiva comparada con este mismo objetivo.[16] Así pues, el proceso penal alemán (reformado) liberal no hubiera sido posible sin los modelos francés y angloamericano.[17] A principios del siglo XX *Franz von Liszt*, "el gran impulsor y promotor del derecho comparado en el área del derecho penal",[18] presentó su teoría, de orientación empírica, según la cual el derecho comparado debía informar sobre la "dirección del desarrollo" de la vida en sociedad, para permitir al legislador la "intervención decidida" en dicho desarrollo o la "proposición

---

medio de entrevistas con juristas prácticos, de manera que la comparación estructural a la que se hace referencia más abajo (nota al pie 119 ss.) no es posible).

14. *P.J.A. von Feuerbach*, Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen (1810), en: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152 (163).

15. *P.J.A. von Feuerbach*, Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Aalen 1825. Con relación a Feuerbach también *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 11 f.; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1503; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 943 s.; *M. D. Dubber*, Comparative Criminal Law, en: Reimann/Zimmermann (ed.), Handbook (nota al pie 12), p. 1287 (1292 ss.: "*good place to start*"). Sobre la importancia especial del desarrollo en Francia ver *T. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. edición, Berlin 2011, p. 88 ss.

16. Vgl. *C. J. Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart und Tübingen 1845; *Mittermaier,* das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt, Erlangen 1851; *H. A. Zachariä*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846; al respecto también *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, p. 288 ss., 292 s., 297.

17. *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1512.

18. [*"der große Förderer und Anreger der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafrechts"*] *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10.

consciente de objetivos"[19] y así identificar los "rasgos del 'derecho correcto'".[20] Además, bajo la influencia decisiva de Liszt, apareció a principios del siglo XX (1905-1909) en 16 tomos la "Presentación comparativa del derecho penal alemán y extranjero",[21] la cual traía consigo los primeros lineamientos del derecho penal comparado legislativo[22] y ha sido definida por Leon Radzinowicz como un "hito en la historia de los estudios penales comparados";[23] con esto, el derecho penal comparado debería haberse erigido como una disciplina autónoma.[24] De hecho, incluso antes se comenzó con la "Edición de Códigos Penales no alemanes en traducción alemana",[25] la cual, aunque en forma diferente, subsiste hasta hoy.[26]

19. ["*Entwicklungsrichtung*"] ... ["*zielbewußtes Eingreifen*"] ... ["*die bewusste Zwecksetzung*"] *F. v. Liszt*, Tötung und Lebensgefährdung (§§ 211-217, 222 RStGB), en K. Birkmeyer entre otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905-1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 (4 s.).

20. ["*Kennzeichen des 'richtigen Rechts'*"] *F. v. Liszt*, Das „richtige Recht" in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), p. 91 (95) ("en la tendencia empírica existente de la vida social organizada en el Estado visualizo la marca del 'derecho correcto'; solo de esta manera es posible construir un sistema científico de la política" ["*In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich als das Kennzeichen des 'richtigen Rechts'; nur auf dieser Grundlage lässt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen*"]); *ders.*, Das „richtige Recht" in der Strafgesetzgebung, ZStW 26 (1906), p. 553 (556). Sobre v. Liszt también *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10 s.; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949.

21. ["*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*"] Birkmeyer entre otros (ed.), nota al pie 19.

22. Sobre el origen histórico del derecho comparado legislativo ver *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 13 ss., el cual es visto por este autor –junto con el derecho comparado científico y jurídico-práctico– como una de las raíces del derecho comparado moderno.

23. ["*landmark in the history of comparative penal studies*"] *L. Radzinowicz*, International Collaboration in Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), p. 110 (128).

24. Ver también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 943 (ningún método sistemático o disciplina especial del derecho comparado hasta finales del siglo XIX).

25. ["*Edition außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung*"] *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 13, 15 (de 1888 a 1942 54 tomos, después otra vez a partir de 1952). La sección extranjera de la revista ZStW fue fundada solo hasta 1953 como boletín informativo (*Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 15 con pie de página 19).

26. Vgl. [https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html].

Paralelamente se dio una cierta *institucionalización* del derecho comparado, por medio de la creación de varias asociaciones,[27] de las culaes se deben mencionar dos en especial: en primer lugar, en 1888 fue fundada la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* por Liszt, van Hamel und Prins,[28] y luego, como su sucesora, en el año 1924 y por iniciativa francesa la AIDP.[29] En el ámbito del *common law*, aunque considerablemente después (1989), se estableció la *Society for the Reform of Criminal Law* con sede en Canadá.[30] A nivel científico el trabajo de estas asociaciones ha sido complementado por organizaciones especializadas dedicadas a la investigación, especialmente por el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo, el cual hace parte de la Sociedad Max-Planck desde 1965.[31]

2. Importancia y funciones del derecho penal comparado

2.1. Importancia

Si bien aquí no se pretende sobredimensionar la relevancia del derecho (penal) comparado al punto de llegar a considerarlo como el "oficio de la época",[32] su importancia difícilmente puede ser exagerada en tiempos de globalización

27. *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), 16 ss.; *Pradel*, Droit (nota al pie 9), p. 21 ss.; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1504 s.; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949 s.
28. *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 12 s., 17; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1505.
29. *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 18 s., sobre el grupo alemán [Landesgruppe] de Adolf Schönke fundado en 1951 ver p. 24.
30. *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1505. La revista oficial de esta sociedad es la "Criminal Law Forum", Springer, cuyo editor "*in-chief*" es el autor de este texto.
31. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 947 s. con más referencias (el cual surgió de un instituto fundado por Adolf Schönke en el año 1938 en la Universidad de Friburgo); ver también *Pradel*, Droit (nota al pie 9), p. 24 s.
32. Así *A. von Bogdandy*, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, p. 1; *del mismo autor*, Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015, p. 145; similar *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 950 s. ("... probablemente no ha habido época en la que el llamado al derecho comparado haya sido tan fuerte como hoy en día" ["... wahrscheinlich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre."]).

e internacionalización del derecho.[33] La globalización ha conducido a una institucionalización masiva en forma de organizaciones y asociaciones supranacionales –las cuales operan a nivel mundial o regional, como instituciones públicas o privadas–, que generan[34] una enorme demanda de estudios legales comparados y en las que miles de juristas procedentes de varias naciones día a día deben realizar análisis comparativos, dando lugar a una *"comparación viva de sistemas jurídicos"*.[35]

33. Sobre el incremento en general de la importancia debido a cinco factores ver *U. Sieber*, Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Berlin 2006, p. 78 (80 ss.); sobre cuatro fenómenos en particular *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 951-953 (de un "mercado de oferta a uno de demanda" [*von "Angebots- zu einem Nachfragemarkt"*]); *del mismo autor*, Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), FS Streng, Heidelberg 2017, p. 669 (672 s.); ver también *H. Jung*, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung, JuS 1998, p. 1 ("importancia creciente" [*"Bedeutungszuwachs"*]), 7 ("nueva era..." [*"neue Ära ..."*]); *del mismo autor*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 380 ("efecto estimulante de la europeización e internacionalización" [*"stimulierende Wirkung von Europäisierung und Internationalisierung"*]); *del mismo autor*, Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff, GA 2005, p. 1 (2 s.) (derecho comparado como "ganador" de la internacionalización [*Strafrechtsvergleichung als "Gewinner" der Internationalisierung*]); *T. Weigend*, Criminal Law and Criminal Procedure, en: J. M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 (215 ss.) (*"increase of its relevance"*); *S. Beck*, Strafrecht im interkulturellen Dialog, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 65 (66) ("reactivación" [*"Wiederbelebung"*]); *F. Meyer*, Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 87 (87-89) ("mayor impulso" [*"ungeheurer Auftrieb"*]). – respecto a la influencia de la globalización sobre el derecho comparado ver *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 825 s., 837, 857; sobre *"global comparative law"* en este sentido *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 187 ss. (quien diferencia entre *"hegemonic and counter-hegemonic globalisation"* así como *"globalised localism"* y *"localised globalism"*), sobre el debilitamiento de las fronteras estatales (*"fading state borders"*) a través de convergencia de normas jurídicas, regionalización y transnacionalización p. 222 ss.

34. Para un enfoque basado en la demanda ver *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837 ss. (quien diferencia entre *"clients"* de la academia, *"legal professions"*, *"legislature"* y las *"unification agencies"*).

35. [*"living comparison of laws"*] ver *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 854-6, 857 (*"massive institutional foundation for comparative law"*, *"institutional side of globalization"*).

Para el *derecho penal supranacional* la importancia del derecho comparado surge de las mismas fuentes legales primarias,[36] especialmente de los derechos fundamentales europeos, derivados desde tiempo atrás de las "tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros".[37] Adicionalmente, la "aproximación de las legislaciones penales",[38] propuesta en el marco del *derecho penal de la Unión Europea (EU)*, así como la creación de "normas mínimas" tanto en el campo del derecho penal procesal como material,[39] supone, en primer lugar, determinar mediante investigaciones comparativas sobre los sistemas legales de los Estados que pertenecen a la UE, en dónde existe dicha necesidad de aproximación. Para establecer normas procesales mínimas se deben tener en cuenta, además, "las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos" de dichos Estados.[40] Estas diferencias se deben identificar precisamente mediante investigaciones de derecho comparado. La posibilidad de iniciar el trámite de "suspensión del procedimiento legislativo", prevista en el Tratado de Lisboa, cuando un "proyecto de directiva" dirigida a la aproximación de las legislaciones internas afecta "aspectos fundamentales" del sistema de justicia penal de uno de los Estados miembros,[41] exige también a la Comisión, en cuanto iniciadora del trámite legislativo, tener en cuenta este tipo de aspectos al proponer cada proyecto, anticipando al mismo tiempo las posibles reservas que los Estados puedan presentar; nuevamente, esto exige que la Comisión esté familiarizada –mediante estudios comparativos– con los fundamentos de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. A nivel operativo, los órganos de la UE a los que se les ha confiado realizar investigaciones transfronterizas (Europol, OLAF,

36. Sobre esta influencia vertical de arriba hacia abajo también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 999-1001.

37. [*"aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten"*] Ver art. 6 (3) Tratado de la Unión Europea (TUE).

38. Art. 67 (3) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); también art. 82 (1) TFUE, art. 83 (2) TFUE; sobre reparación de perjuicios "de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros" ver art. 340 (2) TFUE.

39. Para el derecho procesal penal ver art. 82 (2) TFUE ("para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza"); para el derecho penal material ver art. 83 (1) TFUE ("normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza").

40. Art. 82 (2) TFUE.

41. Art. 82 (3), art. 83 (3) TFUE.

Eurojust y la futura fiscalía europea)[42] se deben ocupar permanentemente de la interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados miembros, ya que, debido a la inexistencia de un verdadero derecho procesal penal europeo, dichas investigaciones se deben realizar conforme al sistema legal del Estado en donde se lleven a cabo este tipo de actividades en concreto (*lex loci*), de manera que las investigaciones criminales transfronterizas suponen la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. Precisamente aquí se evidencia el cambio de perspectiva desde el plano nacional al supranacional y europeo.[43] En el marco del Consejo de Europa, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha ocupado de asuntos que involucran problemas jurídico-penales (materiales y procesales) que exigen un conocimiento profundo del derecho del Estado demandado.[44] Asimismo, la prohibición europea de doble persecución penal[45] requiere una decisión que ponga fin al proceso en el Estado que en un primer momento ha juzgado a la persona en cuestión,[46] pues bien, la clasificación legal de dicha decisión, necesaria para determinar si en el caso concreto la prohibición de doble persecución es aplicable, no es posible si no se conoce el derecho procesal extranjero relevante.[47]

En el área del *derecho penal internacional* se tienen los principios generales del derecho en sentido clásico –entendidos como los principios comunes a los ordenamientos jurídicos más importantes[48]– como una de las fuentes que aquí

42. Sobre estos órganos ver *K. Ambos*, Internationales Strafrecht, München: Beck, 5. edición 2018, § 13; en castellano *Ambos*, Derecho Penal Europeo, Madrid: Thomson Reuters, 2017, Cap. V nm. 1 ss.
43. Sobre europeización metodológica ver *von Bogdandy*, Internationalisierung (nota al pie 32), p. 144-6.
44. Ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 10 nm. 12 ss.; *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. II nm. 16 ss. y 104 ss.
45. Ver art. 54 Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa y art. 50 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
46. Al respecto y sobre las demás condiciones ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 10 nm. 163 ss.: *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. II nm. 161 ss.
47. Ver en este sentido también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 994 s.
48. Solo en este contexto puede reclamar cierta relevancia la división entre "familias jurídicas" (clásico al respecto *R. David*, Les grands systèmes de droit contemporains, 1. edición., Paris: Dalloz, 1964, p. 12 s.; *R. David/C. Jauffret-Spinosi*, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris: Dalloz 2002, p. 15 s.; *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996, p. 62 ss.;

siempre se han reconocido.[49] Esto se desprende de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional,[50] acogida en el Estatuto de Roma (ER) para

---

Siems, Comparative Law, nota al pie 12, s. 73 ss.), especialmente la distinción entre el ámbito angloamericano ("*common law*") y germano-románico ("*civil law*"), en la medida en que permite –por decirlo de alguna manera, desde una primera mirada– delimitar la investigación a ordenamientos jurídicos representativos (asimismo *P. de Cruz*, Comparative Law in a Changing World, 3. edición, London: Routledge-Cavendish 2007, p. 35; *Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, p. 493, 504 ("primera orientación a grandes rasgos" ["*erste grobe Orientierung*"]); *Siems*, en el lugar indicado, p. 92 ("*didactic aim*"); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 19, 25 f.). Por lo demás, dicha divisón se debe rechazar, debido a que ignora las diferencias que existen al interior de cada "familia" –por ejemplo entre el derecho penal inglés y el de los Estados Unidos (a nivel federal) o entre el Derecho francés y el alemán– y resalta solo las similitudes, en otras palabras, tiende a la simplificación; además, tiene un sesgo hacia el derecho civil y margina a los ordenamientos jurídicos no occidentales, como aquellos de las antiguas colonias o del mundo islámico y budista (ver críticas de Kötz, en el lugar arriba indicado, p. 495 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7, 80 ss.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 11-17, 20-24; crítico también *H. Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (399 ss.), aunque él mismo propone una división jerárquica (412 ss., 416 ss.); *J. Husa*, Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?, Revue Internationale de Droit Comparé 56 (2004), p. 11 ss.; *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 219; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1069 s.; antes también *G. Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), p. 411 (442 s.)). – También existen otros intentos de división, por ejemplo, a nivel general entre tradiciones jurídicas, ver *H. P. Glenn*, Legal traditions of the world: sustainable diversity in law, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1 ss., 60 ss. (crítico al respecto *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 131 ss.); o desde una perspectiva político-criminal según modelos de Estado y de sociedad, *M. Delmas-Marty*, Les grands systèmes de politique criminelle, Paris: Presses universitaires de France 1992, p. 81 ss. Sobre las "*units of comparison*" ver también *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 28 ss.

49. Ver, aunque algo exagerado, *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 31 (lucha contra la "criminalidad internacional" a través del derecho comparado; especial responsabilidad con relación a la creación de un "derecho penal internacional", el cual "en cuanto consciencia objetiva de la humanidad está llamado a asegurar... los grandes postulados de la justicia frente a los efectos del «odio incondicional» de los tiempos de guerra" [*Bekämpfung des "internationale[n] Verbrechertum[s]" durch Rechtsvergleichung, besondere Verantwortung bezüglich der Schaffung eines "völkerrechtlichen Strafrechts", nämlich als "das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten ... zu sichern gegen die Auswirkungen des «bedingungslosen Hasses» der Kriegszeit ..."*]); recientemente también *L. Chiesa*, Comparative Criminal Law, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1089 (1093 s.); *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1013.

50. Ver art. 38 (1) (c) ER ("*general principles of law recognized by civilized nations*").

el derecho penal internacional contemporáneo.[51] La existencia de la Corte Penal Internacional (CPI), así como de varios tribunales penales internacionales, ha contribuido para que el derecho penal comparado adquiera una importancia práctica enorme,[52] aunque la práctica judicial la mayoría de las veces no va más allá de una selección arbitraria ("*cherry picking*")[53] de ordenamientos jurídicos nacionales, razón por la cual en este contexto sería deseable un proceder más sistemático.[54] Sobre esto se volverá más adelante.[55]

En el *derecho de la cooperación judicial* [*Rechtshilferecht*] existe un contacto permanente con ordenamientos jurídicos extranjeros y, dependiendo del tipo de cooperación –extradición/entrega, "pequeña" asistencia judicial o cooperación en la ejecución de decisiones judiciales– y de relación jurídica entre los Estado –mediada o no por un tratado internacional, bilateral o multilateral–, los conocimientos sobre el derecho del Estado requirente o requerido son necesarios o por lo menos útiles. Incluso en un sistema como la UE, en el cual cada vez adquiere mayor relevancia el reconocimiento mutuo[56] de las decisiones judiciales, el derecho interno no es desplazado completamente por el derecho secundario,[57] sino que de hecho puede aparecer como una de las

51. Ver art. 21 (1) (c) ER ("*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime ...*"). Al respecto también *Grande*, Comparative (nota al pie 2), p. 191; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 991 (aplicación subsidiaria del derecho extranjero en el marco del derecho penal comparado judicial [*subsidiäre Fremdrechtsanwendung im Rahmen judikativer Strafrechtsvergleichung*]), (1002).

52. Ver También *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 217.

53. Así la crítica formulada especialmente en los Estados Unidos al uso del derecho comparado por parte de los tribunales, ver *M. Siems*, Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press 2014 (e-book), p. 147; *T. Kadner Graziano*, Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), Courts and Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 25 (30) con más referencias.

54. Ver también *P. Roberts*, Comparative Law for International Criminal Justice, en: E. Örücü/D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Oxford: Hart 2007, p. 339 (340, 350 ss., 363, 365) (quien aboga por un *"more explicit, systematic, and methodologically astute recourse to comparative legal method"* y en este sentido discute seis áreas).

55. Ver apartado C.II.

56. Sobre este principio ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 9 nm. 26 s.; *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. I nm. 25 ss.

57. Sobre los instrumentos de la UE con carácter de derecho secundario ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 12 nm. 14 ss.; *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. IV nm. 14 ss.

razones para rechazar una petición o requerimiento[58] o para la imposición de condiciones para la ejecución de una determinada decisión judicial.[59] En la clásica asistencia judicial basada en un tratado de cooperación, el principio de la punibilidad recíproca supone examinar el derecho penal del Estado requirente,[60] de manera similar a lo que ocurre en el contexto de las normas sobre la aplicación del derecho penal a hechos cometidos en el extranjero respecto al derecho del lugar en donde se ha consumado la conducta punible.[61] Cuando no existe tratado la situación depende del Estado requerido, razón por la cual es recomendable estar familiarizado desde antes con su sistema legal y sobre todo con su práctica en esta materia.

2.2. Funciones

Estos ejemplos muestran que el derecho comparado, por un lado, constituye en varios sentidos el fundamento del derecho penal a nivel internacional. Debido a que el derecho penal internacional y el derecho penal europeo se alimentan en buena parte de los ordenamientos jurídico-penales nacionales –no obstante la interpretación autónoma del derecho supranacional y el proceso de institucionalización a este nivel–, le corresponde al derecho comparado una función fundamental en tanto fuente de información, no solamente como mecanismo para "producir" principios generales del derecho en el sentido clásico ya mencionado. Al mismo tiempo el derecho comparado permite la comparación horizontal a nivel internacional entre las distintas instituciones y su derecho, por decirlo de alguna manera, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esto se volverá más adelante.

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, puede ser razonable para el legislador nacional consultar en perspectiva comparada el derecho extranjero antes de regular una determinada situación (*derecho penal comparado legislativo*).[62] Pero, también los distintos actores del sistema de justicia penal –fisca-

58. Ver por ejemplo art. 3, 4 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*Diario Oficial n° L 190 de 18/07/2002 p. 0001 - 0020*), modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI.

59. Ver por ejemplo art. 5 Decisión Marco del Consejo (nota al pie 58).

60. Ver por ejemplo art. 2 (1) Convenio Europeo de Extradición. Al respecto en este contexto también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 992-4 ("poder punitivo dependiente del derecho extranjero" [*"fremdrechtsabhängige Strafgewalt"*]).

61. Ver § 7 (1) y (2) Código Penal alemán ("en el lugar de los hechos con amenaza de pena" [*"am Tatort mit Strafe bedroht"*]).

62. Ver *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 215; *Eser*, Entwicklung (nota al pie

les, defensores y jueces– dependen cada vez más de los resultados de análisis comparativos para resolver problemas en casos concretos (*derecho penal comparado judicial*),[63] debido a que la criminalidad –justamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE[64]– ya no tiene lugar únicamente al interior las fronteras nacionales. Finalmente, pero no menos importante, el derecho penal comparado puede ser desarrollado desde el punto de vista *científico-teórico*,[65] bien sea para obtener una visión ampliada del derecho propio o para la solución de problemas jurídicos fundamentales (derecho comparado como quinto método de interpretación).[66]

---

4), p. 1005 ss.; *Chiesa*, Comparative (nota al pie 49), p. 1091; ver también Sect. 3 (1) Law Commissions Act 1965 (*"duty of each of the commissioners ... to obtain ... information as to the legal system of other countries ..."*); desde una perspectiva comparativa general ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 22 ss.; sobre el legislador como "cliente" del derecho comparado ver *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 842 ss.

63. Esta función del derecho comparado fue formulada incluso en el año 1900 por el civilista Zitelmann como "importancia en la aplicación del derecho" [*"Bedeutung in der Rechtsanwendung"*], ver *E. Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Dt JZ V (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1978, p. 11 (11 s.). Los ejemplos en la jurisprudencia penal alemana son múltiples, ver BGHSt 1, 297; 2, 152; 2, 257; 5, 30; 5, 337 así como BGHSt 38, 214 (228 ss.: consideración del derecho procesal extranjero sobre la pregunta del incumplimiento de los deberes policiales y sus consecuencias). Sobre derecho comparado judicial ver también *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p.16 ss.; *K. H. Ebert*, Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen, Berlin 1978, p. 176 ss.; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1507-1510; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 984 ss.

64. Vgl. art. 67 (1) TFUE.

65. Sobre las diferentes denominaciones ("científico-teórico", "teorético", "académico" [*"wissenschaftlich-theoretisch", "theoretisch", "akademisch"*) ver *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 967.

66. La reivindicación de interpretación comparativa del derecho nacional se remonta a *K. Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) p. 5 (8 ss.) (con referencia al art. 1 del Código Civil suizo); sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación en derecho constitucional ver *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, p. 913 (916 ss.); con más detalle *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 53 ff. (resaltando especialmente la importancia para resolver casos difíciles, nm. 72-76); desde el punto de vista jurídico-penal *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 380; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 953 s. con pie de página 67.

Hasta aquí se han mencionado las *funciones* clásicas del derecho penal comparado[67] que han ganado importancia desde mediados del siglo XIX. Si, además, es posible complementar estas tres funciones con una cuarta función por medio del "derecho penal comparado evaluativo-competitivo",[68] es una pregunta que puede dejarse abierta, puesto que la valoración[69] cumple de todas maneras un rol importante en el verdadero derecho comparado, por

67. Sobre estas tres funciones ver *Eser*, Funktionen (nota al pie 313), p. 1506 ss.; (nota al pie 4), p. 955 s., 966 ss.; antes también *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 26 ss., pero no tan diferenciado ni tan sistemático.

68. [*"evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung"*] Así *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 956, 1020 ss. (con una impresionante diferenciación y construcción de varios subgrupos y formas), para una lista de 30 (¡!) enfoques adicionales, p. 956-959.

69. Sobre el rol de la valoración en el derecho comparado ver *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1026 ss., quien asume una posición intermedia entre las de Radbruch y von Liszt, según la cual la valoración es posible pero no obligatoria, es decir que, por un lado, puede haber derecho comparado sin valoraciones, pero, por otro, según el objetivo de la comparación la valoración puede ser deseable y necesaria (1028 s., auch 1084). Sobre la diferencia entre descripción y valoración (sin excluir esta última) ver *M. Mona*, Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 103 (113). En contra de entender la valoración como parte del derecho comparado (lo cual haría parte de la crítica que el derecho comparado hace posible) ver *E. Rabel,* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR 13 (1924), p. 279 (280) (ver, sin embargo, p. 286 ss., en donde éste exhorta a la crítica jurídica y política, así como al mejoramiento del ordenamiento jurídico); sobre Rabel y la inclusión de la valoración como quinto nivel en el análisis comparativo por Konrad Zweigert como uno de los sucesores de Rabel en el Instituto Max-Planck de Hamburgo *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 832 s. Sobre una diferenciación entre "comparación de valoraciones" [*"Vergleich von Wertungen"*] y "valoración de soluciones" [*"Wertung von Lösungen"*], según la cual esta última no pertenecería al derecho comparado en estricto sentido *U. Sieber*, Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2004, Berlin 2006, p. 35 (74 s.); sin ebargo, sobre la poca importancia de la pregunta sobre la ubicación, ver *del mismo autor*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 120; crítico en este sentido también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1027. Sobre la formulación de la "pregunta esencial sobre la valoración ... de una manera válida para todos los sistemas" [*"wesentlichen Wertungsfragen ... in einer für alle System gültigen Weise "*] en el marco del derecho penal comparado, *W. Perron*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?, ZStW 109 (1997), p. 281 (299).

ejemplo, en el marco de una muestra comparativa de diferentes alternativas jurídico-políticas.[70]

3. Objetivos, métodos y fundamento normativo

3.1. Objetivos

Las funciones aquí mencionadas del derecho penal comparado describen al mismo tiempo sus –en todo caso múltiples[71]– objetivos: orientación al legislador por medio del derecho penal comparado legislativo, apoyo a la administración de justicia en el marco del derecho penal comparado judicial y problematización de aspectos fundamentales del sistema penal a través del derecho penal comparado científico-teórico. Sobre esta base, se debe resaltar que en la discusión comparativa sobre el derecho propio surgen a la luz sus fortalezas y sobre todo sus debilidades.[72] El derecho comparado hace posible entonces –o al menos así debería hacerlo– la reflexión crítica sobre el sistema jurídico propio[73] y facilita una visión integral del

70. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 120 ("fundamentación racional de las decisiones valorativas" ["*rationale Begründung der Bewertungsentscheidung*"] como condición del rol cumplido por el derecho comparado en cuanto instrumento de *good governance*); *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 219 s. (importancia de "*quality judgments*"); *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 115 ss. (valoración con miras a la teoría de la justicia); *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1084-1087 (1084: "... se espera una toma de posición definitiva, la cual no se puede entender sin una cierta valoración" ["*... eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird.*"]); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 78 (no solamente entender la regulación sino también valorarla), 85 (valoración "inevitable"); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 10 s.

71. Sobre la pluralidad de los objetivos *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 378 s.; sobre su flexibilidad *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 5; sobre cuatro funciones o metas de conocimiento ver *G. Dannemann*, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, en: Reimann/Zimmermann (nota al pie 12), p. 383 (402-6: *unifying law, solving particular problems, applying foreign law, understanding law*).

72. Ver también *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 928 ("condicionamientos del derecho propio" ["*Bedingtheiten des eigenen Rechts*"]); *M. D. Dubber/T. Hörnle*, Criminal Law. A comparative approach, Oxford: Oxford University Press 2014, p. vi; *Chiesa*, Comparative (nota al pie 49), p. 1091; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 969; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 1.

73. Fundamental *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 411 ss., 443 s. (derecho comparado como "*learning experience*" por medio del distanciamiento y

mismo.[74] Además, la perspectiva comparada crea "contrapesos para evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo conceptual"[75] y –aún más– evidencia "en el derecho qué es cambiante y qué es perpetuo [...]".[76] No obstante, el derecho comparado puede considerarse científico, tal y como ocurre con cualquier disciplina, solo si a través suyo es posible conocer algo que sin él permanecería oculto. Esto exige más que el simple conocimiento del derecho extranjero[77] y más que la yuxtaposición de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos foráneos, aislada y alejada de la realidad social; cuando se habla de derecho penal comparado en realidad se hace referencia, como lo propagó Franz *von Liszt*, a "algo nuevo, autónomo [...] que es diferente de los ordenamiento jurídicos individuales comparados y no se encuentra sin más comprendido en ellos".[78]

Más allá de esto, los riesgos que trae consigo la globalización económica –"sociedad mundial del riesgo"[79]–, como hechos punibles cometidos en o a

---

diferenciación y con el objetivo de la autorelfexión), quien de hecho reprocha al método funcional tradicional la poca capacidad de autocrítica y reflexión (p. 433 ss.); crítico también en este sentido frente al método funcional *R. Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, en: Reimann/Zimmermann (ed.), Handbook (nota al pie 12), p. 339 (379 s.). Diferente *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 20 s. (a pesar de que el derecho comparado promueve la comprensión, es limitado para el estudio dogmático profundo del derecho propio).

74. *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 14 (*"holistic picture"*).

75. *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 44; ver también *G. Radbruch*, Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957, p. 108 s. ("valorar en sus deficiencias y ventajas" [*"... in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen"*]).

76. *Radbruch*, Mensch (nota al pie 75), p. 108 s.

77. Al respecto como simple aspecto del derecho comparado sin pretensión científica *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 3 ss. (8), 13.

78. [*"etwas Neues, Selbständiges ... das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden, in ihnen nicht ohne weiteres enthalten ist"*] *F. von Liszt*, Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne, en: F. von Liszt (ed.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, p. XIII (XIX); crítico *H. Schultz*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, en: H.-H., Jescheck/G. Kaiser (ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, p. 7 (19 s.) (también acepta un derecho comparado con menos pretensiones). En este sentido también sobre *"comparing"* vs. *"compiling criminal law"*, *Chiesa*, Comparative (nota al pie 49), p. 1090 s.

79. [*"Weltrisikogesellschaft"*] El concepto se remonta a Ulrich Beck, ver *U. Beck*, Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M. 1986; también *U.*

través de Internet, criminalidad organizada transnacional y terrorismo, imponen al derecho penal comparado nuevos retos y lo llevan a asumir nuevas tareas con nuevos objetivos. En este contexto, en general se espera que el derecho penal comparado proporcione respuestas sólidas desde el punto de vista normativo y empírico, dirigidas al control jurídico-penal de estas situaciones.[80] Respuestas racionales y bien concebidas, como se esperan del derecho comparado científico-teórico, requieren suficiente tiempo, con el cual, sin embargo, la mayoría de las veces no cuenta la política criminal de corto plazo y ligada a cálculos electorales. De hecho, se han planteado incluso serias dudas sobre si el derecho comparado realmente puede proporcionar dichas respuestas. Éstas dependen en realidad de una variedad de factores ajenos al derecho, de manera que se debe reivindicar una perspectiva intersdisciplinaria, en donde además se tenga en cuenta la práctica de persecución policial (incluso secreta), en el sentido de la ya mencionada comparación integral de la justicia penal.

3.2. Métodos

Lo anterior demuestra la importancia de la determinación del objetivo para definir el método. No es posible desarrollar un método de derecho comparado de manera abstracta, puesto que en cada caso se deben tener en cuenta los objetivos principales del proyecto de comparación.[81] Se requiere entonces una cierta *apertura metodológica*, la cual deja espacio suficiente para la imaginación,[82] ya que el método seleccionado debe corresponden al objetivo perseguido; el método debe entonces ser funcional al objetivo, de manera que se debe

Sieber, Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 119 (2007), p. 1 (3 ss.).

80. Ver también *Sieber*, Grenzen (nota al pie 79), p. 16, 53 s. (derecho comparado metodológicamente asegurado como fundamento de una política criminal racional).

81. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 961, 966, 1038 s.; *del mismo autor*, Stand (nota al pie 33), p. 682; también *Lagodny*, ZIS 2016, p. 679 s.; *del mismo autor*, GA 2017, 165 (167); resaltando también la determinación del objetivo *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 77 s.; similar *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2; también *P. Roberts*, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh 2017, p. 90 (105: *"research questions*" determinan "*interdisciplinary methods"*).

82. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038; ver también *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 343 (sin adherir a un método específico); *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7 (*"plurality of methods"*).

escoger el método más idóneo para lograrlo.[83] Sin embargo, se debe diferenciar entre objetivo y método,[84] pero reconociendo su interdependencia, debido a que el método no se puede determinar sin tener en cuenta los objetivos.[85] Así pues, a pesar de que no es posible determinar *un solo método* específico para el derecho comparado, si es posible delimitar un marco metodológico dentro del cual se puede mover la investigación comparativa.

En primer lugar, teniendo en cuenta la necesidad de estar abierto a todos los resultados posibles, quien realiza una comparación no debe partir desde el principio de su propio punto de vista dogmático o político-criminal, en cuanto hipótesis de trabajo o punto de referencia (*tertium comparationis*)[86],[87] aunque naturalmente éste puede servir como primer parámetro de orientación[88] y de hecho lo hará debido al bagaje jurídico previo de todo investigador.[89] Como punto de partida la atención se debe centrar, en principio, –en el sentido del

83. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1040; ver también *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 362 (direccionamiento de los métodos hacia el objetivo); *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837 (*"purpose and context ... determine the research design..."*).

84. En ocasiones esto se pierde de vista en el derecho penal comparado dada la gran variedad de enfoques posibles (ver pie de página 68), crítico también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038.

85. Ver por ejemplo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2 ("ilusorio" ["illusorisch"]), 147 s.. Ver, en otro sentido, *von Liszt*, Tötung (nota al pie 19), p. 4 (derecho comparado "solo es posible debido a un método bien establecido" [*"nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode..."*]); también *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 1 (derecho comparado mismo como un "método específico" [*"bestimmte Methode"*]).

86. "punto de referencia para la comparación."

87. Así todavía *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 36 ss., 37 s., 40 ss., quien propone como punto de partida la perspectiva dogmática o político-criminal propia (primer nivel), posteriormente la interpretación del derecho extranjero (segundo nivel), para después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar jurídica y políticamente (cuarto nivel). Crítico con razón al respecto por ejemplo *U. Nelles,* Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung" en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/G. Heine entre otros (ed.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, p. 1005 (1009); *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1045.

88. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1063.

89. Crítico sobre la orientación marcadamente occidental del derecho comparado tradicional *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 422 s., 442.

método funcional ya mencionado[90]– en el problema específico sobre el que se pretende indagar, para preguntarse posteriormente cómo se ha intentado solucionar dicho problema en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación o –con mayor acento en la institucionalización– qué función cumple la institución jurídica específica desarrollada en el ordenamiento jurídico analizado para la solución de este problema ("pregunta por la funcionalidad"),[91] más allá de la terminología empleada en cada contexto y de su clasificación bajo una determinada disciplina.[92] El funcionalismo en el derecho comparado[93] hace referencia entonces –en principio sin ninguna pretensión

90. Sobre su origen en la teoría del carácter instrumental del derecho formulada por Jhering (*Zwecktheorie*) ver *K. Zweigert/K. Siehr*, Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method, AJCL 19 (1971), p. 215 (218 s.); también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 433 con pie de página 78 (mencionando también a Pound); sobre la primera vez que este método se mencionó explícitamente por Ernst Rabel en el año 1925 *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 20 y *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 831; desarrollado por *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 33 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 25 ss.; en el contexto del derecho penal comparado mencionado explícitamente por primera vez por *H.-H. Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform, ZStW 86 (1974), p. 761 (772 (chaciendo referencia a un problema social), 775 ("equivalencia funcional" ["funktionellen Gleichwertigkeit"]).

91. ["*Funktionalitätsfrage*"] *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 33; *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 922; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1521; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 363 s.; *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 342; *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 112-114; *Pradel*, Droit (nota al pie 9), p. 47 s.; *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 25 s.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 14-16, § 3 nm. 3-5, 181; *C. Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung, en: Zimmermann (ed.), Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, Berlin: Mohr Siebeck 2016, p. 1 (30); sobre la aplicación en "mercados jurídicos transnacionales" *G.-P. Callies*, Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, en el mismo lugar, p. 167 (182 ss., 188 s.).

92. Ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 71, quien señala acertadamente que la limitación del método funcional a ciertas ramas del derecho parece no tener sentido, dado que la división tradicional entre derecho civil, público y penal, así como las subdivisiones al interior de cada categoría, no está presente en otros ordenamientos jurídicos, de manera que se debe preguntar más bien de forma general cómo cada ordenamiento jurídico y a través de cuál institución jurídica reacciona ante el problema analizado.

93. El término "funcionalismo" tiene varios significados y es utilizado en diferentes disciplinas; crítico respecto a su frecuente ambigüedad y su uso arbitrario *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 341, 342 ss., 381; crítico también *Nelken*, Comparative

metodológica adicional–[94] a una forma de proceder que no parte de conceptos jurídicos y legales,[95] sino –con orientación empírica[96]– de la consideración

(nota al pie 2), p. 45 (*"can involve a number of traps"*); sobre el reemplazo de este concepto por un derecho comparado contextual, con el fin de comprender mejor su significado *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 199-201.

94. Acertadamente *M. Kubiciel*, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung, RW 2012, p. 212 (213 f.); crítico *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 340 (*"As theory it hardly exists..."*), 362 (resaltando el enfoque instrumental), 363 (*"undertheorized approach ..."*); crítico también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 416 ss. (*"marginal role of theory"*), 433 ss. (*"vulgar version of sociological functionalism"*); en cierta medida sobre una teoría basada, entre otros, en el método funcional, *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 126-129.

95. Crítico por esta razón *B. Fateh-Moghadam,* Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), Strafrechsvergleichung (nota al pie 33), p. 41 (43 ss.), quien pretende reemplazar el método funcional por un funcionalismo operativo, debido a que aquel se basaría en suposiciones estructural-funcionalistas (como la existencia de los mismos problemas sociales en relaciones sociales estables) y, al orientarse por consideraciones extrajurídicas, negaría la autonomía de la argumentación jurídica (44 ss.). El enfoque propuesto por este autor se fundamenta en la teoría de sistemas y en consecuencia parte de la autopiesis de los sistemas jurídicos y de la autorreferencia de la argumentación legal, en vez del reconocimiento de problemas sociales extrajurídicos (52 ss.). Aunque este enfoque tiene razón cuando afirma que dentro de cada sistema jurídico también se deben tener en cuenta las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática [*"juristisch-dogmatische Begründungszusammenhänge"*] (en este sentido también *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 93), p. 215), acepta la idea bastante problemática y poco plausible, según la cual los sistemas jurídicos son completamente autónomos; crítico con razón *T. Weigend*, Diskussionsbemerkungen, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 131 (el ordenamiento jurídico no tiene "vida propia", sino que se encuentra determinado por "decisiones sociales y políticas específicas" [*"Rechtsordnung führe "kein Eigenleben", sondern werde von "bestimmten sozial und politisch geprägten Entscheidungen determiniert"*]); crítico también en este sentido *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 93), p. 215 s., cuando reconoce que las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática al final están influenciadas jurídico-estructuralmente y por esto puede ser necearia "una comparación parcial del entorno socio-cultural" [*"Partialvergleich des soziokulturellen Regelungsumfelds"*], especialmente cuando se trata de comprender una institución jurídica determinada o un sistema jurídico en general a través de una micro-comparación.

96. *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 342 (*"functionalist comparative law is factual"*); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 181 ("enfoque fáctico" [*"faktische Herangehensweise"*]); *Callies*, Rolle (nota al pie 91), p. 170, 172, 187 (*"law in action"*); también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 35 (*"the way it is enforced"*); desde el punto de vista jurídico-penal *E. Hilgendorf*, Zur Einführung:

de problemas sociales como *tertium comparationis*[97] ("problemas sociales que requieren regulación")[98] y de la función de las instituciones que han sido desarrolladas como respuesta a ellos, para así posibilitar la comparación –libre de prejuicios conceptuales o dogmáticos– entre instituciones jurídicas de distintos ordenamientos que hacen las veces de equivalentes funcionales[99].[100] Por ejemplo:

Globalisierung und Recht, en: Beck y otros (ed.), Strafrechsvergleichung (nota al pie 33), p. 11 (24).

97. Ver *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 367-369.

98. [*"regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem"*] *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1053.

99. La equivalencia funcional es resaltada por *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 363, 381 como fundamento –junto a una *"epistomology of constructive functionalism"* – de un método funcional más robusto, sobre su cercanía a la *praesumptio similitudinis* p. 370 s. (371: *"functional equivalence is similarity in difference"* en la medida en que las instituciones jurídicas pueden ser similares con relación a la función que cumplen, pero en sí pueden ser al tiempo diferentes); al respecto nuevamente crítico *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 436 s.; *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 46 (*"misleading to assume that modern criminal justice systems all face the same 'problems'..."*); relativizando *Dannemann*, Comparative (nota al pie 71), p. 338, 394-6, 399, 401, 406, 418 s. (solo respecto a los resultados prácticos de una micro-comparación e incluso por funcionalistas mismos relativizado; al final, tanto las semejanzas como las diferencias son igual de importantes y el balance apropiado en la atención sobre unas u otras depende del objetivo de la comparación); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 77 s., § 3 nm. 15, 194-7. La presunción de simulitud es de todas maneras una presunción y por consiguiente se puede desvirtuar, dado que *"comparative work is both about discovering surprising differences and unexpected similarities"* y *"what we will usually need to explain is the unfamiliar mixture of both ..."* (*Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 32, 37); también *Jansen*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 306, 336 (búsqueda de *"similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena"*, *"process of constructing relations of similarity and dissimilarity"*); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 184). Sobre *praesumptio dissimilitudinis* en la comparación de sistemas jurídicos no nacionales *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 31.

100. Resumiendo la crítica al funcionalismo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 6 ff. (diferenciando entre la crítica al enfoque, al trasfondo y del posmodernismo), 189 ss. (identificación de los diferentes estilos de pensamiento de los funcionalistas y de sus críticos); también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 27 s., 37 ss. (identifica tres puntos críticos: énfasis excesivo en las semejanzas, aceptación inadmisible de que existen los mismo problemas sociales, así como –crítica posmoderna– de que el derecho cumple funciones específicas).

• No se debe preguntar si la *instigación* es punible en un ordenamiento jurídico-penal extranjero, sino cómo se trata en dicho contexto la influencia psíquica de una persona sobre el autor (principal) o el hecho de haber generado en éste la decisión de cometer una conducta punible.

• No se debe preguntar si el *hurto* [*"Diebstahl"*] en el sentido del § 242 del Código Penal Alemán (StGB por sus siglas en alemán) es punible, sino cómo se protege en determinado contexto el patrimonio económico o, más exactamente, cómo se protege de la apropiación de cosas o bienes por parte de un tercero.

• No se debe preguntar si el proceso penal puede terminar debido a la *confesión*, sino si existe alguna posibilidad de terminar anticipadamente un proceso penal mediante el reconocimiento de responsabilidad o la negociación entre quienes en él participan.

Para evitar un enfoque instrumental demasiado estrecho,[101] ciertamente se debe tener en cuenta el contexto *histórico* y *cultural*[102] en los que operan las instituciones jurídicas, así como algunos conceptos generales[103] y el rol que cumplen los actores de cada sistema penal (*"agency"*), en el sentido de la ya varias veces mencionada comparación de la justicia penal[104].[105] En este sen-

101. Crítico por ejemplo *Roberts*, On Method (nota al pie 2), p. 540 con más referencias.

102. Con material ilustrativo *H. Jung,* Rechtsvergleich oder Kulturvergleich, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 1467 (1475 ss.).

103. De esta manera se pasa de la comparación de problemas funcionales a la comparación de conceptos, la cual en todo caso hace parte del enfoque funcional; ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 166-9, 190-2.

104. Ver también *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 45 (quien critica que para el enfoque funcionalista el rol de los actores es irrelevante), 48 (*"finding out what criminal justice actors ... actually think ..."*); para esto también *T. Hörnle*, Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, en: K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowoski (ed.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Baden-Baden 2016, p. 289 (303); sobre teoría del derecho comparativa (*comparative jurisprudence*) *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 129 s. ("*law in minds"*). De hecho, uno de los padres del enfoque funcional (nota al pie 89), Hein Kötz, aceptó en 1998 que este método tiende a dejar de lado los proceso mediante los cuales se generan ciertos resultados (*Kötz*, Abschied, nota al pie 48, p. 505).

105. Un "giro cultural" de este tipo ha sido discutido especialmente en la *literatura francesa e inglesa*, ver *P. Legrand*, Le Droit Comparé, 5. edición, Paris: Presses universitaires de France 2015, p. 123 (*"la comparaison ... sera CULTURELLE ou ne sera pas"*; al respecto *H. Jung*, Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie, en: U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel y otros (ed.), Strafrecht

und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Köln 2008, p. 1515 (1521 s.)); *V.G. Curran*, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, AJCL 46 (1998), p. 43 (reclamando, en la p. 51, una *"immersion into the political, historical, economic and linguistic contexts"*, para emprender una *"valid examination of another legal culture"*); *R. Cotterrell*, Comparative Law and Legal Culture, en: Reimann/Zimmermann (ed.), Handbook (nota al pie 12), p. 709 ss. (711) (*"Culture ... appears fundamental – a kind of lens through which all aspects of law must be perceived ..."*); *D. Nelken,* Defining and using the concept of legal culture, en: Örücü/Nelken (ed.), Comparative Law (nota al pie 54), p. 109 ss. (110: *"... a focus on legal culture directs us to examine the interconnections between law, society and culture as they are manifested also in the 'law in action' and the 'living law'."*); *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 48 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 101 ss., 119 ss. (*"cultural turn"* como consecuencia de la crítica posmoderna al derecho comparado tradicional, consideración de la *"legal culture"* como parte de un derecho comparado socio-jurídico); desde la perspectiva alemana recientemente *G. Olson*, Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law, German Law Journal (GLJ) 18 (2017), p. 233 ss. (245) (*"transdisciplinary and culturally-oriented research on law in Germany"*) y *F. Reimer*, Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods, GLJ 18 (2017), p. 255 ss. (sobre la relación entre cultura y derecho desde el punto de vista alemán). En la *literatura alemana* se encuentran autores, incluso desde el siglo XIX con Wilhelm Arnold y Josef Kohler, que problematizan la relación entre derecho y cultura (ver *Reimer*, en el lugar arriba mencionado, p. 256 con más referencias). Algunas décadas después Radbruch definió al derecho como un "fenómeno cultural" ["*Kulturerscheinung*"] y a la ciencia jurídica como "ciencia de la cultura" [*"verstehende Kulturwissenschaft"*] (Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 34, 115), para hablar de "comparación entre las culturas jurídicas" [*"Vergleich zwischen den Rechtskulturen"*] (Solo la comparación entre las dos culturas jurídicas enseña a valorarlas en su singularidad, en sus deficiencias y en sus ventajas [*"Erst der Vergleich zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen"*], *G. Radbruch*, Erneuerung des Rechts, en: A. Kaufmann (ed.), Gesamtausgabe, Tomo 3: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1990, p. 80 (81); siguiendo a Radbruch *H. Scholler*, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen – Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, en: F. Haft (ed.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 743 (744); también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 182, 185, 220-5, § 4 nm. 40-44; *Reimer*, en el lugar arriba indicado, p. 262 [*"compare law means to compare cultures"*], quien es de la opinión de que *"almost any legal system can be viewed as a cultural archive – a repository of the history of social-political thought"*, p. 269); aunque la discusión en términos jurídico-penales es más reciente, ver *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 22 s.; *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 65 ss. (derecho comparado referido a la cultura, el cual "va más allá de la comparación de culturas jurídicas e incluye diversos hallazgos interdisciplinrios sobre la cultura" ["über den Vergleich

tido, se debe proceder de manera empírica,[106] desde una perspectiva macro, para llevar a cabo –al contrario de la frecuente implementación esquemática de instituciones jurídicas ("trasplantes jurídicos")[107]– la adaptación pertinente a cada cultural jurídica y así no solamente hacer los ajustes necesarios respecto

---

von Rechtskulturen hinausgehend, diverse interdisziplinäre Erkenntnisse über die Kultur ... in die Vergleichung einbezieht"], p. 67); crítico al respecto *Fateh-Moghadam,* Funktionalismus (nota al pie 95), p. 49 s. (sin embargo, desde la perspectiva del funcionalismo operativo, ver nota al pie 95); crítico debido a un cierto nacionalismo *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 32 s. – Sobre un derecho comparado contextual –solo diferente en la denominación (ver nota al pie 93)– que también incluye la cultura jurídica, ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 146 ss., 199 ss. (en resumen nm. 201; haciendo énfasis en la teoría del error 202), § 4 nm. 45 s.; similar sobre la dependencia contextual y reclamando un "cambio contextual de las teorías" [*"eines Kontextwechsels der Theorien"*] *K. Yamanaka,* Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg - Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, p. 173 (174 s.); con más detalle y con ejemplos, *el mismo autor*, Kontext- und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und –fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie, Warschau 2017, p. 252 ss. (análisis del cambio de contexto con relación a conceptos y sistemas jurídicos recepcionados en el sistema social y de normas así como en la argumentación); sobre el desarrollo actual del derecho penal japonés *G. Duttge/M. Tadaki* (ed.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh., Tübingen 2017. – Sobre la relación entre enfoques jurídico-culturales y pluralistas ver *Olson*, en el lugar arriba mencionado, p. 233 ss. así como el número correspondiente del GLJ.

106. Sobre derecho penal comparado empírico ver por ejemplo *R. Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2011, p. 65; *Nelles,* Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1013 ss.); sobre el enfoque empírico en el derecho comparado en general ver *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837, 856; sobre enfoques socio-jurídicos y cuantitativos *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 119 ss., 145 ss. (sobre *"comparative criminal law"* en este sentido p. 140 ss.); sobre el enfoque empírico en *comparative criminal justice* nota al pie 10 así como el texto principal correspondiente.

107. Fundamental al respecto *Watson*, Legal Transplants (nota al pie 13), p. 21; de manera comprehensiva sobre la razón, efectos, formas y práctica (desde el derecho romano) *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 190 ss. (reconociendo se importancia real en el desarrollo del derecho, diferenciando la dependencia contextual para identificar efectos positivos y negativos y proponer una orientación más fuerte hacia las distintas políticas); también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 34 ss., § 3 nm. 127 s.; crítico frente a la imposición del derecho penal extranjero *A. Eser,* Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden" Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p. 1441 (1459 s.).

a la institución jurídica adoptada, sino también para lograr entender adecuadamente (en su contexto) las instituciones jurídicas existentes.[108] Un enfoque funcional ampliado de esta manera permite tener en cuenta las particularidades culturales[109] de cada ordenamiento jurídico,[110] sin pretender una comparación cultural demasiado ambiciosa;[111] los aspectos culturales a los que se

108. Ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 18 ss. (entendimiento de distintos métodos de control social *"in the context of their own structures and expectations"*, 21), 40 ss. (*"cross-culturally valid explanations"*), 88 (*"broader cultural ways of thinking"*), 93 (*"cross-cultural collaboration"*); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 11, 14, 75 (consideración del context jurírido-cultural, extra-jurídico, politico y social [en este sentido –contexto social– sobre la importancia del la sociología del derecho § 1 nm. 36]), § 3 nm. 170 s. (condiciones de funcionamiento del derecho); también *Dannemann*, Comparative (nota al pie 71), p. 413 s.; *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 194 ss.

109. Sobre el condicionamiento cultural en nuestro contexto ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 366, 371 s.; más reciente *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 23 (derecho como "parte de la cultura" [*Recht als "Teil der Kultur"*]); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 81, 83, 86 ("entrelazamiento" [*"Verwobenheit"*]); *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90; *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 214 ("culturalmente impregnado" ["kulturell imprägniert"]); también *K. Ambos*, Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, GA 2016, p. 177 (184-7) con más referencias; en castellano: Sobre el Futuro de la Ciencia jurídico penal alemana: apertura y metodo discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, Revista Penal 2016, p. 5 ss (19-20). Fundamental sobre los factores que marcan un ordenamiento jurídico, verbalmente ("formantes" ["Formanten"], por ejemplo, ley, jurisprudencia) o implícitamente ("criptotipos" ["Kryptotypen"], especialmente formas de pensamiento) ver *Sacco*, Rechtsvergleichung (nota al pie 106), p. 59 ss., 61 s., 74; crítico *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 39 ss.

110. Asimismo *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 365 ("*assumes that legal rules are culturally embedded...*"), 381.

111. Es posible afirmar que una comparación cultural es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta el concepto mismo de cultura, el cual es abierto e indeterminado; esto lo deben aceptar incluso quienes promueven este tipo de comparación, ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 48 ss. (*"highly controversial"*, p. 50); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 ss. ("riesgo de la vaguedad del término cultura"! [*"Risiko der Vagheit von Kultur"*!]); al respecto también –como uno de los autores más representativos– *D. Nelken*, Using the concept of legal culture, Australian Journal of Legal Philosophy (Austl.J.Leg.Phil.) 29 (2004), p. 1 (1, 7 ss.), quien de hecho también propone una definición vaga (*"stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes"*, p. 1) y reconoce que dicho concepto es *"difficult to define and easy to abuse"* (p. 8); resumiendo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 30 s., 44 (diferencia entre cultura jurídica externa –actitud de la población– e interna –actitud de

hace referencia –la correspondiente "cultura de control"[112]– se deben tener en cuenta, más bien, de manera complementaria,[113] no solamente para "reprimir" la subjetividad que surge del contexto cultural de cada quien,[114] sino también

los juristas–) y nm. 33-36 (presenta la controversia ilustrativa entre Friedman y Cotterrell), quien sigue un enfoque específicamente jurídico –a diferencia de uno socio-jurídico– (§ 4 nm. 51: "aspectos no-jurídicos del contexto" no se dejan "solo a otras disciplinas" [*"nichtjuristische Aspekte des Kontexts" nicht „alleine anderen Fachdisziplinen" überlassen"*]), sobrevalora la frontera entre estos dos enfoques (§ 4 nm. 38-44) y finalmente acepta el concepto de cultura jurídica haciendo referencia al contexto (§ 4 nm. 45 s.; al respecto ver nota al pie 105); crítica fundamental por *T. Gutmann*, Recht als Kultur?, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 13 (el concepto de cultura solo genera "confusión" [*"Kulturbegriff stifte nur „Verwirrung"*], 36 s. ("el derecho comparado que hace referencia a la cultura ... está condenado al fracaso ... visiones según las cuales los ordenamientos jurídicos nadan como albóndigas en una sopa de culturas y se consumen completamente no pueden explicar nada" ["*kulturbezogene Rechtsvergleichung ... zum Scheitern verurteilt ... Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären"*]); ver respuesta a la crítica en *Reimer*, Law (nota al pie 105), p. 263 ss.

112. *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 58 con más referencias.

113. Asimismo *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1054 s.; *Hörnle*, Plädoyer (nota al pie 104), p. 303 s.; reconciliando las posiciones de Beck (nota al pie 33) y Fateh-Moghadam (nota al pie 95) *W. Perron,* Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 121 ss. (método operativo-funcionalista para el derecho comparado legislativo y método orientado a la cultura para la unificación jurídico-penal a nivel internacional, lo cual conduce, sin embargo, –en el marco del derecho comparado legislativo– a los transplantes legales criticados líneas arriba, ver nota al pie 107); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 67, quien presenta el enfoque que propone como complemento de los métodos existentes; mediando también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 285 ss., 313 ss. (quien en todo caso promueve expresamente la expansión del derecho comparado por medio de disciplinas no jurídicas, ver nota al pie 105, y en este sentido habla de *"implicit comparative law"*, pero finalmente reclama el enriquecimiento mutuo entre los enfoques); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 212 (216) (comparación cultural parcial); *Reimer*, Law (nota al pie 105), p. 270 (diálogo entre el derecho y ciencias de la cultura); sobre interpretación teniendo en cuenta la comparación cultural *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 63 s.

114. Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 (percepción consciente de la subjetividad del punto de partida propio), 77 (revelación del condicionamiento cultural propio); también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 12-4, 186 s. (entendimiento estrecho de neutralidad y libertad de prejuicios), 227 s. (perspectiva jurídica nacional como fuente de errores); *Jansen*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 314 s. ("*wholly neutral perspective ... neither possible nor desirable...*"). La subjetividad de quien realiza una comparación fue señalada especialmente por *Legrand*, Droit (nota al pie 105), p. 5 y desde el escepticismo epistemológico de otras visiones

para ser siempre conscientes de la relatividad y condicionalidad valorativa del ordenamiento jurídico propio.[115] Todo esto hace que la cooperación interdisciplinaria sea necesaria,[116] lo cual de todas maneras no implica que todos los factores culturales y toda la complejidad que encierra el fenómeno estudiado pueda ser comprendida automáticamente.[117] Al final se depende en buena medida de la experticia y seriedad de los socios cooperantes provenientes de los ordenamientos jurídicos foráneos,[118] mientras no se tenga la posibilidad de familiarizarse con éstos mediante estadías de investigación medianamente largas.[119]

---

posmodernas (al respecto *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 28; también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 97); ver también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 414 ss. (por esto la diferenciación mencionada arriba) y *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 18 ss. (peligro del etnocentrismo). Los prejuicios que de aquí resultan explican la afirmación de Damaška, según la cual "*lawyers socialised in different settings of authority can look at the same object and see different things*" (*M. R. Damaška*, The Faces of Justice and State Authority, New Haven: Yale University Press 1986, p. 66).

115. Convincente *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 75 (derecho como "acuerdo entre todas las verdades y valores de una sociedad determinada" y "en todo caso como expresión y elemento precisamente de la cultura y de la comunicación de una sociedad histórica y geográficamente específica" [*Recht als "Kompromiss zwischen alle individuellen Wahrheiten und Werten einer konkreten Gesellschaft" und „doch notwendig Ausdruck und Element gerade der Kultur und Kommunikation dieser historisch und geographisch speziellen Gesellschaft...*]).

116. Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 80; *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 92; en general sobre la necesidad de la interdisciplinariedad ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 368 s.; sobre interdisciplinariedad como visión metodológica (inglesa) *Roberts*, Interdisciplinarity (nota al pie 81), p. 92 ss.; escéptico, sin embrago, *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 162-4 (resaltando los métodos jurídicos originales y rechazando los "préstamos" de disciplinas extrañas).

117. Esto lo acepta también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 80 (la consideración de todos los factores culturales es imposible, la cultura es "categóricamente incomprensible" [*"kategorisch nicht fassbar"*].

118. Sobre este problema ver nota al pie 128.

119. Ver en este sentido la diferenciación que hace Nelken entre *"virtually there"*, *"researching there"* y *"living there"* (*"observing participants"*), la cual constituye un *"continuum running from least to greatest engagement with another society"* y su ordenamiento jurídico, *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 93 ss. con más referencias; sobre la necisidad de intercambio (*"immersion"*) en el ordenamiento jurídico extranjero también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 104 ss. (reconociendo con razón que no es posible ser un *"complete insider"*, p. 308); sobre las dificultades de la investigación sobre el derecho vivido ver también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 265.

Adicionalmente, el método que involucra el sistema de justicia penal en general, como subyace a la *comparación estructural* jurídico-penal [strafrechtlicher *Strukturvergleich*],[120] posibilita la identificación más exacta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos particulares, especialmente a nivel de la aplicación del derecho. El objetivo de una comparación estructural de esta clase consiste en investigar la "conexión específica de regímenes normativos y aplicación práctica del derecho" en diferentes ordenamientos jurídicos,[121] por medio de un método empírico-inductivo de análisis de casos –desde la subsunción de un supuesto fáctico[122] hipotético bajo el derecho penal material vigente, pasando por el tratamiento jurídico-procesal, hasta llegar a la etapa de ejecución penal.[123-124] Las variaciones en el supuesto

120. Sobre este concepto ver también *W. Perron*, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich", en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, p. 127 ss.; *del mismo autor*, Grenzen (nota al pie 69), p. 291 ss.; también *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 2 s.; *del mismo autor*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 363 (366 ss.) (quien probablemente se inspiró en las consultas del Consejo Asesor del Instituto Max-Planck, al cual perteneció durante el desarrollo del proyecto sobre comparación estructural, ver también del mismo autor nota al pie 19); sobre el origen del proyecto, el cual se remonta al año 1988, ver *A. Eser*, § 1 Zur Genese des Projekts - Ein Werkstattbericht, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 3 (14 ss.).

121. [*"spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung"*] En Eser/Perron fueron cubiertos ocho países (Alemania, Inglaterra/Gales, Francia, Italia, Austria, Portugal, Suecia y Suiza); sobre la justificación de esta limitación ver *W. Perron*, § 2 Ziel und Methode der Untersuchung, in Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 27 (37).

122. *"Método de la solución de casos ficticios"* ["Methode der *Lösung fiktiver Fälle*"], ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34) (cursiva en original). La comparación de casos ficticios garantiza la identidad del objeto de comparación; los casos reales se diferenciarían siempre entre sí (p. 35).

123. *Eser*, § 1 (nota al pie 120), p. 3 (21); *Perron*, en el mismo lugar, p. 31; Perron, en el mismo lugar, p. 767-770; ver también en este sentido el catálogo de criterios para las entrevistas con los expertos naciones, en el mismo lugar, p. 39 s.; antes también *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 12 (inclusión del "curso real de la administración de justicia... desde la investigación policial hasta... salida de la ejecución" [*"Einbeziehung des „tatsächliche[n] Gangs der Strafrechtspflege ... von der polizeilichen Ermittlung bis zur ... Entlassung aus dem Vollzug ...."*]); *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 218 (*"... look at the foreign system as a whole..."*).

124. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29); *W. Perron*, § 11 Einführung, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 767.

fáctico[125] permiten precisar las diferentes valoraciones del contenido de injusto de los hechos relevantes –la "graduación del desvalor del hecho"[126]–, no solamente con miras a la adecuación típica, sino también –en todo el sentido del análisis procesal de casos ya mencionado– con relación a la pena prevista, a la dosificación punitiva concreta a nivel judicial y a la ejecución penal. Quien investiga sobre el sistema jurídico de un determinado Estado debe entonces realizar entrevistas a profundidad semiestructuradas con la ayuda de juristas prácticos y académicos;[127] en este sentido, la selección de las personas entrevistadas,[128] así como la evaluación y/o análisis de las respuestas –necesariamente heterogéneas[129]– adquieren una relevancia especial.[130] La referencia al proceso penal está dirigida al resultado en tanto se debe preguntar si el tipo de proceso en el caso específico tiene alguna influencia en la sentencia y en una posible

125. Verificación de cuatro variantes del caso del tirano del hogar, ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32 s.), sobre la selección de este grupo de casos por medio del análisis de la literatura nacional relevante p. 38.

126. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32). Ese era el punto central de las tres primeras variantes del caso (homicidio planeado o espontáneo del esposo mientras estaba dormido), mientras que la cuarta variante (homicidio ante un ataque) se centraba en la existencia de una posible justificante (legítima defensa) o exculpación; *Perron*, § 11 (nota al pie 124), p. 767 (768), especialmente sobre la absolución en la cuarta variante p. 821 s. (822-838).

127. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 s., 39 s.) (60-120 minutos por entrevista con guías para realizarlas; sobre las preguntas ver el formato de análisis en el anexo, p. 1137 ss.

128. Se escogió entre 9 (Portugal) y 17 (Francia) personas para entrevistar, tanto de la práctica como del ámbito académico, ver, *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (38 s.). Crítico en general sobre encuestas a expertos *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 91 ss. (entre otras preguntas, ¿cómo podemos estar seguros de que los expertos nacionales realmente nos cuentan lo que ellos saben?).

129. Autocrítico en este sentido también *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (36) (respuestas "bastante heterogéneas" ["*recht heterogen*"], "vacíos considerables" ["*erhebliche Lücken*"] en el análisis), (44) (no siempre hay una diferencia clara entre la visión del entrevistado y el pronóstico sobre decisiones judiciales; no todas las preguntas son relevantes en todos los países, pero debido a que se trata de un método explorativo esto es inevitable); además, no todos los entrevistados cuentan con el mismo nivel de competencia en todas las áreas, ver por ejemplo *W. Perron*, § 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 909 (con relación a la ejecución penal solo una competencia limitada).

130. Sobre este tipo de análisis con más detalle *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (40-45) (análisis de transcripciones literales por medio de EDV); sobre el formulario de análisis ver anexo p. 1137 ss.

condena y, de ser así, en qué medida; mientras que el curso del proceso penal como tal (en cuanto proceso penal ordinario o abreviado), así como las cargas que pueda tener el acusado son, al contrario, dejadas de lado.[131] De esta manera debe ser posible adquirir información sobre el "funcionamiento real" de las normas jurídico-penales en el ordenamiento jurídico analizado y extraer de allí las similitudes y diferencias con otros sistemas.[132] Además, se deben poder "reconocer las estructuras y formas de funcionamiento de las diferentes culturas jurídicas".[133] En primer plano no se encuentran entonces los contenidos jurídico-positivos de las diferentes disposiciones normativas individuales en sí mismas –en el sentido de una simple explicación del derecho extranjero–, sino más bien las "relaciones estructurales" entre dichas disposiciones y su aplicación práctica.[134] Un enfoque de este tipo, el cual es más empírico y se ocupa del sistema de justicia penal en general, presupone (acertadamente) el reconocimiento de la limitación del enfoque "dogmático" tradicional o puramente normativo, ya que éste no solamente no puede "dar cuenta completamente" del "sentido normativo" de diferentes regulaciones nacionales,[135] sino que tampoco puede explicar la forma real de funcionamiento de las disposiciones respectivas en un determinado sistema de justicia penal.[136] El alcance de un enfoque de estas características obviamente depende de cuántos grupos

131. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (33 s.) (centro de atención en "la terminación del proceso mediante un veredicto sobre la culpabilidad y la pena" [Fokus auf "Verfahrensbeendigung durch Urteilsspruch über Schuld und Strafe"]).

132. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

133. ["*Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen*"] *Perron*, § 11 (nota al pie 124), p. 767.

134. *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

135. ["*den normativen Bedeutungsgehalt*"] ... ["*nicht vollständig erfassen*"] *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (30).

136. Sobre la consideración de "concepciones ético-sociales y ... relaciones sociales" ["sozialethischen Vorstellungen und ... sozialen Verhältnissen"], así como de la "realidad social" ["soziale[n] Wirklichkeit"] ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 10 s.; igualmente *Perron*, Grenzen (nota al pie 69), p. 286 s., 301 ("obviedad" ["Binsenweisheit"]); *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 364 ("validez empírica de las normas" ["empirische Geltung der Normen"]), 368 ("trabajo de campo" ["Feldforschung"]); *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 116 s. (inclusión de la realidad por medio del derecho comparado ["Wirklichkeitsebene"]); *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 218 s.; también *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 22; *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 110 s. (inclusión de la "realidad social" ["sozialen Wirklichkeit"]).

de delitos y tipos de casos, así como de cuántos países se investiguen.[137] Otra ventaja del método de comparación estructural es que el enfoque inductivo hace necesario un proceder discursivo del proyecto a nivel grupal y de esta manera permite superar un déficit de los proyectos comparativos tradicionales[138]: la elaboración paralela de los informes sobre los países comparados sin o con muy poca comunicación entre los investigadores de cada país y la elaboración del análisis transversal con preguntas (bilaterales) ocasionales a los investigadores.[139] Por lo demás, el método inductivo –en el marco de un proyecto de investigación continental-europeo– también demuestra que la contraposición entre una fundamentación deductiva propia del *civil law* y una fundamentación

137. En este sentido, el proyecto de comparación estructural realizado en Friburgo tiene –respecto a un solo tipo de delito (homicidio) con una sola clase de casos (tirano del hogar) y solo ocho países analizados (nota al pie 121)– un valor cognitivo limitado. Sin embargo, dicho proyecto tenía sobre todo un carácter experimental, razón por la cual debería "servir más que todo para el desarrollo y prueba de un método de investigación que pueda ser tenido en cuenta en futuros proyectos y trabajar con él otros temas y otros ordenamientos jurídicos" ["vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können."] (*Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (37); al respecto también *Ambos*, GA 2017, 560). En general sobre la elección de países y criterios *Eser*, FS Streng, p. 673 ss.

138. Una comparación clásica de éstas tiene lugar mediante tres pasos: (1) trabajo exegético con los ordenamientos jurídicos seleccionados, dado el caso teniendo en cuanta los fundamentos socio-económicos y culturales, y elaboración de los informes por país; (2) sistematización y organización del material y de los resultados para la elaboración del análisis transversal; (3) formulación de la valoración jurídico-política y recomendaciones. Similar el modelo de tres fases para la comparación individual de *L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean*, Rechtsvergleichung, Bd. 2, Die rechtsvergleichende Methode, Köln u.a.: Heymann 1972, p. 137 ss. (determinar, entender y comparar), también *Dannemann*, Comparative (nota al pie 71), p. 406-18 (selección de los objetos de comparación, así como de las preguntas y ordenamientos jurídicos; descripción de dichos objetos, del contexto y de los resultados; análisis de las diferencias y de las similitudes y de la información); para una estructura de cuatro niveles ver *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 13 ss. (la determinación de la pregunta de investigación y de los países a comparar aparece aquí como una cuestión preliminar en primer lugar, pero los otros tres pasos son similares a las propuestas ya mencionadas); aún más detallados los ocho pasos de *de Cruz*, Comparative Law (nota al pie 48), p. 242 ss.; resumiendo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 32 ss., quien además da consejos útiles para la construcción de una investigación comparativa y para la forma concreta de trabajo, § 3 nm. 236 ss., 249 ss.).

139. En este sentido sobre la realización concreta de la investigación *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 ss.)

inductiva propia del *common law* constituye una simplificación,[140] la cual probablemente ni siquiera se puede constatar en un primer nivel teórico-jurídico de diferenciación en los diferentes sistemas jurídicos pertenencientes a cada uno de estos dos ámbitos.[141]

Adicionalmente, la existencia de varios *tribunales penales internacionales* hace que sea necesario aplicar la perspectiva comparada no solamente de forma horizontal, para analizar los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, sino también de forma vertical, con el fin de determinar en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido influenciada por los sistemas jurídicos nacionales y, al contrario, en qué medida los sistemas jurídicos nacionales han sido influenciados por aquella.[142] En este sentido, es posible

140. Ver *Chiesa*, Comparative (nota al pie 49), p. 1098 s.

141. Al respecto ver *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 41 ss. (concluyendo que se ha exagerado la diferenciación y que mejor se debe distinguir entre derecho occidental y no occidental, p. 68 ss.).

142. Ver, desde la perspectiva del derecho internacional, *D. Shelton,* International law and domestic legal systems: incorporation, ransformation and persuasion, Oxford: Oxford University Press 2011; *E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert* (ed.), International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States, Cambridge: Intersentia 2012; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1508 s.; *A. Dolidze*, Bridging Comparative and International law: *Amicus Curiae* Participation as a Vertical Legal Transplant, European Journal of International Law (EJIL) 26 (2015), p. 851 ff. (analizando la "*vertical diffusion*" de instituciones jurídicas entre el Estado nacional y el derecho internacional, en forma de una "*upward diffusion*" de conceptos nacionales con la respective internacionalización como resultado y una "*downward diffusion*" de conceptos internacionales); desde el punto de vista del derecho penal internacional ver *M. Delmas-Marty*, The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice (JICJ), 1 (2003), p. 13 (16 ss.) (aporte del derecho comparado, por un lado, al desarrollo del derecho penal internacional ["*hybridization*"], por otro lado, a su integración en el derecho nacional); sobre la influencia del derecho penal internacional a nivel nacional ver Ebene *W. W. Burke-White,* The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina, Columbia Journal of Transnational Law 46 (2008), p. 279; *E. Kirs*, Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina, Goettingen Journal of International Law 3 (2011), p. 397 ss.; *S. Horovitz*, How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone, Israel Law Review (IsLRev) 46 (2013), p. 339; *N. Roht-Arriaza*, Just a "Bubble"?: Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts, JICJ 11 (2013), p. 537 ss.; *Y. Shany*, How Can International Criminal

hablar de un derecho penal comparado circular –influencia del derecho nacional sobre los tribunales penales internacionales (hacia arriba) y al revés (hacia abajo)–,[143] lo cual parece ser más idóneo que el derecho comparado[144] universal clásico –por lo general sobredimensionado– para desarrollar reglas y principios de validez realmente universal teniendo como base el nivel supranacional mismo[145] y reconociendo a la jurisprudencia supranacional como su

---

Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation, IsLRev 46 (2013), p. 431 ss.

143. Sobre la concepción tradicional de la circulación entre ordenamientos jurídicos nacional, ver *Sacco*, Rechtsvergleichung (nota al pie 106), p. 25 s.

144. Cuyo objetivo, el cual consiste en incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido y con relación a la "jurisprudencia universal" de Feuerbach ver nota al pie 14; sobre el derecho civil *Rabel*, Aufgabe (nota al pie 69), p. 283: "Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo que aún no ha sido captado completamente por nadie con suficiente comprensión" ["*Tausendfältig schillert und zittert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes.*"]), es, por muchas razones, casi imposible de realizar, una de ellas es que dicho enfoque siempre ha sido eurocentrista, a pesar de que fue precisamente desde esta perspectiva que se propuso este objetivo (demasiado acrítico en este sentido *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 111 s., quien, sin embrago, con razón se refiere el problema de la sistematización, p. 114-116, el cual realmente solo se puede solucionar con ayudas informáticas; sobre el complemento informático en el derecho comparado, aunque solo rudimentariamente, p. 124 s.); también crítico *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 976-978 ("menos realista" ["*wenig realistisch*"], el derecho comparado "no puede ser global ni total desde el punto de vista temático" ["*weder gleichermaßen global noch thematisch total sein*"], sin embargo, debe ser abierto "con relación al espacio y el objeto" ["*räumlich wie gegenständlich offen sein*"], es decir, debe evitar el aislamiento y en principio debe ser lo más amplio posible); *A. von Bogdandy*, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschls *Comparative Matters*, Der Staat 55 (2016), p. 103 (110) (en discusión con la obra mencionada debido al universalismo norteamericano y afirmando que "todo universalismo es al mismo tiempo un particularismo" ["ein jeder Universalismus doch stets auch ein Partikularismus ist"]). Obviamente, en este contexto juega un rol importante el problema varias veces mencionado de los recursos, al respecto por ejemplo *Callies*, Rolle (nota al pie 91), p. 173 s.

145. Para una discusión instructiva sobre los efectos de la globalización sobre la administración de justicia y el derecho comparado ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 71 ss.

fuente.[146] De esta manera, por un lado, los tribunales penales internacionales hacen las veces de "laboratorios de un discurso jurídico-penal transcultural"[147], al tiempo que, por otro lado, los principios generales del derecho deben ser desarrollados a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales con miras a los fines y objetivos de dichos tribunales.[148] Para esto, como se mencionó líneas arriba,[149] es necesario que el análisis sea lo más representativo y sistemático posible. Un enfoque circular, como el que aquí se ha mencionado, toma en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, tal y como se han construido especialmente en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto que hace más fácil entender el nivel supranacional como un nivel autónomo de creación de derecho.[150] A su turno, los sistemas supranacionales mismos –bien sea regionales o universales– también posibilitan un análisis comparado horizontal,[151] más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, como sería, por ejemplo, la comparación entre distintos tribunales penales internacionales.[152]

---

146. En general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional, ver *E. Rabel,* Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, RabelsZ 1 (1927), S. 1 (5 ff.); sobre el derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional ver *M. Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ZaöRV 36 (1976), p. 280; sobre la necesidad del derecho comparado con miras a la *"hybridization"* o *"cross-fertilization"* para el desarrollo de un derecho penal internacional pluralista *Delmas-Marty*, Contribution (nota al pie 142), p. 13, 16, 18-21; más específico, sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *F. O. Raimondo*, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden: Nijhoff 2008, p. 84 ss.

147. [*"Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse"*] *J. Vogel*, Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, p. 1 (12); también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1003.

148. *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1111.

149. Ver nota al pie 54.

150. Ver al respecto *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90 ss. (resaltando la necesidad de enfoques multidisciplinarios).

151. Al respecto desde una perspectiva principalmente civilista *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 8 ss. (quien entiende por "sistemas jurídicos no atados al derecho nacional" [*"nationalrechtlich ungebundene Rechtssysteme"*] también aquellos sistemas que no están anclados institucionalmente, como por ejemplo, el derecho religioso o los principios del derecho reconocidos en un área determinada).

152. Ver, desde una perspectiva más normativa, *R. O'Keefe*, International Criminal Law, Oxford: OUP 2015, p. 111 ss., 483 ss.; *K. Ambos*, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford: OUP 2013, p. 40 ss. (51-3); *del mismo autor*, Treatise on International Criminal Law. Volume III: International

3.3. Fundamento normativo

Independientemente del método aplicado, los estudios de derecho comparado no deben realizarse solo de forma instrumental, buscando resultados concretos,[153] pues también se deben tener en cuenta –en el sentido de un derecho comparado valorativo [*wertende Rechtsvergleichung*][154] o, en todo caso, como lo haría un legislador democrático[155]– las decisiones axiológicas que en términos *constitucionales y de derechos fundamentales* han tomado los Estados liberales de derecho.[156] Esto se desprende de la necesidad de valoración mencionada

---

Criminal Procedure, Oxford: OUP 2016, p. 8 ss. (44); desde una perspectiva decididamente más empírica *A. Smeulers/B. Hola/T. van den Berg*, Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures, Int.Cr.L.Rev. 13 (2013), p. 7 ss.

153. Crítico en este sentido *J. Vogel,* Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 205 (207 ss.); también *P. Hauck,* Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der EU, en: ibíd., p. 255 (260); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 218 s.; *Eser,* Evaluativ (nota al pie 107), p. 1460; también *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 351.

154. Fundamental, también sobre la historia de los conceptos *Eser,* Evaluativ (nota al pie 107), p. 1443 ss. (1450 ss.); *del mismo autor*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 929 (1020 ss.); antes también *Jung,* Wertende (nota al pie 33), p. 1 ss.; sobre la importancia para el derecho europeo *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 26 s.; delimitando frente al derecho penal comparado en donde se comparan valoraciones [*"wertvergleichende Strafrechtsvergleichung"*] *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 119 ss.; sobre *"values"* y *"evaluation"* en la dogmática jurídica *N. Jareborg,* Legal Dogmatics and the Concept of Science, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p 49 (57).

155. Sobre la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales, prohibición de arbitrariedad y derechos humanos ver *Ambos*, Zukunft (nota al pie 109), p. 187; *Ambos*, Futuro (nota al pie 109), p. 16.

156. Para un fundamento axiológico anclado en los derechos humanos ver también *H. Jung,* Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern y otros 1992, p. 43-48; también *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 121 s. ("orientación hacia el ser humano en una sociedad abierta y así hacia el principio general de la libertad..." [*"Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ..."*]); también *Eser,* Evaluativ (nota al pie 107), p. 1463 s.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 79 ss. ("comparación ... orientada a los derechos humanos" [*"menschenrechtsorientierte ... Vergleichung"*]); antes también *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002, p. 45. – Un enfoque orientado a la obtención de beneficio económico y a la eficiencia, como subyace especialmente al análisis económico del derecho (ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 56 ss., 68 ss.), no es compatible

líneas arriba,[157] puesto que con el análisis comparado surge la pregunta subsiguiente sobre la mejor forma de cumplir dichos ideales. El método funcional no proporciona los elementos necesarios para realizar esta valoración, pues se enfoca, desde una perspectiva micro, sobre todo en los rendimientos de cada institución jurídica analizada.[158] En todo caso, el interés por establecer el grado de realización de los valores constitucionales y el respeto a los derechos humanos constituye solo un punto de partida en un meta-nivel, el cual se debe concretar de manera intersubjetiva en el marco de cada proyecto de investigación comparativo.[159]

Un derecho (penal) comparado de orientación funcional, estructural y cultural se enfoca también en la construcción teórica de fundamentos, de ahí su carácter científico. Con esto no se quiere negar la relevancia del derecho penal comparado legislativo o judicial.[160] Sin embargo, los análisis comparados teóricamente más elaborados van más allá de las preguntas concretas relevantes para un legislador o un juez y buscan también comprender de manera general el sistema penal como un todo, sus principios fundamentales y las instituciones que lo soportan. En este sentido, el derecho penal comparado puede ser considerado como método, en general, de la dogmática jurídica y, en particular, de la

---

con esto (crítico frente al análisis económico en el derecho comparado también ibíd., § 3 nm. 65-7ff., 95 s., quien señala que aquí solo se emplea el análisis económico ortodoxo de manera selectiva y limitada); predominantemente económico es también el derecho comparado estadístico, al respecto ibíd., § 3 nm. 106 ss.; sobre derecho comparado numérico en este sentido también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 145 ss.

157. Ver nota al pie 69 s.

158. Ver *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 373 ss. (381).

159. Ver *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 119-123 (con delimitación correcta de las preguntas preliminares frente a la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación [problemas comparables], (2) comparabilidad de los parámetros de valoración y (3) comparación de las normas concretas, p. 119-21); también *del mismo autor,* Grenzen (nota al pie 79), p. 53 ss.; crítico y complementando desde una perspectiva "evaluativa-competitiva" *Eser,* Evaluativ (nota al pie 107), p. 1447 (1449 s., 1450 ss.), en donde él entiende como tal un derecho comparado cuyos "objetivos ... pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la compatencia de intereses específicos" [*"deren „Zielsetzungen ... von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können..."*] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferencia entre funciones y métodos (p. 1450 ss., 1460 ss.).

160. Sobre esta clasificación del derecho comparado ver nota al pie 62 ss.

dogmática jurídico-penal,[161] ya que a través suyo es posible sistematizar el contenido del derecho vigente y, mediante la comparación de diferentes enfoques y soluciones, contribuir a su aplicación consistente y libre de contradicciones. El derecho penal comparado así entendido supone sobre todo investigar y discutir (teóricamente) los fundamentos del sistema penal, más allá de la simple comparación de normas jurídicas y conceptos dogmáticos, bien sea analizando a profundidad fenómenos específicos (perspectiva micro) o estudiando aspectos generales de cada sistema y sus instituciones (perspectiva macro),[162] así como sus efectos en diferentes contextos sociales y culturales.[163] De esta manera, como se mencionó al principio de este trabajo,[164] es posible analizar críticamente el sistema jurídico propio.[165] En todo caso, el derecho comparado

161. Ver también *M. Donini*, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa, Berlin 2006, p. 30; similar sobre la relación simbiótica entre derecho comparado y dogmática *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 924.

162. Sobre derecho comparado micro y macro ver por ejemplo *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 362 s.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 17 s.. Esta terminología [*Mikro- und Makrovergleichung*] no está libre de discusión; en otro sentido por ejemplo *Sacco*, Rechtsvergleichung (nota al pie 106), p. 29 s. (comparación al interior de una familia jurídica o entre familias jurídicas); sobre "sistemología" [*"Systemologie"*] (comparación de sistemas) como aporte original del derecho comparado a la ciencia ibíd., p. 125-127; desde la perspectiva de las familias jurídicas *Dannemann*, Comparative (nota al pie 71), p. 387 s.; desde una perspectiva histórica *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 830 s.; más reciente *Wendehorst* (nota al pie 91), p. 1 ss.. Además, esta diferenciación no se puede realizar siempre con claridad, más bien existe "una continuidad creciente de comparaciones que identifican tipologías a nivel muy especializado ... hasta llegar a una división en jurisdicciones con un alto grado de generalización" [*"ein Kontinuum zunehmend typisierender Vergleichung vom sehr spezialisierten Einzelvergleich ... bis hin zu hochgradig generalisierenden Einteilung in Rechtskreise."*] (*Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 18).

163. Ver también *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94 s., 109 s. (conocimiento sistemático de distintos ordenamientos jurídico-penales); *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 973-975 (con una lista de diferentes orientaciones); como asignatura básica desde una perspectiva histórica *A. Koch,* Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p. 1483 (1485 ss.).

164. Ver arriba apartado C.I.

165. Ver también *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 15; *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 104, 106 ss. (quien por esta razón define al derecho comparado como una "disciplina subversiva" [*"subversive Disziplin"*]). Esto sucede (por su puesto), con mayor razón, cuando se trabaja como jurista extranjero en un

así desarrollado no está libre de objetivos más concretos,[166] ya que (como toda investigación con la cual se pretende identificar y elaborar fundamentos) de todas maneras busca proporcionar conocimientos sobre temas puntuales[167] y aspira a tener validez intercultural,[168] en el camino (pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal.[169]

---

ordenamiento jurídico distinto al propio, al respecto con experiencia propia *O. Lagodny*, Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre, ZIS 2016, p. 679.

166. Asimismo *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 963-965 (resaltando con razón la legitimidad de los objetivos y la corrección de los métodos); diferente, sin embargo, la opinión mayoritaria, *Jescheck*, Rechtsvergleichung (nota al pie 90) p. 764; *G. Kaiser*, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), Strafrecht – Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975, p. 79 (82); *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 8 ("pura comparación" [*"reine Forschung"*]); así también *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94; igualmente *Callies*, Rolle (nota al pie 91), p. 174.

167. Asimismo *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 109, quien a pesar de citar a Schultz (nota al pie 166), reconoce que se deben perseguir objetivos más generales, como por ejemplo la justicia. El mismo Schulz se pregunta por los "objetivos científicos" ["wissenschaftliche Ziele"] del derecho comparado (p. 19).

168. Sobre el "principio de generalización" en este contexto, el cual hace referencia a la capacidad de generalización de ideas jurídicas o instituciones, ver *von Bogdandy*, Rechtsraum (nota al pie 32), p. 1.

169. Frente a esto *von Liszt* (Einführung (nota al pie 78), p. XX, XXV) declaró como principal tarea del derecho comparado [*"höchste Aufgabe"*] la construcción de "una ciencia jurídico-penal común a partir de todos los ordenamientos jurídicos individuales, pero que va más allá de todos ellos" [*eine "gemeinsame, allen einzelnen Rechten entnommene, aber über ihnen allen stehende Strafrechtswissenschaft"*] como "derecho del futuro" [*"Recht der Zukunft"*]; más ambicioso sobre una ciencia jurídico-penal "universal" *Sieber,* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 129 s., quien recientemente ha hecho accesible en la página web del Instituto Max-Planck el "Sistema de Información para Derecho Penal Comparado" [*"Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung"*] (*Sieber* Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 124, 129); sin embargo, el proyecto, implementado desde 2004, solamente comprende 25 ordenamientos jurídicos con relación a varios problemas de la parte general del derecho penal, ver https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html (14.11.2017). La idea original fue presentada en el año 2000 por Ursula Nelles, con ocasión de la invitación del Director del Instituto de ese entonces, Eser, ver *Nelles,* Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1005 s. con pie de página 1, 1016 s.; también crítico sobre la implementación *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 976 s. Sobre una "ciencia jurídico-penal transnacional" [*"transnationale Strafrechtswissenschaft"*] también *Hörnle*, Plädoyer (nota al pie 104), p. 303 ss.

4. Situación de la investigación y enseñanza del derecho penal comparado

La internacionalización a la que se hizo referencia al principio del presente trabajo, y de la que hoy en día tanto se habla, indudablemente ha conducido a que la *investigación* comparativa gane mayor importancia; así lo demuestran el número de tesis doctorales y de colecciones en distintas editoriales con enfoque comparativo.[170] La investigación que se lleva a cabo en Alemania es razonablemente visible a nivel internacional, aunque también aquí tiene primacía el idioma inglés.[171] En este sentido se debe destacar que una de las principales obras contemporáneas de derecho comparado ha sido escrita precisamente por un investigador alemán que actualmente se desempaña como profesor en Inglaterra.[172] Sin embargo, la internacionalización no ha tenido el mismo efecto sobre la enseñanza del derecho, a pesar de que la importancia del derecho comparado en este ámbito ha sido reconocida desde tiempo atrás[173] y de que éste es considerado, con razón, como una asignatura básica,[174] precisamente debido a que esta disciplina es capaz, como ninguna otra, de generar reflexiones críticas sobre el derecho propio. De hecho, anteriores reclamos, mediante los cuales se llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta en la formación de nuevos juristas la internacionalización,[175] únicamente han conducido –al margen de algunos pocos proyectos emblemáticos[176]– al esta-

170. Ver por ejemplo las colecciones sobre derecho penal internacional y extranjero de las editoriales Duncker & Humblot y Nomos, las cuales complementan las colecciones tradicionales del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero.

171. Así también *Ambos*, Zukunft (nota al pie 109), p. 187 s.; *Ambos*, Futuro (nota al pie 109), p. 16-17.

172. *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12).

173. Ver por ejemplo *B. C. Aubin/K. Zweigert*, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952, p. 28 s. ("factor central de la formación..." ["*zentraler Bildungsfaktor...*"]; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 20 (importancia para la instrucción académica como objetivo); *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921 ("implementado en la enseñanza universitaria" ["*in der Universitätslehre etabliert*"]); además *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 378; también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 948.

174. *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921, 927.

175. Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1.

176. Ver por ejemplo el proyecto de Wurzburgo "Sistemas Globales y Competencia Intercultural" ["*Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz*"], mediante el cual se intenta inculcar en la formación de juristas competencias fundamentales para el

blecimiento del derecho europeo como curso obligatorio.[177] El derecho (penal) comparado sigue estando en una especie de estancamiento, de manera que la afirmación realizada por *Jung* en 1998, según la cual "aún no es fácil" para el derecho comparado "encontrar su espacio en los estudios de derecho",[178] todavía hoy se mantiene vigente.[179] Incluso la jurisprudencia acude al derecho comparado solo de manera selectiva y buscando sobre todo fundamentar resultados concretos.[180]

La poca importancia que el derecho penal comparado ha tenido en la práctica se debe también a que los estudios comparados del derecho han sido dominados por el derecho civil.[181] Así, en el ámbito de habla alemana,[182] existen 57 facultades de derecho,[183] con un total de 141 departamentos [*Lehrstühle*]

---

tratamiento del derecho y cultura extranjeros; al respecto *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 14 así como www.gsik.de.

177. Así también *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 7 ("referencias europeas" [*"europarechtliche Bezüge"*] como curso obligatorio en Saarland); sobre la importancia también *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921. Esto también se puede confirmar con una mirada a los reglamentos vigentes de los exámenes estatales de derecho, los cuales prevén el derecho europeo como materia obligatoria (en Saarland también aspectos internacionales).

178. [*"nach wie vor nicht leicht" sei, "sich im Studium des Rechts zur Geltung zu bringen"*] *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 6.

179. Sobre las dificultades de la integración en la enseñanza general ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 18.

180. Ver *E. Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG, en: Beck y otros. (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 155 ss.

181. Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1; *H. Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (401) ("típicamente ... asentado en el derecho civil" [*"typischerweise ... im Privatrecht angesiedelt"*]); *Dubber*, Comparative (nota al pie 15), p. 1288; *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 12 ("dominio del derecho civil" [*"Domäne des Zivilrechts"*); *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 104 s.; *Grande*, Comparative (nota al pie 2), p. 191; *Eser*, Stand (nota al pie 33), p. 670; diferente *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 68 ss. ("cierto predominio" [*"gewisse Vorherrschaft"*], pero el derecho comparado es universal y existe en todas las ramas del derecho).

182. Los siguientes datos fueron proporcionados por mi (antigua) asistente Muriel Nißle con base en la búsqueda por él realizada en Internet.

183. 45 en Alemania, 5 en Austria, 6 en Suiza (de habla alemana) y 1 en Luxemburgo.

de derecho comparado,[184] de los cuales 12 tienen énfasis en derecho penal, 24 en derecho público (en sentido estricto) y 96 en derecho civil; 8 de los 11 departamentos que existen en Alemania con énfasis en derecho penal utilizan la denominación "derecho penal comparado" ["*Strafrechtsvergleichung*"],[185] mientras que la denominación de las tres restantes únicamente hace referencia a "derecho comparado" en general ["*Rechtsvergleichung*"].[186] En lo que tiene que ver con las áreas de profundización en los programas académicos, el derecho penal comparado aparece a lo sumo en el marco del derecho comparado en general,[187] del derecho internacional[188] o de las ciencias criminales.[189]

De esta manera, con relación a la formación jurídica, probablemente Alemania se mantiene rezagado frente a Francia y varios otros países.[190] El hecho de que la situación en los Estados Unidos probablemente sea peor, si se acepta la famosa crítica formulada por el profesor de Yale John *Langbein* contra las facultades de derecho norteamericanas y la práctica jurídica en general en dicho país,[191] resulta de poco consuelo. Esta consideración también se puede realizar

184. Alemania: 126 departamentos para derecho comparado (85 derecho civil, 21 derecho público, 11 derecho penal, 9 historia del derecho); Austria: 3 departamento, 1 instituto (2 derecho civil, 1 derecho penal así como un instituto para derecho procesal civil, derecho de insolvencia y derecho procesal comparado); Suiza: 10 departamentos (8 derecho civil, 2 derecho público); Luxemburgo (1 derecho civil, 1 derecho público).

185. Bonn, Fráncfort del Óder, Friburgo, Gießen, Hamburgo, Hannover, Colonia, Osnabrück.

186. Gotinga, Fráncfort del Meno, Berlin (Humboldt-Universität).

187. Así por ejemplo en Wurzburgo, [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf (1.11.2017)].

188. Así por ejemplo en Jena, <http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf (1.11.2017)>.

189. Así por ejemplo en Berlin (Humboldt-Universität) [https://www.rewi.hu-berlin.de/sp/sp/sp7] y en Gotinga [http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6---kriminalwissenschaften/450905.html (1.11.2017)].

190. Ver *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 948 con más referencias en el pie de página 42.

191. *J. Langbein*, The Influence of Comparative Procedure in the United States, AJCL 43 (1995), p. 545 (549, 554) ("*... study of comparative procedure ... little following ... If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice. ... They operate on the assumption that the foreigners have nothing to teach ... Fortified in the lucrative fool's paradise that they inhabit, American legal professionals have little incentive to open their eyes to the disturbing insights*

respecto a otros ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, sobre todo cuando se trata de la comparación con sistemas cuyo idioma no es el inglés.[192]

4.1. Perspectivas

A pesar de las tendencias hacia la renacionalización que surgen en medio de corrientes populistas –bien sea en Europa o más allá (*"America first"*)–, los retos que trae consigo la criminalidad transnacional, la cual ciertamente no solo se limita al denominado Estado Islámico, promueven un mayor protagonismo del derecho penal comparado, pero con mayor énfasis en la comparación integral del sistema de justicia penal que en la elaboración de fundamentos, y con especial interés en las formas de persecución penal y en la cooperación judicial. La práctica, especialmente policiva, reclama aportes dirigidos a la armonización de los sistemas penales –especialmente con miras al trabajo conjunto de las agencias e instituciones encargadas de la persecución penal–, ya que las diferencias en los detalles técnicos y operativos dificultan la persecución penal transnacional contra sospechosos de haber cometido conductas punibles. En consecuencia, respecto al derecho penal comparado entendido como disciplina científica y académica, es posible preguntarse hasta donde está dispuesto a quedar reducido a una simple herramienta auxiliar para la consecución de intereses judiciales y policivos, con mayor razón, además, si se tiene en cuenta que difícilmente se puede esperar del derecho penal comparado tradicional respuestas aceptables desde el punto de vista práctico, que no puedan ser encontradas de todas maneras por cualquier operador judicial lo suficientemente creativo o a las que no se pueda llegar por medio de la cooperación concreta entre agencias o instituciones dedicadas a la persecución penal. El derecho penal comparado científico no debe perder el interés por el sistema penal entendido como un todo, es decir, por los fundamentos de la persecución penal propia de un Estado de derecho, en donde los derechos

of comparative example"); algo más optimista *V. V. Palmer*, Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years, Tulane Law Review 75 (2001), p. 1093 (1097) (*"In truth, given its isolation, it would appear to have done well under the circumstances, at least by any quantitative measure"*).

192. Es sintomático que el único libro sobre derecho penal comparado (nota al pie 72; crítico *C.-F. Stuckenberg*, Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana: Criminal Law. A Comparative Approach. Oxford: Oxford University Press 2014. XXXVIII, 671; ZStW 128 (2016), p. 292) es de autoría de dos alemanes (*Dubber* und *Hörnle*), de los cuales el primero enseña en Canadá.

humanos y constitucionales se aseguren, aún cuando ésta tenga lugar más allá de las fronteras nacionales y se dirija contra personas que se definan a sí mismas como enemigas de las sociedades liberales. El derecho penal comparado entendido como investigación y elaboración de fundamentos debería entonces transformarse en una ciencia jurídico-penal inter y transnacional, en las que se discuta menos sobre la dogmática nacional de cada ordenamiento jurídico y, por el contrario, ocupe un lugar más relevante la reflexión teórica jurídico-penal, así como el análisis de los sistemas de justicia, mediante procesos orientados al diálogo intercultural.[193]

5. Referencias bibliográficas

A. Dolidze, Bridging Comparative and International law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant, European Journal of International Law (EJIL) 26 (2015), p. 851 ff.

A. Eser, § 1 Zur Genese des Projekts - Ein Werkstattbericht, en: A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 3 ff.

A. Eser, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden" Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 1441 ff.

A. Eser, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, en: H.-J. Albrecht (ed.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, p. 1499 ff.

A. Eser, Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden, en: A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 929 ff.

A. Eser, Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), FS Streng, Heidelberg 2017, p. 669 ff.

A. Junker, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, p. 921.

A. Koch, Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 1483 ff.

193. Para un intento de diálogo anglo-alemán ver: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue.

A. Smeulers/B. Hola/T. van den Berg, Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures, Int.Cr.L.Rev. 13 (2013), p. 7 ss.

A. von Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, p. 1.

A. von Bogdandy, Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015, p. 145.

A. von Bogdandy, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschls Comparative Matters, Der Staat 55 (2016), p. 103 ff.

A. Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1. edición, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974, p. 1 ff.

B. C. Aubin/K. Zweigert, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952.

B. Fateh-Moghadam, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 41 ff.

C. J. Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt, Erlangen 1851.

C. J. Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart und Tübingen 1845.

C. Wendehorst, Rechtssystemvergleichung, en: Zimmermann (ed.), Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, Berlin: Mohr Siebeck 2016, p. 1 ff.

C.-F. Stuckenberg, Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana: Criminal Law. A Comparative Approach. Oxford: Oxford University Press 2014.

D. Nelken, Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference, Los Angeles: Sage 2010.

D. Nelken, Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There, Aldershot, Hants, England; Vermont, Vt.: Ashgate/Dartmouth 2006.

D. Nelken, Defining and using the concept of legal culture, en: E. Örücü/D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Oxford: Hart 2007, p. 109 ss.

D. Nelken, Using the concept of legal culture, Australian Journal of Legal Philosophy (Austl.J.Leg.Phil.) 29 (2004), p. 1

D. Shelton, International law and domestic legal systems: incorporation, transformation and persuasion, Oxford: Oxford University Press 2011

E. Grande, Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise, en: M. Bussani/U. Mattei (ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge 2012, p. 191-204.

E. Kirs, Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina, Goettingen Journal of International Law 3 (2011), p. 397 ss.

E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert (ed.), International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States, Cambridge: Intersentia 2012.

E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978.

E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR 13 (1924), p. 279 ff.

E. Rabel, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, RabelsZ 1 (1927), p. 1 ff.

E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, p. 288 ss.

E. Schramm, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 155 ss.

E. Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Dt JZ V (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1978, p. 11.

F. Meyer, Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 87 ff.

F. O. Raimondo, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden: Nijhoff 2008, p. 84 ss.

F. Reimer, Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods, GLJ 18 (2017), p. 255 ss.

F. v. Liszt, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, ZStW 26 (1906), p. 553 ff.

F. v. Liszt, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), p. 91 ff.

F. v. Liszt, Tötung und Lebensgefährdung (§§ 211-217, 222 RStGB), en K. Birkmeyer entre otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905-1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 ff.

F. von Liszt, Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne, en: F. von Liszt (ed.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, p. XIII.

G. Dannemann, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 383 ff.

G. Duttge/M. Tadaki (ed.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh., Tübingen 2017.

G. Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), p. 411.

G. Kaiser, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), Strafrecht – Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975.

G. Olson, Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law, German Law Journal (GLJ) 18 (2017), p. 233 ss.

G. Radbruch, Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957.

G. Radbruch, Erneuerung des Rechts, en: A. Kaufmann (ed.), Gesamtausgabe, Tomo 3: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1990, p. 80 ff.

G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999.

G.-P. Callies, Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, en el mismo lugar, p. 167 ff.

H. A. Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846.

H. Heiss, Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 ff.

H. Jung, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung, JuS 1998, p. 1

H. Jung, Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie, en: U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel y otros (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Köln 2008, p. 1515 ff.

H. Jung, Rechtsvergleich oder Kulturvergleich, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013.

H. Jung, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern y otros 1992, p. 43-48.

H. Jung, Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff, GA 2005, p. 1 ff.

H. Jung, Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: R. De Giorgi (ed.), Il dirito e la differenza: scriti in onore di Alessando Baratta, Vol. 1, Lecce: Pensa mulimedia 2002.

H. Kötz, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, p. 493ff.

H. Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, JZ 1992, p. 20 ff.

H. P. Glenn, Legal traditions of the world: sustainable diversity in law, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1 ss.

H. Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen - Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, en: F. Haft (ed.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 743ff.

H. Schultz, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, en: H.-H., Jescheck/G. Kaiser (ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, p. 7 ff.

H.-H. Jescheck, Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung, Tübingen 1955.

H.-H. Jescheck, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform, ZStW 86 (1974), p. 761

J. Basedow, Comparative Law and its Clients, American Journal of Comparative Law (AJCL) 62 (2014), p. 821ff.

J. Husa, Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?, Revue Internationale de Droit Comparé 56 (2004), p. 11 ss.

J. Langbein, The Influence of Comparative Procedure in the United States, AJCL 43 (1995), p. 545ff.

J. Pradel, Droit pénal comparé, Paris: Dalloz 2008.

J. Vogel, Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 205ff.

J. Vogel, Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, p. 1ff.

K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002.

K. Ambos, Derecho Penal Europeo, Madrid: Thomson Reuters, 2017.

K. Ambos, Internationales Strafrecht, München: Beck, 5. edición 2018.

K. Ambos, Sobre el Futuro de la Ciencia jurídico penal alemana: apertura y metodo discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, Revista Penal 2016, p. 5 ss.

K. Ambos, Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, GA 2016, p. 177.

K. H. Ebert, Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen, Berlin 1978, p. 176 ss.

K. Yamanaka, Kontext- und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und –fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie, Warschau 2017, p. 252 ss.

K. Yamanaka, Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg - Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, p. 173 ff.

K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) p. 5.

K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996.

K. Zweigert/K. Siehr, Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method, AJCL 19 (1971), p. 215ff.

L. Chiesa, Comparative Criminal Law, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1089 ff.

L. Radzinowicz, International Collaboration in Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), p. 110 ff.

L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean, Rechtsvergleichung, Bd. 2, Die rechtsvergleichende Methode, Köln u.a.: Heymann 1972, p. 137 ss.

M. Bothe, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ZaöRV 36 (1976), p. 280ff.

M. D. Dubber/T. Hörnle, Criminal Law. A comparative approach, Oxford: Oxford University Press 2014, p. vi ff;

M. Delmas-Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, Paris: Presses universitaires de France 1992.

M. Delmas-Marty, The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice (JICJ), 1 (2003), p. 13 ff.

M. Donini, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa, Berlin 2006.

M. Kubiciel, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung, RW 2012, p. 212 ff.

M. Mona, Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 103 ff.

M. R. Damaška, The Faces of Justice and State Authority, New Haven: Yale University Press 1986.

M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1987.

M. Siems, Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press 2014 (e-book).

M. Siems, Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

N. Jansen, Comparative Law and Comparative Knowledge, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2006.

N. Jareborg, Legal Dogmatics and the Concept of Science, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p 49 ff.

N. Roht-Arriaza, Just a "Bubble"?: Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts, JICJ 11 (2013), p. 537 ss.

O. Lagodny, Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre, ZIS 2016, p. 679.

P. de Cruz, Comparative Law in a Changing World, 3. edición, London: Routledge-Cavendish 2007.

P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, p. 913 ff.

P. Hauck, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der EU, en: ibíd., p. 255 ff.

P. Legrand, Le Droit Comparé, 5. edición, Paris: Presses universitaires de France 2015.

P. Roberts, Comparative Law for International Criminal Justice, en: E. Örücü/D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Oxford: Hart 2007, p. 339 ff.

P. Roberts, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh 2017, p. 90 ff.

P. Roberts, On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice, Oxford Journal of Legal Studies 22 (2002), p. 539-561.

P.J.A. von Feuerbach, Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen (1810), en: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152ff.

P.J.A. von Feuerbach, Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Aalen 1825.

R. Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture, M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 709 ss.

R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, 1. edición., Paris: Dalloz, 1964.

R. David/C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris: Dalloz, 2002.

R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 339 ff.

R. O'Keefe, International Criminal Law, Oxford: OUP 2015, p. 111 ss., 483 ss.; K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford: OUP 2013, p. 40 ss.

R. O'Keefe, Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure, Oxford: OUP 2016, p. 8 ss.

R. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2011.

S. Beck, Strafrecht im interkulturellen Dialog, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 65 ff.

S. Horovitz, How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone, Israel Law Review (IsLRev) 46 (2013), p. 339.

S. Vogenauer, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen "Emanzipation durch Auseinanderdenken", RabelsZ 76 (2012), 1122 ss.

T. Gutmann, Recht als Kultur?, Baden-Baden: Nomos, 2015.

T. Hörnle, Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, en: K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowoski (ed.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Baden-Baden 2016, p. 289-306.

T. Kadner Graziano, Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), Courts and Comparative Law, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 25ff.

T. Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. edición, Berlin 2011.

T. Weigend, Criminal Law and Criminal Procedure, en: J. M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 ff.

T. Weigend, Diskussionsbemerkungen, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 131

U. Beck, Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M. 1986.

U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015.

U. Nelles, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung" en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/G. Heine entre otros (ed.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, p. 1005 ff.

U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 119 (2007), p. 1 ff.

U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2004, Berlin 2006, p. 35ff.

U. Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Berlin 2006, p. 78ff.

V. V. Palmer, Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years, Tulane Law Review 75 (2001), p. 1093ff.

V.G. Curran, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, AJCL 46 (1998), p. 43ff.

W. Heun, Die Entdeckung der Rechtsvergleichung, en: W. Heun/F.Schorkopf (ed.), Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne, Göttingen 2014, p. 9ff.

W. Perron, § 11 Einführung, en: A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 767ff.

W. Perron, § 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung, en: A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 909ff.

W. Perron, § 2 Ziel und Methode der Untersuchung, in A. Eser/W. Perron (ed.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, p. 27 ff.

W. Perron, Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 121 ss.

W. Perron, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?, ZStW 109 (1997), p. 281 ff.

W. Perron, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“, en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, p. 127 ss.

W. W. Burke-White, The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the

Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina, Columbia Journal of Transnational Law 46 (2008), p. 279.

Y. Shany, How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation, IsLRev 46 (2013), p. 431 ss.

5.1. Referencias de internet

[http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf (1.11.2017)].

[https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf (1.11.2017)].

[https://www.rewi.hu-berlin.de/sp/sp/sp7 y en Gotinga http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6---kriminalwissenschaften/450905.html (1.11.2017)].

[www.gsik.de].

[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue].

[https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html (14.11.2017)].

[https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A harmonização internacional do direito penal: ideias e procesos, de Luis Arroyo Zapatero – *RBCCrim* 84/49-76 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/935-960 (DTR\2010\195); e
- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso, de Kai Ambos – *RBCCrim* 121/127-160 (DTR\2016\21996).

Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado

On the jurisprudential criteria for identifying the loss of a judge's impartiality

André Szesz

Mestre em Ciência Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
Professor na Universidade Positivo.
aszesz@yahoo.com.br

Recebido em: 03.07.2017
Aprovado em: 11.09.2017
Última versão do autor: 14.10.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: O direito a um tribunal imparcial é um dos mais importantes marcos valorativos do processo penal democrático e ocupa um lugar destacado nas legislações ocidentais em geral. Todavia, apesar dessa consagração legislativa, o direito a um tribunal imparcial depende de um esforço jurisprudencial para a sua realização concreta. A dificuldade maior reside na análise de possível perda de imparcialidade de um magistrado em razão de seu comportamento concreto. O presente estudo tem por objetivo analisar e compreender a diferença dos rumos tomados pela jurisprudência do Tribunal Europeu de direitos humanos e do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em relação à do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca dessa matéria.

Palavras-chave: Processo penal – Imparcialidade – Fundamentação das decisões – Jurisprudência – Estudo comparado.

Abstract: The right to a fair trial is one of the most important accomplishment of criminal proceedings in democratic countries and ranks a high position in Occidental law. However despite its legislative reception, the right to a fair trial depends on a judicial effort to its actual implementation. The greatest difficulty lies in the analysis of possible loss of a judge's impartiality due to his concrete behavior. This study aims to analyze and understand the difference of direction taken on this matter by the precedents of the European Court of human rights and the Supreme Court of Justice of Portugal compared to the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Criminal procedure – Impartiality – Reasoning in decision making – Precedents – Comparative study.

Sumário: 1. Introdução. 2. Consagração do direito a um tribunal imparcial na legislação internacional e nacional. 3. Consagração doutrinária do direito a um tribunal imparcial.

Szesz, André. Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 140. ano 26. p. 195-223. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

4. Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: o critério da imparcialidade objetiva. 5. Jurisprudência do STJ de Portugal. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: apego às hipóteses legais de impedimento. 7. Uma reflexão sobre a jurisprudência nacional a respeito do tema. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

O direito a um tribunal imparcial é um dos pilares da democracia. Não há dúvidas de que a imparcialidade dos julgadores é um dos marcos valorativos que estruturam o processo penal democrático e, não por acaso, está formalmente protegida pelos ordenamentos jurídicos ocidentais em geral.

Além da consagração em tratados internacionais e nas constituições nacionais, vários ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, disponibilizam mecanismos processuais para que se fiscalize e se defenda em situações concretas o julgamento por um magistrado imparcial.

No entanto, apesar da reconhecida importância internacional desse direito fundamental e da existência de mecanismos no processo penal pátrio para sua concretização, não é um procedimento fácil a identificação de situações concretas nas quais se pode considerar perdida a exigida imparcialidade de um magistrado.

Em razão de a eventual parcialidade de um magistrado concreto não ser evidente, sua percepção depende do estabelecimento de prévios critérios claros, sob pena de se cair em casuísmos. Isso, por sua vez, depende de um considerável esforço jurisprudencial. É justamente esse o problema que rodeia essa questão no direito nacional, uma vez que é possível notar certa nebulosidade na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre esse tema, em especial do Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo tem por finalidade apresentar um breve estudo sobre a aplicação do direito a um tribunal imparcial nos casos em que o que está em questão é a possibilidade de reconhecimento de perda de imparcialidade de um magistrado a partir de seu comportamento concreto.

Para tanto, será analisada a legislação aplicável, as posições doutrinárias acerca do tema, os critérios consagrados pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a maneira como o problema aparece na jurisprudência portuguesa – país onde este estudo foi originalmente realizado – e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Por fim, será apresentada uma reflexão acerca dos caminhos tomados pela jurisprudência nacional nessa matéria.

Szesz, André. Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 140. ano 26. p. 195-223. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

2. Consagração do direito a um tribunal imparcial na legislação internacional e nacional

O direito a um julgamento por juízes imparciais, que constituam um tribunal independente, está amplamente consagrado no Direito do mundo ocidental, sendo previsto na maioria das legislações domésticas e também em convenções internacionais. Na Convenção Europeia de Direitos Humanos, destaca-se o art. 6º, § 1º, que contém a seguinte redação:

> 1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também consagra esse direito, em seu artigo 10º:

"Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos trata da questão em seu artigo 14, n. 1:

> Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil. As audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou uma parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o tribunal o considerar absolutamente necessário, quando, por motivo das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça; todavia qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada, salvo se o interesse de menores exigir que se proceda de outra forma ou se o processo respeita a controvérsias matrimoniais ou à tutela de crianças.

Não restam dúvidas, portanto, de que a imparcialidade dos tribunais é um valor que ocupa um espaço destacado nos tratados internacionais. O mesmo

destaque se verifica nas constituições nacionais, que atribuem a esse direito o *status* de direito fundamental (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição brasileira e art. 32, n. 9, da portuguesa).

Mas, para além da mera consagração desse marco valorativo, é frequente nas legislações ocidentais a disponibilização de mecanismos que permitam fazer valer a exigência de um juiz imparcial em processos concretos. É o caso da legislação portuguesa, que em seu Código de Processo Penal, Capítulo VI, trata das hipóteses de impedimentos, recusas e escusas. O Código de Processo Penal brasileiro apresenta, igualmente, mecanismos para garantir o julgamento por um magistrado imparcial, por meio das exceções de suspeição e impedimento (arts. 95 a 106 e arts. 252 a 256).

Embora com pequena diferença de terminologias, a lógica dos mecanismos brasileiros e portugueses é semelhante. Permite-se que o próprio magistrado, por razões íntimas, declaradas ou não, manifeste sua própria suspeição caso não se sinta isento o suficiente para efetuar o julgamento do caso concreto. Estabelece-se um rol de situações nas quais seria possível objetivamente constatar uma situação de impossibilidade de imparcialidade, como no caso de um juiz que anteriormente desempenhou um outro papel no mesmo processo ou nos casos em que ele próprio, um parente ou um cônjuge, tem interesse no resultado no processo. Há também a possibilidade de que as partes apontem para uma situação de suspeição, a qual denote que determinado magistrado não tem possibilidade de ser imparcial.

As previsões legais, quanto a esse tema, são incontornavelmente limitadas, já que não seria recomendável a criação de um rol taxativo de hipóteses de perda de imparcialidade, sob pena de se engessar as possibilidades de identificação das recorrentes situações imprevistas. Se o que está em questão é a isenção do magistrado, então, independentemente de por quais razões ou por quais comportamentos houve a perda de imparcialidade, a ausência de magistrado imparcial sempre violará o direito a um tribunal imparcial.

Por isso, a grande dificuldade dessa matéria reside precisamente nas interpretações de quais tipos de comportamento podem denotar que o magistrado concreto tem interesse na causa ou podem ser prejudiciais à expectativa de imparcialidade perante a sociedade e as partes. É um problema a ser resolvido pela jurisprudência.

Nesse ponto, como será abordado adiante, é possível notar uma substancial diferença entre a maneira como a questão é tratada na jurisprudência europeia – aqui analisada a partir de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal de Justiça português – e na jurisprudência nacional.

3. CONSAGRAÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO A UM TRIBUNAL IMPARCIAL

O tema do direito a um tribunal imparcial se mostra bastante sólido nas doutrinas nacional e estrangeira. Na esteira de algumas das mais relevantes contribuições doutrinárias, são pertinentes aqui algumas considerações explicativas sobre esse direito fundamental.

A exigência de imparcialidade é um corolário do princípio da jurisdição. Este representa a obrigatoriedade de que os conflitos levados ao Estado sejam julgados por um tribunal, constituído previamente e composto por juízes independentes.

Quanto à independência dos magistrados, Figueiredo Dias[1] observa que se trata de um caráter indispensável à função de julgar dentro de um Estado de Direito marcado pelo princípio da separação dos poderes. Essa independência pode ser compreendida pelos aspectos material (objetivo) e pessoal (subjetivo). O primeiro diz respeito à independência do tribunal em relação a fatores externos, não apenas jurídicos, mas também políticos e econômicos. A corte, para que efetue um julgamento imparcial, deve estar livre de influências de outros órgãos estatais, de partidos políticos, grupos sociais, imprensa etc., inclusive de outros tribunais. A independência também deve se dar no âmbito do próprio tribunal, e para isso não pode haver ordens de superiores hierárquicos relativas à função de julgar. Como consequência, algumas questões de organização judiciária não podem ser alteradas. As características de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade são meios de garantir ao magistrado essa isenção de influências. No entanto, pondera Figueiredo Dias que há outras questões internas dos tribunais, como os sistemas de nomeação e promoção, que geram uma dificuldade maior de compatibilização com o princípio da independência.

Já o segundo aspecto diz respeito à garantia da imparcialidade do juiz em relação ao próprio processo que ele deverá julgar. O mais importante, destaca Figueiredo Dias[2], não é o fato de o juiz efetivamente ter conseguido manter sua imparcialidade, mas a defesa da suspeita dessa imparcialidade perante a sociedade, que reforça a confiança nos magistrados e no judiciário. No sentido de proteção da imparcialidade subjetiva, o sistema jurídico atribui à carreira da magistratura as já mencionadas características de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, como forma de proporcionar ao juiz uma autonomia econômica e social. A dúvida quanto à imparcialidade pode

1. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 302-320.
2. Ibidem, p. 315.

impossibilitar o julgamento (hipóteses de impedimento do magistrado) quando há relação direta do juiz com o caso (é réu ou vítima), com um dos envolvidos (relação de parentesco ou casamento com réu ou vítima), com o processo penal (é testemunha ou realiza outra função processual) ou quando é sujeito em outro processo judicial contra um dos envolvidos (autor ou réu em outro processo de qualquer natureza em que se tem como parte um dos envolvidos no processo que deve julgar). Em outros casos (hipóteses de suspeição), quando há relação de interesse, amizade ou inimizade ou outras relações de parentesco, a desconfiança acerca da imparcialidade precisa ser manifestada por uma das partes. Figueiredo Dias[3] destaca como um princípio geral do direito o de que a lei deve cuidar para que em todos os tribunais reine a atmosfera da "pura objetividade e incondicional juridicidade" e frisa também que ao juiz cabe agir de forma a evitar qualquer perturbação a essa atmosfera, principalmente a fim de proteger a imagem, perante a sociedade, do tribunal imparcial.

A função do juiz, conforme a lição de Manuel Valente[4], deve ser a de um "barômetro independente" que assegura a efetivação dos direitos e liberdades do réu, ou seja, um contrapoder que impede a lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos. O magistrado, segundo Germano Marques da Silva[5], deve estar atento às finalidades do processo: a realização do direito (fim jurídico), as garantias dos direitos do réu (fim político) e a contribuição para a pacificação da convivência social (fim social). Assim, o julgador deve ser indiferente ao resultado do processo no que diz respeito às partes, preocupando-se apenas com a realização da justiça (finalidades do processo) e, para tanto, sua atuação deve se dar no estrito cumprimento da lei.

Também a fim de se constituírem tribunais imparciais é que se fixa o critério de que o fato deve ser julgado por uma corte instituída anteriormente[6]. A competência, portanto, deve ser fixada antecipadamente, por meio de regras objetivas, e não deve haver tribunais de exceção. Tais limitações são importantes instrumentos do princípio da jurisdição.

Jürgen Baumann[7] coloca a imparcialidade do julgador – a ausência de coações externas e internas – como condição de realização do direito. Segundo seu

3. Ibidem, p. 320.
4. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2009. t. I. p. 228.
5. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2008. v. I. p. 50-51.
6. Ibidem, p. 55.
7. BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 154-160.

entendimento, a suspeição não exige a efetiva parcialidade, mas a existência de motivos concretos que permitam a desconfiança acerca da imparcialidade. Em relação à desconfiança quanto à imparcialidade subjetiva, é necessário que se observe a conduta do magistrado ou, em outras palavras, este deve dar um motivo.

Maya[8] conceitua a imparcialidade como um princípio supremo do processo, na medida em que estabelece uma vinculação de conduta aos magistrados (um dever-ser), qual seja, a de se comportar, na condução do processo, como terceiros alheios aos interesses das partes. Esse comportamento seria uma condição de legitimidade da atividade jurisdicional.

Montero Aroca[9] indica o "desinteresse subjetivo" como característica essencial da imparcialidade. Isso não significa tão somente que o magistrado não pode ser parte em um processo, mas, sobretudo, que não pode servir à finalidade subjetiva de uma das partes em um processo.

Luigi Ferrajoli[10] ressalta que a atividade jurisdicional não está vinculada a nenhum fim preestabelecido, diferentemente dos outros órgãos estatais que seguem políticas já definidas, geralmente ligadas à vontade da maioria ou interesses da administração pública. Os juízes não perseguem nenhum interesse político, mas apenas a busca da "verdade" nas causas que julgam. A atividade jurisdicional, portanto, não tem direção política e está substancialmente vinculada à lei.

A sujeição à lei, segundo Luigi Ferrajoli[11], é a posição institucional do juiz. É uma posição externa aos sujeitos em causa, bem como ao sistema político, e estranha aos interesses particulares. Assim, o juiz não deve ter nenhum interesse na solução da controvérsia a que foi chamado a resolver. Seu único fim deve ser a tutela dos direitos subjetivos lesionados. Nem mesmo o interesse da maioria deve influenciá-lo, pois o Poder Judiciário não é um poder de maioria, como o Executivo e o Legislativo.

O que define a imparcialidade é a posição do julgador de estar alheio ao interesse das partes, o que também se relaciona com sua independência – característica

8. MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99-103.
9. MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidade del Juez y la incompatibilidade de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 187.
10. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Racío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 578-584.
11. Ibidem, p. 579-580.

de exterioridade ao sistema político e ao sistema de poderes –, e à "naturalidade" – designação e competência do magistrado definidas antes da prática do fato. Tais aspectos requerem garantias orgânicas, como a separação institucional do juiz em relação à acusação pública, a separação institucional entre outros poderes do Estado e a difusão da função de julgar entre sujeitos não dependentes entre si.

Todavia, para além das garantias institucionais, pondera Luigi Ferrajoli[12], a imparcialidade depende de um hábito intelectual e moral do próprio julgador. Ainda, para que se mantenha o juiz alheio aos interesses contrapostos, é necessária a triangulação da relação processual: partes e um julgador suprapartes. Isso é um condicionante da separação entre o julgador e o acusador e é característica estrutural do sistema acusatório.

Luigi Ferrajoli[13] também pontua que, apesar de o juiz não gozar do consenso da maioria, deve ter a confiança dos sujeitos concretos que estão sendo julgados, de modo a não temerem um juiz inimigo.

Essas definições são bastante elucidativas e assinalam um marco acerca do qual há um relativo consenso: a importância do direito a um tribunal imparcial para a democracia e a posição destacada que deve ser por ele ocupado no ordenamento jurídico. No entanto, a matéria também encontra relevantes pontos de controvérsia.

Exemplo disso é a questão do ativismo político do juiz, tema de notável complexidade e importância, mas que não será aprofundado neste estudo. Apenas para ilustrar a controvérsia, cabe uma breve referência à posição de Bauman[14], para quem um excessivo comprometimento político do magistrado com determinada causa ou partido pode ser indicativo da existência de parcialidade. Soler e Gombau[15] defendem posição semelhante, compreendendo que comportamentos muito ativos do juiz, como uma decretação de uma prisão de ofício, podem ser denotativos da parcialidade. Galán González[16] ressalva que a adesão de um magistrado a certo pensamento político ou ideológico, por si só, não basta para questionar sua imparcialidade. Mas caso ele coloque sua função jurisdicional a

12. Ibidem, p. 580.
13. Ibidem, p. 580-581.
14. BAUMANN, Jürgen. Op. cit, p. 158.
15. SOLER, José María Rifá; GOMBAU, José Francisco Valls. *Derecho procesal penal*. Madri: Iurgium, 2000. p. 32.
16. GALÁN GONZÁLEZ, Candela. *Protección de la imparcialidad judicial*: abstención y recusación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 284-291.

serviço desse pensamento, então haverá causa para a recusa desse juiz por haver interesse indireto no resultado do processo. Em sentido contrário, posiciona-se Souza[17] pela legitimidade de uma postura ativa do juiz, quando ela tem por fim compensar eventuais desigualdades de armas entre acusação e defesa.

Na doutrina brasileira, são também comuns as discussões sobre se a iniciativa instrutória do juiz é capaz de prejudicar ou retirar por completo sua imparcialidade[18]. Ainda, discute-se com certa frequência a possível perda de imparcialidade pelo juiz que teve contato com prova reconhecidamente ilícita antes de seu desentranhamento[19] ou mesmo com certos tipos de prova, como a colaboração premiada[20], ou ainda que teve atuação na fase pré-processual[21]. Esses temas também não serão abordados neste estudo.

Outra questão interessante, que já foi objeto de controvérsias, mas que atualmente se encontra razoavelmente pacificada, é referente ao magistrado

17. SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vl. 868, 2008, p. 429-452.

18. Acerca do problema da iniciativa instrutória do juiz, cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba, n. 30, 1998, p. 163-198; LOPES JR., Aury. *Direto processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I. p. 422-423. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 446-448. RAMOS, Glauco Gumerato. A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? *Revista Brasileira de Direito Processual,* Belo Horizonte, n. 70, 2010, p. 219-231; SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial..., cit., p. 429-452; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica,* Porto Alegre, v. 250, 1998. CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 281, 2016, p. 21-22.

19. Cf. OLIVEIRA, Daniela Olímpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do Juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, 2012, p. 61-72. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 593.

20. Cf. PRADO, Geraldo. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 112-143; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n. 12.850/13. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação premiada*: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 445-468.

21. LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe o que é a imparcialidade cognitiva no processo penal? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 75, 2017. p. 94-97.

que manifesta suas opiniões doutrinárias em textos, palestras ou entrevistas. O tema foi discutido entre os alemães no caso paradigmático do Juiz Leibholz[22]. Este participou de julgamento de matéria acerca da qual já havia manifestado entendimento doutrinário. O tribunal alemão entendeu que a atividade de professor e pesquisador, igualmente garantida pela constituição, não tornaria o juiz parcial para julgar causas futuras em temas sobre os quais já se posicionou academicamente (abstratamente). O caso foi tão relevante que chegou a influenciar modificações na lei alemã, para expressamente excluir das hipóteses de impedimentos de Juiz da Corte Constitucional aquelas referentes à exteriorização de opiniões científicas e doutrinárias que poderiam ser relevantes para o processo.

Cabe ressalvar que, por outro lado, será possível se falar em perda de imparcialidade se a opinião manifestada em textos, palestras ou entrevistas for referente ao que está sendo discutido em processos em curso presididos pelo magistrado, pois resultam inevitavelmente em prejulgamento. Com efeito, nem mesmo é possível que o magistrado fale sobre os fatos como se fossem verdadeiros se eles são controversos dentro do processo em curso. Por essa razão, é recomendável que os juízes se abstenham de se manifestar publicamente sobre os processos que por eles devam ser julgados.

Apesar do grande volume de estudos sobre o tema do direito a um tribunal imparcial, é escassa a doutrina que chega a apresentar critérios para a aferição da imparcialidade em casos concretos, o que acaba aumentando o espaço criativo para a jurisprudência sobre a matéria e, ao mesmo tempo, exigindo um maior esforço dos tribunais para a apresentação de soluções satisfatórias aos casos concretos.

4. Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: o critério da imparcialidade objetiva

Sobre o tema do direito a um tribunal imparcial, merece atenção a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Essa Corte possui entendimento consolidado precisamente quanto aos critérios de aferição da perda de imparcialidade. Esses critérios também são aplicados por tribunais nacionais europeus e têm influenciado a doutrina processualista brasileira[23].

22. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 2005. p. 307-312.

23. E.g., LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 423-424; BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 7-10. MAYA, André Machado. Op. cit., p. 103.

Em suma, para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em uma sociedade democrática, toda corte julgadora deve inspirar confiança na generalidade dos cidadãos e no próprio acusado[24]. Um dos meios pelos quais se propicia essa confiança é a exigência de que os julgadores se mostrem livres de influências externas e internas. A imparcialidade pressupõe a ausência de prejulgamentos ou quaisquer fatores que tornem o julgador predisposto ao favorecimento de determinada parte[25].

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos distingue duas maneiras por meio das quais se compreende a exigência de imparcialidade: o aspecto objetivo, referente à exigência de garantias que afastem quaisquer dúvidas acerca da legitimidade do julgador; e o aspecto subjetivo, que diz respeito à convicção pessoal do julgador diante de um caso concreto[26]. Quanto ao primeiro aspecto, isso significa, para além do que se percebe a partir da conduta pessoal do julgador concreto, a necessidade de ausência de fatos que, se objetivamente considerados, levantem quaisquer dúvidas sobre a viabilidade de um julgamento isento. Em outras palavras, seria relevante o medo pessoal que o acusado teria quanto à imparcialidade do julgador, mas o que é decisivo é se esse medo pode ser objetivamente justificado[27]. Nesse ponto, para além de um julgamento imparcial, é necessária a aparência de um julgamento imparcial como forma de manutenção da credibilidade do Judiciário[28]. Já em relação ao aspecto subjetivo, o Tribunal entende que a imparcialidade do julgador deve ser presumida até que se prove o contrário[29]. Esses princípios devem ser aplicados a todas as formas de tribunais, incluindo os júris[30].

Quanto à prova constituída, esta tem sido analisada no sentido de se verificar se há o indicativo de hostilidade ou algum pré-juízo por parte do julgador

24. "What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused" (Padovani *vs.* Italy, j. em 26.02.1993, § 27).
25. Piersack *vs.* Belgium, j. em 01.10.1982, § 30.
26. Kyprianous *vs.* Ciprus, j. em 15.12.2005, § 118.
27. Castillo Algar *vs.* Spain, j. em 28.10.1998, § 45.
28. "In this regard, even appearances may be important; in the words of the English maxim quoted in, for example, the Delcourt judgment of 17 January 1970 (Series A n. 11, p. 17, para. 31), 'justice must not only be done: it must also be seen to be done'" (De Cubber *vs.* Belgium, j. em 26.10.1984, § 26).
29. "The personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (…)" (Hauschildt *vs.* Denmark, j. em 24.05.1989, § 47).
30. Holm *vs.* Sweden, j. em 25.11.1993, § 30.

ou se ele procurou participar de um caso por razões pessoais[31]. A Corte também pondera que, muitas vezes, é muito difícil a produção de provas que desconstituam a presunção de imparcialidade, mas, apesar disso, há que se lembrar a importância da garantia da imparcialidade objetiva[32]. Justamente por essa dificuldade de apreciação do aspecto subjetivo, a jurisprudência é mais vasta quanto à análise dos aspectos objetivos da imparcialidade. Por outro lado, não há uma cisão perfeita entre os aspectos objetivo e subjetivo, uma vez que as hipóteses de parcialidade objetiva levam a uma parcialidade subjetiva[33].

O Tribunal, no acórdão referente ao caso Kyprianous *vs.* Ciprus[34], apresenta, com base na própria análise jurisprudencial, duas possibilidades de eclosão da carência de parcialidade do julgador. A primeira é referente a um exercício, pelo juiz, de uma função que gera desconfiança acerca da existência de imparcialidade (objetiva) para o julgamento da causa (a exemplo de uma anterior atuação no mesmo processo, mas com outra função, ou alguma ligação com qualquer das partes envolvidas). A segunda relaciona-se com a conduta do juiz em um caso concreto, o que pode incidir no aspecto objetivo da imparcialidade ou no subjetivo. A análise deve ser feita sempre considerando as circunstâncias específicas de cada caso.

No julgado Micallef *vs.* Malta[35], a Corte ressaltou que a análise dos casos deve sempre considerar as questões de organização interna dos tribunais. Estas, de acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sempre precisam inspirar a confiança no público. A existência de procedimentos e normas domésticas criados para garantir a imparcialidade deve sempre ser tomada em conta.

O caso Buscemi *vs.* Itália[36] é um dos mais importantes acerca do tema da imparcialidade. Nele a Corte europeia julgou a arguição de impossibilidade de imparcialidade de um magistrado que, antes de ter para si a distribuição do processo, manifestou-se acerca do mérito da causa em um artigo publicado em jornal de grande circulação. Uma das partes envolvidas nesse processo publicou um artigo no mesmo jornal rebatendo a posição manifestada pelo juiz, que, por sua vez, publicou um terceiro artigo com a tréplica. Após essa discussão, os autos foram distribuídos ao magistrado. De acordo com a Corte,

31. Kyprianous *vs.* Ciprus, já citado, § 119.
32. Pullar *vs.* The United Kingdom, j. 10.06.1996, § 32.
33. Kyprianous *vs.* Ciprus, já citado, § 119.
34. §121.
35. J. em 15.10.2009, § 99.
36. J. em 16.09.1999.

o prejulgamento poderia ser percebido das expressões utilizadas pelo magistrado nos artigos, razão pela qual não haveria condições para imparcialidade.

Outro caso muito interessante é o Hauschildt *vs.* Dinamarca[37], no qual o tribunal considerou que a excessiva convicção acerca da autoria do crime, manifestada de forma indevida pelo juiz em decisão que prorrogou prisão cautelar do acusado, foi suficiente para se perceber um prejulgamento do objeto do processo. Considerou-se, a partir daí, a perda de imparcialidade do magistrado.

Considerando os objetivos deste estudo, é desnecessário realizar uma análise mais aprofundada de cada um desses julgados. A breve visão panorâmica apresentada já é suficiente para se notar que há na jurisprudência dessa Corte um notável esforço para se viabilizar a concretização do direito a um tribunal imparcial. A tese da imparcialidade objetiva representa inegavelmente um avanço teórico, que fixa um critério claro e empiricamente demonstrável para o reconhecimento de perda de parcialidade a partir de comportamentos concretos de magistrados.

5. Jurisprudência do STJ de Portugal

Como já observamos anteriormente, a legislação portuguesa fornece mecanismos para concretização do direito a um tribunal imparcial semelhante aos da lei brasileira. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça português adota os mesmos critérios da Corte Europeia de Direitos Humanos, o que a leva a interessantes soluções para casos nos quais se discute a relação de comportamentos de magistrados com a perda de imparcialidade.

No acórdão proferido no processo de n. 06P4461[38], o Tribunal frisou a exigência de imparcialidade como um dos elementos estruturais do processo penal. Ressaltou também a limitação dessa exigência, já que seria impossível um magistrado concreto completamente isento de um "condicionamento mental" anterior à apreciação do caso. Impõe-se, então, como condição de legitimidade da decisão que se mantenha uma incerteza acerca da posição do juiz até o momento da apreciação das provas. Daí se pode concluir, sempre de acordo com o Tribunal, que uma postura excessivamente ativa do juiz no decurso do processo poderia ser um indicativo de sua parcialidade. Esta também seria perceptível a partir da forma como o juiz conduz a instrução (por exemplo: quais são as perguntas autorizadas e quais as não autorizadas a se formular

37. J. em 24.05.1989.

38. Rel. Maia Costa, j. em 11.01.2007.

em audiência). Em suma, perde a confiança o juiz que, por meio de seus atos, demonstre que já elaborou um juízo acerca da questão antes do julgamento. O seguinte trecho, retirado desse acórdão, merece destaque:

> A actividade do juiz patenteada durante as várias sessões do julgamento, traduzido por um lado na forma de exercer a disciplina e orientação do julgamento, interrompendo constantemente o seu mandatário, "seleccionando" as perguntas a formular, e por outro lado ao denotar um pré-juízo relativamente à matéria a decidir, levando já a uma convicção antecipada sobre a qualificação jurídica dos factos antes da sentença, põe em causa a confiança do sistema, minando por completo a garantia de um processo justo, levando por isso o recorrente a pedir a suspeição do juiz.

Quanto à prova da parcialidade, interessante observar as ponderações realizadas no acórdão proferido no processo de n. 05P3894[39]. O Tribunal discorreu acerca das duas dimensões da imparcialidade: a) a subjetiva (referente às concepções pessoais do juiz, que dão motivo para o favorecimento de uma parte ou outra); e b) a objetiva (referente às aparências – circunstâncias de caráter orgânico ou funcional – ou posições de relevância externa ou estrutural, que justifiquem de forma objetiva a dúvida acerca da parcialidade). O reconhecimento da parcialidade subjetiva só pode se dar a partir da constituição de provas que demonstrem a posição íntima do Juiz, que o predispõe a uma decisão parcial. Já a perspectiva objetiva se dá com o suporte do conceito de "aparência" extraído do direito anglo-saxão[40]: referência à percepção dos cidadãos quanto à garantia de boa justiça. Isso implica a consideração de circunstâncias objetivas que podem interferir na legitimidade de um juiz acerca de determinada causa. Contudo, para que a exigência de imparcialidade objetiva não termine numa tirania das aparências, é necessário que a questão acerca da parcialidade seja apreciada a partir das circunstâncias concretas do caso, considerando não apenas a garantia de uma boa justiça, mas também a garantia de uma justiça que pareça boa.

Ainda quanto à questão da prova, merece destaque o acórdão, proferido no processo de n. Cf.8P1208[41], no qual a Corte frisou que a parcialidade deve ser objetivamente considerada, não bastando meras convicções do Ministério Público, do réu, do assistente, ou da parte civil, ou até mesmo do próprio

39. Rel. Henriques Gaspar, j. em 03.05.2006.

40. O acórdão faz referência à máxima "justice must not only be done; it must also be seen to be done".

41. Rel. Oliveira Mendes, j. em 17.04.2008.

juiz. Contudo, os motivos dessa desconfiança devem ser, como prevê a lei, sérios e graves (art. 43, n. 1, do CPP português). Devido à ausência de delimitação legal quanto aos critérios de seriedade e gravidade, estas devem ser consideradas a partir de um juízo de experiência comum, sempre tendo por base fatos concretos e precisos. Acerca desse critério, o acórdão do processo 08P1526[42] acrescenta, referindo-se às hipóteses de apresentação de pedido de escusa, que "o que importa é determinar se um cidadão médio, representativo da comunidade, pode, fundadamente, suspeitar que o juiz, influenciado pelo facto invocado, deixe de ser imparcial e injustamente o prejudique", e o julgado resultante do processo de n. 06P4821 (rel. Maia Costa, j. em 01.03.2007), referindo-se às hipóteses de recusa, pontua que "a invocação de um conflito entre o magistrado e o advogado da parte, conflito que é pessoal entre eles dois, e é anterior e completamente alheio à causa, não justificam, por si só, a recusa desse magistrado" e que deve haver "razões que especificamente perturbem ou dificultem a neutralidade ou equidistância em relação às partes envolvidas no litígio judiciário, ou seja, que impeçam o juiz de assumir a sua condição de terceiro supra partes nesse litígio".

Porém, resulta em violação do princípio do juiz natural "afastar o juiz por qualquer motivo fútil, devendo levar-se em conta que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido que a imparcialidade se presume até prova em contrário" (08P2299, rel. Santos Carvalho, j. em 10.07.2008).

O Supremo Tribunal de Justiça português, em 14.06.2006, proferiu interessante julgamento (processo de n. 06P1286), de relatoria de Rodrigues da Costa, em caso envolvendo a intervenção da imprensa. O incidente de escusa, apresentado pelo Juiz Conselheiro Relator e pelos Juízes Conselheiros Adjuntos, indicava a impossibilidade de imparcialidade daquele colegiado para julgar um processo envolvendo o crime de homicídio de um marido contra sua esposa. Isso porque, na véspera do julgamento, em um jornal de grande circulação, houve a publicação de uma notícia que já dava como realizado o julgamento desse caso, em desfavor do recorrente (réu). O Tribunal entendeu que, uma vez publicada a notícia mencionada, contendo detalhes acerca do sentido que se daria o julgamento, e tendo sido juntada aos autos tal publicação, bem como tendo sido realizado pelo patrono do recorrente o pedido de anulação do julgamento, o crédito quanto à imparcialidade dos julgadores estaria comprometido, tanto perante o próprio recorrente quanto perante toda a sociedade. Se

42. Rel. Pires da Graça, j. em 07.05.2008. Conferir também o acórdão proferido no processo 532/09.5YFLSB, de relatoria de Maia Costa, julgado em 23.09.2009.

houvesse julgamento no mesmo sentido da notícia, dir-se-ia que a decisão foi anterior à sessão de julgamento. Se a decisão fosse em sentido contrário à notícia, estabelecer-se-ia a dúvida se a motivação do julgado não seria uma reação à publicação e suas consequências. Portanto, qualquer que fosse a decisão, a garantia da parcialidade estaria comprometida. Dessa forma, com essas ponderações, o Supremo Tribunal de Justiça deferiu o pedido de escusa.

Também é interessante se atentar para a decisão proferida no julgamento do processo 140/10.8YFLSB[43], no qual a troca de informações entre o juiz e uma das partes, por via extraprocessual, foi suficiente para que se considerasse perdida a confiança naquele magistrado.

Observa-se que a jurisprudência do STJ português está em consonância com a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ambos os tribunais, considerando as dificuldades de prova, dão maior ênfase à exigência da imparcialidade objetiva – a proteção da aparência de imparcialidade dos tribunais. É essencial notar que o Supremo Tribunal de Justiça português, assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com frequência discute concretamente os comportamentos dos magistrados para avaliar se houve ou não a perda de imparcialidade – essa conclusão indica um contraste com a jurisprudência brasileira, como se demonstrará nos próximos tópicos.

6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: apego às hipóteses legais de impedimento

O tema do direito a um tribunal imparcial é também comum na jurisprudência do STF. É possível perceber, no entanto, significativas diferenças na maneira como a questão é abordada e nas soluções apresentadas por essa Corte em relação aos tribunais referenciados anteriormente.

Já de antemão se nota que os critérios da imparcialidade objetiva, consolidados na Corte Europeia de Direitos Humanos e adotados pelas cortes superiores europeias em geral, não são adotados pela Corte brasileira. Em verdade, em nenhuma oportunidade, desde a Constituição de 1988, o STF apresentou a especificação de critérios para se identificar uma situação de imparcialidade concreta. Houve, no máximo, algumas poucas referências abstratas à necessidade de preservação da imparcialidade dos magistrados e à própria definição de imparcialidade, mas sem estabelecer critérios de aplicação.

43. Rel. Santos Cabral, j. em 20.10.2010.

Isso se verifica, por exemplo, no julgamento do HC 95009[44]. Nessa oportunidade, o Tribunal chegou a ressaltar a importância da proteção do direito a um tribunal imparcial, destacando que o juiz deve se manter alheio ao conflito discutido no processo e às influências externas, inclusive de outros poderes do Estado, da imprensa e da opinião pública, bem como não deve estar inclinado a nenhuma das partes. São importantes considerações teóricas, mas que deixam intacto o problema do estabelecimento de critérios para a identificação de uma situação de parcialidade concreta.

Há, como nesse exemplo, julgados nos quais a importância da imparcialidade dos tribunais é reafirmada. Mas apenas em um caso extremo, de impedimento pela ocupação de uma função anterior incompatível com a de juiz, o Tribunal chegou a reconhecer a existência, por maioria, de um juiz do qual não se poderia esperar imparcialidade.

Isso ocorreu no HC 94641[45], no qual se proferiu julgamento de arguição de impedimento em razão de que o juiz que presidiu procedimento de averiguação de paternidade realizou, por conta própria, diligências para a apuração de crime de atentado violento ao pudor. Remetidos os autos ao Ministério Público e oferecida a denúncia, o mesmo juiz a recebeu e decretou a prisão preventiva do réu. Entendeu a Corte, por maioria, que o juiz havia anteriormente exercido uma função policial ao realizar diligência para apurar a prática do crime e, portanto, estaria impedido de exercer a função de juiz. O voto vencido, proferido pelo ministro relator, não reconheceu o impedimento com o fundamento de que a hipótese não estava prevista no art. 252, II, do CPP e de que não poderia haver interpretação ampliativa desse dispositivo legal.

Já no HC 92893[46], que envolvia caso no qual o mesmo magistrado que presidiu o inquérito policial exerceu também a função de juiz da causa, decidiu-se pela inexistência de impedimento. Os fundamentos indicados para se afastar a tese de perda de imparcialidade foram o dispositivo legal (art. 252 do CPP), que seria taxativo, e o entendimento de que no inquérito policial o juiz não atuaria como investigador, mas como "um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício".

Em outros casos, o Tribunal apenas tratou da extensão dos efeitos do reconhecimento da imparcialidade.

44. Rel. Eros Grau, *DJ* de 19.12.2008.

45. Rel. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Joaquim Barbosa, *DJ* de 06.03.2009.

46. Rel. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 12.12.2008.

Por exemplo, na questão de ordem no inquérito 2503-8[47], julgou-se caso no qual o próprio juiz se declarou suspeito para o julgamento, mas, antes disso, rejeitou a queixa apresentada. Entendeu o Tribunal que o juiz não poderia ter sido imparcial no momento da rejeição da queixa, já que a declarada causa dessa suspeição se deu antes de ser proferida essa decisão.

Situação semelhante ocorreu no julgamento do HC 104629[48], no qual o tribunal de segunda instância havia reconhecido a suspeição de juíza, mas anulado apenas os atos praticados após a prolação de pronúncia. O STF apresentou decisão no sentido de que a pronúncia tem caráter decisório e, desse modo, a decisão proferida pela juíza suspeita seria nula.

Todos os casos nos quais se arguiu a perda de imparcialidade do magistrado a partir de comportamentos concretos resultaram em indeferimento do pedido por parte do STF.

No HC 97553[49], os impetrantes arguiram que a colheita de depoimento pelo magistrado em interrogatório de corréus (que passaram a ser colaboradores premiados) tornaria impossível sua imparcialidade para julgamento do terceiro delatado. O Tribunal negou a ordem por meio de fundamentação semelhante à do HC 92893 – referência ao art. 252 do CPP e à função de administrador do juiz em relação ao acervo probatório na fase pré-processual –, indicando que esse raciocínio se aplicaria também à hipótese de delação premiada.

No HC 95518[50], o STF reconheceu como "inaceitável" o comportamento do magistrado que insistiu em decretar prisões e outras medidas após as instâncias superiores terem revogado as medidas cautelares decretadas em desfavor dos réus. Mas isso foi considerado insuficiente para que se denotasse a perda da imparcialidade do magistrado. O fundamento apresentado girou em torno apenas das hipóteses legais de impedimento e suspeição. Uma vez constatado que o caso não se encaixava em nenhuma daquelas hipóteses, a ordem foi denegada.

No julgamento de agravo regimental na arguição de impedimento n. 4, de competência originária do STF, a defesa arguiu a perda de imparcialidade de um dos ministros julgadores que utilizou, em outro processo, expressões que denotariam prejulgamento da causa (o réu foi chamado de "*expert* em lavagem de dinheiro", por exemplo). Todavia, a tese foi levada ao plenário por meio de exceção de impedimento. A resposta do STF foi no sentido de

47. Rel. Menezes Direito, *DJ* de 23.05.2008.

48. Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 04.05.2011.

49. Rel. Dias Toffoli, *DJ* de 10.09.2010.

50. Rel. Eros Grau, rel. para o acórdão Gilmar Mendes, *DJ* de 19.03.2014.

negar provimento ao agravo, porque o caso analisado não se enquadraria nas hipóteses de impedimento.

7. Uma reflexão sobre a jurisprudência nacional a respeito do tema

Com base em toda a análise realizada nos tópicos anteriores, cabe aqui uma pequena reflexão acerca dos rumos da jurisprudência nacional nessa matéria.

Não é novidade que o modelo de juiz imparcial, completamente isento de influências externas e que está internamente motivado tão somente em realizar o direito no caso concreto é um modelo ideal, de impossível realização plena. Isso porque, por um lado, um juiz não é uma máquina de decidir, mas um ser humano e, assim, carrega e manifesta em suas decisões valores pessoais, frutos de experiências próprias, que muitas vezes são estranhos ao sistema valorativo legitimado pelo sistema jurídico[51]. Por outro lado, também não é possível

51. A propósito: "( ) imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe. Pelo fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava a razão de emoção, dicotomizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de sententiando, gerúndio do verbo sentire. Logo, existe um conjunto de atores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva tal 'neutralidade'" (LOPES JR., Aury. Op. cit, p. 423). No mesmo sentido: "A neutralidade é um mito concebido pelo Direito Romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica" (BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9). Ainda: "(...) tanto a compreensão do juiz como homem inserido em um dado contexto social, quanto os vieses psicanalíticos propostos por Freud e Jung, conduzem à impossibilidade de pensá-lo como um ser isolado no mundo, isento de valores e emoções, apto a colocar-se diante de controvérsias jurídicas sem experimentar, diante delas, nenhuma sensação emotiva. Um magistrado nesses moldes não seria sequer capaz de julgar efetivamente, pois o julgamento pressupõe uma tomada de posição, uma escolha entre duas ou mais opções, o que é incompatível com a ideia de abstenção característica da neutralidade" (MAYA, André Machado. Op. cit., p. 57-58). Cf. também: COSTA, Fabrício Veiga. Imparcialidade do juízo x a consciência do julgador no ato de decidir: em estudo crítico sob a ótica da processualidade democrática. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 138, 2014, p. 20-36; LACERDA, Bruno Amaro. A imparcialidade do juiz. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 52, 2016, p. 23-36. COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca.

que se evite inteiramente a influência e as pressões de grupos externos, como a imprensa, que frequentemente emite pré-juízos ou pós-juízos acerca de um caso[52], criticando ou enaltecendo o trabalho de um tribunal. Considerando essas limitações, talvez se possa dizer que o que se espera do julgador não é uma imparcialidade plena, mas uma parcialidade mínima.

Em relação ao âmbito interno (subjetivo), as formas de controle são muito precárias: a investigação e a comprovação da parcialidade do julgador são quase sempre muito difíceis e muitas vezes impossíveis. Por esse motivo, os métodos de garantia da imparcialidade utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como outras cortes europeias, se mostram efetivamente úteis, uma vez que plenamente aplicáveis a casos concretos. De fato, a forma de controle possível e realizável da imparcialidade é a partir do comportamento do juiz (dentro e fora do processo) e das fundamentações apresentadas como motivadoras das decisões.

Nesse sentido, portanto, e em primeiro lugar, o princípio da imparcialidade dos tribunais se torna viável a partir da exigência de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas. O julgador deve justificar suas decisões dentro do sistema normativo vigente e, para além das razões reais – que podem ou não coincidir com o que consta no papel –, as razões apresentadas na sentença e demais decisões interlocutórias (documentos persuasivos, ressalta-se) é que servem como parâmetro de legitimidade da decisão (e podem servir para afastar ou comprovar a suspeita de parcialidade). Em segundo lugar, o comportamento do juiz também pode ser um indicativo da existência ou não de imparcialidade objetiva. Tanto a forma como o processo é conduzido – seja em audiências de oitiva de testemunhas e de interrogatório do arguido (perguntas realizadas ou deferidas/indeferidas), seja em relação ao restante da produção probatória (provas deferidas/indeferidas/requisitadas) – quanto as posturas tomadas pelo magistrado fora do tribunal (a exemplo de declarações à imprensa) podem funcionar como objetos possíveis de análise de (im)parcialidade.

O juiz e o reconhecimento de seus próprios preconceitos: um caminho à imparcialidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 76, 2016. p. 30-37.

52. Acerca do tema, Cf. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *RBCCrim,* São Paulo, n. 42, 2003. CALDEIRA, Felipe Machado; TERRA, Luiza Borges. Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a operação Lava Jato. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Perspectivas das ciências criminais*: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ, 2016. p. 170-180.

Por essas razões, é destacada a relevância da aparência de imparcialidade, como manifesta o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Independentemente de ter havido ou não um pré-juízo, é importante para o poder judiciário a garantia perante os interessados e a generalidade dos cidadãos da imparcialidade dos tribunais. Afastar qualquer desconfiança sobre o caráter de abstração dos interesses particulares e gerais mantém a credibilidade no sistema judiciário e possibilita a realização da função de julgar da forma mais transparente possível. Não se trata, certamente, de um critério perfeito, mas de um critério realista (e realizável).

Quanto a esse ponto, é possível constatar uma defasagem da jurisprudência nacional dos tribunais superiores – aqui podemos incluir o STJ, que segue a mesma linha do STF –, que não adotam quaisquer critérios claros e objetivos para se aferir a existência de perda de imparcialidade, em relação aos tribunais europeus.

Em suma, percebe-se uma tendência do STF em se apegar às hipóteses legais de suspeição e impedimentos como tese geral para o afastamento das arguições de perda de parcialidade. O fundamento é problemático, porque sobrepõe a lei infraconstitucional à Constituição Federal. Com ele, o Tribunal se mostra indiferente à possibilidade de juízes parciais, se a razão concreta da parcialidade não se adequar a uma das hipóteses de suspeição ou impedimento. Esse fundamento acaba funcionando como uma resposta robótica que apenas contorna os problemas dos casos concretos e cerra as possibilidades de que as inúmeras causas de perda de parcialidade sejam conhecidas.

O fundamento da compatibilidade do modelo de *juiz administrador* com o sistema de provas adotado pela nossa Constituição – tese que encontra vasta controvérsia no âmbito da doutrina[53] – também se mostra insatisfatório, já que o apego a uma teoria geral das funções do juiz não exclui a possibilidade que juízes concretos, atuando dentro da legalidade, denotem perda de imparcialidade. Um exemplo dessa situação seriam os casos referenciados das cortes europeias, nos quais se admitiu que um excesso de convencimento manifestado em uma decisão judicial ou um privilégio a uma das partes demonstrado na postura em audiência são suficientes para se denotar a perda de imparcialidade de um magistrado.

Uma consequência da utilização da natureza dos argumentos preferidos pelo STF nos julgados analisados é o escasso número de casos nos quais houve a efetiva reflexão sobre os comportamentos concretos dos magistrados. Disso

53. *Vide* nota de rodapé n. 15.

decorre uma excessiva tolerância com ações que podem efetivamente atentar contra a expectativa de imparcialidade.

Veja-se que o *deficit* da jurisprudência nacional na matéria não diz respeito necessariamente ao resultado dos julgamentos nos casos analisados anteriormente, mas à ausência da apresentação de uma fundamentação satisfatória, demonstrando que a decisão foi resultado de uma análise criteriosa do caso julgado e não de uma repetição irrefletida de um dispositivo legal ou de um fundamento abstrato. Nesse ponto, pode-se notar com facilidade que o Tribunal brasileiro e os tribunais europeus referenciados não apresentam a mesma profundidade de argumentação quanto ao tema da imparcialidade.

Cabe ressalvar que a experiência estrangeira sempre deve ser compreendida com muita cautela, já que se trata de países com históricos culturais, políticos e jurídicos diversos. Não há dúvida de que os problemas enfrentados pelo Direito Penal brasileiro não são os mesmos que aqueles enfrentados pelo europeu. Apesar da semelhança das legislações, há clara diferença quanto à intensidade da violência urbana para a qual se espera uma solução do Judiciário, quanto à política criminal direcionada para a questão das drogas proibidas e quanto à real operatividade do sistema penal, por exemplo. A imagem que as cortes europeias têm perante seus nacionais bem como os níveis de intervenção crítica da imprensa quanto ao trabalho efetuado pelo Judiciário também são substancialmente distintos. São todos fatores que não podem ser ignorados quando se importam teorias estrangeiras.

Mesmo assim, os critérios da imparcialidade objetiva podem ser aplicados na jurisprudência brasileira e, em princípio, solucionariam o problema do *deficit* de fundamentação dos acórdãos. Por isso, aparentemente não há razões para que nossa jurisprudência quanto a essa matéria não tenha também um debate aprofundado.

Resta necessário compreender as opções políticas da jurisprudência brasileira em analisar a questão da forma como ela vem sendo apresentada e as razões pelas quais há um alto grau de tolerância com o comportamento de magistrados. No entanto, tem-se aqui um impasse, pois a compreensão de uma tendência jurisprudencial requer uma pesquisa empírica e de natureza não jurídica. Infelizmente, são poucas[54] as pesquisas dessa natureza feitas no Brasil, razão pela qual não há fontes que permitam qualquer conclusão segura.

54. E.g., SILVA, Denival Francisco da. Do perfil do juiz criminal do Distrito Federal e sua visão quanto ao direito penal e sobre a aplicação da pena. *Revista Curso de Direito,* Brasília, v. 3, n. 2, 2002, p. 133-141; VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Seria possível apenas especular se essa linha jurisprudencial segue uma tendência de se pautar pela repercussão da consequência prática dessas decisões. Isso porque o efeito do reconhecimento da parcialidade do juiz é a anulação dos atos decisórios por ele praticados, bem como a redistribuição do feito a outro magistrado.

É frequente, no entanto, a anulação de processos pelos tribunais superiores que resulta em prescrição da pretensão punitiva dos crimes apurados, em razão do tempo de demora para se levar a questão a essas cortes. Muitos dos acórdãos referenciados aqui dizem respeito a crimes de grande repercussão nacional, de forma que uma anulação como essa poderia frustrar uma investigação sobre a qual a opinião pública tenha depositado grandes expectativas – o que não passaria batido pela crítica da imprensa. Esse quadro poderia explicar a tendência indicada.

Com efeito, o fenômeno da pressão da imprensa para que os juízes decidam de acordo com determinados interesses ou pautados pela opinião pública – aqui se acrescenta a intenção de se evitar críticas da opinião pública – não é problema exclusivamente brasileiro[55], embora aparente ser especialmente intenso aqui, e não são uma ideia inédita[56]. Não raras vezes a imprensa noticia de forma pejorativa as anulações de processos criminais ou as revogações de prisões cautelares pelos tribunais superiores em casos de repercussão nacional, associando essas decisões com ideias de impunidade e justiça. A partir da

55. E.g., ORTEGA, Abraham Barrero. La imparcialidade e independencia judicia frente a los medios de comunicacion. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região,* v. 36, 2010. Disponível em: [http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/revista-36]. Acesso em: 16.01.2016.

56. "Muito embora seja fato evidente que todos os Juízes, sem qualquer exceção, devam presidir os julgamentos necessariamente distantes do calor das paixões (que normalmente envolvem as causas), lamentavelmente já são conhecidos episódios deploráveis que nos dão conta de que alguns juízes (ainda que reflexo de uma minoria, considerando o universo do Poder Judiciário) – procurando, de todas as formas, não desagradar a Sociedade (ou mais especificamente a Opinião Pública) que lhe é próxima buscam julgar, não de maneira serena, equilibrada e fundamentalmente imparcial como a lei lhes obriga, mas, de forma diversa, à deriva do sabor das contingências políticas do momento, objetivando, em última análise, forjar uma projeção positiva perante a opinião de parcela da Sociedade que lhe surge como mais presente e, naquele momento, aparentemente majoritária" (FRIEDE, R. Ries. Da imparcialidade como condição básica para o desempenho da função judicante. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* São Paulo, n. 21, 1994, p. 70. Também reconhecem o problema, em certa medida, BATISTA, Nilo. Op. cit.; SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 182-242).

década passada, intensificaram-se as críticas da imprensa dirigidas pessoalmente a ministros dos tribunais superiores responsáveis pelas decisões criticadas.

Uma determinada nota publicada pelo STJ, em 2012, pode ser ilustrativa da preocupação dos tribunais superiores com a opinião pública. Essa nota é referente ao julgamento do EREsp 1021634 pelo STJ, com acórdão publicado em 23.03.2012. O caso envolvia a acusação de estupro de menores de 14 anos, supostamente prostitutas, e a decisão foi no sentido de afastar a presunção de violência para permitir ao acusado a produção de prova da inocorrência de violência real. A repercussão dessa decisão foi extremamente negativa perante a mídia, sendo que, inclusive, a então Ministra da Secretaria de Direitos Humanos chegou a afirmar que o STJ estaria construindo "um caminho de impunidade" (de pedófilos)[57]. Isso levou o Tribunal a emitir uma nota de "esclarecimento à sociedade"[58], afirmando que "não institucionalizou a prostituição infantil", que não nega que "prostitutas podem ser estupradas", que "não incentiva a pedofilia", "não promove a impunidade", "não atenta contra a cidadania" etc.[59] A nota deixa clara a existência de uma preocupação com a imagem que o Tribunal tem perante a sociedade e com o que a imprensa diz sobre ele.

Não parece não ser absurdo se falar em uma preocupação dos tribunais superiores com a consequência prática de suas decisões[60]. Logicamente que, nesse contexto, forma-se uma tendência a se proferir decisões que reduzam as chances de que o tribunal seja alvo de críticas, como aquelas que resultam na anulação de um processo criminal de repercussão nacional.

---

57. JINKINGS, Daniela. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ sobre estupro de vulneráveis "significa constituir um caminho de impunidade"*. Disponível em: [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-28/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-vulneraveis-%E2%80%9Csignifica-constituir-um-caminho-de]. Acesso em: 19.01.2016.

58. A nota está disponível no *site* do STJ: [www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Esclarecimentos-%C3%A0-sociedade]. Acesso em: 19.01.2016.

59. O resultado daquele julgamento foi revertido no julgamento de embargos de declaração, acolhidos com efeitos modificativos para se reconhecer a intempestividade dos embargos de divergência (*DJe* de 04.09.2012).

60. Denival Silva também chegou a essa conclusão em seu estudo: "Para 92% dos (juízes) entrevistados a mídia exerce influência sobre as decisões judiciais. A confirmação empírica deste fato demonstra a preocupação dos julgados com as repercussões que sua decisão possa ter" (op. cit, p. 137).

Outro ponto que talvez também possa ser especulado é referente a uma possível compreensão por parte do próprio magistrado brasileiro de que sua atuação deve ser comprometida. A ideia já foi objeto de pesquisa publicada em *Corpo e alma da magistratura brasileira*[61]. Entre os juízes que participaram dessa pesquisa, 83% afirmaram que o magistrado deve ter uma postura "não neutra", embora o conteúdo dessa neutralidade tenha sido majoritariamente associado à defesa do Estado de Direito[62].

Também é interessante observar que associações brasileiras de magistrados eventualmente têm desempenhado um papel de defensoras de posturas processuais de seus colegas, o que também é indicativo da forma como os próprios magistrados veem a questão da neutralidade. Apenas para se ter um exemplo, pode-se citar fatos envolvendo o conjunto de processos derivados da operação conhecida como Lava Jato, ainda em curso no momento da publicação deste artigo. O grande interesse da opinião pública e da imprensa abriu caminho para que as partes passassem a sair do espaço restrito do processo para realizar um debate por intermédio da mídia – fenômeno que merece a atenção da doutrina nacional, mas que não será aqui abordado. Ocorre que houve eventuais participações da Ajufe (Associação dos Juízes Federais do Brasil) nesse debate, com manifestações públicas que apoiavam de forma corporativa o magistrado responsável por parte dos casos[63], inclusive elogiando as decisões tomadas por ele dentro dos processos, refutando nulidades processuais e perda de parcialidade arguidas pela defesa. Boa parte dessas decisões ainda estava com pendência de ser analisada por tribunal de segunda instância e pelos tribunais superiores na época da manifestação da Ajufe. Esse fato é bastante interessante, pois demonstra que os próprios juízes federais, representados pela associação, compreendem que um debate extraprocessual como esse, que lembra o caso Buscemi x Itália, não seria capaz de comprometer a isenção dos juízes federais que futuramente receberiam para julgamento as questões ali debatidas.

Reitera-se, contudo, que aqui apenas se está especulando as razões que explicam os rumos da jurisprudência nacional sobre o tema da imparcialidade e que uma conclusão segura depende de pesquisas empíricas sobre o tema.

61. VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Op. cit.

62. Ibidem, p. 260-262.

63. E.g., Juízes federais declaram apoio a Sérgio Moro, da Lava Jato. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juizes-federais-declaram-apoio-a-sergio-moro-da-lava-jato/]. Acesso em: 19.01.20/16.

Resta concluir que justamente para se evitar esse tipo de especulação e que se cogite a existência de fundamentos apócrifos, é necessário que a jurisprudência nacional, em especial a do STF, adote critérios claros como os da imparcialidade objetiva que permitam o debate e uma solução transparente, que demonstre o respeito ao direito a um tribunal imparcial, nos casos em que se argui a perda de parcialidade de um magistrado em razão de seu comportamento concreto.

8. Conclusão

O direito a um tribunal imparcial ocupa um espaço destacado nas legislações ocidentais, justamente por se tratar de um direito fundamental, sem o qual não seria nem mesmo possível se falar em jurisdição. Além da consagração da imparcialidade dos tribunais como um marco valorativo, as legislações ocidentais em geral, em especial a brasileira e a portuguesa, aqui analisadas, disponibilizam mecanismos para se garantir em processos concretos que o julgamento seja realizado por um juiz imparcial.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos desenvolveu interessantes critérios para se detectar a perda de imparcialidade de um magistrado em um processo concreto. A ênfase da análise deve estar nos aspectos objetivos da conduta do magistrado, a qual não deve contribuir para que se coloque em dúvida sua imparcialidade. Desse modo, ainda que o magistrado seja, em seu íntimo, imparcial, se sua conduta concreta coloca em risco a crença em sua imparcialidade, o direito a um tribunal imparcial estará violado. A justiça não deve apenas ser boa, mas parecer boa, o que depende do esforço do magistrado para parecer imparcial diante das partes.

Esses critérios também foram adotados pelo STJ português e ambas as cortes apresentam uma proveitosa jurisprudência, com análise de condutas variadas de magistrados contra as quais havia sido arguida prejudicialidade à expectativa de imparcialidade.

A jurisprudência do STF segue um caminho distinto, sem a adoção de critérios claros para a aferição de perda de parcialidade. Há uma desproporção da profundidade com o que o tema é abordado por esse Tribunal em relação à jurisprudência estrangeira analisada. A própria linha argumentativa do STF impede que se adentre nas peculiaridades do caso concreto, uma vez que há um apego ao texto do CPP e a motivações abstratas. Essa linha argumentativa é problemática, pois, por um lado, sobrepõe o CPP à Constituição e, por outro, apenas rodeia a questão, sem enfrentar o problema de se ter um magistrado cujas ações, ainda que dentro da legalidade, tornam pouco crível a existência

de imparcialidade. Como consequência, a jurisprudência do STF se mostra tolerante com comportamentos de magistrados que concretamente colocam em risco a crença em sua imparcialidade.

Ademais, a insuficiência da fundamentação adotada por essa linha jurisprudencial dá margem para especulações sobre se o direito a um tribunal imparcial está sendo flexibilizado em detrimento da proteção da própria imagem do judiciário. Essas especulações, todavia, cessariam ou reduziriam consideravelmente se houvesse a adoção de critérios claros e transparentes para a solução dos casos de alegada perda de imparcialidade – critérios como os adotados na jurisprudência europeia referenciada.

9. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 250, 1998.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *RBCCrim*, São Paulo, n. 42, 2003.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALDEIRA, Felipe Machado; TERRA, Luiza Borges. Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a operação Lava Jato. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Perspectivas das ciências criminais*: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ, 2016.

CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 281, 2016.

COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca. O juiz e o reconhecimento de seus próprios preconceitos: um caminho à imparcialidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 76, 2016.

COSTA, Fabrício Veiga. Imparcialidade do juízo x a consciência do julgador no ato de decidir: em estudo crítico sob a ótica da processualidade democrática. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 138, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba, n. 30, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Racío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FRIEDE, R. Ries. Da imparcialidade como condição básica para o desempenho da função judicante. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* São Paulo, n. 21, 1994.

GALÁN GONZÁLEZ, Candela. *Protección de la imparcialidad judicial*: abstención y recusación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

LACERDA, Bruno Amaro. A imparcialidade do juiz. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 52, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe o que é a imparcialidade cognitiva no processo penal? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 75, 2017.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidade del Juez y la incompatibilidade de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, 2012.

ORTEGA, Abraham Barrero. La imparcialidade e independencia judicia frente a los medios de comunicacion. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 36, 2010. Disponível em: [http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/revista-36]. Acesso em: 16.01.2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 70, 2010.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n. 12.850/13. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação premiada*: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, Germano Marque da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2008. v. I.

SILVA, Denival Francisco da. Do perfil do juiz criminal do Distrito Federal e sua visão quanto ao direito penal e sobre a aplicação da pena. *Revista Curso de Direito*, Brasília, v. 3, n. 2, 2002.

SOLER, José María Rifá; GOMBAU, José Francisco Valls. *Derecho procesal penal*. Madri: Iurgium, 2000.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p. 429-452, fev. 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2009. t. I.

VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Notícias citadas

MACEDO, Fausto. *Juízes federais declaram apoio a Sérgio Moro, da Lava jato*. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juizes-federais-declaram-apoio-a-sergio-moro-da-lava-jato]. Acesso em: 19.01.2016.

JINKINGS, Daniela. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ sobre estupro de vulneráveis "significa constituir um caminho de impunidade"*. Disponível em: [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-28/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-vulneraveis-%E2%80%9Csignifica-constituir-um-caminho-de]. Acesso em: 19.01.2016.

Esclarecimento à sociedade. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Esclarecimentos-%C3%A0-sociedade]. Acesso em: 19.01.2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 del convenio europeo de derechos humanos), de Javier García Roca e José Miguel Vidal Zapatero – *RDCI* 57/269-309 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1217-1262 (DTR\2006\628); e
- Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios Constitucionais, de Artur César de Souza – *RePro* 270/57-83 (DTR\2017\2592).

Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal

Who should be the constitution's guardian?: the safeguarding of constitutional-criminal guarantees towards Brazilian Supreme Court

Douglas Carvalho Ribeiro
Graduado (2014) e Mestre (2017) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
douglascarvalhoribeiro@gmail.com

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Professor de Direito Penal. Graduado (2014) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre (2017) na mesma área pela Universidade Federal de Minas Gerais.
victorsilva.costa@yahoo.com.br

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Professor Titular de Direito Constitucional e Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Produtividade do CNPq (1D). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Doutor em Teoria do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre.
mcattoni@gmail.com

Recebido em: 26.06.2017
Aprovado em: 05.09.2017
Última versão dos autores: 14.09.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O objetivo do presente artigo é, a partir da discussão sobre os julgados acerca da presunção de inocência, refletir sobre os limites do poder de decisão do STF e a tensão existente entre as garantias consagradas historicamente pela dogmática penal e a pretensão de efetividade das decisões em matéria criminal. Defende-se que o Tribunal Constitucional não detém a

Abstract: This article aims to discuss the judgments on the presumption of innocence, to reflect on the limits of the power of the Supreme Court concerning its decision's making and the measure of the guarantees consecrated historically by criminal dogmatics and pretension of effectiveness. It is argued that the Constitutional Court does not have the final

Ribeiro, Douglas Carvalho; Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 140. ano 26. p. 225-245. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

última palavra no tocante à interpretação da Constituição, principalmente no que diz respeito à restrição das garantias penais-constitucionais. Por fim, o posicionamento aqui esboçado se desenvolve no sentido de sustentar o papel da crítica acadêmica aos julgados como contrapeso por excelência à atividade pretoriana daquele tribunal.

Palavras-chave: Garantias constitucionais – Estado de Direito – Direito penal constitucional – Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência.

word regarding the interpretation of the Constitution. This is true with regard to the restriction of criminal-constitutional guarantees. Finally, it will be sustained that the role of academic critique to those judged is a counterweight par excellence to the praetorian activity of that court.

Keywords: Constitutional guarantees – Rule of law – Constitutional criminal law – Supremo Tribunal Federal – Case law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Objeto de análise: a questão da presunção de inocência. 3. O tribunal constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a crítica jurídica. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal assumiu papel de destaque nas discussões políticas da sociedade brasileira contemporânea. Muitos acreditam que é ali onde reside a palavra final sobre a extensão e os limites das normas constitucionais. Aquela instituição atuaria, segundo essa visão, como a detentora do monopólio da decisão acerca daquilo que a Constituição é ou deixa de ser. Entretanto, nos últimos tempos, principalmente a partir dos debates que seguiram à elaboração das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999,[1] o âmbito de atuação daquele Tribunal foi colocado em xeque, de forma que tal tensão parece-nos ter chegado ao ápice com as recentes decisões acerca das garantias penais positivadas no ordenamento jurídico, como a presunção de inocência[2] e a questão da prescrição[3]. Como fio condutor das discussões aqui travadas, nossa abordagem se

1. Para uma melhor compreensão do debate, ver Meyer (2008), Streck (2013), Cruz (2014) e Cattoni de Oliveira, (2016a).
2. Ver as Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgadas conjuntamente em 5 de outubro de 2016, a respeito da possibilidade de execução provisória da pena.
3. *Vide* o julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 966.177, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 7 de junho de 2017. Nele, o plenário decidiu ser possível a suspensão do prazo prescricional em ações penais sobrestadas por causa do reconhecimento de repercussão geral. Tendo ficado vencido o Ministro Edson Fachin, este consignou que "À míngua de uma previsão legal em sentido formal, a

Ribeiro, Douglas Carvalho; Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 140. ano 26. p. 225-245. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

limitará ao primeiro ponto, como metonímia da atuação do Supremo Tribunal Federal e da necessidade de reconhecimento da chamada "sociedade aberta de intérpretes da constituição" (HÄBERLE, 1997).

Talvez seja de Franz Kafka um dos relatos mais pungentes sobre a relação existente entre o cidadão e a lei. Em seu texto *Diante da lei*, parte da coletânea *Um médico rural*, o autor tcheco explicita a angústia de um homem do campo que se coloca diante do portão da lei, com a crença de que ela "deve ser acessível a todos e a qualquer hora" (KAFKA, 2008, p. 853). O homem, entretanto, frustra-se ao perceber que havia um guardião (*Türhüter*) que o impedia de adentrar o portão que dava acesso à lei. O guardião ainda o alerta sobre as consequências da infração de seu comando: "Eu sou poderoso. E sou apenas o último dos guardiões. De sala para sala, porém, existem guardiões cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro" (KAFKA, 2008, p. 853). O acesso à lei é negado ao homem por um guardião, que supostamente é controlado por diversos outros, em uma estrutura de vigilância que se reproduz *ad infinitum*. Se o primeiro guardião vacila e deixa o homem adentrar o portão, tem-se a certeza de que há outra proteção à lei propriamente dita, e assim por diante, quando a capacidade de salvaguarda de um guardião é posta em xeque.

A parábola *Diante da lei* parece se encaixar com perfeição ao dilema das democracias constitucionais do Ocidente – em especial a brasileira –, e isso se deve principalmente a dois motivos. Em primeiro lugar, quando o foco investigativo repousa nos termos usados por Kafka, percebe-se que o termo *Hüter*, parte integrante da composição linguística "guardião do portão", é o mesmo utilizado em um longo debate no âmbito da teoria do direito constitucional que se inicia na década de 1930 e se arrasta até os dias atuais, a saber, quem deve ser o guardião da Constituição[4]. Com a crise do paradigma do Estado Liberal[5] e a concepção de interpretação atrelada a este, a hermenêutica de textos

suspensão do fluxo do lapso temporal prescricional não pode ocorrer". Em outras palavras, sustentou a não possibilidade de impor barreiras ao prazo prescricional quando não estabelecido por lei, pois significaria ampliar o poder punitivo estatal. Cf. RELATOR pode suspender prescrição em ação penal sobrestada por repercussão geral. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jun-07/relator-suspender-prescricao-acao-penal-sobrestada-stf]. Acesso em: 20.06.2017.

4. Tal semelhança é facilmente vislumbrável quando se observam os principais textos daquele debate, travado entre Hans Kelsen, autor do texto *Wer soll der Hüter der Vefassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), e Carl Schmitt, que, no ano de 1931, publicou a obra *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição).

5. Para uma explicação concisa acerca dos paradigmas jurídicos, ver Habermas (1999, p. 247-258).

normativos deixa de ser vista como mero ato cognitivo, sendo atribuída ao intérprete uma função de criação em todo ato interpretativo. O direito constitucional, em especial no tocante às garantias penais, representa, nesse sentido, a área mais sensível às reviravoltas na teoria hermenêutica, pois, se não é possível a cognição de um sentido imanente ao texto da Constituição, resta a pergunta acerca da competência em relação à intepretação que deve viger sobre as outras. À época da deflagração do debate, as soluções variavam entre o Presidente do Reich, como preconizado pela interpretação de Carl Schmitt (1996), e um órgão colegial, compreendido enquanto legislador negativo, como defendia Hans Kelsen (2007, p. 237-298).

Especificamente sobre a solução proposta por Schmitt, pode-se dizer que esta se baseava na afirmação do carisma do Presidente do Reich enquanto elemento agregador de toda a comunidade política[6]. Digno de nota é o fato de que, segundo o jurista alemão, a política parlamentar e a atividade judicante são identificadas como esferas marcadas pelo formalismo vazio de uma adstrição cega aos ritos. Em tempos de crise, somente a ação enérgica daquele ligado à coletividade dos cidadãos seria capaz de engendrar ambiente institucional normalizado:

> Quando a Constituição de Weimar determina, que o Presidente do Reich deve ser eleito por todo o povo alemão, então isso representa uma determinada correção do sistema eleitoral proporcional e do multipartidarismo. Todo o povo alemão deve aqui se unir em torno de uma única personalidade, um homem de confiança.[7] (SCHMITT, 1995, p. 24)

Já em relação à solução proposta pelo jurista austríaco Hans Kelsen, pode-se dizer que está fora inicialmente desenvolvida à época da promulgação da Constituição da Áustria de 1920 (UNRUH, 2004, p. 81). Como do princípio da separação dos poderes, o órgão especial responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos do parlamento possuiria, também, uma natureza legislativa:

> Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no "poder legislativo", como se costuma

6. Para uma contextualização do expediente schmittiano à luz da sociologia compreensiva de Max Weber, ver Ribeiro (2016, p. 84-96).
7. Tradução livre de: "Wenn die Weimarer Verfassung bestimmt, daß der Reichspräsident vom ganzen deutschen Volk gewählt werden soll, so liegt darin eine gewisse Korrektur des Verhältniswahl-und des Parteilistensystems. Das ganze deutsche Volk soll sich hier auf eine einzige Persönlichkeit, einen Mann seines Vertrauens einigen".

> dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal (...). Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. (KELSEN, 2007, p. 151-152)

O desenvolvimento posterior do debate parece ter conferido unissonância à resposta em relação à salvaguarda da Constituição no seio das democracias ocidentais: essa caberia primordialmente ao tribunal constitucional. Alguns tribunais mencionam, inclusive, essa função no âmbito de seus julgados, como se vê na decisão 21/52 do Tribunal Constitucional alemão referente ao funcionamento regular do partido *Deutsche Friedens-Union*, em que expressamente é assumida uma tarefa de salvaguarda da Constituição como decorrência direta da interpretação literal do art. 93 da Lei Fundamental[8]. Fala-se, inclusive, quando se vislumbra a posição do Tribunal Constitucional diante da consagrada teoria da separação dos poderes, que ele figuraria enquanto um "poder conferidor de medida" (*maßstabsetzende Gewalt*) (LEPSIUS, 2011, p. 168). A partir dessa concepção, afirma-se corriqueiramente que a Constituição seria aquilo que o tribunal diz que ela é.

Da associação entre a figura do guardião e o tribunal constitucional, advém o segundo motivo da aproximação do conto kafkiano com a realidade brasileira contemporânea. O Supremo Tribunal Federal (STF), conhecido como aquele que deteria a última palavra sobre o texto constitucional, vem tomando decisões de modo peculiar, seja de forma monocrática, seja de forma colegiada, *vide* a decisão no Habeas Corpus 126.292/SP e, mais recentemente, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, todas elas em torno do tema da presunção de inocência. Como afirmou o constitucionalista Conrado Hübner Mendes, aquele tribunal se encontra refém da fragmentação das convicções pessoais de seus julgadores[9], o que leva a certo sentimento de insegurança sobre a sua capacidade de salvaguarda da Constituição.

8. Decisão disponível em: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv021052.html]. Acesso em 15.09.2016.
9. MENDES, Conrado Hübner. *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. Disponível em: [www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros]. Acesso em: 15.09.2016.

Afinal, se a posição do Supremo Tribunal Federal é posta em xeque, surge a pergunta sobre "quem vigia os vigilantes" (*quis custodiet ipsos custodes*), como já nos colocou o poeta romano Juvenal. O objetivo do presente artigo é, justamente, a partir da discussão sobre os julgados acerca da presunção de inocência, refletir sobre os limites do poder de decisão do STF e a tensão existente entre as garantias consagradas historicamente pela dogmática penal e a pretensão de efetividade das decisões em matéria penal ainda que em contraposição às garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

2. Objeto de análise: a questão da presunção de inocência

Em conferência proferida pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso, este comentou a decisão colegiada que, por maioria, relativizou a presunção de inocência ao permitir a execução antecipada da pena. Segundo o magistrado, somente após tal decisão é que o direito penal passou a ser levado a sério no Brasil.[10] O julgado em questão se deu no âmbito do HC 126.292/SP, de relatoria do então Min. Teori Zavascki,[11] em que o STF reformou o entendimento jurisprudencial anteriormente assentado, quando do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau. Na origem do caso específico, como lembra Lenio Streck,[12] impetrou-se *habeas corpus* em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que este negou provimento ao recurso de apelação em favor do paciente e determinou *de ofício* a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: "Expeça-se mandado de prisão contra o acusado". Tratava-se não de prisão cautelar, mas sim de execução provisória da pena. No voto do Min. Zavascki, assenta-se a controvérsia na necessária análise entre(...):

> (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função

10. Barroso afirma que, antes de o STF relativizar presunção de inocência, o direito penal não era sério. Disponível em: [http://justificando.com/2016/08/11/barroso-afirma-que-antes-do-stf-relativizar-presuncao-de-inocencia-direito-penal-nao-era-serio]. Acesso em: 15.09.2016.

11. Cf. BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; CATTONI DE OLIVERA, Marcelo Andrade. *Presunção de inocência*: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica]. Acesso em: 15.09.2016.

12. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia]. Acesso em: 16.09.2016.

> jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal", conforme se extrai do acordão.[13] Em suma, o que a decisão do relator consagra é a supremacia dos interesses punitivos estatais perante a liberdade individual.

Montesquieu (2000, p. 168) já se referia, em *O espírito das leis*, sobre a tensão entre liberdade e segurança dos cidadãos, orientado pela ideia de que "Quando a inocência dos cidadãos não está garantida, a liberdade também não o está". O corolário político dessa conclusão é a ideia de que, mesmo que se corra o risco de absolver um culpado, não se condenará sem justificativa um inocente. Portanto, os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos como também pela arbitrariedade do poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2014, p. 506). Desde a escola clássica italiana, com seu precursor Cesare Beccaria (1997, p. 61), afirmou-se que, antes da sentença definitiva, não pode a sociedade tolher a proteção pública garantida ao cidadão, somente podendo fazê-lo quando decidido definitivamente sobre a violação dos pactos sociais instituídos. Além disso, Francesco Carrara, também representante dessa escola, considerou a presunção de inocência como princípio fundamental de toda a ciência processual e do qual decorrem todas as outras garantias que envolvem o processo judicial, em virtude do seu conteúdo atento à liberdade do imputado e a formação do lastro probatório (FERRAJOLI, 2014, p. 507).

No âmbito da Teoria do Estado do período da República de Weimar, Hermann Heller já imputava tal característica à essência do chamado Estado de Direito. Afirma Heller (1930, p. 4) que:

> (...) uma acepção de lei solidamente constituída, equipada com uma força adstringente dupla, deveria dominar todas as atividades estatais, não somente o Poder Judiciário, mas também o Executivo e as "intervenções na liberdade e propriedade dos cidadãos" somente era possível de agora em diante por força de lei.

Isso implica que a calculabilidade é uma marca essencial da técnica de poder denominada de Estado de Direito.

Além disso, Heller reconhece em Montesquieu um papel decisivo na ruptura da mentalidade do Antigo Regime, marcada pela indistinção funcional entre as atividades legiferante, judicante e executiva:

13. STF. HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246]. Acesso em: 16.09.2016.

> Sabe-se que a teoria da divisão e balanceamento dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, marca o fundamento organizatório do Estado de Direito. Montesquieu vê na liberdade política do cidadão "esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança". Essa liberdade seria perdia definitivamente, caso o mesmo homem ou um mesmo grupo exercesse de forma simultânea os poderes legislativo, judiciário e executivo. O fundamento dessa opinião, advinda de um profundo conhecedor dos homens, poder ser expresso em uma afirmação sociológica dotada de validade geral: todo poder humano descontrolado sucumbe cedo ou tarde à imponderável arbitrariedade. (HELLER, 1930, p. 4)

Contra entre conjunto de ideias, desde sua concepção, há muito se observam tendências históricas de ocorrência de regressos autoritários no sentido do fortalecimento do punitivismo estatal. Já no século XIX, por exemplo, ganhou relevância a produção da escola positiva, na qual seus representantes, tais quais Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, sustentavam a inversão da lógica da presunção de inocência, chegando, inclusive, a exigir a prática da prisão preventiva imediata, quando da prática de crimes mais graves. Isso subverteria por completo o raciocínio de caracterização da culpabilidade. Posteriormente, já no século XX, a escola fenomenológica, conhecida como Escola de Kiel, também se notabilizou pelas críticas ferrenhas ao conjunto de garantias classicamente albergadas pelo direito penal liberal. Georg Dahm, principal expoente daquela tradição teórica, retirou sua inspiração do pensamento de Carl Schmitt, especificamente da sua crítica ao normativismo como faceta típica do fenômeno denotado de liberalismo.[14] Daí resulta que, para os membros da Escola de Kiel, as garantias penais típicas do Estado de Direito ocidental eram apenas fraseologias pertencentes a uma época marcada pelo capitalismo concorrencial, pretensamente superada pela chegada de Hitler ao poder.[15] Digna, pois, de nota é a relação colaboracionista entre os teóricos seguidores de Dahm e o regime nacional-socialista.

Parece-nos, outrossim, que o regresso ao direito penal máximo se repete na atualidade, em especial no direito brasileiro, tanto na esfera legislativa quanto na judicante. Na primeira, menciona-se o exemplo da Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/2016) e a proposta legislativa de medidas contra a corrupção, entre as quais se destacam a possibilidade de execução imediata da condenação quando o tribunal reconhece abuso do direito de recorrer; a extinção dos

14. Sobre a questão do liberalismo em Carl Schmitt, ver Ferreira (2004).

15. Sobre a relação entre a Escola de Kiel e o regime nacional-socialista, ver Kirchheimer (1976).

embargos infringentes e de nulidade; regras restritivas para o direito a *habeas corpus*; o uso de provas obtidas por meios ilícitos; e a possibilidade de execução provisória da pena após julgamento de mérito por tribunal de apelação.[16] E, no segundo, o citado julgamento da relativização da presunção de inocência por parte do STF.

Pensar-se-ia, no entanto, que tal episódio é fato isolado na história recente da Suprema Corte brasileira. No julgamento da Ação Penal 470,[17] de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, conhecida como o caso *Mensalão*, aquele tribunal aplicou a *Teoria do Domínio do Fato* sobre pressupostos diversos daqueles pugnados pelo penalista alemão Claus Roxin,[18] dado que foi considerada como uma teoria que permitiria a condenação sem um lastro probatório mínimo, e não para diferenciar autor e partícipe como originalmente concebida. Recentemente, no âmbito da operação *Lava Jato*, várias discussões surgiram a respeito da homologação das delações premiadas por parte do Supremo Tribunal Federal, em especial acerca de aspectos atinentes à legalidade da colaboração por parte do acusado e a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais em sede processual, por exemplo, o direito ao silêncio (art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013) e a inafastabilidade de jurisdição, quando da desistência ao direito de recorrer ou de impetrar *habeas corpus*.

Dado esse estado de coisas, marcado pela relativização das garantias materiais e processuais penais, toda a comunidade jurídica se coloca em alerta. E o motivo parece evidente: a ansiedade política sobre a incerteza dos limites e das possibilidades do alcance da atividade interpretativa praticada por aquele tribunal. Citando Luigi Ferrajoli (2014, p. 506), "toda vez que um imputado

16. Como lembra Geraldo Prado: "No âmbito de um conjunto de propostas denominado '10 medidas de combate à corrupção', o Ministério Público Federal brasileiro sugere profundas alterações no regime jurídico dos recursos criminais com o objetivo de "aumentar a eficiência e a justiça [destes instrumentos]... sem prejudicar o exercício do direito de defesa". No mesmo contexto postula, ainda, a aprovação de Emenda Constitucional que elimine o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, em matéria penal, assim como viabilize a execução provisória da decisão penal condenatória, quando os tribunais de apelação proferirem julgamento de mérito em matéria penal" (PRADO, 2015, p. 10).

17. STF. AP 470. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas]. Acesso em: 16.09.2016.

18. Cf. ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Madrid: Marcial Pons. Também entrevista de Roxin ao *Conjur*: [www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato].

inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito", já que essa forma de organização política é caracterizada pelo esforço máximo de racionalização do exercício do poder político e, dentro deste, também do poder punitivo. Continua o mesmo autor afirmando que "o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam" (FERRAJOLI, 2014, p. 506).

Sobre a relação entre ansiedade e política, a melhor contribuição acerca do tema talvez tenha sido a de Franz L. Neumann, jurista alemão membro do Instituto de Pesquisa Social, cuja tradição filosófica e acadêmica ficou conhecida como "Escola de Frankfurt". Em seu artigo intitulado *Ansiedade e política*, Neumann fundamenta seu argumento nas diversas funções que a ansiedade assume para o indivíduo, a partir do esquema psicanalítico freudiano. Afirma Neumann (1969, p. 302) que "a ansiedade pode desempenhar muitos papéis na vida do homem, o que quer dizer que a ativação de um estado de ansiedade por meio de um perigo pode ter um efeito benéfico ou destrutivo". A ansiedade pode desempenhar um papel de aviso para o homem, visto que o previne de experimentar riscos concretos advindos do ambiente exterior, entretanto pressentidos anteriormente. Mas há, contudo, outra modalidade de ansiedade, a chamada ansiedade neurótica, que "é produzida pelo ego com o fim de evitar, por antecipação, a mais remota ameaça de perigo" (NEUMANN, 1969, p. 302). Segundo o autor, essa ansiedade pode paralisar o homem, impedindo-o de tomar decisões de maneira racional.

Nesse sentido proposto por Neumann, infere-se que a função do Estado de Direito consiste – *no mínimo* – na prevenção das possíveis causas geradoras desse estado patologizante que aflige os cidadãos. Estamos convencidos de que relativizar garantias, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o *habeas corpus*, a prescrição, entre outras, não contribui com o mister do Estado de Direito, mas, ao contrário, somente dissemina o temor do encarceramento sem o devido exercício do direito de defesa.

A esfera de proteção individual diante do pretenso poder punitivo estatal representa uma espécie de conquista civilizacional, de forma que a legitimidade do sistema criminal estaria relacionada ao respeito às regras do jogo previamente delimitadas. Uma mudança brusca provocada pelo suposto anseio social à punição representa um distúrbio ao funcionamento próprio do direito. Nos termos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, isso se traduz na debilitação do fechamento normativo do direito por meio da interferência dos chamados ruídos do ambiente (NEVES, 2008, p. 79 et seq.). Diante desse panorama de decisões sem o mínimo de atenção às garantias consagradas na Constituição da República, surge o seguinte o questionamento: *quem controla os controladores?*

3. O tribunal constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a crítica jurídica

Acerca dessa questão, pode-se dizer que foi Platão, em *A República*, quem deu contornos iniciais a tais reflexões, quando a Sócrates é perguntado, afinal, quem guardaria os guardiões. Naquele momento, o debate girava em torno da questão da *Paideia*, do tema da "nobre mentira", segundo a qual eles mesmos se guardariam (PLATÃO, 2000). É evocada também a partir dos versos satíricos do poeta romano Juvenal (*quis custodiet ipsos custodes?*), como já mencionado, e em Norberto Bobbio, na obra *O futuro da democracia*, em que o autor se propõe a discutir o problema da transparência e da exigência do caráter público do exercício do poder político em uma democracia (BOBBIO, 2015, p. 54-55).

A partir do caso da relativização das garantias constitucionais por parte do STF, a exemplo da presunção de inocência, cabe refletir, a partir da filosofia política de Jürgen Habermas, em que medida aquele tribunal se distancia de um papel de garantidor ou, no máximo, de um tutor das condições deliberativas de formação da vontade política, aproximando-se mais da função de regente, "que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade" (SILVA; MENDES, 2008, p. 209). Voltando à parábola kafkiana e à associação da figura do guardião com o tribunal constitucional, tem-se que este não pode se colocar entre o cidadão e a lei constitucional, mas, antes, deve ser um facilitador no sentido do alargamento do rol de participantes no processo de interpretação e efetivação da Constituição. O tribunal não deve impedir o acesso à porta, mas sim *guiar* o cidadão comum naquele processo de concretização das diretrizes estabelecidas no projeto esboçado pelo constituinte originário.

A transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social trouxe consigo um papel de centralidade das constituições, uma vez que foram conferidas a elas funções que excediam a mera organização do poder político e o estabelecimento de direitos fundamentais em sua dimensão meramente negativa, isto é, enquanto âmbito de limite à intervenção estatal na esfera do indivíduo. As constituições passaram a conter em si um projeto de comunidade política, ao determinar "os princípios diretivos segundo os quais deve formar-se a unidade política e tarefas estatais a serem exercidas", como afirmou Konrad Hesse (1998, p. 37). A asserção de Hesse deixa clara a mudança de função das constituições, implicada pela transição paradigmática, uma vez que, em primeiro lugar, ao estabelecer princípios diretivos acerca da unidade política, rompe-se com a ideia liberal do Estado-máquina, neutro perante as diversas concepções de mundo existentes.

Soma-se a isso o fato de que os direitos fundamentais passam a ser entendidos em uma dimensão também positiva, isto é, na forma de prestações estatais ativas direcionadas ao cidadão comum. Essa ressignificação da função das constituições trouxe consigo um aumento da importância dos tribunais constitucionais no seio das democracias ocidentais contemporâneas. Caberia a ele a interpretação dos "valores contidos na constituição" e, se por um lado, todos os poderes constituídos se submeteriam à constituição, é o tribunal, por outro lado, que possuiria a última palavra sobre o que a constituição é – a partir desse modelo originado no pós-Segunda Guerra. Com o aumento substancial do âmbito de atuação dos tribunais constitucionais, estamos convencidos, portanto, de que uma volta à teoria de Peter Häberle se faz necessária.[19]

Quando mencionamos o nome do jurista alemão, automaticamente somos remetidos a sua mais conhecida obra, *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, texto originalmente publicado no ano de 1975 na revista *Juristenzeitung,* mas que somente teve uma versão brasileira cerca de 20 anos mais tarde. Temos consciência da centralidade desse texto na produção acadêmica de Häberle. Contudo, gostaríamos de efetuar uma leitura sistemática de seus trabalhos à época, menos conhecidos do público brasileiro em geral, como o conjunto de artigos contidos na coletânea *Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft* (Controle de Constitucionalidade entre a Política e o Direito), em que Häberle procura, de forma mais detida, analisar o papel da doutrina perante o centralismo da Corte Constitucional alemã.

19. Cabe, contudo, também registrar a importância da discussão contemporânea entre os norte-americanos sobre o tema. Desde, pelo menos, o texto de Dworkin, recolhido em 1978, em *Taking rights seriously*, sobre a desobediência civil, às críticas de Waldron, Sunstein ou Tushnet ao *Judicial Review*, bem como as controvérsias em torno do chamado *popular constitutionalism*, que envolvem também os textos de Kramen, Post, Siegel, Balkin e Friedman, entre outros. Cf. Vieira (2016), Balkin e Siegel (2009); TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Disponível em: [http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/233]; POST, Robert; SIEGEL, Riva. *Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy*. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F178&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages]; GARGARELLA, Roberto. *Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"*. Disponível em: [www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica07.pdf]; ALVAREZ UGARTE, Ramiro. *El constitucionalismo popular y los problemas de la "última palavra"*: apuntes para um contexto latinoamericano. Disponível em: [www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/03-Revista-Juridica-El-Constitucionalismo-Popular-y-los-problemas.pdf]. Acessos em: 16.09.2016.

De pronto, pode-se afirmar, a partir das reflexões da penalista alemã Ingeborg Puppe (2006, p. 105-113), que a relação entre jurisprudência e doutrina nunca foi das melhores: a fim de exercer melhor seu arbítrio e evitar dialogar com esta, a jurisprudência se valeria de conceitos indeterminados, dado que a caneta que assina não é a mesma que doutrina. Isso nos leva a um problema maior quando pensamos na atividade judicante no âmbito do tribunal constitucional, pois o que está ali em questão é o próprio conteúdo das disposições previstas na Constituição acerca da relação seja entre os poderes, seja entre o Estado e o indivíduo.

Comumente se acredita que a Constituição é aquilo que o tribunal constitucional diz que ela é. Contra essa afirmação é que Häberle cunha sua mais conhecida teoria, qual seja, a da *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. De forma resumida, a tese do autor se desenvolve no seguinte sentido:

> (...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 13)

Häberle busca chamar a atenção sobre o fato de que aquele tribunal, apesar da sua importância no sentido da consolidação da ideia do regime democrático, não se encontra sozinho no processo de interpretação e concretização do texto constitucional, sendo os outros órgãos estatais, e até mesmo a esfera pública não estatal – esta bastante enaltecida pelo autor –, também participantes do círculo hermenêutico cujo objeto é a própria realização dos preceitos constitucionais. A fim de ressaltar a sua posição, ele chega até mesmo a afirmar em outro texto, chamado *Recht aus Rezensionen* (O direito advindo das resenhas), que os julgados do Tribunal Constitucional alemão não substituem a Constituição, do mesmo modo que os comentários às decisões da corte não substituem os comentários à chamada Lei Fundamental (HÄBERLE, 1980, p. 5).

Considerando o fato de que o STF não pode ser o único detentor da palavra final sobre o sentido e a extensão do texto constitucional, somos, como cidadãos e estudiosos, além de legitimados, impelidos a apresentar uma crítica às suas decisões, pois, assim como o Tribunal, participamos também de forma indispensável à concretização desse projeto sempre inacabado que é a Constituição. Especificamente em relação à presunção de inocência, estamos convencidos da existência de um grave retrocesso que recai sobre as garantias penais constitucionalmente tuteladas.

O inciso LVII do art. 5º da Constituição da República estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A mera análise da literalidade de tal disposição já indica a clara violação da decisão tomada em plenário naquele Tribunal, uma vez que se refere ao trânsito em julgado de decisão condenatória. Mesmo assim, o relator Min. Zavascki, por meio de um suposto raciocínio de ponderação, chegou à conclusão de que os interesses sociais albergados pelo poder punitivo estariam acima da pretensão individual de defesa. Nota-se com isso a consolidação de um sistema marcadamente inquisitorial, em que cada vez mais se prega a eficiência de resposta aos anseios sociais de punição, mesmo que em detrimento da paridade de armas entre acusação e defesa.

Outra decisão foi tomada por parte do Min. Edson Fachin à ocasião do julgamento do HC 135.752, impetrado pela defesa do Prefeito de Marizópolis (PB), condenado e com mandado de execução provisória da pena expedido. Tendo sido deferida a liminar pelo Min. Ricardo Lewandowski, durante o recesso judiciário, o Min. Fachin, analisando o mérito, fê-lo com base nas conclusões extraídas do julgamento do HC 126.292/SP. Em que pese não se tratar de decisão que confira caráter de efetividade *erga omnes*, o relator entendeu que a decisão tomada pelo Plenário "não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria"[20], podendo, sim, constituir um germe de entendimento pacificado. A liminar foi cassada, portanto, porque, para o Min. Fachin, a Corte "deve conferir estabilidade à sua própria jurisprudência"[21]. Ora, como pode haver estabilidade nas decisões da Corte se o acórdão, decidido por maioria no âmbito do HC 126.292/SP, contrariou entendimento dominante, até então, assentado pelo HC 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau? Percebe-se, claramente, que não há, no âmbito do STF, qualquer preocupação em relação à construção de uma linha argumentativa

20. STF. HC 13.5752, rel. Min. Edson Fachin, j. 02.08.2016, publicado em Processo Eletrônico, *DJe* 164, divulg. 04.08.2016, public. 05.08.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+135752%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hzv7f7k]. Acesso em: 16.09.2016.

21. Para uma crítica certeira ao entendimento do Min. Fachin, ver STRECK, Lenio Luiz. *Presunção de inocência*: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc]. Acesso em: 16.09.2016.

constante acerca de seus julgados. O que se vê é a utilização de conceitos vazios, que fundamentam a sua prática judicante arbitrária, para lembrar os dizeres da penalista Puppe. A processo de pacificação da linha interpretativa punitivista encerrada pela corte foi consolidado com o julgamento conjunto das ADCs 43 e 44, em outubro de 2016.

Voltemos então à pergunta inaugural: *Quem controla os controladores?* Quando formulamos a questão dessa forma, caímos no risco do regresso *ad infinitum*, já que haveríamos de nos questionar logo em seguida sobre quem *controla o controlador* daquele que fiscaliza o cumprimento adequado das normas. Devemos reconhecer que um tribunal constitucional exerce um importante papel nos dias atuais, salvaguardando, por exemplo, os direitos e as garantias penais constitucionalmente estabelecidos contra eventuais retrocessos propulsionados pelo órgão legiferante. Contudo, corre-se o risco de uma centralização excessiva de seu papel de atuação no seio da sociedade política, relegando à insignificância aqueles outros participantes do processo interpretativo de realização do projeto constituinte.

A democracia constitucional, ao contrário, convive permanentemente com a tensão constitutiva entre os poderes do Estado, institucionalmente estabelecidos, e entre estes e a esfera pública de forma ampla e geral,[22] sem que possam ser desconsiderados os sistemas internacionais e comunitários de proteção a direitos humanos.[23] Como afirma, inclusive, o Min. Barroso:

> O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda da interação com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. Por outro lado, qualquer pretensão de hegemonia sobre os outros Poderes sujeitaria o Supremo a uma mudança do seu desenho institucional ou a superação de seus precedentes por alteração no direito, competências que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na

22. Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Breves notas às decisões do Supremo Tribunal Federal na longa sessão da noite do dia 14 para 15 de abril de 2016*: para um exercício de patriotismo constitucional. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/breves-notas]. Acesso em: 16.09.2016.

23. Nesse sentido, Meyer (2012).

> vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho. (BARROSO apud ROSA; TRINDADE; TASSINARI; SANTOS E OLIVEIRA, 2016, p. 174-175)

Digna de nota é a discrepância entre o excerto e a já mencionada opinião do Min. Barroso em relação à função do STF de tornar eficiente o direito penal em detrimento das garantias penais fundamentais.

Não há de se falar, portanto, propriamente em *controle do controlador*, mas sim em *contrapeso*, como princípio fundamental presente na própria tradição do constitucionalismo moderno desde o seu surgimento, com a Revolução Americana de 1776.[24] É nesse sentido que Häberle nos dá outra contribuição importante: o elemento fundamental no balanceamento da atividade judicante do tribunal constitucional é a crítica aos seus julgados. "As críticas aos julgados", dirá Häberle (1980, p. 12), "compõem, em uma comunidade onde o controle de constitucionalidade está institucionalizado, o contrapeso imprescindível no âmbito da divisão dos poderes em face do direito constitucional pretoriano do controle de constitucionalidade". Nisso, inclusive, reside a exigência constitucional-democrática de criticar tanto a leitura liberal que reduz a jurisdição constitucional a uma função meramente contramajoritária quanto a leitura comunitarista, que atribui à jurisdição constitucional o lugar de guardião dos valores supostamente prevalentes na sociedade.

Todavia, tal crítica se faz no sentido de reconstruir o papel da jurisdição constitucional na garantia dos direitos fundamentais como constitutivos da democracia, a ser exercido como forma de retroalimentação do próprio processo democrático e não em substituição, portanto, a ele (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016). Como não possui freios e garantias oriundos de si mesmo, o tribunal, segundo Häberle, necessita da crítica como motor da transformação de sua própria orientação, em constante aprendizado no sentido da realização máxima dos preceitos constitucionais (HÄBERLE, 1980, p. 53).

O argumento do Min. Fachin, de que o Tribunal deve decidir no sentido de conferir estabilidade à sua linha decisória, ignora o fato de que a Corte não é a única endereçada de suas decisões e, nesse sentido, *ele não tem competência de realizar uma autointerpretação autêntica de si mesmo*. Ao contrário disso, a integridade na jurisprudência exige uma consistência de princípio, algo nunca contrário aos direitos e às garantias fundamentais. Em face dos desacertos e

24. Sobre a relação entre o pensamento de Montesquieu – que preconizava a própria ideia de controles mútuos como fundamento do sistema político – e os revolucionários americanos, ver Arendt (1988).

equívocos interpretativos cometidos pelo próprio STF, não há, portanto, outra saída que não seja a crítica permanente, reiterada e pública da prática judicante do tribunal quando essa se distancia da realização das garantias fundamentais próprias ao projeto constitucional-democrático de 1988.

4. Considerações finais

A partir das reflexões anteriormente esboçadas, deve-se destacar o seguinte: seria necessária à própria democracia constitucional uma instância plural que, de certo modo, se colocasse como vigilante dos atos praticados pelo STF. A tese que se buscou defender no presente artigo foi no sentido de que as democracias constitucionais convivem, desde o seu surgimento à época das grandes revoluções do século XVIII, com uma tensão constitutiva entre os poderes constituídos, assim como entre eles e a esfera pública em geral. A ideia seria menos de controle, mas sim de *contrapeso*, que, especificamente em relação à atividade jurisdicional do tribunal constitucional, é representado, sobretudo, pela crítica acadêmica de suas decisões, no entendimento de Häberle.

O que se viu, a partir do conjunto de decisões proferidas pelo STF no tocante à relativização das garantias penais, foi uma clara violação a uma lógica de proteção do indivíduo em face do poder punitivo arbitrário que vem se desenvolvendo desde o século XIX na tradição do direito Ocidental. Com base nos argumentos apresentados, na seara das garantias fundamentais, o STF não está autorizado a realizar uma interpretação restritiva no tocante àquelas garantias, como corolário do princípio do não retrocesso social. Percebe-se que, ao se portar de tal modo, o Tribunal não apenas inverte o ônus argumento no processo penal, restringindo o direito de defesa e violando o princípio do contraditório mas também ignora a legitimidade constitucional-democrática dos outros participantes do círculo hermenêutico constitucional, inclusive a esfera pública em geral, simplesmente excluindo-os. Isso sob o argumento de que tal restrição se justificaria em defesa da própria sociedade. O papel do direito penal, pensado em moldes minimamente racionais, é, ao contrário, a proteção do indivíduo em face da possibilidade de intervenção indevida no âmbito daquilo lhe é mais caro, qual seja, a liberdade. Sob a ameaça de sua vulneração, para lembrar com Neumann, os indivíduos estão à deriva de sua própria fortuna, em um estado patologizante que impossibilita a livre formação do processo de deliberação democrática, enquanto ponto nevrálgico do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Tendo em vista tal estado de coisas, qual seria, pois, o papel dos acadêmicos e juristas inconformados, com a demolição da proteção da liberdade e do

sistema de garantias penais constitucionalmente assegurados? Voltando, mais uma vez, a Neumann (1969, p. 322), este nos dá uma pista: "a tomada de posição nos assuntos políticos". Mesmo que a crítica seja venha a ser institucionalmente excluída por parte do tribunal constitucional e mesmo que alguns de seus juízes pretendam desqualificá-la, aos acadêmicos não é dada a faculdade de se furtar à crítica de seus julgados. Ousemos, pois, a criticar. Caso não critiquemos, não nos resta outra coisa, senão a perda de nossas garantias e liberdades.

5. Referências bibliográficas

ALVAREZ UGARTE, Ramiro. *El constitucionalismo popular y los problemas de la "última palabra": apuntes para un contexto latinoamericano*. Disponível em: [www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/03-Revista-Juridica-El-Constitucionalismo-Popular-y-los-problemas.pdf]. Acesso em: 16.09.2016.

ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Brasília; São Paulo: UnB; Ática, 1988.

BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; CATTONI DE OLIVERA, Marcelo Andrade. *Presunção de inocência*: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica]. Acesso em: 15.09.2016.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Riva (Ed.) *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e contramajoritária das cortes constitucionais. In: ROSA, Alexandre Moraes da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (Org.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial*: estudo em homenagem ao prof. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Breves notas às decisões do Supremo Tribunal Federal na longa sessão da noite do dia 14 para 15 de abril de 2016*: para um exercício de patriotismo constitucional. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/breves-notas]. Acesso em: 16.09.2016a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Quem controla os controladores?*: a

presunção de inocência, o STF e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/quem-controla-os-controladores-a-presuncao]. Acesso em: 16.09.2016c.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Quis custodiet ipsos custodes?: a presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Disponível em: [http://insightinteligencia.com.br/pdfs/74.pdf]. Acesso em: 06.11.2016d.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"*. Disponível em: [www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica07.pdf]. Acesso em: 16.09.2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. Recht aus Resenzionen. *Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politk und Rechtswissenschaft*. Königstein: Athenäum, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*: estudios de teoría política. Barcelona: Paidós, 1999.

HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1930.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

KAFKA, Franz. Diante da lei. In: FRANZ Kafka essencial. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

KAFKA, Franz. Vor dem Gesetz. *Sämtliche Werke*. Frankfrut am Main: Suhrkamp Verlag, 2008.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIRCHHEIMER, Otto. Das Strafrecht im nationalsozialistischen Deutschland. *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976.

LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: MÖLLERS, Cristoph et al. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2011.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização*: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEUMANN, Franz. Ansiedade e política. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PLATÃO. *A República*. Tradução direta do grego Carlos Alberto Nunes. Belém, PA: Editora UFPA, 2000.

POST, Robert; SIEGEL, Riva. *Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy*. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F178&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages]. Acesso em: 16.09.2016.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim do IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 105-113, jan.-fev. 2006.

RIBEIRO, Douglas Carvalho. Legalidade e legitimidade: Weber entre Kirchheimer e Schmitt. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, II, 2015, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 84-96.

ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHMITT, Carl. Reichspräsident und Weimarer Verfassung. *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 19161969*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p. 1995. p. 24-32.

SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Direito e democracia*: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia]. Acesso em: 16.09.2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc]. Acesso em: 16.09.2016.

TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Disponível em: [http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/233]. Acesso em: 16.09.2016.

UNRUH, Peter. *Weimarer Staatslehre und Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

VIEIRA, José Ribas. *A centralidade do constitucionalismo americano na teoria constitucional contemporânea*. Conferência Professor Titular. Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, 05.09.2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A involução pós-moderna do sistema penal, de Sergio Moccia, trad. por Rogério Fernando Taffarello – *RBCCrim* 100/41-53 (DTR\2013\409); e
- Análise das decisões do STF em matéria penal. Há garantismo praticado no Brasil?, de Eduardo Ribeiro Moreira, Vivian Doimo Marques de Souza, Thaina Pereira de Almeida, Thiago França Vianna, Paulo Vitor Gouvea Soares e Adriana Figueira Alves – *RDCI* 88/125-140 (DTR\2014\17578).

O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro

The look crossed between the search for truth and the impartiality of the judge in the Portuguese-Brazilian scenario

Dyellber Fernando de Oliveira Araújo

Doutorando, Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Adjunto de Ensino da Secção de Ciências Jurídico-Criminais da mesma faculdade. Ex-Professor no curso de pós-graduação em Ciências Criminais na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Ex-Professor de graduação em Faculdades de Direito do Estado de Goiás. Advogado.
dyellberfernando@hotmail.com

Recebido em: 21.07.2017
Aprovado em: 11.09.2017
Última versão do autor: 20.09.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O texto que segue sugere uma explicação sobre a busca pela verdade em confronto com a imparcialidade do juiz no processo penal. Nesse caso, expõe-se uma crítica ao modo como se apresenta o problema da imparcialidade do magistrado ligada por uma visão de quebra na interpretação quanto à estrutura acusatória do processo penal, esquecendo-se, em verdade, que o que se deve é fortalecer o controle da investidura do juiz, utilizando-se de outros institutos necessários para a efetivação da garantia judiciária e confiança coletiva e individual nas decisões prolatadas pelo juiz penal. Razão de se trazer alguns exemplos de como se confrontar a busca da verdade junto da imparcialidade do juiz atribuindo-se outros mecanismos, como é o caso da divisão entre juízes de instrução e julgamento ocorrido em alguns países da Europa Continental e, especificamente, na legislação portuguesa.

Abstract: This paper suggests an explanation of the search for truth in conflict with the impartiality of the judge in criminal procedure. In this case, it exposes a critical as they study the problem of the impartiality of the judge only by the sight of a possible break in interpretation as accusatory (adversarial) system of criminal procedure, forgetting to strengthen the control of the judge's investiture, using from other means for effective judicial guarantee and the notion of individual and collective confidence in the decisions handed down by the criminal court. Reason to bring some examples of how to confront the search for truth with the judge's impartiality use of other means, such as the division between investigating judges and trial in some countries of continental Europe and, specifically, in the Portuguese criminal law.

Oliveira Araújo, Dyellber Fernando de. O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 140. ano 26. p. 247-296. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

Palavras-chave: Juiz penal – Sistema processual – Garantia judiciária – Busca da verdade, imparcialidade e confiança nas decisões.

Keywords: Criminal justice – Procedural system – Judicial guarantee – Search for truth, fairness and confidence in decisions.

Sumário: 1. Introdução: o poder judicial numa abordagem político-criminal. 2. Entre o mais e o mesmo: uma breve estruturação principiológica sobre o tema. 2.1. Princípio da investigação ou da busca da verdade pelo juiz. 2.2. Princípio da livre apreciação da prova ou da livre convicção motivada. 2.3. Princípio da imparcialidade. 3. O processo penal português e a incompatibilidade absoluta das funções de juiz de instrução e julgamento ao mesmo magistrado. 4. Os novos mecanismos processuais à aquisição de provas e a imparcialidade do juiz. Uma tensão dialética entre eficientismo, funcionalismo e garantismo. 5. Considerações derradeiras: uma apreciação menos doutrinal e mais instintiva ao estudo em comento. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução: o poder judicial numa abordagem político-criminal

Enveredada por uma série de conflitos de ordem social a partir de um forte descrédito nos órgãos de gestão pública, a comunidade procura por mártires. Salvadores a quem possam degringolar respostas satisfatórias às crises de suas regiões. E, geralmente, eles surgem ao expressarem discursos apetecíveis e de bom grado aos ouvidos dos aflitos, afirmando a necessidade de maior rigor no sistema de regulação e fiscalização comunitária, por meio de leis e um poder de jurisdição que se demonstre mais rigoroso em suas atribuições. Noutras palavras, diante de desconfortos de ordem sociológica, política, fiscal e econômica, a esperança é buscar soluções para esses problemas no sistema jurídico e, não por isso, nas atribuições do *ius puniendi* estatal.

Daí não se estranhar o quão discutíveis encontram-se as linhas que expressam o direito penal hodiernamente. Quer sejam elas legiferantes, pretorianas, quer mesmo escoliastas, os estudos do sistema punitivo estatal, sobretudo no que aufere ao seu aspecto formal, apercebem-se evidenciados por uma espécie de *overload*.[1] Mais que isso, o direito penal – responsável pela proteção dos bens jurídicos, a partir de um demonstrativo ontoantropológico, das condutas

1. Nesse caso, o *overload* do sistema punitivo estatal dá-se por um sobrecarregamento das vias públicas de controle, tanto no que se refere à previsão dos crimes e respectivas sanções como nos mecanismos de aplicação do direito penal. Trazendo, por isso, resultado inverso do desejado, quando se percebe a ordem penal mais ineficiente e pouco funcional. Em sentido assemelhado: FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 97.

consideradas desvaliosas ao bem-estar do outro[2] – bem como o direito processual penal – nesse aspecto voltado aos procedimentos investigativos do cometimento de um fato considerado típico – parecem, na atualidade, romper com os ditames concebidos pela diretriz humanista e democrática de antanho.[3]

E, apesar de ter-se veiculado que o objeto da *persecução penal se rege, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao*

2. Sobre o estudo do direito penal total em seu aspecto ontoantropológico, há de se mensurar que a premissa existencial se encontra idealizada por Faria Costa a partir de uma influência de raiz ontológica *heideggeriana* em que o direito penal encontra fundamento diante da primeva relação comunicacional de cuidado-de-perigo. Quer isso significar, a traço grosso, que o crime seria a perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do "eu" e do "eu" para com o "outro". Desse modo, entende o autor: " quer o fundamento do direito penal, quer o fundamento de uma das suas categorias essenciais, o crime (e a pena) encontram o seu étimo mais profundo em um critério, não idealista ou formal, mas antes naquele que se reflecte em determinações materiais que a linha de compreensão onto-antropológica tão bem expressa". Nesse sentido, veja: COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal* (fragmenta iuris poenalis). 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 10. Confira também: D'ÁVILA. Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45 e ss. Ainda sobre a observação de que o direito penal de compreensão ontoantropológica não possui sua raiz na política-criminal, mas, sim, na filosofia do direito: MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 20 e ss.

3. Como já se sabe, isso ficou bastante claro após algumas tragédias em termos de macrocriminalidade, quando se aperceberam uma veloz e intensa definição de novos tipos penais, muitas vezes justificados em nome de combate ao terrorismo, narcotráfico, ao crime organizado, além das operações de lavagem de dinheiro ilícito. Para além de uma crescente jurisdicialização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social, percebeu também resultados indiretos relacionados, por exemplo, ao enfraquecimento do princípio da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com "textura" aberta; retroatividade da norma penal de conteúdo mais severo, a ampliação do rigor de penas já cominadas e a severidade das sanções; a aplicação quase irrestrita da pena de prisão; o estreitamento das fases de investigação criminal e instrução processual, além, é claro, da inversão do ônus da prova. Nesse sentido, veja: FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: algumas notas pra discussão. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 23, n. 89, jan.-mar. 2002. p. 38. Sob o aspecto e as influências sociológicas desse evento, *vide*: SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 82, out.-dez. 2000. p. 7-26.

poder do Estado,[4] nos dias que correm, já não mais pode-se dizer que o exercício legítimo do poder punitivo estatal será implementado de acordo com os princípios moralizantes adotados, expressa ou tacitamente, por um referendário democraticamente defendido.

Isso porque, embora se perceba que os direitos e garantias proclamados pelo legislador constituinte tenham a função de escudo, justamente para evitar o exercício daquela expressão de poder mais visivelmente danosa ao conjunto das mínimas condições inerentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais;[5] como já indicado, a ordem jurídico-penal sofre de uma crise (intermitente).[6]

Fala-se, por isso, de uma justificativa rascunhada com base na flexibilização a ser dada pelas perspectivas de supressão momentânea de algumas garantias individuais em prol de um "bom funcionamento da justiça criminal", do qual passaria a mover-se como uma espécie de pêndulo que, vez ou outra, tomaria posições mais ou menos democráticas.[7]

---

4. Julgamento do *Habeas Corpus* n. 73.338-7. Rel. Celso de Melo. Acórdão da 1ª Turma, publicado no Ementário n. 1.855-02, do Supremo Tribunal Federal, no dia 19 de dezembro de 1996.
5. Sobre o assunto, Geraldo Prado acentua a não tolerância atual do Estado em busca da imposição da sanção penal aos autores das infrações penais, fora dos marcos processuais estabelecidos pelas leis e, principalmente, pela Constituição, conforme predispõe a parêmia do *nulla poena sine judicio*. Cf.: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2001. p. 1.
6. Assim salienta-se, portanto, o agravamento do problema nos ordenamentos jurídicos democráticos, centrados num maior apego às garantias atribuídas ao cidadão, por meio da correlativa rigidez conceitual do dogma da legalidade material e processual. Nesse sentido, a *juridificação,* enquanto ideário de ampliação da área de alcance de justiça, é capaz de trazer repercussões desastrosas no próprio Direito, já que as exigências de regulamentação provindas do sistema político e social acabam por colocá-lo perante os limites da sua própria eficácia. Noutras palavras, antes de ser a própria implementação prática do Direito inadequada, são as exigências pelos esforços e aumento da sua eficácia que determinam repercussões negativas na estrutura interna do sistema jurídico. No mesmo sentido: TEUBNER, Günther. Juridificação. Noções, características, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano XIV, 1988. p. 32 e ss.
7. Mesmo que se mostre estranho, a justiça pode vir sem democracia. Indo mais longe, não se pode dizer, por exemplo, que não houve justiça nos vários julgamentos inquisitoriais de outrora. Contudo, o que se defende é a necessidade pelo respeito democrático nos atos processuais penais para que, embora não necessariamente a

E, ainda que se considere qualquer critério pendular a ser capaz de demonstrar oscilações minimamente aceitáveis para a afirmação da busca pela verdade, obrigatoriamente, uma demasiada aceitação desse processo oscilatório toma contornos mais preocupantes, sobretudo quando são demonstrados que já não se conta tão somente com um afastamento breve e discreto do pêndulo – com o qual logo voltar-se-ia à origem, respeitando-se as garantias individuais do acusado – mas, de modo contrário, com um movimento abrupto e permanente para o lado mais recrudescedor e com sérias dificuldades de retorno ao centro,[8] ofendendo, assim, a estrutura do chamado processo penal justo.[9]

Não por isso, talvez seja da flexibilização às garantias individuais que exsurge uma das motrizes para a explicação do sentido de crise na narrativa

---

decisão do juiz tome contornos democráticos, devem transmitir a máxima confiança ao cidadão – quer para o indivíduo processado, quer para a comunidade. E, para isso, conforme é de se ver defendido, toda decisão judicial deve obedecer a um critério metodológico só demonstrado diante de uma espiral hermenêutica de respeito aos princípios penais e de garantia judiciária no seu sentido mais amplo. Sobre a questão de democracia e justiça, veja: BARRY, Brian. *Justice and democracy.* Ethics and the future of democracy. Fundação Gulbenkian. Lisboa, 1994. p. 240.

8. Infelizmente, a desculpa que se dá, sobretudo na judicatura brasileira, é que tal flexibilização se percebe fundamentada pela predisposição principiológica cunhada na proporcionalidade ou ponderação de interesses. Em contrapartida, a mesma afirmação toma contornos de confusão ao instante em que a ponderação de interesses se transverte e passa a ser interpretada de maneira enganosa, alicerçada no chamado princípio da razoabilidade. Demonstrando a confusão mencionada, confira: SILVA, Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, 2002. p. 31 e ss. Com o mesmo autor: Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação constitucional*. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 128. Confira também: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2013. p. 91.
9. É de se ver que o termo remonta ao *due process of law* e busca a defesa do chamado processo equitativo ou devido processo legal, quando se fará valer o *jus puniendi* com respeito pela pessoa do acusado – preservando-lhe todos os direitos de defesa – de modo a evitar condenações injustas. Por certo, o princípio do processo justo vê-se anunciado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 6º), na Constituição da República portuguesa (artigo 20º, nº 4) e sedimentado nos variados tribunais europeus, a contar pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Cidadão – TEDH (caso Golder) e no Tribunal Constitucional português, que costuma, também, usar expressões como *fair process, fair trial*. Sobre o assunto, veja: CORREIA, João Conde. *O mito do caso julgado*. E a revisão *propter* nova. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 217 e ss.

criminal.[10] Crise esta não escapável pelo Poder Judiciário, afinal – para além de um critério exclusivamente legislativo –, será por meio dos atos jurisdicionais que o movimento pendular tomará uma orientação mais ou menos respeitadora das diretrizes garantísticas de independência, imparcialidade e segurança pelo *fair process*.

E, a seguir tais linhas, há de ser salientado o insofismável papel do juiz no processo.[11] Até mesmo porque não se está a tratar tão somente de um mais nivelado ritual para o alcance da verdade, mas de um *plus* obrigacional de transparência demonstrada pela noção de confiabilidade coletiva e individual a partir das decisões dali emanadas. [12]

Transparência esta que não deve ser apresentada apenas por demonstrativos abstratos, coligidos em razão dos dispositivos legitimados positivamente, mas pelas atitudes concretas de imparcialidade endoprocessual da entidade

10. Por certo, tal crise, necessariamente, estará cingida a questões sobre *law in books and law in action*, ou mesmo em condições de contrastes por meio do vivenciamento da chamada Constituição Jurídica e da Constituição Real, haja vista que a realidade da prossecução penal pode distanciar-se concretamente da promessa constitucional. E os exemplos podem ser vistos não somente quando a tortura passa a ser empregada como método necessário de investigação (tortura salvadora), mas também quando os tribunais admitem a aplicação de institutos jurídicos incompatíveis com o *fair process*. Em sentido assemelhado: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2001. p. 7.

11. Frise-se, de uma forma mais ampliada: "dos juízes", tratando-se do sistema processual penal lusitano. Nesse caso, como esclarecido por Mouraz Lopes, são diversas as "máscaras" que se afivelam na "via sacra" que é a justiça criminal, e que, nesse caso, torna-se necessário exigir maior clareza do que se pretende hoje de um juiz no processo penal. Cf.: LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Sr. Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. out. 2002. p. 6.

12. Figueiredo Dias e Costa Andrade, por outro lado, acentuam que, apesar das decisões judiciais terem a obrigação de exalar confiança na coletividade, há de se ressaltar uma imagem, estereotipadamente, negativa dos juristas e dos juízes no seio comunitário. Algo, certamente, normal e, por vezes, inofensivo, já que, conforme defendido por Luhmann, os processos produzem não só convicções duradouras, mas também decepções duradouras. Dessa forma, a função do juiz não consiste em evitar as decepções, mas em fazer com que elas não assumam a forma final de um ressentimento difuso, de modo a converter-se em instituição. Cf.: DIAS. Jorge Figueiredo; ANDRADE. Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 515 e ss.

responsável pelo julgamento do conflito penal,[13] a ser exigida num âmbito profuso de sentido objetivo e subjetivo.[14]

Não sem razão, mostra-se também razoável que o tema ganhe força para um saltar fronteiriço e, diante disso, adentre em outros problemas, como a possibilidade de aquisição de provas por parte do órgão jurisdicional como premissa de alcance do objeto do processo.[15]

Tema este que, de certa monta, move-se para a linha central destes escritos, principalmente no que tange à intermitente polêmica sobre a possibilidade de se aumentarem os poderes materiais do magistrado. Chegando, por seu turno, a atentar contra o próprio demonstrativo de imparcialidade e isenção do Estado-juiz.[16]

---

13. Assim percebe-se, de modo inequívoco, o direito fundamental do cidadão de aceder a um juiz independente e imparcial, seja quando será por este julgado, seja quando o próprio cidadão, por meio da decisão do magistrado, tem restringidos os direitos fundamentais no âmbito do processo penal. LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Sr. Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. out. 2002. p. 7.

14. ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira. *Entre a imparcialidade e a busca da verdade pelo juiz*. Uma perspectiva de um processo penal garantístico sob o prisma luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. 2009. p. 287 e ss.

15. Nesse sentido, a polêmica sobre a verdade em processo penal ganha lume em razão das ideias defendidas, em sede de doutrina principalmente, sobre as possíveis verdades discutidas nessa matéria: se real, material, formal ou, simplesmente, processual e qual delas melhor encaixar-se-ia nessa disciplina. E, não por isso, a noção sobre as proibições das provas torna-se opção explicativa para fundamentar os motivos de acreditar que a verdade em processo penal será tão somente aquela a que obedecerá – em seu intercurso de recuperação memorial – aquilo que esteja democraticamente garantido no ordenamento jurídico. Vedando, por conseguinte, qualquer movimento mais próximo, inclusive, de alcance de verdade absoluta, quando se defende a vedação de incorrer no procedimento criminal qualquer prova adquirida ou que se demonstre, na sua raiz, proibida por legislação supranacional, constitucional ou mesmo ordinária. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. cit., p. 506. Ainda sobre a ideia de relativismo processual e a crítica filosófica sobre a verdade real, confira: FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 30 e ss.

16. Daí que a preocupação que se tem será pelo fato de o juiz se converter em um assistente social, perdendo, de consequência, o sentido de imparcialidade, ao abandonar

2. Entre o mais e o mesmo: uma breve estruturação principiológica sobre o tema

Não à toa, quando se é enfrentado o assunto sobre a busca pela verdade e imparcialidade do juiz, a zona de maior envolvimento do tema circunda sempre numa dimensão singular em que se tenta alcançar sentido sobre a compreensão de sistema acusatório no processo penal.[17]

Por não se querer sofrer as máculas dos tempos autoritários de outrora, a nítida noção sobre as diferenças das funções entre acusar, defender e julgar deve apresentar-se fortemente fincada diante de uma premissa democrática em que a garantia de paz jurídica somente ver-se-á satisfeita pelas grades capazes de dividir a função desses entes. Noutras palavras, a relação processual só será estabelecida no momento em que nenhum dos sujeitos processuais adentre na esfera funcional do outro. Mas é certo que, em termos invulgares, estar-se-á a enfrentar o maior dos problemas do processo penal no seu estudo mais dogmático.

Muito distante de defender uma perspectiva mais conservadora sobre o assunto, o certo é que, embora se aceitem como pertinentes as resistências de parte da doutrina brasileira ao creditar como prejudicial, para o sistema jurídico nacional, o princípio da investigação do juiz; bem é verdade que o modo em que se percebem os sistemas processuais em sua premissa mais radical, muito mais que auxiliar, parece causar mais dificuldades para quem interpreta e utiliza o processo penal.[18] Sobretudo porque já não se concebe uma cisão mais radical ao se defender uma estruturação pura sobre qualquer das linhas processuais que se pretende invocar. Se acusatório puro ou banhado pelo princípio da investigação,[19] tem-se como fulcral que nenhum desses modelos apresenta-se

---

o caráter de honestidade com os termos jurídicos de proteção do devido processo legal. DÍAZ CABIALE. José Antonio. *Princípios de aportación de parte y acusatório*: la Impacialidad del Juez. Granada: Comares, 1996. p. 72.

17. Neste sentido, Fernando Fernandes salienta que: "postas as coisas nesses termos, não surge resolvida a questão de qual é o mais adequado modelo processual em sentido amplo, para que se tenha a mencionada integração com as finalidades de política criminal. Tal indagação reconduz, inapelavelmente, à árdua questão dos sistemas processuais, a cujo respeito vários são os argumentos tecidos em sustentação de cada uma das hipóteses adotadas nos diversos ordenamentos". FERNANDES, Fernando. Ob. cit., p. 79.

18. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Una explicación basada em la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 28 e ss.

19. Acredita-se, por isso, na explicação pela criação de rótulos para identificar esse novo modo de conceber o modelo processual penal nos dias que correm. Multiplicam-se os

(ou jamais se apresentou)[20] desprovido e, por conseguinte, inibido de uma qualquer impossibilidade investigativa por parte do juiz.[21]

Por outro lado, ainda que haja um forte sentido de censura sobre essa miscelânea sistêmica, em termos da estrutura processual penal de influência europeísta continental, a orientação que se invoca será no sentido de que a busca pelo *procès équitable* carece muito mais de uma assertiva em respeito à democraticidade dos reais preceitos processuais e seu fortalecimento por causa dos princípios orientadores do justo processo, que, necessariamente, da discussão de uma ordem estrutural em que jamais se percebeu nenhum sistema processual sufragado de uma via exclusivamente acusatória em seu sentido puro. O que não quererá significar que com esses argumentos se esteja, ingenuamente, a acreditar que o modelo atual de sistema processual penal possa ser considerado confiável, a ponto de adjetivá-lo como inquebrantável em seus valores e senso de justiça. Obrigatoriamente, o pensamento é justamente o contrário!

---

conceitos, e hoje já se vê como comum a imposição de morfoses e prefixos no radical de suas identidades. Fala-se, por exemplo, de neo (pós)-acusatório ou neo(pós)-inquisitorial. Sobre o assunto, confira: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 555. Veja também: FREIBERG, Arie. Post-adversarial and Post-inquisitorial Justice: transcending traditional penological paradigms. *European Journal of Criminology*, v. 8, n. 88, p. 82-101, 2011. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609468].

20. Ao que tudo indica, há uma "velha querela" na qual nem o *adversarial system* anglo-americano não ficou fora desse jogo de influências mútuas dos dois modelos. Nesse sentido, confira as observações feitas por Manuel da Costa Andrade sobre o *exclusionary rules* estadunidense e as formas jurídicas permitidas ao juiz penal para inibir as provas ilícitas, em sua amplitude de sentidos: *Sobre as proibições das provas em processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 133 e ss. Veja também: RODRIGUES. Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal, ou a matriz de um processo penal europeu. *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 715.

21. Talvez poder-se-ia dizer que, para além de uma espécie de influência mútua entre os dois modelos, há uma ideia de que sempre aquilo que é do "outro" parece ser melhor que o "nosso". Cunha Rodrigues, por exemplo, rechaça a concepção de que, na Europa, invoca-se um "processo à americana" para eximir os problemas enfrentados pelo sistema criminal continental. Entretanto, já na Inglaterra e nos Estados Unidos a fuga para o mito leva frequentemente à exaltação do modelo existente na Europa Continental para o reequilíbrio dos excessos produzidos pelo *adversarial system*. Confira: RODRIGUES. José Narciso da Cunha. Nota introdutória. *A justiça dos dois lados do Atlântico II*. O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos. Dois sistemas jurídicos em busca da justiça. Lisboa: Fundação Luso Americana, 1998. p. 16.

Sobretudo quando subjugado por um esboço contemporâneo de justiça penal democrática em que o controle legal sobre atos jurisdicionais parece não ser efetivado na prática.[22]

Em razão disso, é de se invocar um estudo sobre a possibilidade de aquisição de provas pelo poder judicial em terreiro patrício. Longe, no entanto, de a pesquisa enveredar-se para a dificultosa interpretação sob o prisma de um direito comparado,[23] é de se levar em consideração, por exemplo, os elementos criados em várias legislações europeístas em que, por exemplo, tem-se no Código de Processo Penal português – como segurança para a efetivação do chamado processo justo – a distinção entre os atos de instrução e de julgamento, de modo que – mediante os mecanismos de suspeição e impedimento – garantir-se-á que o juiz que formulou material probatório na fase de instrução do processo declare-se impedido de presidir a fase de julgamento.[24] Mas, para a compreensão da possibilidade de aquisição de provas pelo juiz penal, deve-se, antes, partir de uma raiz estrutural antevista pela invocação da ideia de

22. Nesse sentido, ainda que não se trate do arrastar das correntes para uma concepção, deveras, conformista do sistema, baseado naquilo que Ferrajoli defendeu como aspectos de *falácia politicista* e *garantista,* o nosso discurso será num sentido mais crítico, mesmo reconhecendo que esse modelo atual de processo penal, baseado na possibilidade de investigação do juiz, dificilmente seja modificado. E se diz isso diante de três aspectos consideráveis. Primeiro, sob uma perspectiva ideológica-histórica de criação e defesa desde o período napoleônico, enraizou-se tanto na Europa Continental quanto na América Latina, gerando, portanto, difícil perspectiva de ruptura. Segundo, por um conceito legiferante, somado ao poder dos órgãos de justiça que jamais quererão perder um instrumento tão forte de controle jurisdicional como a investigação, esteriotipada pelo *slogan* de *livre formação de convencimento motivado*. E, terceiro, diz-se num sentido prático-demagógico com forte apelo para a segunda perspectiva, à medida que muitos daqueles que defendem a modificação do sistema – sobretudo nos ambientes acadêmicos e de erudição universitária – pouco fazem para garantir o sentido de toda essa democraticidade processual, quando esses vilipêndios são levados à prática ou originários de atribuídos pelo múnus judicial de seus gabinetes. Sobre as falácias de Ferrajoli, *vide*: *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Valladolid: Trotta, 1995. p. 941 e ss.

23. Nesse caso, pelo reconhecimento das mais variadas condições culturais e circunstanciais pelas quais uma legislação se impõe numa determinada sociedade, torna-se, por isso, pernicioso se invocar qualquer estudo legislativo num sentido comparado. No mesmo sentido: CAPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 11.

24. Embora já se considere, no sistema brasileiro, o Projeto de Lei 156/09, que insuflaria uma separação aproximada, por meio dos chamados *juízes das garantias*.

verdade, bem como de se revelar as fissuras sobre a (falta de) democraticidade processual penal, conforme será visto em seguida.

2.1. Princípio da investigação ou da busca da verdade pelo juiz

Elemento integrante da nova estrutura acusatória do processo penal, com o *princípio da investigação* se pretende traduzir o poder-dever incumbido ao tribunal de esclarecer e instruir autonomamente – mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa – o fato sujeito a julgamento.[25] Contudo, uma das dificuldades em que se percebe projetado o alcance sistemático desse entendimento, deita raízes no significado do objeto que se quer conquistar. Afinal, como alcançar a verdade? E, para além de uma ilustração de respaldo puramente filosófico, torna-se aceitável falar em obtenção da verdade em níveis de processo judicial? E, de modo mais restrito, é possível conquistá-la quando se trata de processo penal?[26]

Por certo, indagações nesses termos serão sempre impostas, sobretudo quando se revela a necessidade de interligação desse conteúdo, deveras axiomático e transversal, ao sentido do processo enquanto mecanismo de solução dos conflitos sociais. Daí, novamente, entrar na mesma senda de outrora e tentar desvelar a razão de ser disso tudo, sem, contudo, esmaecer as diretrizes impeditivas do excesso para o alcance desta.

Noutras palavras, apesar de se considerar que uma das finalidades processuais seja a aquisição de verdade, para o bom funcionamento da relação de cuidado-de-perigo do qual se desperta o caldo cultural embasado na raiz ontoantropológica, há de se ter limites ponderáveis ao seu alcance com relação

25. Figueiredo Dias aponta que tal princípio dirige-se à aquisição das provas, por isso, pode-se designá-lo corretamente por princípio da verdade material e, assim sendo, ter-se-á justificada a preferência pelo tratamento desse princípio dentro dos relativos à prova. *Direito processual penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 148. Confira também: CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. Instrução preparatória em processo penal (alguns problemas). *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal,* Lisboa, n. 42, maio 1954. p. 6.

26. Obviamente, as respostas para tais perguntas vão além do objeto exposto neste texto. Entretanto, para um estudo mais densificado sobre o assunto, veja: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2012. p. 96-104; AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Os mestres da verdade. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 65-96.

ao direito penal adjetivo. Limitações estas imprescindíveis, justamente, para a preservação da senda dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, com os quais, via de regra e diante das inibições legais geridas em respeito a um procedimento equitativo, nalgumas hipóteses poder-se-á demonstrar deficitário qualquer sentido absoluto que se queira empregar ao termo verdade em processo penal.[27] Entretanto, isso não quererá significar que o órgão de justiça, enquanto mecanismo de poder estatal para a busca de paz, não possa ser concebido por ela ao momento da prolação de sentença e configuração do caso julgado.

Por outro lado, é justamente desse raciocínio que surgem outras dúvidas no que concerne ao modo de se ver, dogmaticamente, a verdade em terreiro processual.[28] Nesse caso, para além de objetivar metodologias, por vezes, consideradas incongruentes, há de mensurar as distinções desenvolvidas sobre a aquisição delas no seu gênero mais alargado. Fala-se, portanto, de um modo de verdade diferente. Uma verdade, por assim dizer, fracionária e recheada de rótulos em razão da limitação para sua aquisição.[29]

2.1.1. De estilo mais nítido, Taruffo, por exemplo, cita a multiplicidade de maneiras em que a ciência como um todo, mas, sobretudo, a narrativa do direito, passou a fundamentar o modo fragmentário de conceber e aceitar a *verdade*. [30]

Nesse sentido, criou-se uma série de cisões nas quais se percebem agora subdivididas entre: absoluta e relativa, subjetiva e objetiva, ou mesmo no vértice do direito processual entre real, formal, processual e material.[31]

27. Aqui, a verdade não deve ser aquela na qual os sujeitos integrantes do processo almejam ou queiram consagrar, mas a que, de forma válida, seja obtida no processo enquanto não declaração de violação de interesses comunitários fundamentais. Cf.: SANTOS, Gil Moreira dos. *O direito processual penal*. Lisboa: Asa, 2006. p. 60.
28. TARUFFO, Michele. *A prova.* Trad. João Gabriel Couto. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2014. p. 23 e ss.
29. Sobre os vários conceitos de verdade, vide: TARUFFO, Michele. *A prova,* cit., p. 24 e ss.
30. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade,* cit., p. 106.
31. É interessante notar que ainda se declara que um dos pontos da distinção entre verdade formal e material reside também na discrepância metodológica entre processo civil e penal. Nesse caso, a verdade formal estaria próxima ao processo civil, por causa da posição mais equidistante que, via de regra, dar-se-ia ao juiz cível, de maneira que este estaria cingido tão somente ao ônus da prova e à verdade formulada pelas partes. Diferentemente da verdade material encontrada no processo penal, com a qual o juiz

Por outro lado – em que pesem consideráveis argumentos sobre a defesa de cada uma dessas frações e o seu correlato encaixe dogmático na senda do direito processual – esse modo de argumentar torna-se inútil e falacioso, já que não existem espécies diferentes de verdade. Isso porque, à luz da congruência, seria, por certo, estranho defender, por exemplo, que fora do processo serão apuradas verdades absolutas, mas que, consequentemente, dentro dele – por circunstâncias legais de restrição – já não poderá conhecê-la.

E, mesmo obstado pela exigência de respeito às regras concernentes à admissão, produção ou à valoração das provas, ainda que condicionem modos diferentes de busca, isso não, necessariamente, implicaria defender que – apesar de haver uma verdade – esta deverá ser considerada distinta daquela que poderia ser adquirida numa investigação fora de um processo jurídico.[32]

Assim, é de se explicar que, não obstante o reconhecimento por essa deficiência, torna-se pernicioso tratar de modos distintos de verdade, justamente porque, mesmo se reportando a uma inibição, tal fato implicaria dizer que há tão somente uma franja de normas inibidoras da possibilidade de se servir de todas as provas relevantes, mas que, na sua incompletude, ou se estaria diante de uma verdade limitada e incompleta ou – no caso mais drástico e radical – revelar-se-ia a inexistência de verdade, manchando, por isso, toda a razão de ser do processo.[33]

---

poderia almejar o seu convencimento por intermédio do princípio da investigação. Sabe-se, hoje, que já não se admite essa forma de apreciação. Dessa forma, o juiz tem que formular o seu convencimento e buscar a verdade, independentemente do questionamento ser de ordem civil ou penal. Sobre essa dicotomia, *vide*: DIAS. Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 187 e ss.

32. *Vide*, por exemplo, métodos científicos que, via de regra, não se percebem regulados com os mesmos aforismos legais e impeditivos que a aquisição da prova num processo jurídico. Entretanto, é merecedor de acolhida a preposição de se atrelar a verdade ao tempo. Se assim fosse comparado, tanto a verdade da justiça quanto a científica poder-se-iam ser consideradas relativas, já que a qualidade de relatividade delas parecem opor-se muito mais à noção de eternidade se comparada a outras "verdades". Nesse caso, tanto uma quanto a outra se firmam numa condição temporal. Por exemplo: o que pode ser considerado cientificamente verdadeiro hoje, amanhã, talvez, já não seja. Assim como o que poderá ser avaliado como juridicamente verdadeiro hoje, pelas vias de uma ação revisora e pela apreciação de uma nova prova não encontradiça nos autos, amanhã também já não será. Admitindo tão somente a verdade científica como relativa, *vide*: AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Ob. cit., p. 91.

33. TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade,* cit. p. 107.

Daí se defender que o problema não estaria presente na verdade em si (e, por isso, nos vários modos de a concebê-la, já que, independentemente das restrições para a sua aquisição, ela demonstra-se única), mas, antes, nos limites em que a disciplina do processo propugna para que os fatos sejam apurados.[34] Contudo, a inibição jurídica para sua conquista jamais poderá ser percebida como um juízo de censura à norma com a qual dever-se-ia, a todo custo, expurgar para o livre convencimento do juiz. Muito pelo contrário, será a partir dessa restrição legal que se tentará reprimir um exagerado uso do princípio da investigação de maneira que se evite o retorno do procedimento criminal para os seus primórdios, sob o risco de tornar-se, outra vez, um catalizador de verdade a todo o custo.

Noutros dizeres, embora reconhecida como um princípio jurídico fundamental para a prossecução penal, a ideia de *busca da verdade pelo juiz* deve ser sempre reconsiderada numa dimensão restritiva e inibitória para que, por via de seus poderes, extensivos (e contagiantes), não se exorte um cotidiano de persecução insana e desmedida.[35] Ainda que essa posição seja a grande perlenga originada pela parêmia em espeque.[36]

2.1.2. Nesse caso, mesmo que se fizesse toda uma observação sobre o sentido de verdade conquistada no processo, a problemática atinente ao princípio em escopo reaparece com novas indagações. Perguntas estas que poderiam se resumidas, a princípio, da seguinte forma: quais seriam as amplitudes ou limitações dessa judicial busca pela *verdade*? E, diante de uma concepção mais restritiva: quando é que o juiz, de forma a não tolher o chamado princípio da imparcialidade e, consequentemente, as garantias individuais fundamentais do acusado, ver-se-á impelido dos poderes de investigação para o subsequente apuramento da verdade?[37]

---

34. Em defesa de que no processo, ainda com a suas limitações, encontra-se a verdade, *vide*: AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Ob. cit., p. 91 e ss.

35. Nesse sentido e a ilustrar o princípio da dignidade da pessoa humana. PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal*. Teoria crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 164.

36. SCHÜNEMANN, Bernard. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Trad.: Luís Greco et al. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2013. p. 207.

37. Obviamente, como pode ser visto, aqui se adentrou de maneira mais direta na questão legislativa. Não se atentou, portanto, à problemática também considerável e de ordem psíquica direcionadas ao poder de livre convencimento do juiz penal ou mesmo para aquilo que Schünemann denominou de teoria da dissonância cognitiva (*Theorie der Kognitiven Dissonanz*), que poderá ser percebida e, inclusive, motivará o juiz a ser

Obrigatoriamente, as respostas para ambas as interpelações não se distanciam de uma premissa maior referendada há pouco, ou seja: a ideia democrática de justiça com o qual se extraem todas as garantias inerentes à defesa.

Assim, ainda que se advogue que a verdade poderá ser atingida com ou sem o referendário democrático descritivo por meio do múnus defensivo,[38] em termos processuais penais haverá sempre algo a mais para se reverenciar e que jamais poderá encontrar-se ocultado. Fala-se, portanto, do princípio de aceitação democrática e garantística de defesa.[39]

Nesse caso, muito mais que um critério simbólico e de representação jurídico-política, será da construção da teia principiológica de aceitação democrática e garantística de defesa que se extrairá uma essencial obrigação também insculpida ao Estado-juiz, derivada da capacidade de respaldar a premissa de confiança coletiva e individual[40] de que a decisão judicial viu-se escorada por um interlúdio mínimo de garantias de que todo o percurso processual, da (pré) instrução ao julgamento, foi realmente justo.[41]

---

mais ou menos ativo com o uso do princípio em estudo, ao utilizar-se desse princípio para a busca seletiva de informações. Sobre o assunto: SCHÜNEMANN, Bernard. Ob. cit., p. 208.

38. Obrigatoriamente, esse é um ponto a ser considerado, com o qual se tenta quebrar paradigmas. Como informado na nota 7, não se pode negar que, mesmo no período mais negro da história penal, apesar de um completo desrespeito em relação a premissas hoje consideradas necessárias para a apuração dos fatos, os instrumentos ali utilizados não deixaram de encontrar a verdade. Da mesma forma, muito embora já temperado por uma possibilidade de valoração dos direitos fundamentais e do respeito pela dignidade humana, muitas vezes um processo instruído com todas as garantias necessárias em respeito ao cidadão investigado talvez não consiga julgar o fato representando a verdade daquilo que realmente ocorreu, ainda que se anuncie o caso como julgado.
39. Sobre a função jurídica do defensor no processo penal, confira: ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal.* Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. Colômbia: 2009. p. 48 e ss.
40. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón,* cit., p. 947.
41. E, nesse sentido, o fortalecimento de princípios como os da igualdade de armas, ampla defesa e contraditório intensificam-se como escudos garantísticos cedidos ao acusado para também se defender de todo o poderio estatal. Germano Marques da Silva mostra-se mais enfático e diz que os princípios da garantia de defesa, em especial o contraditório, seria, na verdade, o "meio mais adequado a tutelar a função cognitiva do processo, numa razoável desconfiança com tudo o que se forma no segredo, às ocultas da defesa e do público em geral". Cf.: Produção e valoração da prova em processo penal. *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Coimbra: Almedina, n. 4, 1º sem. 2006. p. 43.

Daí se respaldar que, por mais que se reconheça que a verdade poderá ser alcançada sem o mínimo respeito às garantias fundamentais inerentes ao homem, contrariamente, o princípio da investigação pelo juiz só ganhará força de expressão quando venerado por um processo penal de raiz democrática no seu gênero mais lato, concreto e efetivo.[42] Desse modo, além de fazer um resgate ao passado, extraindo da memória a construção do ocorrido para o presente, caberá ao juiz – e só a ele – a criação de um ambiente equilibrado, com o qual os excessos devem ser ceifados. E isso se diz também sobre a preservação das garantias de defesa.

Não sem razão, será diante da obediência das premissas humanísticas de defesa que se restabelecerá a relação ontoantropológica do "eu" em cuidado com o "outro", antes ceifada pelo evento delituoso[43], à medida que o sentido de paz jurídica só se determina mediante a oportunidade do contraditório – sobretudo diante da visível possibilidade de repressão do fato.[44] A verdade, portanto, em processo penal só se evidencia obedecendo aos limites. Limites aos quais o próprio princípio da investigação deverá motivar-se como um instrumento jurídico de ilustração imparcial – sem intenções estranhas e desconfiáveis – justamente para inibir o máximo de erro na apuração individual do fato, mas também como demonstrativo de segurança jurídica para a coletividade. Desse

42. Sobre o sentido democrático como meta de evitar que os poderes dos juízes se sobreponham ao próprio direito, veja: STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *O futuro do direito e o direito do futuro*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 101.

43. Ainda no que tange à relação ontoantropológica de cuidado do "eu" com "outro" reportando-se, por isso, à esfera judicial, veja: COSTA, José Francisco de Faria. O direito, a justiça e a terceira pessoa. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *O futuro do direito e o direito do futuro*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 497-511.

44. Nunca se deve esquecer de que "o processo penal é um lócus do suplício". É um mecanismo de sofrimento com o qual os sujeitos processuais devem lidar. Como advertido por Ricardo Gloeckner: "o réu que faz sofrer a vítima e que sofre com o processo e a futura pena; o defensor que toma para si as dores do réu e produz no mesmo a angústia da espera; o acusador, que faz pesar ao réu determinada imputação e que vive o drama da acusação inverídica, e principalmente o Juiz, que sofre com a decisão e que, com muito mais propriedade, provoca o sofrimento legitimado pelo Direito". Confira em: *Risco e processo penal*. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 210.

modo, os princípios inerentes à defesa agiriam como um contrapeso à idoneidade do Poder Judiciário.[45]

2.1.3. Longe, entretanto, de insuflar discursos utópicos, é certo que, para assegurar um processo penal de cariz democrático, será necessário muito mais que os argumentos levantados. Mesmo que idealizados como poderosas armas de contra-ataque, obviamente, os mecanismos inerentes à defesa por si só não se mostrariam suficientemente confiáveis para impor um freio na permissão discricionária dos tribunais. Fala-se, por isso, de uma linha extremamente tênue a separar o poder de discricionariedade de um decisionismo arbitrário da entidade julgadora.[46]

Por certo, para além dos instrumentos de defesa encontradiços na estrutura processual, a imparcialidade do juiz deve ser garantida diante de um intercurso de freios e contrapesos consubstanciados num arquétipo multifiscalizador em

45. Obrigatoriamente, com esses argumentos não se quer abrir precedentes para a oportunidade de aquisição de provas a qualquer preço pelo juiz. Nesse sentido, acreditamos estar de acordo com os escritos, por exemplo, da literatura nacional quando levanta que a verdade deve ser construída a partir do contraditório, visto que o julgador deverá formar sua convicção pessoal em razão de provas, originárias de rastros, pistas sobre o evento ocorrido. Confira em: JÚNIOR, KHALED JÚNIOR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*. Desconstrução hermenêutica no mito da verdade real. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 32 e ss. Entretanto, difícil será a manutenção de radicalismo, sem o qual parece que parte dos estudiosos nacionais ainda não conseguiu estabelecer uma relação dialógica convincente para questões simples como a situação de confissão em que o juiz penal não poderá se ater exclusivamente ao pronunciamento do acusado como autor do fato para lavrar o édito condenatório. Da mesma forma que o representante do Ministério Público não poderá denunciar tendo como base uma mera suspeita extraída de uma confissão. Nesse sentido: TRIFFTERER, Otto apud FERNANDES, Fernando. Ob. cit., p. 406. Ao que tudo indica, parece que sempre procuramos culpados para a crise do sistema jurídico nacional. Imputamos responsabilidade à legislação infraconstitucional, que não obedece à generalidade da Constituição, ao Poder Judiciário, que abusa da sua discricionariedade na interpretação da legislação, e ao julgador singular (justiceiro), que se excede diante de um processo de influências generalistas de discursos de insegurança, satisfação coletiva e repressão do acusado a todo custo. Noutras palavras, parece que o equilíbrio que defendemos, sequer nós mesmos conseguimos demonstrar em termos práticos.

46. Sobre a força do sentido democrático nas decisões judiciais, Boaventura de Sousa Santos é enfático ao dizer que: "que a administração da justiça tem um papel fundamental nas sociedades contemporâneas e que, dependendo das orientações que lhes presidirem tanto podem ser um factor de democratização da vida colectiva, como um factor de autoritarismo anti-democrático". Confira em: *Para uma revolução democrática de justiça.* Coimbra: Almedina, 2015. p. 8.

que se opõem a (im)parcialidade objetiva do órgão de acusação e a parcialidade objetiva e subjetiva do acusado, num limiar que se encontrará sob a égide do juiz, de maneira a contrabalançar os excessos dos sujeitos processuais, à medida que aqueles também terão a responsabilidade jurídica e comunitária de contenção dos abusos do órgão jurisdicional, utilizando-se de preceitos normativamente estatuídos como garantia de formalização do processo justo.[47] Portanto, a ordem jurídica processual embasa-se num conteúdo assemelhado a uma espiral hermenêutica, de modo que um órgão sempre terá sua razão de existir pela eficácia ou pela deficiência justaposta pelo outro.[48] Isso porque jamais deverá ser o objetivo do processo penal democrático a busca da verdade a todo o custo.[49]

E, mesmo quando se trate de instrumentos de verdade atrelados a um juízo de consenso,[50] a força da espiral deve-se manter ainda mais concentrada.

47. Como defendeu Anabela Miranda Rodrigues na interpelação sobre o princípio da busca da verdade, o que há sempre é intersubjetividade, e não objetividade. Trata-se, portanto, de um conhecimento que tem não só um interesse teórico, mas também um interesse para liberdade e igualdade, para fazer justiça à dignidade do homem. Cf.: O Processo sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 6, 1996. p. 533.

48. Nesse caso, a figura da espiral também quer simbolizar os traços de um caminho em que todos os princípios de garantia judiciária passariam por um processo de comunicação dialética em regime de interdependência. E que também serviram como gênero de arrimo e proteção um dos outros, de modo que se veja estruturada uma ordem dimensionada pela matriz acusatória de processo penal. Assim, por exemplo, o princípio de verdade só se mostra democrático se seguido pelos princípios de defesa. O princípio da livre apreciação da prova só se vê adequado quando submetido pelas proteções do princípio da motivação das decisões, e assim sucessivamente, até se formar toda a teia de uma persecução penal democrática.

49. Com razão, a Câmara Criminal do Tribunal Superior alemão *(Bundesgerichtshof)* atentou-se sobre isso na análise tanto no *caso do gravador* quanto no *caso do diário,* de que não é objetivo do processo penal a investigação da verdade a todo custo. Cf.: FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 406.

50. Tal como descreve Manuel da Costa Andrade, sobre justiça consensual: "(...) temos aqui um arguido, que transpõe os umbrais do tribunal já pacificado com os 'outros significantes' que terão sido referentes da sua conduta. E que, para além disso, se mostra disposto a colaborar na procura da verdade". Cf.: Consenso e oportunidade. *Jornadas de Direito Processual Penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina. 1988. p. 334. Sobre alguns problemas referentes ao método de "pacificação" jurídico-penal pelas vias judiciárias de consenso, *vide*: COSTA, José Francisco de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXI, 1985. p. 109 e ss.

Razão da necessidade de maior rigor e respeito jurídico individual quando são utilizados, por exemplo, os mais variados institutos de justiça negociada. Afinal, o laço em que se interliga a necessidade de um modo mais abreviado de conquistar a verdade de maneira consensual pode insurgir justamente na ruptura das cercas que delimitam as diferenças entre discricionariedade e arbitrariedade. Sufragando, por isso, um novo modo de justiça conquistado por meio de um artifício muito mais inquisitivo do que propriamente consensual.[51]

2.1.4. Disso se conclui que, para atribuir validade à decisão judicial, deve haver um jogo de inteira reciprocidade, no qual não se pode admitir excessos nem em sede de cognoscibilidade por intermédio do litígio penal nem por meio do consenso. Portanto, a verdade não pode ser obtida levianamente. Tampouco extraída de tal maneira que não se assegure em si mesma a adequação aos interesses gerais de justiça. E, para isso, subjaz-se o maior fundamento democrático capaz de sustentar o papel do juiz, ou seja, o de conter os excessos – próprios e dos outros – como titular do poder-dever garantístico no domínio do processo penal.[52]

Ao término deste subitem, diz-se como conclusão que é esse o papel principal do magistrado. Quer na fase pré-processual, que sustenta a investigação, quer na instrutória, a dar enleio aos fundamentos do veredito final, o juiz penal – imbuído de uma premissa ontológica de ser-no-mundo em cuidado com os outros – deve suscitar um justo equilíbrio entre os valores que se restringem e os que garantem, nesse intercurso que se amolda entre a ordem pública e os direitos individuais do acusado, para, ao final, retribuir uma decisão que, apesar de não satisfazer a todos, terá a obrigação de se demonstrar límpida e imparcial.

2.2. Princípio da livre apreciação da prova ou da livre convicção motivada

Intimamente relacionado à diretriz da imparcialidade e ao estudo principiológico anterior, o *princípio da livre apreciação das provas* ou da *livre convicção*

51. De ideia assemelhada: PRADO, Geraldo. *Transação penal*. O tempo e o modo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 283 e ss. Ao encarar o processo de desjudiciarização como um fenômeno perigoso e direcionado para ser um mero dado estatístico de solução de conflito, confira: FERNANDES, Fernando. Ob. cit., p. 701.

52. LOPES, José Mouraz. *Garantia judiciária no processo penal*. Do juiz e da instrução. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 27. Faz-se mister constar também a questão sobre o princípio do impulso oficial, para o qual o juiz deve impulsionar o processo até a sua extinção, independentemente da vontade dos sujeitos processuais. Cf.: PORTANOVA, Rui apud PACHECO, Denílson Feitoza. Ob. cit., p. 617.

motivada reflete – ao menos à luz da doutrina – relativo dissenso diante do poderio agregado pelo juiz para convencer-se daquilo que fora transportado aos autos processuais durante a fase investigativa e de instrução.[53]

Inscrito tanto no Código de Processo Penal lusitano (artigo 127º) quanto no Digesto Processual Penal brasileiro (artigo 157), o princípio em estudo conta com um aporte necessário para fazer uma distinção com o objetivo democrático de conter qualquer excesso do Estado-juiz nos atos jurídicos dali prolatados.[54]

Seja pelas vias de apelo aos critérios legais no valor de atribuição ao conteúdo probatório encontrado nos autos, seja na base da livre valoração do magistrado em que se reflete também o convencimento pessoal deste, a parêmia em questão se fundamenta diante de uma obrigação especial com a qual, incongruentemente, não se permite ao juiz qualquer liberdade desregrada para os fatos chamados a decidir.[55]

E isso quer dizer que, ainda que a decisão mantenha um caráter subjetivista, sempre deve assentar-se num primado de objetividade reportado pela obrigação de fundamentação.[56] Portanto, inobstante a reconstituição dos fatos pelo órgão jurisdicional reger-se por meio de uma atividade essencialmente sujeita à

53. Sobre o assunto, Jorge Figueiredo Dias salienta a questão de saber se a *apreciação da prova* deve ter lugar na base de regras legais predeterminantes do valor a atribuir-lhe, por via de um *sistema de prova legal* ou, antes, na base da livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal, pelo denominado *sistema da prova livre*. *Direito processual penal,* cit., p.199.

54. Sobretudo, porque, por mais que se esforce para ser objetivo, o juiz estará sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. Cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón,* cit., p. 58.

55. Sobre os sistemas de apreciação de provas apresentados anteriormente, dos quais destacam-se o sistema legal de provas (provas tarifadas) e a intima convicção (até hoje existente no júri brasileiro), confira: Ob. cit., p. 574. Ainda sobre o processo histórico para a chegada desse princípio, veja: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, cit., p. 199.

56. Em razão disso é de se defender que o valor e a força dos meios de prova não podem ser corretamente aferidos *a priori,* com o caráter de generalidade próprio dos critérios legais (ou tarifados), mas, com a exigência principiológica atual, as provas só devem ser apreciadas com especial atenção às circunstâncias do caso concreto e indicadas por um limite normativo dado pela obrigação de fundamentação racional daquilo que o juiz se convenceu e que pretende decidir. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 200.

permanente intervenção de fatores extrajurídicos (mais ou menos inconscientes, embora sempre decisivos);[57] o livre convencimento do juiz jamais poderá ser puramente subjetivo e emocional.[58]

Noutras palavras, apesar da ambição de verdade orientar-se por valores de experiência,[59] convivência e conveniência por meio de uma construção axiológica que o próprio juiz se incumbe de elaborar,[60] isso não será impeditivo para que uma sentença penal não se logre de convencer aos interessados por meio de um bom fundamento pela decisão prolatada.[61] Pelo contrário, não obstante rotular uma ideia de liberdade para o convencimento do magistrado, essa convicção segue um rigor mais acentuado de limitação do que, propriamente, de liberdade, tendo em vista a obrigatoriedade de ela ser extraída de maneira democrática e juridicamente motivável ao demonstrar-se justa.[62]

Assim, o atributo pelo qual se afirma a livre apreciação das provas parece relacionar-se, intimamente, com a imparcialidade do órgão jurisdicional. Seria o mesmo que dizer que, para além de se vislumbrar de mais um princípio de garantia judiciária, é de se deixar caracterizado um ciclo fechado na ordem jurídica, de tal modo que qualquer ato que tente dali se agrupar – utilizando-se de um arbítrio hermenêutico originário de determinado princípio – sofrerá da

57. Esses fatores extrajurídicos podem ser exemplificados pelas teorias, estereótipos, crenças, convicções, símbolos, atitudes, etc., que condicionam a percepção do juiz e as respectivas hierarquias de credibilidade. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. cit., p. 508.

58. Sobre os diferentes níveis de juízo sobre a valoração da prova. Cf.: SILVA, Germano Marques da. *Produção e Valoração da Prova em Processo Penal*, cit., p. 49.

59. Sobre as regras de experiência: MENDES, Paulo de Souza. A prova penal e as regras de experiência. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal*. Coimbra: Almedina. 2014. p. 119 e ss.

60. Na aplicação do direito penal, o intérprete irá projetar o tipo ou os tipos concorrentes sobre o acontecimento concreto, para indagar os vetores desse acontecimento que integram elementos de crimes ou circunstâncias relevantes para a determinação das reações a aplicar. Cf.: DANTAS, António Leones. A definição e evolução do objeto do processo no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, n. 63, jul.-set. 1995. p. 89.

61. Assim, Rui Pinto Duarte diz que, para decidir, o juiz tem de: "fixar os factos, determinar as normas jurídicas aplicáveis (fixando o seu sentido) e relacionar essas normas e factos". Cf.: DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da "convicção-crença" nas decisões judiciais. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa: UNL, ano 4, n. 6, 2003. p. 6.

62. MENDES, Paulo de Souza. Ob. cit., p. 118.

reprimenda sistêmica de outro, inibindo o ativismo, de maneira que nenhum deles seja utilizado de forma leviana. [63]

Ademais, não custa relembrar a interpretação anglo-americana a dizer que uma tal convicção existirá quando e só quando o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos fatos *para além de toda a dúvida razoável*. E isso servirá como esteio para a garantia de um processo que acompanhe os predicados de lisura e idoneidade, ainda que tal decisão não seja plenamente aceitável pelos demais sujeitos processuais.[64]

2.3. Princípio da imparcialidade

Diante de todo o jogo em espiral em que se fundamentou a funcionalidade do sistema pela necessidade de interligação entre os princípios outrora elencados, dir-se-á que com o princípio da imparcialidade se estabelecerá a

63. Contudo, é de se atentar a algumas restrições dadas ao princípio da livre apreciação da prova e, consequentemente, a sua correlação com o princípio da motivação. Maria João Antunes, por exemplo, analisa um rol de oportunidades da legislação processual penal portuguesa em que o princípio da livre apreciação se percebe limitado a outras questões exógenas, como é o caso, por exemplo, da prova pericial. Segundo o artigo 163º, nº 1, do Código de Processo Penal português, o juízo técnico científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Mas o julgador só poderá divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência, se puder fazer uma apreciação também de mesma envergadura, ou seja, técnica, científica ou artística. Daí acabar com a mítica de que o juiz seria o "perito dos peritos". Nesse caso, apesar de haver uma íntima relação entre os dois princípios, para além da obrigatoriedade de motivar a decisão, vê-se implicado maior rigor para a aceitação dessa fundamentação. Assim, a recusa do parecer pericial só se verá aceita quando o juiz motivar o respectivo descontentamento de maneira técnica igual ou superior ao perito legalmente credenciado para tal finalidade. O que não obsta dessa recusa um parecer em detrimento de outro. Cf.: ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Almedina. Coimbra: 2016. p. 171.

64. Assim, Jorge Figueiredo Dias expõe para a questão que: "não se tratará aqui pois, na 'convicção', de uma mera opção 'voluntarista' pela certeza de um facto e contra a dúvida, ou operada em virtude da alta verossimilhança ou probabilidade do facto, mas sim de um processo que só se completará quando o Tribunal, por uma via racionalizável ao menos para *a posteriori,* tenha logrado afastar qualquer dúvida para a qual pudessem ser dadas razões, por pouco verossímil ou provável que ela se apresente". Ob. cit., p. 205. No mesmo sentido, PORTANOVA, Rui apud PACHECO, Denílson Feitoza. Ob. cit., p. 841.

contenção objetiva e subjetiva do órgão jurisdicional em relação à exigência de lisura, pelos sujeitos processuais, na solução do conflito penal.[65]

Nesse sentido, para segurança da imparcialidade jurisdicional, o sistema legislativo de cada Estado elenca um rol de garantias e prescreve vedações com o múnus do juiz. Assim, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa estabelece a equidistância do poder judicial no momento da ratificação da estrutura acusatória do processo penal, conforme expõe o artigo 32º nº 5, juntamente com a independência a que se refere o artigo 203º bem como com o conjunto de garantias e incompatibilidades estabelecidos no artigo 216º do Estatuto dos Juízes portugueses, além das suspeições e impedimentos descritos pelo Código de Processo Penal.[66]

Já quanto à Constituição da República Federativa do Brasil, a análise principiológica fica mais nítida perante as garantias predispostas no artigo 95 e vedações arrimadas no parágrafo único do referido dispositivo. Além das incompatibilidades, impedimentos e suspeições citadas na moldura dos artigos 95, inciso I, 96 e seguintes e 112, todos do Código de Processo Penal brasileiro.[67]

No mesmo tom, vale também ressaltar a Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio do artigo 8º, nº 1, e a Convenção Europeia do Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, que – conjuntamente com o entendimento jurisprudencial dado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – enfatizam a tutela multinível para a garantia de imparcialidade do Estado-juiz.[68]

---

65. É de se asseverar, nesse sentido, que tal princípio não tenta preservar apenas a perspectiva subjetivista do juiz em relação aos demais sujeitos processuais, mas também assegura um cuidado sobre a imparcialidade do ponto de vista objetivo. Noutras palavras, o que importa garantir é que o juiz, em virtude de considerações de caráter orgânico ou funcional, não deverá apresentar qualquer prejuízo em relação à matéria a decidir, antes do momento exato para decisão, garantindo, portanto, total transparência no exercício dessas funções, ou seja, não basta ser, é preciso parecer imparcial. De pensamento assemelhado: LOPES, António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 68.
66. Ibidem, p. 59.
67. PACHECO, Denílson Feitoza. Ob. cit., p. 400.
68. Sobre o papel da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *vide*: LOPES, José Antônio de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual,* cit., p. 62 e ss. *Vide* também: BARRETO, Irineu Cabral. A investigação criminal e os direitos humanos. *Polícia e justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, série: III, n. 1, jan.-jun. 2003. p. 43-85.

No entanto, para lá de um resguardo legalmente consolidado, a razão de ser desse princípio gera objeções não somente de ordem jusfilosófica mas também, sobretudo, prática. Nesse caso: o que se espera do juiz criminal quando se questiona sobre o sentido de imparcialidade? E mais: a atitude de um juiz como terceiro – *terzietà* – ou seja, *um* "estrangeiro" *perante os interesses das partes*,[69] já se demonstra suficiente e, deveras, útil para suplantar confiança nas decisões de ordem penal?

Acredita-se que, para alcançar respostas a tais indagações, faz-se conveniente mencionar a reflexão feita por Karl Larenz,[70] quando referiu que o princípio da imparcialidade será o primeiro requisito de confiança dos cidadãos na instituição judiciária, no momento em que cada um renunciará à possibilidade de autodefesa, para reivindicar o seu direito no tribunal. Entretanto, é de perceber que desse argumento deve-se extrair uma explicação mais emblemática sobre qual a razão de ser desse princípio.

Além de fazer menção a uma possibilidade publicista de acesso e confiança nos órgãos internos de justiça, *grosso modo*, tal referência quer impor um significado multiúso do qual, para se fazer valer o sentido de confiabilidade comunitária no Judiciário, o juiz deve evitar inclinações de ordem objetiva e subjetiva a qualquer das teses oferecidas pelos sujeitos processuais que compõem o julgamento penal, sobretudo em fase de aquisição de provas. Devendo situar-se diante deles, preparado para não prejudicar nem favorecer qualquer um, tratando-os sem preferências e com rigorosa igualdade, objetivando sempre a concepção de que a decisão judicial deve demonstrar, sem qualquer contradição, justa.[71]

Nessa situação, a necessidade de manter a confiança no sistema impõe, em contrapartida, que se conserve a incerteza da posição do magistrado até o instante da análise de todo o corpo probatório.[72] Assim, o não comprometimento

69. LOPES, José Antônio de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual,* cit., p. 55.

70. LARENZ, Karl. In: LOPES, José Antônio de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual,* cit., p. 52.

71. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 79. Nesse sentido também LOPES, José Antônio de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual,* cit., p. 53.

72. Sobre outras elaborações conceituais: CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 149, ano 32, 2007. p. 341 e ss.

do Poder Judiciário na pessoa de seu agente, antes do momento de apreciação das provas, forma o requisito indispensável para a legitimação da decisão.[73]

Por outro lado, sublinhar o valor essencial da imparcialidade, numa vertente global e, acima de tudo, integrada na acepção mais rígida de processo justo,[74] significa reconhecer um conjunto de situações previstas em lei e que, nessa mesma orla, tutelem a exigência por um juiz imparcial.[75]

Noutras palavras, será, portanto, da distinção entre os integrantes da persecução que surgirá a alteridade como sinal de cuidado pelo outro, ao instante em que se tornará evidente a sobreposição e a autonomia dos papéis que cada sujeito processual deverá desempenhar no processo.[76] Entrementes, em relação ao juiz, essa situação deve-se manter mais explícita. Faz-se necessário, por isso, que se demonstre uma total equidistância, inclusive, com uma exposição clara de que ele não tem qualquer interesse privado ou pessoal no resultado da causa.[77] Nesse caso, o juiz teria uma função exclusiva, ou seja, a de *julgar, decidir apenas e só, nos vários momentos em que é chamado a fazê-lo,* sem qualquer interesse no que será julgado.[78] Apenas

73. José Antônio Mouraz Lopes, em estudo sobre Luhmann, diz que: "doutra maneira, a imparcialidade do juiz fica em risco quando este demonstra demasiada actividade no decurso do processo". Cf.: *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 56. Jorge de Figueiredo Dias expõe que são várias as razões que, perante um caso concreto, podem levar a pôr em dúvida a capacidade de um juiz para se revelar imparcial no julgamento. E o que interessa, segundo o referido autor, "não é tanto o facto de, afinal, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defendê-la* da *suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a dúvida, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões de seus magistrados" Cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 315.

74. Expressando que a justificativa processual da imparcialidade se demonstra para além de um contexto de devido processo legal ou de juiz natural, mas de vinculação cláusula de Estado de Direito, de maneira a estruturar o impedimento de decisionismo parcial: CABRAL, Antônio do Passo. Ob. cit., p. 343.

75. José Antonio Díaz Cabiale, nesse aspecto, é enfático ao dizer que: "o direito a juiz imparcial constitui, com efeito, uma garantia fundamental da administração da justiça". Cf.: *Princípios de aportación de parte y acusatório*: la Impacialidad del Juez. Granada: Comares, 1996. p. 432.

76. De ideia assemelhada, vide: CABRAL, Antônio do Passo. Ob. cit., p. 342.

77. Mas esse alheamento não quer significar total descompromisso. Nesse caso, o magistrado deve ter responsabilidade com a decisão correta, dando razão a qualquer tese estipulada por um dos sujeitos processuais. Ibidem. p. 343.

78. É de se tecer, portanto, uma distinção em três níveis para a descrição da imparcialidade jurisdicional. Num primeiro nível, identifica-se a dimensão física da alteridade.

preservando uma identidade moral de preocupação com o restabelecimento da ordem jurídica, independentemente de condenação ou absolvição do acusado.[79] Assim, o que se espera é a inibição de um *prejudicium* (prejuízo) explícito a ser desenvolvido durante a instrução processual no momento da aquisição das provas, capaz de prejudicar, sobretudo, o acusado nos seus direitos individuais.

2.3.1. Contudo, mesmo que, hipoteticamente, muito bem estruturado, isso não quer significar que ainda não haja dificuldades para a manutenção desse sistema.

Em tese, quando se levanta análise mais densa sobre o princípio da imparcialidade, logo surge o mesmo dilema de antes. A dizer que, sobre as garantias para a persecução de um processo justo, o órgão jurisdicional deve manter-se como terceiro nessa relação processual, de maneira a não se inclinar para nenhum dos sujeitos interessados no conflito, antes de um ulterior veredito. Entretanto, ao olhar do leigo, a ordem jurídico-penal parece não conseguir organizar-se de maneira que a prossecução não se mostre, nesses termos, tão incongruente. Sobretudo por causa dos resquícios inquisitórios existentes diante do poder de investigação dos juízes penais.

Dessa forma, o magistrado agiria como um terceiro, não tendo, como consequência, qualquer interesse privado ou pessoal no conflito. Num segundo nível, diz então que não basta que o juiz seja distinto das partes, faz-se necessário que essa equidistância seja apreensível, tanto em abstrato quanto em concreto, como referência ao litígio processual. Já no último nível, consagrar-se-á a atitude dessa equidistância concreta, na qual o juiz será considerado imparcial se, distinto e distante dos demais sujeitos, estiver constantemente disponível a pronunciar-se sobre o mérito da causa somente a partir de uma base de provas legitimamente adquirida. Nesse sentido: LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Sr. Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. out. 2002. p. 69.

79. Daí dizer que a imparcialidade do órgão jurisdicional se fundamenta pela atribuição simultânea de cinco preposições necessárias, quais sejam: a) garantir um juiz idôneo que assuma a posição de terceiro perante os demais sujeitos processuais; b) garantir que uma parte pública exerça a acusação segundo um agir leal, adotando critérios de estrita objetividade; c) garantir que uma parte privada não condicionada no exercício dos seus direitos fundamentais possa contrapor, sobre um plano de paridade à acusação, as razões defensivas; d) assegurar um mecanismo de prova efetuado com garantia de publicidade para controle social da decisão; e, por último, e) garantir um sistema que recuse considerar o acusado culpado antes que a sua responsabilidade seja legalmente determinada. Cf.: LOPES, José Antônio de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 71 e ss. DÍAZ CABIALE, José Antonio. Ob. cit., p. 433 e ss.

De certo modo, o nascimento dessa incongruência revela uma tensão na qual parece perseguir a estrutura processual penal desde as tentativas de romper definitivamente com o sistema inquisitorial, mas que teima em se remontar para uma mesmice capaz de garantir o processo como se encontra.

Para isso, então, surgem as seguintes objeções: qual a necessidade de levantar mais estudos sobre a noção de equidistância do juiz em terreno processual penal? E mais: qual seria a segurança jurídica que os sujeitos terão, *in concreto,* para tolher um futuro prejulgamento do magistrado, de modo a não se sentirem prejudicados diante de um demonstrativo de falsa idoneidade do representante do órgão jurisdicional? Os mecanismos existentes são suficientes?

Para uma tentativa de explanação sobre tais indagações, é mister enveredarmos para o item subsequente.

3. O processo penal português e a incompatibilidade absoluta das funções de juiz de instrução e julgamento ao mesmo magistrado

Muito embora se tenha discutido em linhas pretéritas a respeito da possibilidade de perseguição de provas por parte do Estado-juiz, a ideia de que o magistrado trespasse idoneidade, diante da estrutura processual penal existente nos países da Europa Continental e demais latino-americanos, ainda está distante de receber aplausos por parte da corrente doutrinária dessas regiões. Sobretudo porque tem-se invocado que a atividade de investigação a que o juiz se vê compelido *o faz facilmente perder a posição objetiva e distanciada, própria de um julgador neutro, convertendo-o, pelo menos aos olhos do acusado, num seu adversário.*[80]

Não por isso, a consistência dessa afirmação já se percebe exemplificada diante de decisões de ordem cautelar, ou mesmo em atos judiciais, como a inquirição de testemunhas ou interrogatório do acusado, em que o magistrado – com o subterfúgio de alcançar convencimento de causa – tem de confrontar o denunciado com perguntas incômodas no sentido de descobrir contradições. Induzindo, conforme expressou Manuel da Costa Andrade: *o recurso a tácticas mais ou menos artificiosas de inquirição.*[81]

80. ROXIN, Claus *apud.* ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a proibição das provas em processo penal*, cit., p. 204.

81. Não por isso, Roxin salienta que: "a autoridade da decisão e as suas virtualidades para restabelecer a paz seriam seguramente maiores se não fosse precisamente o principal contendor e inquiridor a ditar a sentença sobre o desfecho definitivo da contenda". Herrmarnn alude que a atividade inquiridora do juiz: "não é sequer compatível com a

Por outro lado, como tentativa de garantia e salvaguarda de imparcialidade da autoridade judiciária, criaram-se outros artifícios capazes de amenizar possíveis sequelas em relação à idoneidade do tribunal. Um exemplo disso dá-se com a legislação portuguesa, que, diferentemente do que ocorre no Brasil, segrega as funções da judicatura penal entre juiz de instrução e de julgamento.

Muito embora se mostre, a partir dessa distinção, um alarido de esperança voltada para uma estrutura acusatória mais próxima de sua pureza, isso não quer significar um completo distanciamento da investigação do processo penal pelo juiz. Contudo, ainda sim, reveste-se de maior idoneidade se comparado, por exemplo, à concentração de poderes imbuídos ao órgão de justiça, como acontecia no Código de Processo Penal de 1929 – por sinal, ainda vigente na antiga província angolana.[82]

Daí que outros sistemas processuais da Europa Continental seguem a mesma cartilha, constatando a busca dessa garantia de incompatibilidade. É o que acontece, por exemplo, na Itália, em que se permite a conclusão de que é sobre a separação quase absoluta entre o juiz de instrução (*giudice per l'indagine preliminare)* e o juiz de julgamento *(giudizio)* que tutelar-se-á a garantia de imparcialidade do tribunal.[83]

Dessa forma, espera-se um sistema minimamente mais transparente e idôneo, de modo que a autoridade judicial, imbuída pelo julgamento, não tenha participado da instrução e que, por isso, esteja isenta de prejuízos capazes de

---

função que a Lei Fundamental reserva ao juiz, como terceiro e autônomo do poder do Estado". O que justificará a asserção de que na audiência sobrevive, afinal, o que foi um dos estigmas mais censurados ao processo inquisitório; ou seja, a reunião, numa só mão, da atividade investigatória e judicativa. Cf.: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a proibição das provas em processo penal*, cit., p. 205.

82. O Código de Processo Penal de 1929 recebeu fortes críticas pela doutrina da época no sentido de seu alto grau de inquisitoriedade, só retificado pelo Decreto Lei 35.007/1945. Embora ainda nessa reformulação recaísse uma exceção encontrada no artigo 44º, no qual permitiria ao juiz presidente do julgamento *ordenar* ao Ministério Público – finda a instrução contraditória – que deduzisse a acusação. Sobre o assunto: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal,* cit., p. 137 e ss. Demonstrando que, mesmo com a reformulação com o Decreto Lei 35.007/1945, nada havia mudado, mantendo-se o ranço inquisitório de antes, veja: ZENHA, Francisco Salgado. A Constituição, o juiz e a liberdade individual. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 32, 1972. p. 163 e ss.

83. Sobre o assunto confira: DELMAS-MARTY, Mireille. *Procesos penales de Europa*. Trad. Pablo Morrenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2001. p. 347. LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 135.

condicioná-la na apreciação das provas fundadas em anteriores participações decisórias no âmbito daquele processo a ser julgado.[84]

A contar, nesse caso, pelo ordenamento jurídico português, a tutela da imparcialidade endoprocessual da autoridade judiciária vê-se também controlada pelas vias da incompatibilidade[85] e impedimentos, mas com o diferencial encontrado pela cisão entre os dois juízes da causa. Dessa maneira, esses mesmos mecanismos controlarão os critérios de intensidade, relevância e frequência do juiz de instrução no desenrolar do procedimento investigativo.

Assim, os artigos 39º (que consagra o regime dos impedimentos) e 43º (que estabelece as recusas e escusas[86]) acabam por fundamentar mecanismos processuais capazes de garantir – conjuntamente com o artigo 40º (a versar sobre os impedimentos dos juízes) – o direito fundamental ao juiz imparcial no processo penal português.

---

84. LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 135.

85. Na base do entendimento de incompatibilidade, como instituto público, pretende-se evitar o risco de interesses conflitantes, bem como que se utilize da investidura pública de magistrado em benefício próprio. Por outro lado, a verificação do instituto no plano jurisdicional deve ir mais além, amplificando-se, porquanto maiores exigências de tutela. Daí dizer que esse instituto assegura a própria atividade da administração da justiça, por parte de um órgão que tem, em si, ínsita, a obrigação de exercer as funções de modo independente e imparcial. *Ibidem*. p. 73.

86. Sobre a distinção entre impedimentos e suspeições, que na legislação portuguesa viu-se subdividido em recusas e escusas, Jorge de Figueiredo Dias conceitua os institutos do seguinte modo: "os fundamentos de dúvida sobre a imparcialidade da actuação do juiz não possuem sempre, porém, o mesmo efeito jurídico: umas vezes conduzem eles à *impossibilidade* de o juiz poder funcionar em um certo processo penal, a qual deve ser declarada – independentemente de qualquer objecção suscitada pelos participantes processuais – à actuação do juiz no caso concreto; outras vezes limitam-se a dar aos sujeitos processuais a *possibilidade de recusarem* a intervenção do juiz no feito do julgamento. No primeiro caso estamos perante *impedimentos,* no segundo perante *suspeições* do juiz". Cf.: *Direito processual penal*, cit., p. 316. Consequentemente, para se distinguir a recusa da escusa, diz que o dever de imparcialidade determina a escusa do juiz, já o direito à imparcialidade dá lugar à recusa do agente de justiça. Desse modo, a *recusa* seria o instrumento concedido aos sujeitos para eliminar uma situação de incompatibilidade do juiz determinada por motivos de parentesco, afinidade ou casamento, de atos praticados no processo, de uma precedente decisão de mérito, de um interesse no processo, do desenvolvimento de atividade não consentida pela lei ou de assumpção de funções ou encargos sem a necessária autorização. Já a *escusa* será a declaração com a qual o próprio juiz denuncia que se encontra em qualquer condição de incompatibilidade e pede para ser afastado, em relação àquele específico caso, da obrigação de julgá-lo. Cf.: LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 78.

Sob esse prisma, tenta-se reprimir o sentimento de desconfiança do acusado perante a autoridade jurisdicional por meio dos respectivos mecanismos legais[87] pelos quais percebe ser tamanha tal preocupação que, no que versa a declaração de impedimento o juiz, supostamente afetado na sua independência, deve declará-lo de ofício, conforme âncoras do artigo 41 nº 1 do Código de Processo Penal português.

Por outro lado, no que tange ao ordenamento jurídico processual penal brasileiro, embora tente se locupletar de uma cisão dada pela proposta de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) – ao criar a instituição do chamado juiz das garantias –, penso que tal segregação ainda não tratará diretamente de uma mais rígida e necessária distinção entre as funções do magistrado encarregado pela instrução e de um outro pelo julgamento.

Obrigatoriamente, para se amoldar a uma composição mais próxima da Europa Continental, necessário seria revirar toda a estrutura do processo penal brasileiro, a começar pela fase de inquérito, por exemplo. Contudo, ainda que não se queira adentrar em valores e referenciais jurídicos distintos entre Europa e Brasil, a perspectiva do projeto é no sentido de levar um juiz diferente para a fase pré-processual, não o responsável pela instrução e julgamento. No entanto, esse magistrado não, necessariamente, inibiria os atos do juiz em novas aquisições de provas quando a ação penal já se encontrar em fase subsequente.

Como dito, por mais que se mostre criticável sob alguns aspectos, a separação que se visa criar entre os juízes no sistema judicial brasileiro não deixa

87. Veja-se, quanto à *ratio* desse impedimento, o parecer da Comissão dos Direitos do Homem do Conselho da Europa (caso Ben Yaacoub/Bélgica), que considerou constituir violação do princípio da imparcialidade a situação em que o juiz que – na qualidade de presidente da *charmore du conseil* – decidiu o envio do arguido a julgamento (fase essa semelhante ao despacho de pronúncia português), com base num juízo sobre a existência de "indícios suficientes de culpabilidade", veio depois a integrar o tribunal que julgou e condenou o acusado. A Comissão considerou que quando o juiz conclui que existem sérios indícios da responsabilidade do acusado, obrigatoriamente já se percebe impedido de participar de qualquer julgamento posterior sobre o fato. Conforme prolatado: "essa decisão é pesada de consequências, logo que ele se encontre face ao mesmo arguido para o julgar", pois para o acusado "parece justificado que ele pense e receie que esse magistrado que recusou a sua libertação e que ordenou o seu envio para julgamento venha a abordar a apreciação da questão de fundo com um preconceito desfavorável em relação a ele. Para além disso, sendo esse magistrado o único dos três juízes do tribunal a ter um conhecimento do processo antes da audiência de julgamento, é legítimo que aos olhos do arguido possa haver suspeitas de que ele tenha desempenhado um papel decisivo em detrimento dele nesse Tribunal, uma vez que já tinha formado, na fase de instrução, uma íntima convicção sobre a sua culpabilidade". Cf.: SANTOS, Gil Moreira dos. Ob. cit., p. 172.

de ser um avanço. É certo que encontra algumas barreiras, sobretudo quando considerada a impossibilidade de cisão entre os juízes responsáveis pela ação penal, dado o argumento de uma possível afronta à concepção brasileira sobre os princípios do juiz natural e da identidade física do magistrado.[88] Esquecendo-se, entretanto, que na Europa também existem os mesmos primados de garantia judiciária, mas que, nem por isso, deixou de se instituir maior possibilidade de controle sobre a imparcialidade jurisdicional![89]

4. Os novos mecanismos processuais à aquisição de provas e a imparcialidade do juiz. Uma tensão dialética entre eficientismo, funcionalismo e garantismo

Por outro lado, ainda que se espere criar uma espécie de escudo capaz de trazer maior idoneidade e lisura nos atos jurisdicionais por meio dos institutos limitadores de investigação e maior segurança à imparcialidade do magistrado, as mudanças de comportamento insurgidas a partir do final do século passado, bem como os escândalos de ordem política, econômico-financeira que atravessa a nação brasileira, de algum modo ocasionaram uma abrupta transformação no sentido de exprimir – teórica e empiricamente – a maneira de interpretar o direito processual penal hodierno.

A contar por características cada vez mais voltadas a demonstrá-lo como solucionador de problemas para os excessos de criminalidade ou mesmo como consequência das crises em relação às políticas de segurança atualmente enfrentadas pela coletividade; o direito processual penal sofre de uma endemia de contingente estrutural diante da dificuldade de aplicação concreta dos termos teoricamente difundidos.[90]

88. Como se sabe, o controle das investidas do magistrado brasileiro é dado pelos artigos 254 (causas de suspeição); 253 (causas de incompatibilidade) e 252 (causas de impedimentos), todos do Código de Processo Penal.

89. Sobre a discussão referente ao princípio do juiz natural como "pessoa", e não como "órgão" a se resvalar, sobretudo, no princípio da imparcialidade do juiz penal, confira: BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 112, 2015. p. 172 e ss.

90. LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 119, p. 127-164, 2016. Sobre a evolução jurídica do papel do juiz penal, confira: MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal. Entre as pressões

Problema esse mais visível a partir da análise dos variados instrumentos de persecução encarregados, sobretudo, da apuração daquilo que se trespassa como o "calcanhar de aquiles" da política criminal hodierna, ou seja, a criminalidade grave.[91]

Nessa perspectiva, não só o direito penal estrito em seu sentido normativo mas o próprio processo penal se percebem armados da máscara de Janus ao se notabilizarem como vilões e heróis de um cenário de estranhos contrastes. Isso porque torna-se visível que a comunidade anseia por ordenamentos que, ao mesmo tempo que se convalesçam de primados eficientes e funcionais sob o ponto de vista de segurança coletiva, por outro lado esbarram na necessidade de garantística de exigir restrições a qualquer embrionária preterintenção de ativismo exasperado.[92]

Assim, o objeto do processo vê-se resguardado da dinâmica racional de evitar qualquer exercício jurisdicional mais arbitrário,[93] ao mesmo instante em que se pretende preservar as *garantias processuais organizacionais*.[94]

---

da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antônio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 114, p. 457-497, 2015.

91. Um intrigante exemplo é trazido por Germano Marques da Silva diante dessa perspectiva de encontrar provas para incriminar suspeitos na seara da macrocriminalidade. Nesse ínterim, em análise a uma notícia veiculada pela mídia, o referido autor dizia que: "a imprensa dava-se conta recentemente que uma senhora juíza teria constatado no decurso de uma instrução, surpreendida e espantada, pareceu-me, que na investigação policial de um determinado crime, concretamente de um crime de tráfico, teriam sido utilizados processos paralelos para fazer escutas telefônicas e que essa técnica, segundo relatava o jornalista, invocando fonte próxima da polícia, seria relativamente frequente por razões de eficácia no combate ao crime grave. Ficou a pairar na mente do jornalista e também na minha se este procedimento não constituirá um grave atropelo à ética, se não constituirá uma violação do princípio da lealdade processual e a que medida não poderá constituir uma grave violação dos direitos de defesa". Cf.: Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). *Revista Lusíada*, Lisboa, Lusíada, Universidade Lusíada, série II, n. 3, 2005. p. 69.

92. Nesse caso, há um contrassenso não racional ao não se aceitar o uso de um processo penal leal no qual a imparcialidade do órgão de justiça seria o ponto fulcral, de maneira a não transparecer a mínima inconsistência de censura por parte dos demais sujeitos processuais. Sobre as tensões existentes, confira: SANTANA, Selma Pereira. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 52, p. 250-275, 2005.

93. Dessa forma, diz-se, com razão, que a necessidade do processo será aqui apresentada não apenas como limite de pretensão punitiva do Estado, mas como perímetro da vontade do indivíduo de defender-se do mesmo modo como se perceba acusado.

Por outro lado, é desse cenário entre crises sobre eficientismo, funcionalismo e garantismo que o juiz penal vivencia a sua maior prova de fogo. Um jogo complexo em que não se deve aceitar oscilações mais exageradas do pêndulo democrático, já que, mais que ninguém, torna-se obrigação do magistrado guarnecer, entre os mais variados princípios, a própria imparcialidade e a igualdade de armas entre os demais sujeitos processuais.[95]

Inobstante, entretanto, seja dada a obrigação de controle do movimento pendular ao magistrado, a dinâmica do direito penal total hodierno passa por cataclismos em que se sobrelevam dificuldades em relação à segurança pela maior estabilidade desse objeto.

De fato, quando analisada pelo veio criminológico e político-criminal, nos tempos que correm, medidas mais contundentes de "combate" aos tipos de criminalidade rotulados como de alta periculosidade são encaradas como necessidade urgente e que só devem ser instrumentalizadas utilizando-se métodos mais radicais e extremos, à medida que – para responder ao desejo comunitário – a narrativa do discurso legitimador necessitaria de argumentos mais simplificados, baseados numa reformulação sob o ponto de vista funcional e eficiente das ciências criminais, deixando de lado a terceira coluna dessa estrutura, ou seja, as garantias individuais.[96]

Seria aquilo que Ugo Dinacci asseverou como a garantia dada pelo processo penal que se faz pelo confronto entre a comunidade que reclama a punição e o arguido que defende o seu direito a não sofrer a pena senão nos casos e nos termos previstos na lei. Cf.: RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa* de *Ciência Criminal,* Lisboa: Aequitas, n. 1, 1991. p. 78.

94. Nesse ponto, Ferrajoli acentua que essas garantias (contraditório, igualdade entre acusação e defesa, presunção de inocência, ônus acusatório da prova, oralidade, publicidade do julgamento, independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural) servem para limitar ou minimizar o poder punitivo visto que são todas configuráveis como técnicas normativas destinadas a vinculá-los ao objetivo de averiguação da *verdade*. Capaz de buscar, a partir daí, certo equilíbrio a dar azo a um juiz que prime pela imparcialidade no processo penal em que se percebe como integrante. FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001. p. 15.

95. DONINI, Massimo. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los princípios. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministério de la Justicia de Madrid, t. LVIII, fasc. II, maio-ago. 2005. p. 405.

96. Nesse sentido, Sergio Moccia, expressando sobre esse sentimento social para com a contenda da criminalidade, salienta as dificuldades jurisdicionais perante os juízos de

Num momento em que, tanto a sociedade quanto as demais agências públicas e privadas[97] enaltecem o estigma de que o acusado se percebe como inimigo do grupo e que o valor do bem ofendido deve ser equivalente ao sofrimento dele, a preservação da primazia dos direitos de defesa pelas vias do justo processo torna-se algo obsoleto e sem qualquer serventia de impacto comunitário.[98]

E, por mais que o entendimento técnico erudito emplaque discursos duros de inibição a essa frente recrudescedora de justiça, a prática legislativa e jurisdicional já se percebe mais aderente aos predicativos do prevencionismo criminal nos seus termos mais alargados.[99] Nesse sentido, para citar fontes

valor adotados pela coletividade em razão das atitudes do arguido a dizer que o indivíduo, antes mesmo do início da marcha persecutória, já foi sentenciado. A pena seria o próprio processo. A custódia cautelar, uma espécie de pagamento penal antecipado, e a verdade gracejada reduzem-se a um procedimento fetichista, "quotidianamente celebrado pela mídia com o depósito dos autos na banca de jornal". Cf.: MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1999. p. 75.

97. Da mesma forma, analisando a influência das agências comunicacionais nas fases processuais, Martine Ract Madoux diz que: "quando a decisão do tribunal aparece por fim, ela já não interessa ao público; apenas serve para confirmar os factos descobertos pela imprensa e não pode, por isso mesmo, adequar-se à opinião pública que já julgou o caso". Cf.: MADOUX, Martine Ract. Criminalidade, processo penal e meios de comunicação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 9, abr.-jun. 1999. p. 225.

98. Vozes que entoam a perspectiva de total eliminação do perigo (antecipação da tutela penal), tais como a de Günther Jakobs, e a releitura sobre o "direito penal do inimigo" assumem uma total influência na coletividade que assim percebe ser a via mais saudável para a contenção de todas as hordas criminosas. Nessa senda, o endurecimento das medidas persecutórias introjetam aquilo que o próprio Jakobs denominou "processo penal do inimigo", cuja fonte precípua seria o uso dos mais variados meios para obtenção de prova. Outrossim, conforme salientou Alessandro Barata: "importa ressaltar que o processo penal do inimigo acarretou uma profunda involução estrutural em todos os setores e níveis dos sistemas penais – o caldo cultural e composição dos órgãos que o integram, programas normativos que lhe servem de orientação, ideologias que o legitimam, práticas efetivas do dia a dia etc., de diversos países". Sobre tudo isso, veja: MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, 2006. p. 224.

99. Basta ver a ponderação pelo uso extremado da razoabilidade (ou exceção) dos tribunais brasileiros, ao criarem julgados permissivos sobre a chamada "exceção da exceção". Ainda que sem qualquer respeito ao juízo de proibição aos tribunais de exceção. Sobre o assunto, Rui Pereira expõe que: "a experiência recente permitiu

exclusivamente de ordem processual penal, é de se ver a utilização, de maneira mais rotineira, das mais variadas medidas cautelares que lastreiam a fase instrutória. A contar pelas prisões preventivas, buscas, apreensões e interceptações, gravações ou registros de conversações e comunicações, para mencionar apenas os mais comezinhos instrumentos de violação da privacidade do "outro" pelo Estado.

Não sendo o bastante, ainda se armam de novos subterfúgios de justiça negociada, exemplificados por colaboração premiada, leniência ou mesmo de mecanismos violadores de intimidade, como se tornou comum a massificação para utilizar-se de material genético como colheita e armazenamento futuro de provas – ainda que sem o consentimento do acusado[100] – ou da submissão deste à máquina da verdade (mentira), como ocorre atualmente com o uso da P300,[101] demonstrando, portanto, nenhuma preocupação com as garantias de direito ao silêncio e a não autoinculpação do denunciado.[102] Pelo contrário, agora o Estado se porta como o maior violador dos direitos de intimidade corpórea do indivíduo-acusado, ao adentrar, sobretudo, nas reações físicas, motoras e neurais do ser.

É certo que, apesar de a utilização desses mecanismos serem avalizados diante de um juízo prévio de permissibilidade judicial, não se pode descartar

até detectar alguns aspectos em que as garantias de defesa parecem estar insuficientemente acauteladas. A desvalorização da Constituição como parâmetro interpretativo da lei penal, o carácter vago de algumas soluções legais e o florescimento de tendências securitárias, justicialistas e populistas na opinião publica, nos *média,* nos meios políticos e nos próprios círculos judiciais constituem os factores determinantes desta deriva". Cf.: PEREIRA, Rui. A reforma do processo penal: entre a celeridade e as garantias de defesa. *Politeia* (Revista do Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna), Coimbra: Almedina, ano II, n. 2, jul.-dez. 2005. p. 17.

100. VAZ, Maria. O registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores: um mal desnecessário. *Lisbon Law Review*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. LVII, p. 145-167, 2016.

101. BOTELHO, Marta Madalena. O exame neurológico P300 em tribunal e a (in)viabilidade da sua utilização no processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 24, p. 57-86, 2014.

102. SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemu tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, ano X-2013, p 361-379, maio 2014.

que, ao menos aos olhos apreensivos do sujeito-investigado, sobressairia certa animosidade e dúvida quanto à idoneidade do juiz na condução de um procedimento que se espera, *em apertada síntese, mostrar-se justo*.[103]

Noutras palavras, ainda que impingido de uma permissibilidade de colheita de conteúdo probatório para a formação de sua convicção, não seria prudente, ao magistrado da instrução processual, responsabilizar-se também pelo julgamento de um procedimento que antes foi percebido recheado de medidas duras na aquisição de provas por ele solicitadas, capazes, inclusive, de tecer juízos de alto valor condenatório.

Daí ratificar que o modelo de culto à imparcialidade jurisdicional exposto na Europa – e, no caso específico, em Portugal – seria capaz de mostrar uma estrutura peculiar, no qual em nada afetaria qualquer análise principiológica escorada no juízo natural ou mesmo na identidade física do juiz. Pelo contrário, com essa medida, o magistrado responsável pelo julgamento tentará evitar juízos prévios sobre o material probatório colhido na fase de instrução e só formará seu convencimento a partir daquilo que estiver, naquele momento, sendo apresentado a ele. Entretanto, o seu par, ou seja, o juiz de instrução, interviria no processo antes do veredito final, apreciando os indícios e colhendo material probatório para, em seguida, submeter ou não o acusado a julgamento.

Longe, no entanto, de criar um cenário utópico em que esse modelo bipartido de justiça penal mostrar-se-ia como o mais eficiente, é certo que tal cisão não inibe a completa possibilidade de o juiz de julgamento adquirir novo material probatório para a formação de seu convencimento.[104] Mas, ainda que não o restrinja por completo dessa possibilidade, traz uma lisura diferente para o julgamento da ação penal. Uma maior perspectiva de confiança no cumprimento da imparcialidade daquele julgador aos olhos do réu, que, diante de nova perspectiva, poderá ater-se à interpretação diferente de todo aquele material probatório colhido em fase anterior. A transmitir, portanto, sentido de maior segurança tanto para a coletividade quanto para o indivíduo processado diante das decisões dali prolatadas.

4.1. E, nesse caso, o rigor tomado – em termos técnicos – na legislação portuguesa para preservar alguma equidistância entre os dois juízes, subjaz-se

103. COSTA, José Francisco de Faria. O papel da universidade na formação dos magistrados. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 82, out.-dez. 2000. p. 41.

104. Nesse caso, é de dizer que o princípio da investigação tem consagração expressa em dispositivos relativos à audiência de julgamento. Sobretudo, na possibilidade de o juiz de julgamento fazer novas perguntas às testemunhas, vítimas e arguidos (artigo 340º, nº 1, do Código de Processo Penal português).

pelo uso dos mecanismos de regulação de intensidade, frequência e relevância das decisões do magistrado de instrução. Assim, o magistrado só estará impedido de julgar o processo em que instruiu se, cumulativamente, tenha aplicado alguma das medidas cautelares outrora alinhavadas. Não sendo fator impeditivo, por exemplo, um despacho de mero expediente, útil para dar prosseguimento à ação penal.

Entretanto, por ser questão impeditiva de julgamento, aquele juiz que proferiu uma decisão, no sentido de se demonstrar prejudicial a qualquer dos sujeitos processuais, deve, de ofício, declarar-se impedido, conforme letras do artigo 41º, nº 1, do Código de Processo Penal português.[105]

Desse modo, o conjunto de intervenções processadas nas fases processuais anteriores do juiz de instrução constituirão a carta de impedimentos quando revestidas dos procedimentos seguintes: a) intervenção do juiz em recurso ou pedido de revisão relativo a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado; b) presidência em debate instrutório; c) realização de interrogatório judicial de arguido detido; d) decisões que apliquem, mantenham ou revoguem medidas de coação, com exceção do termo de identidade e residência; e) decisão sobre autorização para interceptação, gravação ou registro de conversações e comunicações; f) decisão sobre buscas domiciliárias; g) decisão sobre buscas e apreensões em escritórios de advogados, consultório médico e estabelecimento bancário; h) decisão sobre apreensão de correspondência; i) decisão que indefere pedido de arquivamento de processo em caso de dispensa de pena; e j) decisão sobre o pedido de suspensão provisória do processo. Além de uma série de outros atos que, por certo, tornaria impertinente manter a carta circunspecta em um rol taxativo e imutável, sobretudo quando é de se atentar à inserção de novos métodos de aquisição e valoração de prova, bem como das medidas de coação.[106]

105. LOPES, Jose António de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 149.

106. Por outro lado, ainda sobre a carta de impedimentos, José Mouraz Lopes acentua que: "numa visão globalizante e europeísta dos princípios que sustentam o processo penal não pode omitir-se, hoje, a conceptualização do processo justo, como direito de qualquer um a ser julgado com a garantia de um processo legal, num modelo estruturado com imparcialidade e lealdade. A abordagem taxativa e inequívoca da carta de impedimentos do juiz que intervém no processo em fases anteriores ao julgamento, não permitindo apenas a quem tem interesses no processo a disponibilidade de suscitar a recusa ou a escusa do juiz, concretiza o direito a um processo justo, onde a imparcialidade do tribunal é elemento fundamental". *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 149 e ss.

É certo que nem tudo se mostra pacífico na dogmática processual penal lusitana. No entanto, uma vez comparadas ambas as legislações, no Brasil vivencia-se um dilema com características, talvez, consideradas mais lúgubres, dado um autoritarismo mais visivelmente rotulado e exposto.

4.2. Como defendido, o ato de não se segregar a instituição jurisdicional em juízos distintos para a apuração das provas e posterior julgamento do caso causa um grande transtorno na ordem jurídica brasileira, sobretudo quando levado para a estrutura de salvaguarda do princípio da imparcialidade do Estado-juiz.

Um exemplo disso é o poder *ex officio* do juiz brasileiro de determinar a produção de provas em geral – quer durante a fase de inquérito, quer no desenvolver da instrução criminal – e, ao fim, julgar o fato.[107] Deveras, por mais que não se queira novamente adentrar na seara sobre o poder de investigação do Estado-juiz, o que se põe em discussão é a ruptura com qualquer possibilidade de segurança e confiança (objetiva e subjetiva) nas decisões dali emanadas, já que, nesse sistema, o juiz não só não parecerá como, fatalmente, não será imparcial.[108]

---

107. E os exemplos podem ser vistos a partir dos atos de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental, requisição para a instauração de inquérito policial (artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal brasileiro), decretar prisão preventiva (artigo 311 do Código de Processo Penal brasileiro) etc.

    Há de se ressaltar que o inquérito lusitano tem como instrutor diretamente o Magistrado do Ministério Público, (nominação portuguesa ao representante do *Parquet*). Entretanto, tal como a brasileira, ainda possui a característica inquisitorial. Nesse sentido, *vide*: MESQUITA, Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003. passim.

108. Não bastasse toda a amplitude dada ao poder judicante brasileiro, o problema maior é que, diante de todo o leque permissivo para aquisição de provas, esse mesmo magistrado, responsável pela instrução, deverá, obrigatoriamente, ser o seu julgador. Por certo, ainda que alimentado por vários segmentos jurídicos nacionais, como os próprios segmentos doutrinários, a estrutura processual penal brasileira está carente, quando analisada a ordem processual penal como um todo. Obrigatoriamente, o problema não é somente de escolha ou discussão sobre esse modo mais paradoxal de adoção da estrutura acusatória no processo brasileiro. A dificuldade é vivenciar uma narrativa processual penal em seu sentido democrático. Nesses termos, com razão assiste Denílson Feitoza Pacheco, ao dizer que, culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente o processo nacional. "Uma cultura inquisitiva de mais de 700 anos não se diluiria tão facilmente assim no Brasil." (PACHECO, Denílson Feitoza. Ob. cit., p. 62 e ss). E isso fica visível quando ainda se buscam justificativas de aceitação para a concentração dos poderes de instrução e julgamento da lide penal em um só ente.

Radicalismos à parte, não se deve temer afirmar que o legislador, parte da doutrina e, principalmente, os julgadores brasileiros sempre desviam a real narrativa de alguns prenúncios principiológicos capazes de garantir a sedimentação da democracia jurisdicional. E, desse modo, acredita-se também que tanto o princípio da investigação quanto o da imparcialidade foram alguns desses que se viram transmutados em sua verdadeira finalidade.

Quer por um comezinho senso de desculpa de melhor adequação aos tempos atuais, quer por uma ilustração pedagógica de combate aos novos modos de criminalidade, o correto é que, mais do que nunca, hoje se torna ainda viva a impressão escoliasta mais crítica em relação ao uso desenfreado do princípio da investigação, sem, contudo, haver um contraceptivo com iguais poderes no processo penal brasileiro. Não sem razão, é de se concordar que quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar. E tal predicativo, em termos de processo penal, mesmo que banhado pelas águas do princípio da investigação pelo juiz, representa inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do poder judicial, caso não seja contrabalançada com outros mecanismos de igual força.[109]

Portanto, torna-se um permissivo um tanto quanto que arriscado não se limitar o poder de investidura do juiz. Pois, se por um lado a estrutura processual consagra ao magistrado uma amplitude de poderes para convencer-se do *thema probandum,* por outro, as cortinas cerram-se em detrimento do acusado. Noutras palavras, contar, exclusivamente, com a idoneidade moral dos magistrados, *data maxima venia,* para lá abusar da sorte, é, sobretudo, compactuar com uma crença de que o próprio sistema legislativo processual se apresenta falho e desestruturado. Um justiceiro no uso da toga de um juiz – já munido, por exemplo, de impressões antecipatórias sobre a culpa do réu – fatalmente investirá o seu esforço mental na possibilidade de introduzir meios de prova que, às vezes, sequer foram considerados pertinentes pela entidade acusadora.[110]

---

109. Igualmente acentua José Rainho sobre a persuasão racional do juiz, ao afirmar que: "a convicção pode não ser arbitrária, pode não ser abusiva, pode não ser irracional, pode não ser caprichosa, mas, a despeito disso tudo, pode também não ser prudente. Basta para o efeito que seja leviana, temerária ou temerosa. É leviana quando se forma de modo desatento, ligeiro ou superficial. É temerosa quando cede perante a mais leve dúvida. Numa palavra: não é sensata. Na minha perspectiva a prudente convicção significa convicção *conscienciosamente* e *sensatamente* formada ou adquirida". Cf.: RAINHO. José I. M. Decisão da matéria de facto. Exame crítico das provas. *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Coimbra: Almedina, n. 4, 1º sem. 2006. p. 150.

110. Sobre o assunto, Geraldo Prado salienta que, mais do que tornar-se um acusador, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder

E mais. Ainda que se saliente que os mecanismos de cooperação do processo penal brasileiro fundamentam-se diante de composição dialética de exposição de contrapontos sobre as teses justapostas entre acusação e defesa, aplicando-se as garantias referentes aos sujeitos processuais então pertinentes,[111] convém afirmar que, se uma estrutura que não consegue cindir as posições e a instrumentalização de seu órgão de justiça ao ponto de este parecer imparcial, dificilmente conseguirá impor confiança nas decisões dali prolatadas. Não sem razão, é de asseverar que existe um perfil objetivo de defesa das garantias de jurisdição capaz de condicionar validade ao processo penal e legitimar a própria ideia de segurança coletiva e individual que o tribunal deve despertar no seio comunitário. Assim sendo, caberá ao magistrado zelar para que a desigualdade real não desemboque em desigualdade processual comprometedora da verdade que deve alicerçar a sentença penal.[112] Afinal, o prenúncio para a existência de um sistema penal integrada baseado numa legitimidade democrática parte da existência de *um juiz imparcial que decida a controvérsia de forma motivada,* mas, sobretudo, de modo a não comprometer as questões *de fato e de direito*.[113]

---

do próprio juiz, será formado como elemento de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importante para o deslinde da questão. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 158.

111. Que, nesse caso, são filtradas por contraditório, ampla defesa e igualdade de armas. Obrigando-se também a levar em consideração a desigualdade real entre os sujeitos, além da necessidade imperativa de equilíbrio técnico e de posições jurídicas visualizadas reciprocamente. Nesse sentido: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 160. Confira também: FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e democracia. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 72, jan.-mar. 1997.p. 15 e ss.

112. No mesmo sentido, Karl-Heinz Gössel, ao asseverar que os princípios inerentes à formação da garantia judiciária devem ser encarados como instrumentos capazes de armar todos os sujeitos processuais. Impondo, portanto, um meio eficaz de recurso capaz de fiscalizar do perigo que o tribunal colha o seu fundamento segundo a aquisição de uma prova viciada. Além de dar azo a requerer, além disso, transparência processual ao proibir que os órgãos de perseguição penal utilizem métodos proibidos de investigação. GÖSSEL, Karl Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad.: Manuel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas, ano 2, 1992. p. 400.

113. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001. p. 31.

5. Considerações derradeiras: uma apreciação menos doutrinal e mais instintiva ao estudo em comento

Depois de muito ser dito, chega o momento do término. Para tanto, um tom ainda que crítico será levado para o acompanhamento de um juízo criterioso sobre a legitimidade do magistrado, cuja obrigação seria a de *transportar a cruz antropológica da decisão justa e prudente*.[114] Não se dirá, de outro modo, que a perspectiva dos interessados na solução de um litígio se petrifique pelo toque impuro ou insensato daquele a quem se escolheu para regular e julgar a quebra da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo. Ainda que não atinja o interesse daquele sujeito processual na solução do conflito, a observação que se prega sobre qualquer decisão penal será a da obrigação de trespassar confiança sobre o veredito prolatado.[115]

Nesse prisma, o papel do juiz será o de assegurar a proeminência do direito e preservar a garantia judiciária, por meio de uma estrutura composta de legalidade, lealdade e igualdade aos cidadãos. [116] Mas, obviamente, tal argumento não se projeta apenas como força de expressão.

De fato, o que se percebe nos tempos de hoje é um rescaldo de muita discussão garantística, sem, entretanto, um posicionamento prático sobre essas afirmações. Um prospecto mais nítido de um *law in books* em conflito direto com o *law in action,* que não se deve aceitar como rotineiro. Portanto, o juiz deve, para todos os efeitos, aglutinar uma justaposição a não veicular tendências antidemocráticas. Noutras palavras, espera-se sempre por parte desse ente que se demonstre lisura, idoneidade por meio de atitudes que, mesmo refletidas contrariamente aos desejos daqueles que se sentiram negativamente afetados pela decisão, trespassem completa imparcialidade.

Daí se elucidar que o poderio do magistrado deve ser demonstrado de forma a não destorcer os rumores da confiança para com o próprio órgão jurisdicional. Confiança que jamais deverá repercutir-se em sentido unidimensional,

114. CANOTILHO. Joaquim José Gomes. Entre a Justiça e a Prudência: uma carta para o centro de estudos judiciários. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Coimbra: Almedina, n. 4, 1º sem. 2006. p. 9.

115. A invocar a confiança na decisão do tribunal, confira: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley y el juez*. Civitas: Madrid, 1997. p. 83.

116. Confiança que deve ser transmitida ainda que haja forte premissa de dificuldade de consciência jurídica. Cf.: MESQUITA. Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, cit., p. 17.

de maneira a impingir-se exclusivamente como império de satisfação coletiva de uma justiça eficiente e funcional, mas pouco garantística. Nesse caso, a imparcialidade do representante do Poder Judiciário deverá ser imanente e isenta de pensamentos dúbios, quer diante da coletividade, quer pelo indivíduo processado. Como ponderado por Alberto Silva Franco, um juiz não é inspetor de quarteirão, mas, sim, alguém que deve *preservar o que sobrou de direitos daquele que está prestes a perder a sua liberdade*.[117]

De mais a mais, a necessidade de defesa por um processo penal justo – arregimentada pelo ideário de evidenciar a equidade diante do excesso e a parcialidade –mostra-se como o crisol cultural pelo sentido de busca por paz jurídica.[118] E, por mais que se perceba, no modelo atual, como impraticável a figura de um juiz neutro à possibilidade de aquisição de provas, é de se garantir, em contrapartida, instrumentos juridicamente aceitáveis para mostrar lisura do órgão de justiça no momento do julgamento. Afinal, não se pode ingenuamente confiar no predicativo da imparcialidade do juiz penal sem qualquer mecanismo externo que garanta a limitação do seu ativismo de maneira subjetiva e objetiva.[119]

Noutros dizeres, o juiz penal, como qualquer outro, tem as suas influências e orienta-se também por preceitos pessoais que o relegam de qualquer investidura ou predicado capaz de considerá-lo como um ser bom, inequívoco e, por isso, quase messiânico em busca do julgamento justo.

Contra tais estereótipos, acredita-se que a distinção entre as figuras do juiz de instrução e de julgamento como acontece em Portugal, assim como (ressalvadas as proporções) se tenta projetar no Brasil com o PLS 156/2009 – apesar de não ser um mecanismo infalível – simboliza um passo a mais pela garantia de imparcialidade do órgão julgador. Algo que também vai ao encontro de um outro tema de íntima relação com o objeto proposto, ou seja, a discussão sobre o modelo processual penal escolhido por esses países.

Nesse caso, em que pese se verem estruturados por uma premissa acusatória, há sempre a perturbação legal quanto ao método de interpretação lógica utilizado. Surgindo, por isso, rico debate em torno da possibilidade ou não de o juiz adquirir, por si, fundamentos de prova para o próprio convencimento.

---

117. FRANCO, Alberto Silva. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 5 e ss.

118. Nesse sentido: COSTA, José Francisco de Faria. A caução do bem viver. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, suplemento XXI, 1974. p. 185 e ss.

119. A analisar os critérios objetivos e subjetivos do juiz como imparcialidade e impartialidade, confira: CABRAL, Antônio. Ob. cit., p. 347.

E, nesse sentido, viu-se alhures que esse modelo permissivo do magistrado em adquirir material probatório não será alterado de maneira abrupta como, ainda hoje, muitos prezam por reivindicar. Quer no sistema brasileiro, quer no da Europa Continental, quer pelo *adversarial system* do *commow law*, a pauta de permissibilidade de aquisição de provas por parte do juiz mostra-se como uma medida necessária. Entretanto, deve ser regulada para não se transformar em algo extremado, a ponto de se camuflar num renascimento de um sistema puramente inquisitorial, na alvorada deste século.

Assim sendo, embora a forma acusatória de processo, nos moldes atuais, não encontre qualquer parcimônia em termos dogmáticos e práticos, o que deve ser compreendido é que a garantia democrática do sistema só encontrará a sua razão de ser num movimento endógeno em que o sistema integral do direito penal deve ser revisto de dentro para fora.

E, nesse ponto, as linhas deste texto – muito modestamente – querem rotular considerações capazes de induzir que a discussão sobre o alcance da democraticidade processual penal não estará exclusivamente no modelo ou no sistema adotado, mas, antes, na omissão e na deficiência em não construírem, legal e juridicamente, preceitos de ordem para maior controle sobre a imparcialidade endoprocessual do magistrado.

Não se trata, entretanto, de conservadorismo. O certo é que foi concedido à entidade julgadora o poder de aquisição de provas de maneira a censurar as atitudes consideradas deficientes e contrárias dos indivíduos com relação aos demais comportamentos coletivos a partir da formação de determinado convencimento. Entretanto, esse mesmo órgão jurisdicional, ao alvitre de sua independência, também possui o condão de proteger o indivíduo diante dos excessos oriundos dos domínios do próprio Estado. Nesse ponto, só o magistrado estará em condições de interpretar a restrição, na medida do necessário, dos direitos que a própria lei estabelecerá.[120]

Portanto, a imparcialidade do representante do órgão judiciário deve ser encarada diante de uma perspectiva global, capaz de possibilitar a concretização de uma racionalidade subjacente na apreciação das provas. Mas que se exige uma completa idoneidade no interior de todos os atos processuais, ou seja, *em todas as intervenções jurisdicionais que decorrem da marcha processual, torna-se imprescindível a existência de um juiz imparcial*.[121]

120. LOPES, José António de Mouraz. *Garantia judiciária no processo penal*, cit., p. 140.

121. LOPES, José António de Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual*, cit., p. 146.

Não sem razão, o sistema processual penal brasileiro traz dúvidas nas quais tanto a doutrina quanto a própria construção pretoriana devem também ser responsáveis por cobrar do Legislativo um modelo mais seguro de processo penal, de maneira a instituir a mais completa lisura nos procedimentos persecutórios jurídico-criminalmente estabelecidos.

Sobretudo porque, o órgão jurisdicional tem a obrigação de transmitir à coletividade e ao indivíduo-acusado a mínima margem de incerteza das provas admitidas e produzidas em conformidade com os métodos legalmente constituídos.[122] E, a partir daqui, ganha força novamente a discussão sobre os princípios de garantia judiciária, a contar pelo livre convencimento motivado e a imparcialidade do magistrado.

Portanto, a verdade em processo penal só se alcança em respeito também de uma lealdade processual. Lealdade essa que só se mostra diante da estruturação principiológica aqui trabalhada, evitando-se, inclusive, os mais desviantes desejos coletivos de punibilidade a todo custo.

Um poder como o judicial deverá trespassar lisura, segurança, justeza e, principalmente, sentido de cuidado (ontoantropológico), capaz de redimensionar confiança recíproca uns nos outros. Mas isso só se demonstra por meio de um modelo legalmente constituído de judicialização com capacidade de manter os seus agentes em completa independência e imparcialidade de maneira objetiva e subjetiva, à medida que se demonstrem compassados com os mecanismos jurídico-democraticamente instalados.

Acredita-se, portanto, que serão esses os verdadeiros riscos que vale a pena correr.[123]

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. *Jornadas de Direito Processual Penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina. 1988.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições das provas em processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

122. Nesse sentido, Germano Marques da Silva salienta que: "a certeza é a inspiração e o modelo ideal do juiz, mas também a sua condenação, já que deve procurar atingir a certeza em situações que só consentem juízos de probabilidade" (SILVA. Germano Marques. Produção e valoração da prova em processo penal, cit., p. 53).

123. COSTA, José Francisco de Faria. O papel da universidade na formação dos magistrados, cit., p. 42.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 85, p. 25-36, jan.-mar. 2001.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Almedina. Coimbra: 2016.

ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira. *Entre a imparcialidade e a busca da verdade pelo juiz*. Uma perspectiva de um processo penal garantístico sob o prisma luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. 2009.

AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Os mestres da verdade. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 112, p. 165-188, 2015.

BARRETO, Irineu Cabral. A investigação criminal e os direitos humanos. *Polícia e justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, série: III, n. 1, p. 43-85, jan.-jun. 2003.

BARRY, Brian. *Justice and democracy.* Ethics and the future of democracy. Fundação Gulbenkian. Lisboa, 1994.

BOTELHO, Marta Madalena. O exame neurológico P300 em tribunal e a (in) viabilidade da sua utilização no processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 24, p. 57-86, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 149, ano 32, p. 339--364, 2007.

CANOTILHO. Joaquim José Gomes. Entre a Justiça e a Prudência: uma carta para o centro de estudos judiciários. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Coimbra: Almedina, n. 4, p. 7-16, 1º sem. 2006.

CAPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado.* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. Instrução preparatória em processo penal (alguns problemas). *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal,* Lisboa, n. 42, p. 5-24, maio 1954.

CORREIA, João Conde. *O mito do caso julgado*. E a revisão *propter* nova. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COSTA, José Francisco de Faria. A caução do bem viver. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, suplemento XXI, p. 2-194, 1974.

COSTA, José Francisco de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXI, p. 91-158, 1985.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, José Francisco de Faria. O papel da universidade na formação dos magistrados. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 82, p. 27-42, out.-dez. 2000.

COSTA, José Francisco de Faria. O direito, a justiça e a terceira pessoa. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *O futuro do direito e o direito do futuro*. Coimbra: Almedina, p. 497-511, 2008.

COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal* (fragmenta iuris poenalis). 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

DANTAS, António Leones. A definição e evolução do objeto do processo no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, n. 63, p. 89-107, jul.-set. 1995.

D'ÁVILA. Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Procesos penales de Europa*. Trad. Pablo Morrenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS. Jorge Figueiredo; ANDRADE. Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍAZ CABIALE. José Antonio. *Princípios de aportación de parte y acusatório*: la Impacialidad del Juez. Granada: Comares, 1996.

DONINI, Massimo. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los princípios. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministério de la Justicia de Madrid, t. LVIII, fasc. II, p. 403-419, maio-ago. 2005.

DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da "convicção-crença" nas decisões judiciais. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa: UNL, ano 4, n. 6, p. 5-17, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley y el juez*. Civitas: Madrid, 1997.

FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: algumas notas pra discussão. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 23, n. 89, p. 9-45, jan.-mar. 2002.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Valladolid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e democracia. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 72, p. 11-29, jan.-mar. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantias*. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 22, n. 85, p. 7-24, jan.-mar. 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FREIBERG, Arie. Post-adversarial and Post-inquisitorial Justice: transcending traditional penological paradigms. *European Journal of Criminology*, v. 8, n. 88, p. 82-101, 2011. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609468].

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

GÖSSEL, Karl Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad.: Manuel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas, ano 2, p. 397-441, 1992.

KHALED JÚNIOR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*. Desconstrução hermenêutica no mito da verdade real. Salvador: JusPodivm, 2009.

LOPES, José Mouraz. *Garantia judiciária no processo penal*. Do juiz e da instrução. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Sr. Prof. Dr. José Francisco de Faria Costa. out. 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 119, p. 127-164, 2016.

MADOUX, Martine Ract. Criminalidade, processo penal e meios de comunicação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 9, p. 205-220, abr.-jun. 1999.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p. 223-259, 2006.

MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal. Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antônio Tovo. *Revista Brasileira de*

Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 114, p. 457--497, 2015.

MESQUITA, Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MENDES, Paulo de Souza. A prova penal e as regras de experiência. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal.* Coimbra: Almedina. 2014.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 58-91, 1999.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Una explicación basada em la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2013.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal*. Teoria crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PEREIRA, Rui. A reforma do processo penal: entre a celeridade e as garantias de defesa. *Politeia* (Revista do Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna), Coimbra: Almedina, ano II, n. 2, p. 15-28, jul.-dez. 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Transação penal*. O tempo e o modo. Coimbra: Almedina, 2015.

RAINHO, José I. M. Decisão da matéria de facto. Exame crítico das provas. *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Coimbra: Almedina, n. 4, p. 145-173, 1º sem. 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Processo sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 6, p. 525-544, 1996.

RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal, ou a matriz de um processo penal europeu. *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa* de *Ciência Criminal,* Lisboa: Aequitas, n. 1, p. 77-103, 1991.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Nota introdutória. *A justiça dos dois lados do Atlântico II*. O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos. Dois sistemas jurídicos em busca da justiça. Lisboa: Fundação Luso Americana, 1998.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. Colômbia, 2009.

SANTANA, Selma Pereira. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 52, p. 250-275, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 82, p. 7-26, out.-dez. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática de justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, Gil Moreira dos. *O direito processual penal*. Lisboa: Asa, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Trad.: Luís Greco et al. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2013.

SILVA, Germano Marques. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). *Revista Lusíada*, Lisboa, Lusíada, Universidade Lusíada, série II, n. 3, p. 69-81, 2005.

SILVA, Germano Marques. Produção e valoração da prova em processo penal. *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Coimbra: Almedina, n. 4, p. 37-53, 1º sem. 2006.

SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemu tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, ano X-2013, p 361-379, maio 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação constitucional*. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *O futuro do direito e o direito do futuro*. Coimbra: Almedina, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2012.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. Madrid: Marcial Pons/São Paulo, 2014.

TEUBNER, Günther. Juridificação. Noções, características, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano XIV, p. 17-100, 1988.

VAZ, Maria. O registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores: um mal desnecessário. *Lisbon Law Review*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. LVII, p. 145-167, 2016.

ZENHA, Francisco Salgado. A Constituição, o juiz e a liberdade individual. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 32, p. 161-184, 1972.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz, de Geraldo Prado – *RBCCrim* 122/135-169 (DTR\2016\22992);
- O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 119/201-240 (DTR\2016\4872); e
- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214).

WhatsApp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio

WhatsApp, data confidentiality and illegal evidence: to state the obvious

Fábio Agne Fayet

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul/RS. Advogado Criminalista.
prof.fabio@fayet.adv.br

Andersson Vieira Carvalho

Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Pesquisador do Grupo de Estudos intitulado Direitos Humanos, Globalização e Criminalidade, do Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul/RS.
anderssonvieira1@hotmail.com

Recebido em: 25.07.2017
Aprovado em: 08.10.2017
Última versão dos autores: 29.10.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: O artigo aborda questões pertinentes ao acesso às informações contidas no aplicativo *WhatsApp*, em relação às garantias constitucionais da privacidade e da intimidade, bem como da vedação à utilização de provas ilícitas. Utiliza como norte de pesquisa a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 51.531/RO, em que a 6º Turma da Corte discutiu a ilicitude de provas provenientes da devassa de dados no aplicativo de mensagens. O estudo apresenta como problemas de pesquisa e hipóteses a possibilidade de a autoridade policial determinar ou não, sem autorização judicial, a devassa de dados no aplicativo de mensagens, e se essa prova, se assim realizada, deverá ou não ser avalizada pelo Poder Judiciário. Para responder às questões abordadas, o texto utiliza-se da metodologia hipotético-dedutiva e tem como técnica de

Abstract: The article addresses issues pertaining to access to the information contained in the WhatsApp application, in relation to the constitutional guarantees of privacy and intimacy, and the prohibition of the use of unlawful evidence. It uses as a research center the decision pronounced by the Superior Court of Justice in HC 51.531/RO, in which the 6th Group of the Court discussed the unlawfulness of evidence from the inquest of data in the message application. The study presents as research problems and hypotheses the possibility for the police authority to determine, without judicial authorization, the inquest of data in the messaging application, and whether such evidence, if so carried out, should be endorsed by the Judiciary. To answer the questions addressed, the text uses the hypothetical-deductive methodology,

pesquisa a bibliográfica-exploratória, realizada em textos jurídicos, artigos científicos e principalmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A abordagem da pesquisa justifica-se acadêmica e socialmente por tratar de temática atual e trazer ao debate a questão que envolve direitos fundamentais, produção de provas no plano processual penal e o aplicativo de mensagens WhatsApp.

Palavras-chave: *WhatsApp* – Sigilo de dados – Privacidade e intimidade – Prova ilícita – Autorização judicial.

and has as research technique the bibliographic-exploratory, carried out in legal texts, scientific articles and mainly in the jurisprudence of the Superior Court of Justice. The approach to research is justified academically and socially by addressing current issues and bringing to the debate the issue involving fundamental rights, production of evidence in the criminal procedural plane and the WhatsApp messaging application.

Keywords: WhatsApp – Data confidentiality – Privacy and intimacy – Unlawful evidence – Judicial authorization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Delimitação e conceituação do direito à intimidade à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Análise de conteúdo de telefone celular apreendido e autorização judicial. 4. Breves apontamentos acerca da prova ilícita. 5. A necessária mudança de paradigma a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: quando o óbvio é levado a sério. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A revolução tecnológica trouxe, na segunda década do século XXI, a possibilidade de a sociedade acessar aplicativos de mensagens instantâneas, como *WhatsApp*, *Telegram* e *Snapchat*, entre outros, utilizados em aparelhos *smartphones*, permitindo, com isso, o contato imediato entre pessoas em qualquer parte do globo terrestre, desde que conectadas à internet em seus celulares. Até alguns anos atrás, não era imaginável que grande parte da população teria acesso a aplicativos de plataforma gratuita, simples e interativa, podendo estreitar laços e aumentar a comunicação em proporções até então desconhecidas.

Atualmente, as novas ferramentas de comunicação, como os aplicativos de mensagens instantâneas, ultrapassam muitas barreiras da tecnologia, uma vez que, além de mensagens de texto, é possibilitada aos seus usuários a troca de fotos, vídeos, documentos, músicas e demais áudios, tudo em tempo real e em segundos, independentemente da localização da pessoa. Com efeito, toda essa infinidade de elementos, os quais são privativos, ficam restritos aos usuários das contas nos aplicativos de mensagens e a seus respectivos interlocutores.

Diante desse contexto, surgem diversas questões que envolvem o direito e as novas tecnologias. Entre tantos questionamentos que podem ser realizados envolvendo o Direito e as novas tecnologias, pode ser observada, por exemplo,

a questão relacionada ao acesso de dados contidos no aplicativo *WhatsApp*, em decorrência de apreensão do aparelho celular no momento da prisão em flagrante ou cumprimento de mandados de busca e apreensão. Diferentemente do que ocorre nas redes sociais, onde os usuários expõem dados e elementos de sua vida à rede virtual de amigos, no caso do *WhatsApp*, todo o material contido no aplicativo é de natureza privada, sigilosa, sendo o conteúdo necessariamente íntimo, pois de acesso apenas ao proprietário do aparelho celular.

Assim, diante desse cenário, podem ser realizadas duas indagações: (a) pode a autoridade policial determinar, sem autorização judicial, a perícia em aparelho celular, acessando os dados íntimos e privados contidos no aplicativo *WhatsApp*, (b) e a prova, nesses casos, pode ser considerada válida e utilizada no processo penal em desfavor do usuário do aplicativo?

As questões apresentadas, indubitavelmente relevantes, estão inseridas em um contexto pouco enfrentado pela doutrina e jurisprudência até o momento (relativamente ao conteúdo de aplicativo de telefone celular). Ademais, desde já se salienta que, no âmbito jurisprudencial, até o momento, apenas o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se a respeito do tema, no julgamento do HC 51.531/RO, julgado pela 6ª Turma, cujo teor da decisão servirá como fonte e parâmetro à pesquisa. Assim, o presente estudo justifica-se tanto acadêmica quanto socialmente, por tratar de temas sensíveis, como os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, e, ainda, em relação à vedação de provas ilícitas em âmbito processual penal.

O artigo propõe-se, portanto, a enfrentar um problema previamente diagnosticado, mas ainda não solucionado, utilizando-se, para tanto, da metodologia hipotético-dedutiva, por colocar como hipótese a possibilidade de a autoridade policial, em caso de prisão em flagrante, extrair ou determinar a extração de conversas do aplicativo *WhatsApp*, sem a autorização judicial, e se isso poderá ser considerado como atividade probatória e avalizada pelo Poder Judiciário. Assim, para responder às questões e verificar a hipótese apresentada, o estudo utilizará a técnica de pesquisa realizada com base na exploração bibliográfica e também jurisprudencial. Em outras palavras: o óbvio deve ser dito, para não ser ignorado.

2. Delimitação e conceituação do direito à intimidade à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro

Conceitualmente, é difícil definir com clareza o significado jurídico que é dado à palavra *privacidade*, uma vez que, por exemplo, no direito comparado,

há demonstração da profusão de diferentes conceituações ao mesmo termo.[1] Ademais, a própria Constituição Federal, ao tratar sobre o tema, não traz especificamente o termo *privacidade*, mas, sim, declara, no artigo 5º, inciso X, como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.[2]

De qualquer forma, desde logo, entende-se que, por estar intrinsecamente relacionado à dignidade humana, o direito à intimidade e à privacidade pode ser considerado um direito fundamental.[3] Nada obstante, ressalta-se, também, que o respaldo dado pelo legislador constituinte à privacidade e à intimidade decorre, sobretudo, dos avanços tecnológicos experimentados pelo mundo nas últimas décadas, visto que, em decorrência disso, as esferas privada e íntima das pessoas apresentam maior vulnerabilidade na chamada sociedade da informação.[4]

---

1. Conforme Leonardi, "na Alemanha, tem-se *di Privatsphäre*, separando a autonomia individual e a vida social; na Espanha, prefere-se o termo *Derecho a la intimidad*; nos Estados Unidos, utiliza-se a expressão *privacy*; na França, fala-se em *droit au secret de la vie privée* e em *protection de la vie privée*; na Itália, refere-se ao *diritto allá riservatezza* e ao *diritto allá segretezza* e à *privacy; em Portugal,* diz-se *reserva da intimidade da vida privada e privacidade*" (LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46).
2. Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 15.05.2017).
3. Sobre direitos fundamentais, de modo amplo e aprofundado, ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 65-340; FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 22 e 43.
4. "No mundo todo, vive-se um momento de acelerado desenvolvimento tecnológico, que culminou no advento do que se convencionou chamar "sociedade da informação", ou seja, de uma sociedade na qual a informação e o conhecimento assumiram um papel crucial na produção de riqueza e de bem-estar para todos os indivíduos. Essa sociedade caracteriza-se pela presença de tecnologias avançadas de informação e comunicação, que permitiram a redução dos custos de transações comerciais e o desenvolvimento do comércio eletrônico, bem como expandiram imensamente os horizontes do conhecimento para toda a humanidade. O marco mais recente e central dessa sociedade da informação, certamente, é criação de um conglomerado de

No entanto, o texto do dispositivo constitucional que tutela o direito à privacidade e à intimidade, em sua interpretação hermenêutica apresenta divergência, uma vez que, para uma primeira compreensão, a terminologia empregada na norma refere-se ao direito à privacidade, de forma ampla e genérica, de modo que abrange todas as manifestações das esferas íntima, privada e também da personalidade do indivíduo.[5] Nesse sentido, Silva expõe que, em seu entendimento, a terminologia do texto constitucional não é precisa, e o "dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida priva, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela"[6]. E conclui que, devido à imprecisão, é preferível "usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou"[7].

De outro lado, há o entendimento de que as palavras intimidade e privacidade apresentam significados distintos.[8] Para Bulos, há diferença entre os conceitos, pois, conforme o autor, "de modo muito tênue, quase imperceptível, sim, pois, em rigor, ambas refletem repositório das particularidades do ser humano. Amiúde, a ideia de vida privada é mais ampla do que a de intimidade"[9]. Dessa forma, para esse autor, a palavra privacidade está relacionada à vida de alguém entre familiares e amigos, ou seja, dentro de seu lar, ou redes sociais,

---

redes de computadores interligadas entre si de maneira completamente descentralizada e em escala mundial, batizada de internet. Essa rede mundial de computadores propiciou o acesso aos mais diversos tipos de informação, agilizando, barateando e simplificando a transferência de dados no mundo todo." (MONCAU, Luiz; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Thiago. *Projeto de Lei de Cibercrimes*: há outra alternativa para a internet brasileira? *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2008, n. 249, set.-dez. 2008). No mesmo sentido: PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

5. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 208.
6. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 208.
7. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 208.
8. PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.
9. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 571.

resguardando-se ao direito de não ver sua vida afetada por terceiros, como outras pessoas ou o Estado; já a palavra intimidade está ligada ao interior de cada ser humano, ou seja, por si só, aos pensamentos, como vontades, medos e demais sentimentos, todos íntimos de cada indivíduo.[10]

De toda sorte, infere-se que a confusão estabelecida entre termos não possui grande relevância, uma vez que, como leciona Silva, a tutela prevista na Constituição visa assegurar a intimidade do indivíduo, de duas formas, a primeira respaldando o segredo à vida privada; e a segunda dando liberdade à vida privada.[11] Logo, há um duplo respaldo do texto constitucional ao direito

10. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 571.

11. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 210. Em contraponto, vale a o pensamento de LEONARDI, que, apesar de extenso, é de suma importância para demonstrar a divergência de posicionamento entre os autores: "Dependendo do doutrinador consultado, encontram-se conceitos abrangentes ou restritivos de privacidade. Assuntos como liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, quietude do lar, recato, controle sobre informações pessoais, proteção da reputação, proteção contra buscas e investigações, desenvolvimento da personalidade, autodeterminação informativa, entre outros, são excluídos ou incluídos, de acordo com a definição adotada". O autor ainda continua, linhas adiante: "A maioria das tentativas de conceituar a privacidade de forma unitária segue o método tradicional da definição *per genus et differentiam*, ou seja, pelo gênero próximo e pela diferença específica. Busca-se um conjunto comum de elementos necessários e suficientes para distinguir a privacidade de outros direitos. Ainda que haja uma variação de terminologia – fala-se em 'núcleo', 'essência', 'âmago', 'eixo', 'mola-mestra', 'cerne', 'alma', 'bojo', entre outros sinônimos – normalmente propõe-se a existência de um mínimo denominador comum capaz de definir o que é ou não privacidade. Almeja-se, assim, incluir a privacidade em uma categoria separada de outros conceitos, com limites fixos e claros, para que seja possível subsumir determinada situação fática a essa categoria. De acordo com esse método, conceitos de privacidade são acolhidos ou rejeitados conforme sua coerência, lógica e consistência, mensuradas pela sua precisão em capturar o que a privacidade representa. Se o conceito proposto engloba situações comumente consideradas privadas, tende a ser considerado mais adequado do que outros conceitos. No entanto, quer sejam mais, quer sejam menos adequados, o objetivo dos conceitos unitários costuma ser identificar uma combinação de elementos comuns que sejam únicos à privacidade. O principal problema desse método de conceituação é que ele acaba por produzir conceitos ora excessivamente restritivos, ora excessivamente abrangentes. Alguns conceitos sofrem, inclusive, dos dois males. A insistência em isolar as características essenciais da privacidade e reuni-las em um conceito unitário, aplicável indistintamente em quaisquer situações, é tarefa que tende a fracassar" (LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-51).

à privacidade e à intimidade, pois, ainda conforme destaca o autor, "o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade"; portanto, "é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros"[12].

Ademais, há uma concepção que apresenta a intimidade e a privacidade como círculos concêntricos, sendo a esfera íntima mais restrita, ou seja, interior, pois se refere propriamente ao indivíduo, e a esfera da vida privada o círculo exterior e maior, por referir-se às relações familiares e de amizade da pessoa.[13] No entanto, não foge às demais compreensões de reserva e tutela de direitos, uma vez que tais círculos não podem ser afetados por ações particulares, sem que aja respaldo legal para tanto.

Com efeito, quer isso dizer que, em decorrência da tutela prevista na Constituição, assegurando o caráter de garantia fundamental à intimidade e à privacidade, são proibidas investigações, divulgações de atos particulares, acesso a dados pessoais e interceptações telefônicas, fatos que, sem a devida permissão legal, configuram violação não apenas da intimidade e da privacidade mas também afronta e violação da norma constitucional.[14]

Em síntese, é possível afirmar, em decorrência do exposto, que, apesar da divergência doutrinária referente à hermenêutica do dispositivo legal, diante do direito de personalidade e como consagração da dignidade humana, o legislador constituinte atribuiu caráter de direito fundamental à privacidade e à intimidade.[15] Entretanto, deve-se ter cautela quanto às classificações, pois as formulações doutrinárias não são taxativas, tampouco se esgotam em si mesmas, e são apenas e tão somente exemplificativas.[16]

Cabe apontar que o presente trabalho não tem o intuito de esgotar o tema sobre a privacidade e a intimidade. As noções trazidas são necessárias à aspiração da pesquisa, considerando que, para a pretensão e abordagem realizadas a seguir, é imprescindível a conceituação do direito à intimidade e à privacidade.

12. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 210.
13. PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132-133.
14. PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.
15. LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.
16. LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

3. Análise de conteúdo de telefone celular apreendido e autorização judicial

Atualmente, os aparelhos celulares podem armazenar uma infinidade de dados pessoais, como agenda de contatos, *e-mails*, fotos, vídeos, gravações de áudio, músicas, mensagens e até senhas bancárias.[17] A maior parte dos dados elencados, por serem provenientes de conversas com outras pessoas, ficam armazenados nos aplicativos de troca de mensagens, como o *WhatsApp*.[18]

Diante de todas essas facilidades apresentadas, o aparelho celular também pode ser utilizado para práticas criminosas. O cometimento de crimes, utilizando-se de aparelhos celulares, pode ocorrer tanto de forma individual como por organizações criminosas, as quais se utilizam da internet e dos aplicativos de mensagens instantâneas como meio de comunicação entre seus membros.

À vista disso, em decorrência de prisões em flagrante ou desencadeamento de operações policiais, como cumprimento de mandados de busca e apreensão, nos locais da autuação ou em poder dos indivíduos suspeitos, pode ocorrer a localização de aparelhos, que poderão ser apreendidos pela autoridade policial.[19] Assim, os objetos apreendidos, como os celulares, podem ser configurados como bens utilizados para a prática criminosa, de forma direta ou indireta, dependendo de como forem colhidos no momento da atuação das autoridades policiais e também da forma como serão indicados no histórico e na descrição dos objetos no Boletim de Ocorrência e no Inquérito Policial.[20] No entanto,

17. QUINTIERE, Víctor Minervino. Sobre as (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do *WhatsApp* a partir da Lei 9.9296/1996: um estudo de caso. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (Coord./Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 157.

18. QUINTIERE, Víctor Minervino. Sobre as (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do *WhatsApp* a partir da Lei 9.9296/1996: um estudo de caso. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (Coord./Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 157.

19. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/96, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54. Além do mais, essa prática é decorrente do previsto no artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal, *verbis*: "Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; [...]" (BRASIL. *Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Brasília, 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 20.05.2017).

20. Nesse ponto, Lopes Jr. explica o seguinte: "Entre os efeitos do inquérito policial está o de gerar uma sujeição de pessoas e coisas. A apreensão dos instrumentos utilizados para

frisa-se que é imprescindível e adequado que, além da descrição realizada em virtude da apreensão, todos os bens apreendidos acompanhem o inquérito policial no momento de apresentação da denúncia e durante o processo criminal, como garantia da observância de direitos fundamentais, como a ampla defesa, possibilitando, por exemplo, que a defesa técnica tenha conhecimento de todo o material probatório indicado pelas autoridades de investigação e acusação.[21]

Ocorre que, em se tratando de apreensão de aparelhos celulares, na maioria das vezes, surge para a autoridade policial responsável pela investigação a necessidade de proceder à perícia técnica no aparelho, para poder acessar as informações contidas na memória do aparelho, como mensagens, arquivos de imagens, áudios etc., visando à obtenção de elementos indicativos de práticas criminosas.[22] Esse ato, que tem natureza investigatória, apresenta-se, em determinados casos, como imprescindível à apuração das circunstâncias da infração penal investigada – como verificação de indícios de autoria e materialidade – e, ainda, como suporte à prisão realizada em flagrante delito.[23]

Assim, é nesse ponto que surge a primeira problemática enfrentada no presente estudo, pois se questiona, diante da tutela dos direitos à intimidade e à privacidade, previstos na Constituição Federal, se é possível que o Delegado de Polícia autorize, sem prévia determinação judicial, a perícia em aparelho celular, para fins da investigação ou outros atos inerentes às atividades policiais, considerando que a Constituição Federal, no artigo 5º inciso XII, coloca como fundamental o direito ao sigilo de dados.[24]

---

cometer o delito, bem como dos demais objetos relacionados direta ou indiretamente com os motivos, meios ou resultados da conduta delituosa, é imprescindível para o esclarecimento do fato. Da sua importância probatória decorre ainda a obrigatoriedade de que esses objetos acompanhem os autos do inquérito (art. 11). Também é importante que se fixe, com exatidão, o lugar onde foram achados, com as circunstâncias em que se verificou o encontro. Para apreender, deve-se proceder a buscas e, dependendo da situação, será necessário que a autoridade policial solicite a correspondente autorização judicial, nos termos dos arts. 204 e seguintes do CPP c/c art. 5º, XI, da CB." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136-137).

21. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136-137.
22. MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. *Na contramão do discurso midiático*: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 560.
23. MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. *Na contramão do discurso midiático*: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 560.
24. Art. 5º 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

Todavia, para fins de elucidação da questão, é necessário trazer à pesquisa apontamentos referentes à regulamentação ordinária no que tange à possibilidade da quebra do sigilo de dados. Daí que, pela leitura do texto previsto na Constituição, se denota que o legislador constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a regulamentação da possibilidade de acesso a dados e realização de escutas telefônicas. Com isso, em 1996 foi elaborada e sancionada a Lei Ordinária 9.296, cujo texto, logo no artigo 1º,[25] determina a necessidade de *ordem judicial* para que se realize a interceptação telefônica de qualquer natureza.[26]

Não obstante à lei regulamentadora das interceptações telefônicas, em 2014 também foi sancionado o chamado Marco Civil da Internet,[27] regulado pela Lei

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 15.05.2017).

25. Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. (BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Brasília, 24.07.1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm]. Acesso em: 15.05.2017).

26. Sobre a necessidade de regulamentação mediante legislação infraconstitucional, Gomes e Maciel, na obra sobre o tema, aludem o seguinte: "Como um dos requisitos para o cabimento da interceptação era a elaboração de lei regulamentadora, o art. 5º, XII, da CF/1988 não podia ter aplicabilidade imediata (norma constitucional de eficácia limitada ou não autoaplicável). Tornou-se premente e inadiável, repita-se, um estatuto jurídico especifico para as interceptações telefônicas. Era preciso uma lei, mas não qualquer lei, senão uma norma descritiva, tal como propugnavam, com o costumeiro acerto, Grinover, Fernandes e Gomes Filho. Essa urgência de lei regulamentadora acentuou-se ainda mais quando o STF e o STJ passaram a considerar ilícitas todas essas interceptações realizados com fundamento nessa norma genérica do Código Brasileiro de Telecomunicações. De acordo com o STF e o STJ, o art. 57, II, e, da Lei 4.117/1962 não foi recepcionado pela Constituição vigente, sendo necessária, assim, a elaboração de lei regulamentadora das formas, limites e hipóteses de cabimento das interceptações" (GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/96, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-20).

27. Conforme Scorsim: "O Marco Civil da Internet, na forma da Lei n. 12.965/2014, apresenta os fundamentos para a disciplina do uso da internet, entre os quais: i) reconhecimento da escala mundial da rede; ii) os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; iii) a pluralidade e a

12.965/14, a qual assegura, em seu texto, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, bem como coloca como sigilosas as diversas comunicações privadas armazenadas em dispositivos eletrônicos e, ainda, trazendo expressamente em seu texto que somente por ordem judicial tais direitos poderão ser relativizados.[28]

Dessa forma, embora nenhuma das leis citadas trate especificamente sobre o aplicativo *WhatsApp*, tendo em vista a possibilidade ampla de comunicação que essa ferramenta possibilita ao usuário por meio do acesso à internet, bem como o armazenamento de diversos dados (fotos, vídeos, áudios etc.), há que se considerar, portanto, a equiparação da ferramenta instalada no aparelho celular à utilização de dados em sentido amplo.[29]

Além do mais, considerando ainda o disposto no Marco Civil da Internet, de onde emana a proteção à privacidade dos dados pessoais, não há como concluir de forma diversa, pois, como vem sendo dito, o aplicativo *WhatsApp* armazena diversos dados, decorrentes do acesso à internet, e que ficam privativos ao proprietário do aparelho celular e a seus interlocutores.[30] Dessa maneira, pode-se concluir que o acesso à ferramenta enquadra-se, de forma indubitável, na proteção legal, pois o artigo 7º da lei regulamentadora de acesso à internet – Marco Civil da Internet –, prevê sistematicamente a proteção à intimidade e à privacidade, de forma semelhante à previsão constitucional.[31]

---

diversidade; iv) a abertura e a colaboração; v) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e vi) a finalidade da rede" (SCORSIM, Ericson Meister. *Direito das comunicações*: telecomunicações, internet, TV por radiodifusão, TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016. p. 70).

28. Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...] (BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 23.04.2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm]. Acesso em: 20.05.2017).

29. QUINTIERE, Víctor Minervino. *Sobre as (i)legalidades no processo penal*: breve reflexão a respeito do *WhatsApp* a partir da Lei 9.9296/1996: um estudo de caso. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (Coord./Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 157.

30. SCORSIM, Ericson Meister. *Direito das comunicações*: telecomunicações, internet, TV por radiodifusão, TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016. p. 76-77.

31. CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. Nova sistemática da proteção à intimidade. *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, n. 9, maio 2015. p. 73-76.

Por tais motivos, no caso do aplicativo *WhatsApp*, este poderá ser considerado, por analogia às leis ordinárias, como um meio de comunicação telefônica, utilizado via internet, e para o acesso aos dados nele contidos será imprescindível a autorização judicial. Nesse sentido, Gomez e Maciel expõem que, "se há necessidade de ordem judicial para obtenção de todos os dados telefônicos, há também essa necessidade para a obtenção de parte deles, estejam eles impregnados em uma folha de papel ('conta telefônica') ou na memória do aparelho".[32]

Além do mais, apesar de datar do ano de 1996, a Lei 9.296 versa, respectivamente, sobre "comunicações telefônicas" e, portanto, sua regulamentação deve incidir sobre qualquer forma de comunicação, adequando-se à modernidade e ao avanço tecnológico.[33] Logo, verifica-se que, além da regulamentação pelo Marco Civil da Internet, o acesso aos dados contidos no *WhatsApp* só poderá ser realizado mediante autorização judicial.[34]

Por outro lado, e também por respeito ao debate, toca trazer entendimentos diversos, cujas divergências partem do pressuposto de que, sendo o Delegado de Polícia *autoridade competente*, não há que se falar em *autorização judicial* para devassa de dados contidos em aparelhos celulares.[35] Nesse mesmo viés,

32. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/96, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

33. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/96, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 85-88.

34. QUINTIERE, Víctor Minervino. *Sobre as (i)legalidades no processo penal*: breve reflexão a respeito do *WhatsApp* a partir da Lei 9.9296/1996: um estudo de caso. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (Coord./Org.). Crimes federais. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 167.

35. Nesse viés, é o entendimento, embora minoritário, mas respeitável, de Sannini Neto, o qual expõe: "não podemos concordar com o entendimento no sentido de que o acesso aos dados registrados no aparelho celular dependa de autorização judicial. Causa-nos espécie, assim, as manifestações de peritos criminais se recusando a realizar a perícia nos aparelhos, alegando, para tanto, a ausência de autorização judicial. Devemos destacar que os Institutos de Criminalística estão vinculados às Polícia Civis dos Estados, sendo que a função exercida pelos peritos criminais, embora de extrema relevância, possui um caráter acessório, de apoio a atividade fim, qual seja, a investigação de infrações penais. Nesses termos, não cabe aos peritos uma análise jurídica do caso, especialmente porque tal análise deve ser feita pelo Delegado de Polícia, que é a autoridade com formação para isto" (SANNINI NETO, Francisco. Dados de telefone celular apreendido podem ser vasculhados em investigação criminal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4762, 15 jul.2016. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/40053]. Acesso em: 26.05.2017.

há também o entendimento que defende uma *relativização das garantias fundamentais* diante do interesse público, por entender que os dados armazenados nos aparelhos celulares, principalmente no aplicativo *WhatsApp*, não estão acobertados pela garantia do sigilo e da reserva jurisdicional e podem, sim, ser acessados sem a devida autorização judicial.[36]

No entanto, embora imprescindível ao Estado Democrático de Direito a atuação da Polícia Judiciária, sobretudo na investigação e apuração das infrações penais, cabe à autoridade policial, nessa prática, encontrar um equilíbrio entre a efetiva tutela dos bens jurídicos protegidos e as garantias fundamentais do suspeito ou investigado.[37] Cabe lembrar, nesse ponto, que as garantias fundamentais devem ser observadas desde o procedimento investigatório, incumbindo ao Delegado de Polícia o papel de zelador da ética estatal, efetivando o respeito às normas constitucionais e ordinárias.[38]

4. Breves apontamentos acerca da prova ilícita

Neste ponto do trabalho, assume especial relevância a abordagem referente à atividade probatória em material processual penal, considerando que o direito à prova está inserido no campo das garantias constitucionais do devido processo e, ainda, que a segunda problemática enfrentada no presente artigo acadêmico versa, respectivamente, sobre a validade e a utilização da prova ilícita na instrução processual em desfavor do usuário do aplicativo *WhatsApp*.[39]

Sobre a prova em matéria processual penal, pode-se dizer que esse elemento é o meio de comunicação utilizado pelas partes – acusação, defesa, testemunhas, peritos, policiais e demais pessoas ouvidas – para a reconstrução aproximativa de um fato passado, ou seja, a apuração da infração penal que está

36. BARRETO, Alesandro Gonçalves; ALMEIDA, Everton Ferreira de. Perícia em celular: necessidade de autorização judicial? *Revista Direito & TI*, Porto Alegre, 04.06.2016. Disponível em: [http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/06/BARRETO-Alesandro-Gon%C3%A7alves-Desnecessidade-de-Ordem-Judicial.pdf]. Acesso em: 26.05.2017.

37. MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 556.

38. MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 557-559.

39. Sobre a importância da prova em matéria processual, ver a seguinte obra: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172.

sendo averiguada no processo penal, criando condições para que o magistrado produza seu convencimento externado na sentença.[40]

Ademais, salienta-se que as provas assumem duas funções no plano processual: a primeira é referente à persuasão do julgador, ou seja, a de convencê-lo psicologicamente a respeito dos fatos demonstrados, eis que, ao receber a denúncia, o juiz é um ignorante, sem conhecimento dos fatos e necessariamente precisa formar sua convicção; a segunda função, inerente mais especificamente ao processo, é a reconstrução dos fatos pretéritos, procurando, pelos elementos que são trazidos pelas partes, reconstruir e atingir a verdade processual.[41]

Além do mais, a atividade probatória também assume importante relevância no processo penal, por ser um direito fundamental inerente ao devido processo legal, pois é possibilitado ao acusado, mediante defesa técnica, participar de forma dialética e contraditória do *iter procedimental* e, com isso, tanto postular a produção como impugnar a admissão e valoração de provas.[42] Disso decorre que as partes possuem direito de serem ouvidas dentro do processo – tanto acusação quanto defesa –, ou seja, elas poderão instruir o procedimento com todos os elementos que acreditem necessários para formar a convicção do juiz, o qual, por sua vez, ao receber as provas, deve processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo dialético.[43] Dessa forma, em síntese, as provas são elementos trazidos aos autos pelas partes, como atividade típica do contraditório no jogo processual e democrático, a fim de

40. DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 187-188.

41. Em virtude da adoção do posicionamento do professor Lopes Jr., não se coaduna, no presente artigo, com a ideia de verdade real. Para compreensão: "o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o 'interesse público' (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma 'verdade' a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor) (...) Dessarte, há que se 'des-cobrir' a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que 'os fins justificam os meios'" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 381-382). Ademais, sobre a dupla função da prova, ver: EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal*: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 19.

42. DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 189-190.

43. DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 187-188.

formar o convencimento do magistrado; todavia, esses atos devem ser informados e norteados pelos princípios e pelas regras regem o devido processo legal.[44]

Nesse momento, surge a questão relativa à admissibilidade e à valoração da prova produzida ou trazida aos autos (por exemplo, aquelas provas produzidas no inquérito). Pode ocorrer que, em virtude da forma como foi produzida ou obtida, a prova seja ilícita ou ilegal, por estar em desacordo com as normas constitucionais e também com demais regulamentações infraconstitucionais, como o previsto no Código de Processo Penal referente à atividade probatória.[45]

A respeito das provas ilícitas, encontra-se, na redação da Constituição Federal, como garantia fundamental, o direito à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, como previsto no artigo 5º, inciso LVI.[46] Além do mais, o Código de Processo Penal também elenca, no artigo 157, que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais". Portanto, é interessante assinalar que, apesar da previsão constitucional, o legislador ordinário também deu especial relevância à garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no texto do Código de ritos processuais.[47]

Em virtude das normas, tanto constitucional como ordinária, pode-se observar que a prova será considerada ilícita quando obtida em desrespeito às inviolabilidades previstas na Constituição.[48] Dessa forma, é importante observar que, por exemplo, se entendem como invioláveis a dignidade humana, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o domicílio, o sigilo das comunicações e dos dados, e, assim, em decorrência desses direitos fundamentais, qualquer violação deles na ou para a realização de atividade probatória no plano processual penal, haverá formação de prova ilícita.[49]

---

44. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 45.
45. DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 189.
46. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 179.
47. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 402.
48. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 92.
49. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 92.

Nada obstante, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em locais e momentos diversos, tutela o direito fundamental ao devido processo legal, assegurando que não será admitida a utilização de provas ilícitas no processo, e, no âmbito processual penal, quando obtidas em desacordo com as normas constitucionais, as provas deverão ser desentranhadas dos autos e ainda, em hipótese alguma, serem utilizadas como base às decisões judiciais condenatórias.[50] Ou seja, perante as normas positivadas no arcabouço jurídico do Brasil e o caráter ético esperado do Estado e de seus agentes, é vedada a não observância dos direitos fundamentais no tocante às provas no processo penal.[51]

Por conseguinte, diante do problema suscitado no introito do presente tópico, pode-se dizer que, apesar de o ato realizado pela autoridade policial ser considerado parte da investigação (do inquérito), e muitas vezes imprescindível à elucidação de fatos criminosos, a transgressão à intimidade e à privacidade do suspeito não é permitida sem a devida autorização judicial, e se isso não for observado, o ato poderá acarretar em formação de prova ilícita, impossibilitando sua utilização e valoração na instrução processual.[52]

Assim, em síntese, considerando que a atividade probatória é um importante e imprescindível elemento da instrução processual em regimes democráticos e também um direito que as partes detêm, devidamente reconhecido na Constituição, é necessário que essa atividade – seja aquela realizada durante a investigação e inquérito policiais, seja durante a instrução processual perante o magistrado – esteja norteada pelos princípios constitucionais, com atenção às limitações formais e materiais.[53] Portanto, reforça-se o argumento de que a atividade de investigação, realizada pelo Delegado de Polícia, deve ser exercida com estrita observância das normas procedimentais, e não se pode esperar o respeito às garantias constitucionais apenas e tão somente durante a instrução, pois, em alguns casos, até se chegar a esse momento, inúmeras garantias já terão sido desrespeitadas.[54]

---

50. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 50.
51. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.
52. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 51.
53. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 472.
54. MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 557.

5. A necessária mudança de paradigma a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: quando o óbvio é levado a sério

Em tempos atuais, o óbvio deve ser dito, sob pena de ser esquecido; quer dizer: a devassa de conteúdo de comunicação interindividual depende de autorização judicial, tal como estabelece o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal e demonstrado nos tópicos anteriores. Assim, é imprescindível, pois – e para que não reste qualquer dúvida –, prévia autorização judicial para a devassa dos dados contidos no aplicativo *WhatsApp*.

Daí que se chega ao ponto crucial do presente texto, cuja análise prática do que foi exposto até o momento é realizada com base no julgamento do HC 51.531/RO,[55] em que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo *desentranhamento da prova obtida pela autoridade policial*, com o acesso aos dados contidos no aplicativo *WhatsApp*, sem a autorização judicial. De acordo com a Superior Corte de Justiça, embora ocorra a apreensão de aparelho celular no momento da prisão em flagrante, para que seja realizado o acesso aos dados e mensagens contidos no aplicativo, há necessidade de prévia autorização judicial. Sabidamente, essa orientação jurisprudencial é decorrente de preceito jurisprudencial, e, nessa medida, evidente sua aplicabilidade à matéria.

Narra o histórico do processo que, em 18 de março de 2014, policiais militares do Estado de Rondônia receberam informações acerca de uma conduta ilícita, possivelmente tráfico de drogas. Em decorrência disso, aguardaram em determinado local, até realizarem a prisão do suspeito e a apreensão do aparelho celular dele.

Devido à prática ilegal dos policiais militares, bem como o prosseguimento do feito, a defesa do acusado impetrou pedido de *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, a fim de anular as provas obtidas mediante conduta ilícita, uma vez que a obtenção dos dados contidos no *WhatsApp* ocorreu sem o prévio requerimento do Delegado de Polícia à autoridade judicial.

55. "Penal. Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de drogas. Nulidade da prova. Ausência de autorização judicial para a perícia no celular. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.531/RO, rel. Ministro Néfi Cordeiro, j. 19.04.2016, 6ª T, *DJe* 09.05.2016. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=-whatsapp&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=13]. Acesso em: 02.06.2017).

Conforme a narrativa, houve o acesso e a extração de dados contidos no aplicativo *WhatsApp* instalado no celular do recorrente, como fotos, imagens e conversas de texto. Como aludido em tópicos anteriores, esses dados estão profundamente vinculados aos direitos à intimidade e à privacidade, e a ingerência estatal nessas esferas, sem prévia autorização judicial, configura ato ilícito e antiético, sobretudo, quando realizado com fins probatórios no âmbito do processo penal e por agentes do Estado que deveriam primar pela legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais.

Tendo em vista que o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia negou o pedido formulado em sede de *Habeas Corpus*, a defesa impetrou novo *Writ*, dessa vez perante o Superior Tribunal de Justiça. A petição foi distribuída à 6ª Turma daquela Corte de Justiça, a qual, por sua vez, concedeu a ordem, declarando ilícitas as provas obtidas em desacordo com as regras formais e materiais previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, determinando, por conseguinte, o desentranhamento das provas dos autos do processo.

Na decisão, de relatoria do Ministro Néfi Cordeiro, é possível extrair trechos que consagram o respeito às normas constitucionais, como se espera de uma Casa de Justiça. Consoante o voto do Ministro Relator:

> (...) na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp obtidos sem ordem judicial. No acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada.

Linhas adiante, o Ministro também ressalta que:

> (...) nas conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido prévia ordem judicial.

E, na conclusão de seu voto – de forma magistral, diga-se –, expõe que:

> (...) atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Respaldando o posicionamento do Ministro Relator, verifica-se, também, o Voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, destacando que "o acesso aos dados do celular e às conversações de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente".

No mesmo viés dos votos proferidos, foi o da lavra da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual, por sua vez, referiu que:

> (...) os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contêm hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade.

A Ministra expõe, na parte final do seu voto, que:

> (...) diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo de dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

A decisão trazida à pesquisa é fundamental para a jurisprudência brasileira, visto que, até então, nenhuma Corte Superior havia se manifestado a respeito da devassa de dados contidos em aplicativos como o *WhatsApp*.[56] De mais a mais, convém salientar que a decisão trabalhada também expõe uma

56. Para fins da presente pesquisa, foram realizadas buscas, nos canais de consulta jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal, utilizando-se dos seguintes termos: *WhatsApp*, sigilo de dados, prova ilícita. A pesquisa na página do Supremo Tribunal não obteve resultados, e, na página do Superior Tribunal de Justiça, foi localizado o acórdão referente ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, 51.531/RO, decisão ora trabalhada no presente trabalho.

problemática existente, que é a sistemática violação de direitos e garantias fundamentais por agentes policiais no momento de abordagens e prisões, com o infeliz respaldo de delegados, promotores e juízes.

Na prática, vê-se que sempre há uma relação fragilizada entre o agente policial para com o suspeito do cometimento de uma infração penal, o qual, no momento da abordagem ou apreensão, fica debilitado perante o poder daquele que representa o Estado.[57] Em virtude disso, caberia, em um primeiro instante, à autoridade policial, no momento do recebimento da lavratura de eventual flagrante, ou durante a condução da investigação no inquérito, observar e zelar pela promoção dos direitos fundamentais, por exemplo, restringindo e coibindo atos abusivos e ilegais.[58]

Ocorre que, em não se atuando assim, o controle da legalidade passa a ser realizado somente durante a instrução processual, mormente quando se está diante de situações de irregularidades no inquérito ou de provas ilícitas, as quais, por vezes, são apenas combatidas no procedimento judicial.[59] No caso em estudo, houve gritante ilegalidade na inclusão e permanência de provas

57. É necessária uma mudança de paradigma na atuação da polícia militar, sobretudo em abordagens e prisões, uma vez que, concomitantemente à repressão ao delito, devem ser respeitadas as garantias constitucionais, e, ainda, por serem agentes do Estado, os policiais militares devem compreender que o Estado é reserva ética e legal e, portanto, não pode atuar sem observância das regras democráticas, descumprindo preceitos fundamentais de não obrigações negativas por parte do Estado (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33 e 56).

58. Nesse sentido, como bem expõem Mendes e Burin, em artigo publicado junto à *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*: "O Delegado ou a Delegada de Polícia personificam essa instituição, cabendo-lhes apreciar as infrações penais que lhes são apresentadas por seus agentes, avaliando os fatos com base em seus conhecimentos jurídicos e em sua experiência profissional. Uma atuação que deve ser pautada não apenas por critérios de objetividade e imparcialidade, em absoluto compromisso com a verdade, mas também pelos princípios fundamentais do sistema" (MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 557).

59. De acordo com Lopes Jr.: "Se o direito penal falha em virtude da panpenalização, cumpre ao processo penal o papel de filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser o freio ao desmedido uso do poder. É a última instância de garantia frente à violação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do direito penal" (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48).

ilícitas no processo, ilegalidade que foi sanada apenas em sede de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça; todavia, não é esse o espírito que se espera do processo penal brasileiro sob a regência dos princípios e garantias contidos na Constituição Federal.[60]

Se a democrática Constituição Federal estatui um processo acusatório, repleto de garantias, não é crível que o Estado faça a utilização de provas ilícitas para processar um cidadão, e tampouco se pode aceitar que o controle da legalidade das provas seja exercido apenas em Cortes Superiores, quando deveria ter sido observado desde o início do procedimento em instância inferior.[61]

Independentemente da vontade da maioria, da exacerbação da vontade punitiva e do crescente desrespeito aos direitos e às garantias, é imprescindível a existência de juízes independentes, que intervenham em favor dos mais debilitados, daqueles que estão enfraquecidos diante do poder punitivo.[62] Aos juízes, sobretudo pela posição que ocupam, cabe interpretar e aplicar a norma com estrita observância da legalidade, ou seja, dos direitos e das garantias substanciais, positivados na Constituição e na legislação esparsa.[63]

---

60. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 59-60.

61. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

62. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 27.

63. Nesse viés, cabe trazer o entendimento de Ávila, cuja lição, ainda que longa, vale a transcrição: "Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição do seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos. Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia um estado de coisas a ser promovido, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de um princípio que exige do aplicador um exame de correlação entre esse estado e os comportamentos que devem ser adotados para a sua promoção. Esses comportamentos – insista-se nisto – devem ser adotados pelos particulares ou pelo Estado, não cabendo ao intérprete desconsiderá-los como se o princípio, em vez de uma norma, fosse uma simples opinião desprovida de normatividade. Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, que regras – estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto constrito e heterolimitador. O simples

Conclui-se, neste tópico, pela leitura tanto da decisão como das referências expostas, que existem garantias constitucionais e leis ordinárias, prevendo e determinando o *modus operandi*, desde policiais militares até magistrados, e a esses agentes estatais, independentemente da posição, não foi permitida a inobservância do que está contido nas normas fundamentais. Portanto, a lógica da decisão trazida à pesquisa nada mais é que, antes e acima de tudo, primorosa observância da legalidade e consagração dos direitos e das garantias constitucionais.

6. Considerações finais

Inicialmente, é importante concluir que o aplicativo *WhatsApp* é considerado uma das principais ferramentas de comunicação no mundo atual, decorrente do rápido avanço tecnológico e do amplo acesso à internet possibilitado às pessoas, sobretudo no lado ocidental do globo terrestre. Destaca-se que, devido às possibilidades de armazenamento de dados de que o aplicativo dispõe – conversas, fotos, áudios, vídeos, arquivos etc. –, o acesso à plataforma acaba sendo de caráter restrito e íntimo, ou seja, privado ao dono do aparelho celular e aos interlocutores das conversas.

Não obstante ao caráter restrito dos dados contidos no aplicativo, também se salienta que a ferramenta pode ser considerada um meio de comunicação com direito de acesso apenas permitido mediante autorização judicial, em virtude da interpretação analógica possível de ser realizada, pela leitura da Lei 9.296/96 e do Marco Civil da Internet. Logo, por ser uma forma de comunicação, e de caráter íntimo e privado, o acesso aos dados contidos no aplicativo

fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razoes e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normativizar a conduta humana – se por meio da estatuição de uma regra ou de um princípio. Assim, quando estatui regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito da afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 140-141).

esbarra nos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, tutelados e garantidos constitucionalmente.

Com isso, é possível responder à primeira indagação realizada no introito da presente pesquisa, referindo, portanto, que o acesso aos dados contidos no aplicativo *WhatsApp* não pode ser realizado pela autoridade policial no momento da abordagem ou apreensão do suspeito, tampouco pode ser autorizado apenas e tão somente pelo Delegado de Polícia. É imprescindível que os agentes do Estado, tanto policiais militares quanto Delegados responsáveis por investigações e inquéritos, observem e respeitem a estrita legalidade e o dever ético de zelo às normas constitucionais, sobretudo, porque direitos como a intimidade e a privacidade são tutelados pela Constituição Federal.

No tocante ao segundo questionamento, restou demonstrado que a Constituição e o Código de Processo Penal refutam categoricamente a admissibilidade e a utilização das provas ilícitas no processo penal. Inclusive, a norma prevista na Constituição está alçada ao âmbito de direito fundamental, pois prevista no artigo 5º da Lei Maior. Quer isso dizer que, quando a atividade investigatória ou probatória violar qualquer um dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional – dignidade humana, intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, sigilo das comunicações e dos dados –, ela será considerada ilícita se levada à condição de prova, devendo, por consequência, ser desentranhada dos autos e em momento algum utilizada como base para decisões judiciais condenatórias, inclusive, como respeito ao princípio do devido processo legal, também instituído constitucionalmente.

Com efeito, não se pode olvidar que a atuação das autoridades estatais, seja no momento da prisão, seja na condução de procedimentos investigatórios, deve estar pautada pelos princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito. Igualmente, é necessário que as garantias constitucionais sejam observadas desde uma simples abordagem de rotina até a fase de investigação criminal, cabendo à autoridade responsável pelo procedimento zelar pela efetivação desses direitos sensíveis. Do contrário, restará a cabo do Poder Judiciário, durante o procedimento judicial, assegurar a aplicação e o respeito dos princípios constitucionais e das garantias fundamentais, no caso, inadmitir e inutilizar qualquer elemento carreado aos autos de processo criminal que esteja flagrantemente em desacordo com as tutelas previstas na Constituição.

Além do mais, insta ressaltar que a Constituição democrática veda todo e qualquer tipo de arbitrariedade e interpretação contra os direitos, os princípios e as garantias nela insculpidos. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, em nome do Estado Democrático de Direito, assegurar que as normas legais não sejam relativizadas em nome de um pretenso interesse comum, muito menos em favor da crescente visão utilitarista do processo penal.

Logo, conclui-se que o julgamento da Sexta Turma no Superior Tribunal de Justiça no Acórdão destacado, ao jurisdizer o óbvio constitucional, houve por bem atender aos ditames constitucionais, preservando os direitos assegurados na Constituição, em detrimento do interesse punitivo *coletivo*. Quando se tratar de garantias fundamentais previstas no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição, é imprescindível prévia autorização judicial para a devassa dos dados contidos no aplicativo *WhatsApp*. Ademais, também destaca a decisão que, em não havendo autorização para a quebra de sigilo e acesso aos dados, a prova levada ao procedimento judicial será considerada ilícita, devendo ser desentranhada dos autos, também em respaldo aos preceitos contidos tanto no texto da Constituição quanto no Código de Processo Penal (artigos 5º, LVI, da CF e 157 do CPP).

Em síntese final, destaca-se que a questão referente ao acesso de dados contidos no aplicativo *WhatsApp* ainda foi pouco explorada e enfrentada pela doutrina e pelas Cortes Superiores e, embora esteja relacionada a direitos positivados na Constituição Federal, desde 1988, ainda carece de longo debate pelos atores do processo penal democrático, uma vez que o óbvio, se não dito (e repetido à exaustão), tende a ser ignorado.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; ALMEIDA, Everton Ferreira de. Perícia em celular: necessidade de autorização judicial? *Revista Direito & TI*. Porto Alegre, jun. 2016. Disponível em: [http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/06/BARRETO-Alesandro-Gon%C3%A7alves-Desnecessidade-de-Ordem-Judicial.pdf]. Acesso em: 26.05.2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 15.05.2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm]. Acesso em: 20.05.2017.

BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 23.04.2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm]. Acesso em: 20.05.2017.

BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Brasília, 24.07.1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm]. Acesso em: 15.05.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. Nova sistemática da proteção à intimidade. *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, n. 9, p. 65-79, maio 2015.

DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 185--201, jan.-jun. 2015.

EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal*: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 43-62, ago. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/96, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONCAU, Luiz; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Thiago. Projeto de Lei de Cibercrimes: há outra alternativa para a internet brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 249, set.-dez. 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUINTIERE, Víctor Minervino. Sobre as (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do *WhatsApp* a partir da Lei 9.9296/1996: um estudo de caso. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (Coord./Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 153-168.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANNINI NETO, Francisco. Dados de telefone celular apreendido podem ser vasculhados em investigação criminal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4762, jul. 2016. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/40053]. Acesso em: 26.05.2017.

SCORSIM, Ericson Meister. *Direito das comunicações*: telecomunicações, internet, TV por radiodifusão, TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Conversas gravadas: ilicitude ou licitude?, de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 274/19-43 (DTR\2017\6815);
- Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule), de Luiz Flávio Gomes – *RT* 809/474-484 e *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/909-925 (DTR\2003\158); e
- Uso de prova obtida por meio ilícito, de Nelson Mannrich – *RT* 923/531-544 (DTR\2012\450679).

O capitalismo do espetáculo e o processo de desintegração social: anomia e o mal-estar do sistema penal

The capitalism of the spectacle and the process of social disintegration: anomie and the discomfort of the penal system

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela UNIJUÍ-RS. Especialista em Direito pelo IESA e pela UNIJUÍ-RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI. Também, leciona, na mesma instituição, as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no IESA, Santo Ângelo/RS. Juiz de Direito.
JFDCLyra@tj.rs.gov.br

Recebido em: 08.02.2017
Aprovado em: 22.10.2017
Última versão do autor: 05.11.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho analisa, sob o viés sociológico e da criminologia crítica, a tendência de se utilizar do sistema penal e sua tecnologia atuarial para enfrentar a conflituosidade decorrente da desintegração social, provocada, em grande parte, pela globalização financeira e seus processos anômicos. Ou seja, procura questionar o uso do Direito penal para compensar a fragilização das normas sociais e a falta de orientação *do indivíduo moral* (anomia), que, sob orientação político-criminal expressiva, coisifica as pessoas na busca de segurança. Forja-se uma prática reificante, que se especializa em negar o reconhecimento elementar às pessoas infratoras, focalizadas como meras fontes de risco.

Palavras-chave: Capitalismo do espetáculo – Anomia – *Atuarismo* criminológico – Criminologia do reconhecimento – Reificação.

Abstract: This paper analyzes, under the sociological and critical criminology bias, the tendency to use the penal system and its actuarial technology to deal with the conflict arising from social disintegration, caused, in large part, by financial globalization and its anomic processes. That is, it tries to challenge the misuse of criminal law to compensate the weakening of social norms and the lack of guidance of the moral individual (anomie), who, under the influence of an expressive criminal policy, makes people want to seek safety. A reifying practice is forged, which specializes in denying elemental recognition to offenders, focused as mere sources of risk.

Keywords: Capitalism of the spectacle – Anomie – *Critical actuarism* – Criminology of recognition – Reification.

Sumário: 1. Introdução: a globalização econômica e seu processo de fragmentação: a anomia e o desprezo como patologias do capitalismo do exagero (ou o mal-estar da modernidade). 2. Da sociedade da disciplina à sociedade do controle: a história da penalidade e dos sistemas imunitários do Direito. 3. A tecnologia imunitária do atuarismo penal e a negação do reconhecimento elementar. 4. A criminologia do reconhecimento como crítica ao projeto imunitário da justiça atuarial: apontamentos a partir da teoria do reconhecimento de Honneth. 5. Algumas considerações. 6. Referências.

1. Introdução: a globalização econômica e seu processo de fragmentação: a anomia e o desprezo como patologias do capitalismo do exagero (ou o *mal-estar* da modernidade)

A complexa sociedade contemporânea costuma, com controvérsias, ser definida como *pós-moderna*[1], de *modernidade tardia ou reflexiva*[2], *hipermoderna*[3] ou *líquida*[4], *sociedade da informação* (*transparente*)[5]. Para outros, que negam a existência de transição, a época atual constitui uma fase do processo de modernização[6], ou, na dicção de Habermas[7], um projeto inacabado. Há, no entanto, consenso quando se diz que são tempos de globalização[8] do sistema econômi-

1. Conforme LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 15. Segundo o autor, a posição do saber, nas sociedades mais desenvolvidas, a partir do final do século XIX, denominadas pós-modernas, designa o estado da cultura após as transformações enfrentadas pela ciência, pela literatura e pelas artes.
2. No pensamento de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006. p. 259-288.
3. Conforme LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
4. BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido*: la sociedad contemporánea y sus temores. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 68-74.
5. CASTELLS, Manuel. Tecnologia da informação e capitalismo global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004. p. 81-111.
6. Nesse sentido, o pensamento de HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança social. Trad. Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 109-113.
7. HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36.
8. HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guilhermo Hoyos (Comp.). *Filosofia y teorías políticas entre la crítica y la utopia*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 179-197.

co-financeiro[9] (o novo soberano privado), cuja hegemonia, somada às novas tecnologias[10], funciona em rede[11].

Sobre o fato de a humanidade ter alcançado os objetivos traçados pela *Ilustração,* na ideia de um constante aprimoramento da razão humana na busca do bem-estar social e na emancipação do homem, aliada à racionalidade econômica, paira uma boa dose de *mal-estar*[12]. Com efeito, o projeto da modernidade[13] edificou-se sobre os fundamentos do desenvolvimento econômico e moral rumo à redução das desigualdades sociais, na busca de uma sociedade igualitária e segura para todos como projeto político, com a diminuição dos riscos enfrentados pela humanidade[14]. Todavia, vive-se em uma época em que, apesar de haver declarações solenes de que os direitos humanos se situam em primeiro plano como modelo ético e político, os direitos se articulam em termos individualistas (e, não raro, em defesa da propriedade privada)[15], sob a lógica da legalidade neoliberal. Parece que o *projeto letrado* não atingiu seus objetivos plenamente, não trazendo melhoras às pessoas, mergulhadas na anomia[16], alienação, cólera e frustração[17]. Veja-se, por exemplo, a arquitetura das

9. Conforme TOURAINE, Alain. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo hoy*. Trad. Agustín Tobajas y María Tabuyo. Barcelona: Paidós, 2005. p. 33-47.
10. Ver STIEGLER, Bernard. *Para una nueva critica de la economia politica*. Trad. Margarita Martínez. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016.
11. Por todos, CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 17. ed., rev. e ampl. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 1. Especialmente p. 463 e ss.
12. Diagnóstico de ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 96-120. No mesmo sentido, BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
13. Ver TODOROV, Tzvetan. *Es espíritu de la ilustracción*. Trad. Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2008.
14. NOVAES, Adauto (Org.). Crepúsculo de uma civilização. In: NOVAES, Adauto. *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 7-18.
15. BARCELONA, Pietro. *El individualismo proprietário*. Trad. Jesús Ernesto García Rodriguez. Madrid: Trotta, 1996.
16. A anomia aqui é trabalhada no sentido de ausência de normas sociais que sirvam de orientação ao agir social, que decorrem da divisão do trabalho (Durkheim) e da desintegração social, frutos das rupturas provocadas pelo sistema capitalista tecnológico-financeiro e pela complexidade que ele provoca. Importa leitura de ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo*: (ensayo sobre Durkeim). Madrid: Civitas, 2001. Também HERNÁNDEZ, Tosca. Anomia: normas, especativas y problemas de legitimacion social comentário introductório. *Oñati*: Oñati proceedings, [S.l.], n. 11, p. 13-22, 1993.
17. HARVEY, David. *Ciudades rebeldes*: del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Buenos Aires: Akal, 2014. p. 19-20.

cidades, as quais, sob influxos da urbanização capitalista (e da lógica do condomínio), na análise *do direito à cidade*, de David Harvey, ilustram espaços de imensa concentração de riqueza e, ao mesmo tempo, de exclusão/expulsão para as linhas marginais dos guetos e favelas[18] (*habitats* dos excedentes, isto é, daqueles que não são passíveis de serem absorvidos pelo sistema capitalista)[19].

Efetivamente, *o governo da vida*, em termos biopolíticos[20], nas sociedades pós-democráticas espetaculares[21], premido por rupturas e fragmentações causadas pelo sistema capitalista global rumo ao processo de desregulamentação social, potencializa a anomia e neutraliza o agir social, forjando um mundo sem ação (ou orientação). Assim, em que pese todo o processo de evolução social, o homem não conseguiu debelar os riscos que assombram sua existência (ou seja, continua *não esclarecido*).

Nesse sentido, o termo pós-modernidade pode ser tomado como uma *ontologia da sociedade* ou como *alavanca metodológica*[22] para uma compreensão dos fenômenos sociais do presente, especialmente do *mal-estar* e de um certo *abandono do ser*[23]. Instrumentaliza-se como uma crítica radical que questiona a situação atual dos habitantes da terra e o possível *velamento* do homem pelo domínio da sociedade tecnológica[24]. A citada terminologia é uma teoria filosófica que analisa os desafios da modernização e do império das tecnologias,

18. Ver THERBORN, Göran. *Los campos de exterminio de la desigualdad*. Trad. Lilia Mosconi. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 2015.

19. HARVEY, David. *Ciudades rebeldes*: del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Buenos Aires: Akal, 2014. p. 19-49.

20. ESPOSITO, Roberto. *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Trad. Alicia García Ruiz. Espanha: Herder, 2009.

21. O conceito da sociedade do espetáculo deve-se a DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. Com efeito, Debord, na sua crítica ao sistema capitalista, trata da vida fantasmagórica que as imagens-mercadorias ganham na vida moderna, isto é, analisa o mundo atual sob a lógica de Marx do *fetichismo da mercadoria*, para demonstrar que o mundo sensível é substituído por uma seleção de imagens que remetem aos bens de consumo.

22. MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a pós-modernidade*: o lugar faz o elo. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004. p. 11.

23. Diagnóstico de HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. São Paulo: Vozes, 2005. v. 1. p. 135-159.

24. Consultar JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC, Rio de Janeiro, 2206. p. 43-45.

caracteres de um mundo dominado pela complexidade e pelo risco[25-26]. Tal mundo, informado pela fragmentação e pela pluralidade dos *jogos de linguagem*, que perdeu os *grandes relatos*, na lição de Lyotard[27], convivendo, por isso, com a desintegração social, enfim, que experimenta uma crucial transformação nas condições de existência.[28] E os riscos enfrentados pela nova era, também percebida como a *ontologia da tecnologia*, são a especialização, a ausência do sentido da unidade e, consequentemente, a perda da liberdade, uma vez que o projeto modernizante sempre se centrou no horizonte técnico-científico, na busca de uma racionalização do mundo. O paradoxo é que o desenvolvimento da ciência e da técnica, atualmente, é responsável pela violência da própria racionalidade moderna.[29]

Em suma, não se concretizaram os ideais da modernização projetados na dialética da ilustração[30], porque sua aposta no desenvolvimento planificado centrado na ciência e na racionalidade do sistema capitalista, pelo menos para a grande parte da população mundial periférica, não significou melhora das condições de vida da humanidade. O cenário descortina, de forma preocupante, o aumento da exclusão e da polarização social, que dão vazão à insegurança cognitiva e à heurística do medo[31] líquido, culminando na anomia e na opacidade do Direito. A *dialética* é verdadeiramente *negativa,* reclamando uma

25. JAMESON, Fredric. Posmodernismo y sociedad de consumo. In: HABERMAS, Jürgen et al. *La posmodernidad.* Barcelona: Kairós, 2006. p. 165-186. Para Jameson, o surgimento do pós-modernismo se relaciona, estreitamente, com o novo modelo do capitalismo tardio, de consumo ou multinacional, fazendo emergir um novo tipo de vida social e de uma ordem econômica, o que se chama, eufemisticamente, de modernização, sociedade pós-industrial ou de consumo, a sociedade dos meios de comunicação ou do espetáculo.
26. Conforme BECK, Ulrich. Viver a própria vida num mundo em fuga: individualização, globalização e política. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. São Paulo: Record, 2004. p. 235-348.
27. LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna.* Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio. 2006. p. 27-33.
28. VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación*: ética, política y derecho. Barcelona: Paidós, 2004. p. 21.
29. A conclusão é de VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación*: ética, política y derecho. Barcelona: Paidós, 2004. p. 26-27.
30. DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso ou progresso como ideologia*. São Paulo: UNESP, 2006.
31. Consultar BOUCHERON, Patrick; ROBIN, Corey. *El miedo*. Trad. Bárbara Poey Sowerby. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016.

interpretação diversa da história da humanidade, que dê conta dos excessos da cultura do capitalismo tardio, notadamente da onipotência da tecnologia e da ciência, que primam por converter os homens em meros objetos de poder de sistemas *autopoiéticos*[32] (especialmente pelos sistemas do dinheiro e da burocracia do Estado)[33].

Esse *transtorno* das sociedades pós-modernas, que repousa no domínio tecnológico do mundo capitalista, é entendido no pensamento da Escola de Frankfurt, que parte da análise da *colonização do mundo da vida* pelos sistemas do mercado e do aparato burocrático do Estado, como fenômenos *patológicos da realidade social* anômica. Tal fenômeno deve ser entendido não como ausência de normas, mas sim de conflito de valores[34] (entre fins e meios)[35], que leva a uma autonomização das atitudes sociais, acarretando uma mutação da racionalidade humana, com a dissolução das forças de coesão social. Trata-se de um processo deficiente para o desenvolvimento da vida social e humana, no qual, com a dissolução do mundo social e sua tradição (centrados na família, educação, relações laborais sólidas), se nega o reconhecimento ou a identidade a determinadas pessoas ou grupos sociais, que passam a ter uma existência social sob o manto da invisibilidade. Assim, pessoas ou agrupamentos sociais perdem sua visibilidade ou significação social, até porque somente valem como presenças físicas, mas despidos de qualquer significado social. Consolidam-se, em tal estado patológico, atitudes de desprezo que vão se naturalizando – reificando na atual sociedade do espetáculo do consumo[36].

A *patologia* significa deterioração das capacidades racionais dos membros da comunidade, no sentido de participação nas formas decisivas de cooperação social. Constituem-se déficits *de racionalidade*, expressos na rigidez ou inflexibilidade do comportamento social (*consternação reflexiva*.). Sob tal aspecto,

32. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder. 2005.

33. HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernádez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 132-139.

34. DURKHEIN, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 109 e ss.

35. A anomia também pode estar relacionada com a ausência de normas, algo que pode acontecer em hipóteses remotas e excepcionais, espécie de *estado de natureza* hobbesiano. Entretanto, interessam ao estudo as lições sociológicas, notadamente de Durkheim, que via elementos anômicos na vida econômica e política de seu tempo. Ver DARENDORF, Ralf. *Law and order*. Boulder: Westviem Press, 1985.

36. HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernádez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 169-181.

destaca-se que existe uma violência elementar na atual cultura do capitalismo do *exagero*, que não é percebida com clareza, uma vez que as pessoas são contempladas como meros objetos para gozo do prazer e, pois, submetidas a uma humilhação social, que é simbolizada pela invisibilidade social. Tais *patologias da sociedade*, também, podem ser simbolizadas como verdadeiros *paradoxos do capitalismo,* cuja base moral e ética é sintetizada, conforme Saavedra[37], nas seguintes conquistas positivas: 1) concretização de uma liberdade maior do indivíduo, a fim de garantir a emancipação do projeto individual de vida boa; 2) implementação do princípio da justiça da igualdade material; 3) reconhecimento do desempenho profissional de cada indivíduo e a devida compensação de seu agir social em prol do desenvolvimento da sociedade; 4) as pessoas devem gozar de um espaço de liberdade para implementarem projetos de vida afetiva. Obviamente que o paradoxo repousa, na lente do referido autor, no fato de que os meios materiais e econômicos disponibilizados aos indivíduos pelo sistema capitalista atual não propiciam a concretização fática de tais princípios, muito especialmente o da igualdade material. Ao contrário, intensifica-se o processo de exclusão[38].

E o ponto sensível da patologia social, apresentada como um déficit de racionalidade ou *rigidez* do pensamento, dá-se quando, na vida cotidiana, os sujeitos aferram-se à *judicialização* do conflito, isto é, quando passam a conceber a sua liberdade em termos estritamente jurídicos, ou na forma de direitos subjetivos –submetidos, portanto, a uma formulação jurídica. Estabelece-se uma comunicação e um agir social centrado em direitos, perdendo a visão macrossocial do fenômeno conflitivo.

Revela-se preocupante a incapacidade, detectada por Honneth[39], de não perceber que a socialização em termos jurídicos implica, de forma negativa, a postergação dos demais direitos sociais. Abusa-se de uma *liberdade jurídica*, que assume caráter endêmico, preterindo-se obrigações sociais em prol de uma coordenação jurídica, interrompendo-se a comunicação em relação

37. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos* II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 90-106.

38. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 102.

39. HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad*: esbozo de uma eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 119-122.

a determinados grupos ou segmentos sociais, comumente catalogados como classes perigosas. Não é por outra razão que a segurança individual, como expressão de um direito subjetivo fundamental, verte-se como uma prioridade absoluta a ser atendida pelo Estado, relegando-se, para um segundo plano, a segurança dos direitos sociais e econômicos. Assiste-se, dessa forma, a um amplo processo de judicialização das práticas sociais, que culmina abarcando a família, a escola, o espaço laboral, enfim, todo o sistema social, que é traduzido, com exclusividade, para o sistema do Direito, perdendo-se a oportunidade de se aprender com o conflito, que, em seu âmago, apresenta uma disfuncionalidade social.[40]

Quando se diz que o abuso *de liberdade jurídica* é uma *patologia* das sociedades pós-modernas, significa que a ordenação social é deslocada dramaticamente para o controle penal, em uma verdadeira aporia do Estado de Direito, visto que se busca, pelo Direito Penal, restabelecer vínculos sociais rompidos, pela globalização neoliberal, possibilitando-se que o sistema econômico-financeiro escape de controles normativos, gerando insatisfações e revoltas, contribuindo, inclusive, à aparição do terrorismo.[41]

Dito de outro modo, para combater a *anomia constitucional*, que se dá, por exemplo, na flexibilização dos direitos laborais e debilitamento dos direitos sociais, socorre-se da rigidez do controle formal para compensar a cultura das ilegalidades. A ordenação social desliza-se para o Direito Penal, fomentando uma cultura de *estranhamento* com relação àqueles que estão excluídos dos sistemas prestacionais do Estado, os ausentes do *espetáculo do mercado* ou consumidores falhos. Tais grupos são recepcionados, socialmente, como movimento de *retorno das classes perigosas,* submetendo-se a uma nova tecnologia de controle atuarial, que se especializa em catalogar e segregar grupos de risco. As classes perigosas constituem aquilo que Dal Lago[42] define como vidas despidas de qualificação jurídica (não pessoas), coletivos colocados sob o manto da invisibilidade, aos quais se nega o reconhecimento jurídico e respeito à sua alteridade.

No limite, a ontologia da pós-modernidade apresenta uma sociedade espetacular e anômica, caracterizada pela inefetividade ou insegurança dos direitos fundamentais em prol dos interesses econômicos dos oligopólios e mercados financeiros e suas *soft laws*. A partir de tal constatação, o estudo tem a

40. Ibidem, p. 128-129.

41. Conforme FARIÑAS DULCE, Maria José. Desregulacion *versus* re-regulación: las aporias del estado de derecho. [S.l.], 2014.

42. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitárias y democracia*. Barcelona: Trotta, 2000. p. 127-146.

intenção de demonstrar, por uma resenha conceitual teórica e opinativa, que se desliza perigosamente para uma patológica liberdade jurídica exercida em termos de controle penal. Ou seja, procura detectar excessos imunitários da sociedade, edificados em uma prática reificante, que, ao abandonar a lógica do bem-estar, promove uma *inclusão excludente*, conferindo uma visibilidade negativa a determinadas categorias sociais. Para cumprir o desiderato, trabalha-se com a teoria do reconhecimento de Honneth[43], partícipe da Escola de Frankfurt, uma vez que ela aporta importante contribuição ao debate criminológico, recolocando o desvio na gramática dos conflitos sociais e nas hipóteses de reconhecimento negado. Sob essa perspectiva, abordar-se-á, num primeiro setor, a transição da sociedade da disciplina à sociedade do controle atuarial, destacando-se que dita mutação obedece a história do sistema capitalista, produzindo consideráveis efeitos no pensamento criminológico, especialmente o da superação da ideologia do tratamento do criminoso e do enfrentamento das causas sociais da criminalidade. Sob os influxos do controle atuarial, a criminalidade é vista como um risco que deve ser gerenciado e combatido. Em um segundo momento, o estudo deter-se-á na tecnologia imunitária do atuarismo penal, apresentando a sua lógica consistente na instrumentalização do ser humano como mera fonte de perigos, legitimando políticas criminais expressivas, que consolidam o processo de coisificação e de negação do reconhecimento elementar de pessoa como detentora de direitos inalienáveis. Trabalhar-se-á no terceiro setor com a criminologia do reconhecimento de Honneth, procedendo-se uma análise crítica a dito processo de coisificação do homem, procurando-se demonstrar, pela abordagem literária, que a modernidade gestou uma política criminal excludente, que prima por negar o reconhecimento às pessoas, notadamente de uma igualdade substancial perante a lei.

43. Observa-se que não se pretende desenvolver, de forma aprofundada, uma abordagem específica a respeito do representante da terceira geração da Escola de Frankfurt, tampouco apresentar crítica à teoria hegeliana de Honneth, especialmente nas suas possíveis deficiências, uma vez que canaliza as atuais demandas da justiça ao reconhecimento, deixando, em segundo plano, a questão da redistribuição. Nesse particular, importa a leitura de FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-191. Por outro lado, para uma introdução ao pensamento de Honneth, consultar SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas*: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008. Disponível em: [htttp/redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002]. Acesso em: 27.08.2014.

2. Da sociedade da disciplina à sociedade do controle: a história da penalidade e dos sistemas imunitários do Direito

Pode-se afirmar que o controle social centrado no subsistema penal está relacionado com o desenvolvimento do método capitalista de produção, não sendo por acaso que a moderna prisão dos séculos XVII e XVIII buscou inspiração no projeto da fábrica[44], forjado pela primeira Revolução Industrial. A história da pena sedimenta-se no histórico das relações de produção do sistema capitalista,[45-46] conforme estudos de Rusche e Kirchheimer, desenvolvidos na sua clássica obra *Pena e estrutura social*, para quem a intimidação e sua lógica

44. Nesse sentido, consultar MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário. Trad. Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. De igual sorte, o pensamento de OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 41-48. Também, merece consulta PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 31-56.

45. Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

46. No mesmo sentir, BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de *derecho*, *social y democrático*: perspectivas socio-jurídicas. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. No pensamento de Bergalli, "en cualquier caso há existido siempre, em toda forma de ejecución de uma privación de liberdade como pena, uma relación vinculante para ésta última privación de liberdade como pena, uma relación vinculante para ésta última com la estrutura socio-económica de la sociedad em que aquella se emplea". MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário. Trad. Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 57. Ainda, na mesma linha, BEIRAS, Iñaki Rivera. História y legitimación del castigo. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-133. Conforme Beiras, na história dos discursos sobre o castigo e sua função na sociedade, na perspectiva econômico-estrutural, tradição iniciada por Rusche e Kirchheimer, nos anos trinta e aprofundada especialmente por Melossi e Pavarini, é possível estabelecer uma conexão entre o surgimento do modelo capitalista de produção e a origem da instituição carcerária moderna, com a pertinente observação de que, no sistema pré-capitalista, o cárcere, como pena, não existia, já que se tratava de uma realidade ignorada pelo sistema feudal, daí o porquê de o sistema capitalista de produção e a instituição carcerária (e outras instituições subalternas) terem surgido ao mesmo tempo e em uma relação determinada. MELOSSI; PAVARINI. Op. cit., p. 89. Para uma análise crítica de dita relação, consultar BERGALLI, Roberto. Sistema penal y exclusión social: deterioro y perversión em y para el Estado de derecho? In: SCHÖNE, Wolfang (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave Mario A Vieira, 2009. p. 107-134.

de dissuasão varia, historicamente, em relação ao universo da economia.[47] Portanto, as práticas repressivas ligam-se ao universo da economia e à situação do mercado de trabalho [48-49-50]. Assim, a evolução do sistema penal e a economia da pena não são produtos de reformas sociais e jurídicas, tampouco se referem à orientação criminológica[51]. Ao contrário, é submetida às dinâmicas invisíveis e anônimas do mercado e da força de trabalho. Disso decorre o fato de o excedente da força de trabalho ficar sujeito ao endurecimento das práticas penais, seguindo o princípio da *less eligibility* ou menor elegibilidade[52-53-54-55].

47. Também, é o pensamento de FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 94-102.
48. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estrutura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004. p. 15-16. Rusche e Kirchheimer, nesse passo, afirma que o surgimento do capitalismo, o que ocorreu, segundo ele, nos séculos XIV e XV, conduziu à criação de um Direito Penal orientado diretamente contra as classes dos pobres, isso em um momento em que o sistema capitalista experimentava intensa opressão aos assalariados urbanos e rurais.
49. Ver DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 60.
50. No mesmo sentido, o pensamento de FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 114 e ss. Para Foucault, a prisão tem por função ligar os indivíduos aos aparelhos de produção, uma vez que é preciso sequestrar o tempo dos homens, a fim de que seja oferecido ao aparelho de produção.
51. Conforme Foucault, o desaparecimento dos suplícios e o afrouxamento da severidade penal pouco têm a ver com "a exagerada ênfase" na humanização das penas. Na sua conclusão, o desaparecimento do espetáculo punitivo pelo surgimento da sobriedade punitiva, com o escamoteamento do corpo supliciado, deve-se, fundamentalmente, a uma mudança do objeto da ação, isto é, o que alterou foi o objetivo: a punição não mais se dirige ao corpo, mas, sim, à alma. O castigo não mais tripudia o corpo, uma vez que a expiação atua sobre o coração, intelecto, vontade e disposições morais do indivíduo (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 12-18).
52. DE GIORGI. Op. cit., p. 61.
53. Ver FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 161-174.
54. Veja-se que o sistema fabril submetia o trabalhador a uma intensa vigilância e controle, o que não havia no sistema artesanal e familiar, no qual o trabalhador controlava sua jornada de trabalho livremente.
55. Ibidem, p. 21-62, as raízes do sistema carcerário, sua promoção e elaboração teórica encontram suas bases no mercantilismo. Dessarte, o sistema punitivo da Idade Média,

Dessa maneira, sob o ponto de vista da economia política da pena, o cárcere nasce e se consolida como uma instituição subordinada à fábrica, servindo como um mecanismo posto a seu serviço e na defesa do incipiente sistema de produção industrial. A estrutura da prisão bem como o seu plano ideológico só podem ser compreendidos quando se observam, paralelamente, a estrutura dos lugares de produção e a disciplina do trabalho, impostas no ambiente da fábrica. Dito de outra forma, todas as instituições de reclusão que surgiram no final do século XVIII buscaram inspiração no sistema de disciplina desenvolvido no ambiente fabril. A prisão, portanto, consolida-se como um dispositivo de controle e disciplina que intenta formar uma nova subjetividade: a do proletariado. Surge uma nova economia política do corpo, ou seja, uma tecnologia de controle para criar uma força de trabalho disciplinada e vocacionada ao labor.[56] Buscar, no entendimento de Giorgi, a produção de uma força de trabalho disciplinada e que valorizasse a produção capitalista constituía a função mais importante do sistema carcerário, detendo, também, um potente mecanismo ideológico, visto que a submissão ao trabalho se apresentava como a única via de escape do sistema penitenciário[57-58].

Em resumo, a prisão se consolidou como um dos instrumentos ideológicos do sistema capitalista, detendo a função de *adestrar* os corpos e adaptá-los ao incipiente capitalismo industrial, que, por sua vez, substituía o sistema do

período em que não existia escassez de mão de obra, o que reduzia o valor da força de trabalho e da vida humana, abusou de penas violentas, dando incremento à pena de morte, agora não mais aplicada para crimes violentos senão que se converteu em um meio para se desembaraçar de indivíduos que se constituíam em perigo social. Todavia, essa situação muda com o surgimento do mercantilismo em fins do século XVI, isso pelo fato de que se passou a ter interesse pela exploração da mão de obra dos submetidos às penas de prisão. É exatamente no momento em que a expansão dos mercados reclama inversão maior de capital e mão de obra, que se torna relativamente escassa, que surge a prisão como forma de propiciar força de trabalho barata ao sistema produtivo.

56. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004. p. 30-31.

57. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 69.

58. Cumpre destacar que aqui se apresenta a contradição ou o paradoxo, que sempre acompanhou o controle penal e que tem muito a ver com a economia material da pena. E a contradição diz respeito à estrutura material da sociedade capitalista entre igualdade formal e desigualdade substancial. Como observa De Giorgi, a ideologia retributivo-legalista oculta a desigualdade e a realidade de exploração que se produz no ambiente da fábrica e sistema penitenciário.

trabalho doméstico da manufatura, consolidando o projeto da fábrica e a sociedade da disciplina, conforme genealogia de Foucault[59-60]. Nesse contexto de articulação entre fábrica/prisão, o poder-saber[61] da disciplina detém a função de gestionar as populações em função dos fluxos produtivos[62], com a introdução da lógica produtiva na razão do Estado. Portanto, uma das funções do poder será controlar território e população, maximizando as funções produtivas. E, nessa inter-relação entre vigilância e sanção, a prisão se inscreve como a principal estratégia do projeto disciplinar, não para excluir ou neutralizar; ao contrário, aparelha-se para exercer a função de normalização dos indivíduos, possuindo três finalidades, a saber: a) temporalizar a vida dos sujeitos, adaptando-a ao tempo da fábrica; b) controlar os corpos, disciplinando-os e convertendo-os em força de trabalho; e c) integrar essa força de trabalho ao sistema

59. Para se compreender a genealogia de Foucault, é preciso, segundo Deleuze, "suspender", como exercício metodológico, os principais postulados afirmados pelo discurso tradicional acerca do poder e seus pré-juízos, que obstaculizam o fecundo acesso à problemática do poder contemporâneo e às relações de dominação que ele estabelece. Ver DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Barcelona: Paidós, 1987. De relevo a leitura de FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008. Nesse particular, consultar, ainda, a introdução à obra realizada por Miguel Morey, p. 7-22.

60. Pode-se dizer que a genealogia foucaultiana apresenta-se como uma crítica radical da ciência e dos saberes tradicionais herdados da Ilustração, uma vez que interessava a Foucault desvelar as relações existentes entre poder (que circulava e se exercia pelos corpos, de forma fluida e sem hierarquia) e o saber (verdade), rompendo com o saber unitário, formal e científico, para adotar um "saber menor", aparelhado como um instrumento de luta contra a coerção de tal saber hegemônico. Consultar, nesse particular: FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 24. Também, importante a leitura de FOUCAULT, Michel. *Sobre la ilustración*. Trad. Havier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio Campillo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 3-97. Para Foucault, há uma estreita relação entra as formas de dominação (poder) e o conhecimento. Para se compreender o significado do "saber menor", ver DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia*. Trad. José Vázquez Pérez. 8. ed. Valencia: Pré-textos, 2008. p. 9-116.

61. Conforme Foucault, o poder é exercido e produzido pela verdade. Nesse particular, o sistema do Direito (que não se resume à lei, senão aos aparatos, às instituições e aos regulamentos que aplicam o Direito) é um veículo permanente de dominação, colocando em ação relações de poder que funcionam dentro de determinado corpo social (FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 34-42).

62. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006. p. 69-78.

produtivo, no caso, a fábrica[63]. A técnica correcional corresponde, pois, ao modelo da disciplina, atribuindo uma função útil ao castigo[64], espécie de um sistema de *Welfare,* difundindo-se em uma série de intervenções nas instituições sociais, como a família, a escola, a fábrica, o manicômio, que seguiam a retórica de tratamento individualizado na socialização do indivíduo[65-66].

Entretanto, com a crise fiscal do *Welfare State,* que emergiu na década de 1970, principalmente nos EUA, as tecnologias disciplinares, hegemônicas no século XX[67], passam por uma profunda revisão[68], com a consequente revisão do modelo correicional. O marco corresponde ao fim da *grande narrativa criminológica*, herança da ilustração e seu audacioso projeto de transformar os indivíduos.[69-70] Com efeito, a quebra do modelo keynesiano de bem-estar sinaliza a derrocada do regime fordista de produção,[71] que relacionava o aumento da

63. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 30-31.

64. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 48-49.

65. Ibidem, p. 49.

66. Ibidem, p. 52.

67. Segundo DELEUZE, Gilles. *Conversações.* Trad. Peter Pal Pelbart. São Paulo: 34, 2008. p. 217.

68. Conforme BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 59-67. O período, na dicção de Bergalli, refere-se à interrupção à e crise do sistema capitalista de produção, momento que se anuncia ao mundo capitalista que se vive, na plenitude, o que se denomina pós-fordismo, que é cunhado como a situação social geral que provocou o fim das relações do sistema de produção e as políticas sociais. Logo, abandona-se o projeto fordista e o compromisso de se combater as injustiças e desigualdades forjadas pelo sistema capitalista, bem como o pensamento de disciplina social herdada do projeto iluminista.

69. PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 213-235.

70. A crise do modelo correcional ou do modernismo penal é tratada por GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 143-171.

71. Os contornos do fordismo e toyotismo, como versões atualizadas do fenômeno da industrialização, são dados no meu artigo intitulado Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate*, Ijuí, n. 23, p. 25-49, jan.-jun. 2005.

produtividade ao aumento dos salários, promovendo uma razoável distribuição de recursos e a generalização de um sistema de segurança social,[72] Pode-se dizer que a ruína do modelo até então vigente foi ocasionada pelo fenômeno da globalização financeira, que pôs a sociedade às portas do que se denomina pós-fordismo, cujas características marcantes são a perda da identidade coletiva dos trabalhadores e seus vínculos e a passagem para a condição de meros consumidores na excludente sociedade do risco.[73-74-75]

Nessa mudança de rumo, operacionalizada pela crise do Estado social e pela superação do modelo correcional, a pena perde toda a função de inclusão/reabilitação, uma vez que agora trata de incapacitar o indivíduo, ou seja, o que a pena busca é a pura eliminação[76] do sujeito do contexto social. Não mais se requer um tratamento individualizado segundo as necessidades sociais e psicológicas do desviado, como requeria a ideologia do tratamento/loucura. O controle sai do corpo do sujeito, passando a ser um controle mais difuso,[77]

72. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera Beiras e de Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 10-11.

73. Segundo Castel, o movimento corresponde à descoletivização do trabalho (perda da mediação dos sindicatos laborais), passando o trabalho a seguir uma "biografia individual" (Beck) e, portanto, mais flexível. E isso corresponde ao novo regime do sistema capitalista: o capitalismo pós-industrial, que passou a exigir dos trabalhadores uma nova mobilidade, adaptabilidade e uma individualização crescente das tarefas. No limite, houve a dissolução do coletivo do trabalho e esvaziamento da representação/pressão dos sindicatos laborais diante dos detentores do capital (CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres*: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 22-25).

74. LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin Estado*: la subjetividad em la era de la fluidez. Buenos Aires: Paidós, 2004. p. 19-39.

75. Veja-se, por todos, CASTEL. Op. cit., p. 17-41. Também, no trato do tema, ver, do mesmo autor: *La inseguridad social*: que es estar protegido. Buenos Aires: Manatial, 2004, e *Discriminação negativa*: cidadãos ou autóctones. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 59-87.

76. Conforme Monet, passa-se do totalmente repressivo para o totalmente preventivo (MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2006. p. 159).

77. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. Para Hart e Negri, a sociedade do controle apresenta-se no final da fase moderna, estendendo-se por toda a pós-modernidade, na qual os mecanismos de domínio se voltam mais democráticos, entretanto mais imanentes no campo social, distribuindo-se completamente pelos cérebros e corpos dos cidadãos, de modo que os sujeitos mesmos interiorizem, cada vez mais, as condutas de integração e exclusão social

expandindo-se para além dos muros da instituição total da prisão. Nesse novo modelo de controle – atuarial[78] –, busca-se mapear e identificar grupos ou setores sociais propensos a delinquir e que, portanto, deverão ser vigiados constantemente.[79] O controlar converte-se em um fim em si mesmo, abandonando-se o ideal de tratamento, daí o pensamento atual no sentido de exasperação das penas.[80] Além disso, o controle, como já assinalado, desloca-se, sensivelmente, da prisão (por exemplo, no monitoramento eletrônico e na prisão domiciliar), tornando-se disperso no ambiente urbano das cidades fortificadas.[81-82]

Em razão disso, como consequência da crise da tecnologia da disciplina, o controle abandona os locais fechados, lugares da disciplina, estendendo-se por todo o corpo social,[83] em dispositivos de controle modulares, constantes e per-

---

adequadas a esse domínio. Sob esse aspecto, a sociedade de controle pode ser caracterizada por uma intensificação e generalização dos aparatos normalizadores do poder disciplinatário que animam nossas práticas cotidianas, levando o controle mais adiante dos locais estruturados, por meio de redes flexíveis e flutuantes.

78. Ver DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: *a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

79. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera Beiras e de Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 58-59.

80. O fenômeno é facilmente identificado na legislação brasileira e sua irracionalidade, uma vez que o legislador tem primado pela lógica da exclusão. Para tanto, veja-se o regime diferenciado de cumprimento da pena (RDD), de duvidosa constitucionalidade, bem como as novas alterações nos crimes contra a dignidade sexual e seu expressivo aumento das reprimendas para os crimes previstos nos artigos. De igual sorte, a nova pena prevista para a "extorsão-relâmpago".

81. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera Beiras e de Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 59. Ver, de igual sorte, BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 38 e ss., para quem, na cidade moderna, surge uma nova estética ou outro tipo de construção: o muro, impondo uma nova lógica baseada na vigilância e distância. Merece leitura, na mesma temática, BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 100-128.

82. Consultar WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad*: gueto, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 13-56.

83. Para Hardt, o controle vai além do aspecto econômico, apresentando-se como uma força cultural da sociedade. A sociedade fica absorvida pelo Estado, que detém um controle total da *bios*, no qual a vida, em sua totalidade, passa a ser objeto do poder (biopolítica) (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 46).

manentes,[84] como, a estrutura dos condomínios, a vigilância 24 horas por dia, as câmeras de vídeo espalhadas pelas ruas e pelos logradouros públicos, os serviços de segurança privados, tornozeleiras eletrônicas, cujo fator-chave é obter segurança.[85] O novo paradigma que se sedimenta é o do controle atuarial. Este, ao contrário da utopia do tratamento, preconiza uma resposta imediata e de curto prazo: um controle radical de prevenção situacional.[86]

A nova forma de controle faz uso da lógica e da estatística de assegurar a gestão racional e econômica da distribuição dos fatores de risco na coletividade[87-88]. Dita sistemática, no entendimento de Deleuze, tem a ver com a imanência do sistema capitalista, que, na sua expansão, migrou de um capitalismo de produção para um capitalismo financeiro/espoliativo, que não mais depende do trabalho, e se concentra na especulação financeira, enfim, numa fantástica fábrica de riqueza e de miséria humana.[89] Dessarte, a mutação da sociedade disciplinar à sociedade de controle está relacionada à alteração de rumo, empreendida pelo sistema capitalista, muito especialmente pela revisão da estrutura de confinamento da fábrica, modelo de disciplina. Nesse aspecto, com Deleuze, pode-se afirmar que as sociedades disciplinares correspondem ao que se deixa para trás, correlatas à crise da *técnica do confinamento,* não só da prisão e do hospital mas também da escola, da fábrica e da caserna[90]. De fato, adentra-se nas sociedades de controle, que não se utilizam do confinamento, que é substituído por um controle contínuo e por uma comunicação instantânea.[91]

A característica fundamental da sociedade do controle, como já visto, é a perda da indicação, isto é, do *número de série*[92] do indivíduo e seu lugar

84. CASTELS, Robert. *El ascenso de las incertidumbres*: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 31-35.

85. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 39.

86. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 32-33.

87. Ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. Los nuevos modelos penales de intervenção securitária. In: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali (Coord.). *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 221-253.

88. DE GIORGI. Op. cit., p. 60.

89. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 2008. p. 213.

90. Ibidem, p. 215.

91. Ibidem, p. 216.

92. No pensamento de Lewkowicz, na sociedade de consumo, que constrói sua subjetividade sob as leis do mercado da oferta e demanda, o não consumidor, o excluído/expulso da rede de consumo carece de um nome que o defina socialmente, resultando,

ocupado na sociedade de massas[93-94]. Essa mutação Deleuze exemplifica com o dinheiro, pois, antes, na sociedade da disciplina, ele era cunhado em ouro, na sociedade do controle, a moeda é virtual, circulando por meio de trocas eletrônicas.[95] O capitalismo é de "sobreprodução": vende serviços e compra ações[96]. A empresa sucede à fábrica, impondo um controle flexível e cifrado[97]. O problema dessa mutação repousa no fato de que os problemas sociais causados pelo capitalismo financeiro são geridos pelo sistema penal, abandonando-se as pautas inclusivas do sistema fordista. O homem da sociedade do controle não se configura como um homem confinado, mas como o homem endividado. Como diz Deleuze:

> (...) é verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas.[98]

O controle passa a ser implementado por categorias, uma vez que as instituições fechadas dão lugar a um novo regime de dominação adaptável à empresa e às novas formas de tratar o dinheiro.

Em síntese, a *ontologia da atualidade,* ferramenta crítica para análise da própria historicidade, interrogando-se os conflitos, traumas, demônios e, sobretudo, exigências e esperanças, que caracterizam, de modo profundo, o tempo atual, ensina que a sociedade do espetáculo abusa dos sistemas imunitários, destacadamente do Direito Penal. Com efeito, a expressão *imunidade*, desde a linguagem biomédica, entende-se como uma espécie de proteção em face de uma doença infecciosa, uma forma de salvaguarda, colocando alguém a salvo dos riscos.[99] Com ela, segundo Esposito, vem a distinção de fundo

---

inclusive, o nome de marginal inadequado diante da forma dramática de exclusão que enfrenta (LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado*: la subjetividad en la era de la fluidez. Barcelona: Paidós, 2004. p. 79).

93. ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza, 2009. p. 45-82.
94. Ver SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas*: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna. Trad. Garmán Cano. Valencia: Pre-textos, 2005.
95. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 2008. p. 222.
96. Ibidem, p. 222-223.
97. Ibidem, p. 224.
98. Ibidem, p. 224.
99. Conforme ESPOSITO, Roberto. *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Trad. Alicia García Ruiz. Espanha: Herder, 2009. p. 111.

comunidad/imunidade[100], ressaltando que ambos vocábulos derivam do termo *munus*, que significa dever, obrigação. Assim, os membros de uma determinada comunidade, no sentido afirmativo, unem-se com um dever/obrigação de cuidado com relação ao outro. Por outro lado, a imunidade, como caráter negativo, acarreta uma derrogação da lei de cuidado, imunizando o corpo social contra os perigos e riscos que rondam o corpo social.[101] Em uma palavra, a imunidade impõe-se como uma exigência de autoproteção de toda a coletividade para conservação biopolítica da vida.[102]

No âmbito social, a prática imunitária é encontrada no melhor exemplo da *enfermidade contagiosa* da imigração que, na correta observação de Esposito, tem sido considerada como um dos maiores *perigos* da sociedade mundial. Com efeito, é inegável que a globalização tem gestado uma exigência de imunização preventiva, dando vazão aos novos nacionalismos, aos racismos identitários e religiosos, promovendo a edificação de *muros* físicos e ideológicos (comunidades pensadas na forma de *fortalezas* ou *condomínios globais*)[103] para impedir o excesso de circulação e seu *potencial de contaminação*. Efetivamente, o *vírus* é a melhor metáfora dos novos fantasmas e do medo que rondam a sociedade, ativando uma exigência imunitária sem precedentes.[104] Nesse estado da arte, o que se revela dramático é que a imunização, como uma política de preservação da vida, pode chegar, em *altas doses*, em uma política de negação da vida (tanatopolítica), convertendo os viventes – não pessoas[105] – a uma pura nua vida biológica – *zoé* –, despida de significação jurídica (*bios*), e, pois, passível de ser eliminada impunemente. Na linguagem de Agamben, a. vida do vivente é reduzida a uma vida nua (despida de proteção jurídica: não pessoas). Há um excesso do sacrifício humano, no qual se abusa do *Fhármakon* do Direito Penal, de forma mais intensa a partir do atentado de 11 de setembro de 2001, quando se trouxe para o ambiente do direito a linguagem bélica e a excepcionalidade do controle penal, com a suspensão do sistema de garantia dos direitos de determinados *inimigos,* forjando-se

100. Ibidem, p. 111.

101. Ibidem, p. 111.

102. Ver ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolítica y filosofia. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 73-123.

103. Consultar DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015.

104. Importa leitura de ZIZEK, Slavoj. *Violência*. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

105. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Coord.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

espaços anômicos ou sem lei.[106] Esquece-se, num cenário de verdadeira crise imunitária, que o *remédio* do controle penal, como qualquer medicamento, contém *veneno*, podendo, numa inclusão/excludente (conferindo visibilidade a alguém pela seleção do sistema punitivo)[107], provocar a morte do paciente, arrastando a sociedade inteira à violência, (crise sacrificial)[108], na perfeita observação de René Girard.

No limite, desde a caída do muro de Berlin até hoje, passando pelo atentado trágico de 11 de setembro de 2001, a sociedade convive com a imprevisibilidade da globalização e o império da transparência da tecnologia, expressada no terrorismo internacional e toda sorte de resistências globais, com uma crise das instituições democráticas, ocasionando uma dificuldade de conjugar direitos individuais e coletivos, na antinomia terrorismo/guerras humanitárias. Enfim, a modernidade passa a conviver com políticas de vida ou de morte no seio imunitário. Entretanto, parece que um limite deve ser encontrado nas modernas exigências de segurança pessoal, sob pena de a *governalização da vida* mudar para práticas de morte ou de aniquilação da vida que pretende conservar (tanatopolítica). Com efeito, a biopolítica estatal, sob forte orientação do sistema econômico-financeiro, implementa uma política de segurança muito centrada na defesa da *propriedade privada*. A liberdade que o Estado moderno pretendia assegurar (em termos de autonomia e participação na coisa pública: *polis*), sob inflexão imunológica, converte-se, em uma via redutiva, de privilégio à segurança. A liberdade, como instrumento de conservação da vida, é entendida como uma propriedade privada inalienável,[109] causa sistêmica da crise das instituições e da implantação de um novo regime de dominação.[110] Em uma palavra, com Debord, pode-se dizer que o desenvolvimento do sistema capitalista de produção promoveu a *realização da economia política*, arruinando os meios de vida, convertendo-se em um *mal econômico* e *na negação do homem*.[111]

106. ESPOSITO, Roberto. *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Trad. Alicia García Ruiz. Espanha: Herder, 2009. p. 114-116.

107. Consultar CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Buenos Aires: AD-HOC, 2013. p. 99-133.

108. ESPOSITO. Op. cit., p. 112-121.

109. ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolítica y filosofía. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 101-123.

110. Ibidem, p. 225.

111. DEBORD, Guy. *El planeta enfermo*. Trad. Luis Andrés Bredlow. Barcelona: Anagrama, 2006. p. 81.

3. A tecnologia imunitária do atuarismo penal e a negação do reconhecimento elementar

Como já observado, a transição da sociedade da disciplina à sociedade do controle atuarial importa uma dramática mudança do rumo do pensamento criminológico, principalmente pelo fato de que, em face de tal transição paradigmática, o controle penal desloca-se da ideologia do tratamento para se centrar na análise da evolução do risco, estabelecendo-se como uma espécie de estratégia das sociedades do risco. Com efeito, o adjetivo atuarial deriva dos contratos de seguro, tecnologia que se especializa na análise dos potenciais de riscos e na forma de afrontá-los. Sob tal orientação, cumpre ao sistema penal combater *carreiras criminais* ou *classes perigosas*, estabelecendo o perfil do perigo ou risco que se quer debelar.[112] A justiça atuarial aproveita-se dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela sociedade contemporânea, como as transações financeiras internas/externas feitas pela internet, as páginas da *web*, os *e-mails* transmitidos, os satélites, as câmeras de vigilância e demais registros (médicos, policiais, laborais), para estabelecer um controle mais intenso, que possibilita ampla informação acerca das fontes de risco. Portanto, a sociedade já não mais se legitima em uma lógica positiva de inclusão social em prol da consecução do bem-estar social. Ao contrário, a sociabilidade orgânica funda-se no medo e no anseio por segurança, estritamente, ligada à violência e à criminalidade. Busca-se o controle, que assume ares de uma nova penalogia, visto que o temor se transforma na base da ação racional.[113]

No atuarismo criminológico, as decisões são tomadas com base na análise custo-benefício, ou seja, buscando-se a orientação mais eficiente para gerir a sociedade, cuja ordem moral, como já notado, é reduzir os riscos e combater seus fatores, especialmente os inimigos ou classes perigosas. Adota-se a tendência de governar pelo crime,[114] expulsando, da sociedade, os não integráveis ou consumidores falhos, até porque é o mercado quem determina, em grande parte, as ações do Estado. Nesse modelo, só estão efetivamente protegidos os participantes ativos da sociedade do consumo. O crime é visto como um mal sem cura, que deve ser administrado de forma eficiente, isto é, com a redução

112. Conforme SWAANINGEN, René Van. *Perspectivas europeas* para una criminología crítica. Trad. Silvia Susana Fernandez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 279-284.

113. Ibidem, p. 279-285.

114. Conforme SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011. Especialmente p. 31 e ss.

dos custos. Sob essa ótica, a justiça atuarial se apresenta como um poder completamente biopolítico[115-116], um controle total sobre o corpo do criminoso. Como consequência, a pena assume contornos intimidatórios e neutralizantes, que se projeta sobre grupos sociais que, nas formas de cálculo e gestão, são relacionados como grupo de risco e propensos à prática de delitos. Vejam-se, por exemplo, o controle sobre o imigrante[117], o controle rígido das fronteiras, a livre movimentação das pessoas e o acesso restrito a determinados lugares, como condomínios, locais privados. Há, efetivamente, com graves prejuízos à cidadania, um redesenho da cartografia das cidades e a difusão de uma crescente sensação de insegurança coletiva[118], fruto da expansão temporal e espacial do controle, que acaba por induzir a distribuição a cidadãos da responsabilidade de garantir a segurança e a luta contra a criminalidade, menosprezando o monopólio estatal. Logo, a exclusão social é percebida como um problema insuperável e que deve ser normalizado pelo controle penal, dando causa à consolidação de elementos de emergência e excepcionalidade penal na luta de todos contra o crime.[119-120]

---

115. Consultar FOUCAULT, Michel. *Nascimento da bipolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

116. Para ESPOSITO, a origem do termo biopolítica remonta ao século passado, surgindo com a modernidade, idade em que a ideia da autoconservação do indivíduo recebe uma preocupação central. Corresponde ao ingresso da *zoé* (vida natural) na esfera da *polis,* com a politização da via nua. Assim, a política penetra diretamente na vida, daí o porquê de Esposito, socorrendo-se dos ensinamentos foucaultianos, referir-se ao fato de que a biopolítica tem a ver com a crescente implicação da vida natural nos mecanismos de poder e controle estatal (arte de governar a vida) (ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 15-22). Importa a leitura, também, de AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 15-17 e 127-128. Conforme Agamben, o trunfo do capitalismo não seria possível sem o controle disciplinar efetuado pelo biopoder, criando os corpos dóceis de que necessitava.

117. LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração*: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

118. Ver INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível*: como observar e interpretar as transformações do mundo actual. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009. p. 149 e ss.

119. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión:* el sistema penal en tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 37-38 e 80-89.

120. BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: SCHÖNE, Wolfgang (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave, 2009. p. 611-626.

No limite, o controle atuarial corresponde à proposta de *administrativização* do sistema penal, implicando na perda da centralidade simbólica da condição humanizadora da política criminal, uma vez que os investimentos das políticas são direcionados, agora, para expansão da tecnologia a fim de ampliar o controle das pessoas catalogadas como grupos de risco[121]. Sob esse aspecto, o atuarismo penal, como estratégia de política criminal, encontra terreno fértil na caracterização atual da sociedade denominada como *sociedade de risco*[122-123] ou *sociedade do medo*, gerando amplas consequências no âmbito da realidade social, ampliando, sobremaneira, a sensação de insegurança, que, em grande percentual, foi decodificada como temor à criminalidade.[124]

Por isso, a tecnocracia penal do atuarismo tem sua gênese nos postulados da sociedade do risco, bem como na complexidade e incerteza provocadas pelos avanços tecnológicos capitaneados pelo sistema capitalista pós-industrial,

121. Conforme BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 60-61.

122. Os contornos da sociedade do risco são fornecidos por BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006, e LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo.* Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

123. Ver PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad de riesgo y derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MERTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287. Com efeito, na sua análise do tema do Direito Penal na sociedade do risco, Prittwitz adverte que sua reconstrução se aproxima dos postulados luhmannianos (apartando-se do diagnóstico de Beck, que o autor define de político-catastróficas) para aduzir que o denominado Direito Penal do risco, longe de conservar seu caráter fragmentário, converteu-se em um controle expansivo. Por outro lado, o termo expansivo, para Prittwitz, tem um significado tridimensional, isso pela acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos (como o meio ambiente, mercado de capitais, saúde pública); o adiantamento das barreiras de proteção e punição (crescimento dos crimes de perigo, notadamente abstratos) e redução das exigências de reprovabilidade rumo à adoção do modelo de periculosidade. A análise crítica de tal funcionalização do Direito Penal é oferecida pela escola de Frankfurt, na obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000. Consultar, nesse particular, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoiesis* do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 95, p. 239-271, mar.-abr. 2012.

124. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión:* el sistema penal en. tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 80-81.

culminando na consolidação do modelo da sociedade da *segurança sentida* (Bauman)[125]. E, para debelar essa onda de insegurança, midiaticamente[126-127], traduzida em termos de aumento de crimes, o controle centra-se em determinadas categorias de sujeitos, que, por sua posição social, representam risco à segurança cognitiva da população.[128] No limite, passa-se à gestão e ao controle de determinados grupos, aos quais se dirigem a vigilância, a incapacitação e a intimidação. Abandona-se o argumento de responsabilidade e capacidade de entendimento entre os sujeitos em favor de um discurso sobre o risco e fatores do risco. Enfim, o controle despersonaliza-se e coletiviza-se no ambiente social.[129] Nesse passo, razão assiste a Brandariz García quando diz que o atuarismo penal aparece como uma tese que confere à racionalidade neoliberal e neoconservadora a solução dos problemas da criminalidade, já que, valendo-se de uma *justiça expressiva*, se orienta, tão só, à minimização das sensações sociais de insegurança, revelando-se, por outro lado, incapaz de orientar e ressocializar[130-131].

125. BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido:* la sociedad contemporánea y sus temores. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 167 e ss.

126. Ver VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico*: el afuera comienza aquí. Trad. Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011. p. 40-43. Na lição de Virilio, na atualidade, está-se diante da ameaça da desmesura de uma "democracia da emoção", isto é, de uma emoção coletiva, sincronizada e globalizada, que, como um "ácido", ameaça dissolver a democracia de opinião pública, em benefício de uma emoção coletivista instantânea, abusada, de forma intensa, pelos predicadores populistas, que constitui uma verdadeira arma de destruição massiva da realidade (perspectiva "dromológica" de aceleração da realidade dos fatos), ilustrada pelo pós-guerra do Iraque.

127. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

128. Como diz Anitua, na ausência de uma utopia reeducativa, o cárcere sobrevive hoje como um lugar em que se reduzem os riscos. Cuida-se (a prisão) de uma máquina que não tem que fazer nada, que não cria, nem transforma. Na sua essencialidade, o cárcere do século XXI busca a exclusão dos incapacitados seletivos (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceres y controles*. Buenos Aires: Didor, 2011. p. 104-105). Ver p. 106-107.

129. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estrategias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 70-71.

130. BRANDARIZ GARCÍA. Op. cit., p. 81.

131. Nesse sentido, a doutrina de SAANINGEN, René Van. *Perspectivas europeas para una criminología crítica.* Trad. Silvia Susana Fernandez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 333-350. Conforme Saaningen, o controle penal, sob a lógica atuarial, encontra-se baseado na evolução do risco, e não mais nos princípios penais tradicionais, visto que a coerção penal se transmudou em uma estratégia política das sociedades de risco, o que significa que o controle não mais se encontra orientado por ideais políticos, senão pela lógica negativa de eliminar os riscos do desenvolvimento tecnológico.

O problema da prática atuarial é que ela não se organiza sob uma lógica inclusiva; ao contrário, segue o pensamento de que deve excluir, da sociedade, segmentos irrecuperáveis[132-133]. Emerge, de forma central, como uma tecnologia imunitária, com o objetivo de controlar grupos de risco os inimigos internos e externos das democracias atuais[134-135]. Trata-se de um *governo de segurança*, que Pavarini, com felicidade, denomina de uma arte abjeta, práxis neoliberal, que fundou uma inversão na segurança dos direitos fundamentais, determinando novos critérios de acesso à tutela dos direitos só para os membros que a merecem.[136]

4. A criminologia do reconhecimento como crítica ao projeto imunitário da justiça atuarial: apontamentos a partir da teoria do reconhecimento de Honneth

Na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Honneth[137] assume a tarefa de apresentar uma crítica social, ampliando o

---

Por outro lado, ainda, segundo o autor, o atuarismo corresponde a uma sociedade em que a sociabilidade não se refere a vínculos positivos de inclusão e solidariedade, mas, sim, que se baseia no medo líquido.

132. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 82-89.

133. Virilio denomina esse "grande encerro" (teste da globalização) de uma informação "metageofísica" planetária, característica de uma "Foreclusão" (VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico*: el afuera comienza aquí. Trad. Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011. p. 80).

134. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 15-63.

135. No dizer de Anitua, o "controle punitivo selvagem" atual, que ampliou, sobremaneira, o sistema e a população carcerária, não cumpre nem declama funções correicionais, senão que se converteu em um mero espaço custodial. E a inocuização constitui-se no mais severo exemplo das autênticas "fábricas de exclusão", que se tornaram as prisões contemporâneas (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceres y controles*. Buenos Aires: Didor, 2011. p. 92 e ss.).

136. PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*: ensayo sobre el govierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

137. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

conhecimento sobre as atuais formas de poder e de dominação social que bloqueiam a comunicação, revisitando a *dialética da ilustração*. Partindo de percepções de injustiça, de sentimentos de desprezo em face do não reconhecimento que prepondera na irracionalidade da moderna sociedade capitalista, o autor expõe o modelo teórico-normativo de uma luta, moralmente, motivada por reconhecimento, com base nas teorizações de Hegel e de G. H. Mead. Na luta pelo reconhecimento, Honneth institui o caráter normativo de sua teoria da sociedade e de sua eticidade, baseado em condições intersubjetivas de integridade pessoal e de reconhecimento intersubjetivo[138-139], para dar conta das patologias da sociedade contemporânea e da possível naturalização das experiências de desrespeito e desprezo, matizadas pela indiferença da orientação econômica.

Para criticar a reificação e as práticas de desrespeito, Honneth entende que a história da sociedade e de seu sistema de direitos se dá a partir da pressão por ampliação das relações de reconhecimento. Assim, a luta por reconhecimento aproveita as mudanças experimentadas pela modernidade, notadamente do seu processo evolutivo social e moral na promoção dos direitos humanos e fundamentais, sendo recepcionada como uma espécie de *pressão social* que fomenta novas condições de participação social na formação racional da vontade pública, sujeita, pois, a um permanente questionamento.[140] No seu mister, Honneth, com acerto, acena para a história conflitiva da constituição dos direitos fundamentais.[141] Diante disso, percebe-se que as condutas comunicativas e as formas de vida em sociedade estão entrelaçadas por pretensões recíprocas de reconhecimento, ou seja, a socialização intersubjetiva é orientada pelas experiências de sofrimento e indignação contra a falta de consideração e desprezo às pessoas. No seu projeto, Honneth defende a ideia de que as lutas são, moralmente, motivadas pelo modelo do conflito que impera na sociedade. Com base em uma versão materialista da luta pelo reconhecimento, trabalhando com a premissa básica de que a constituição do eu pressupõe um reconhecimento intersubjetivo recíproco e assumindo a teoria da intersubjetividade de Hegel, entende que,

138. MADUREIRA, Miriam Mesquita Sampaio. Introdução a obra *crítica del agravio moral*: patologias de la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 20-21.

139. HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologias de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2009. p. 51-116.

140. Ibidem, p. 156 e ss.

141. Ibidem, p. 193.

na sociedade, moderna existem formas distintas de reconhecimento (amor/direito/solidariedade), que importarão no grau de autonomia do sujeito, uma vez que o processo de formação de identidade passa pelo conflito intersubjetivo, cujo resultado será o reconhecimento ou não de suas pretensões.

O primeiro modelo, ou esfera, chamado de amor, com apoio na psicanálise, corresponde às relações que têm por objeto a natureza afetiva do indivíduo como um ser carente: compreende, portanto, todas as relações primárias ou ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, não se limitando às relações sexuais havidas entre pessoas, abarcando, além do amor, a amizade e, de forma prioritária, a família.[142] O reconhecimento, na esfera do amor, corresponde à primeira etapa do reconhecimento recíproco, pois é aí que os sujeitos confirmam, mutuamente, suas carências recíprocas (estado carencial e de total dependência com relação ao outro, como se dá entre a mãe e seu filho, desde os primeiros dias do nascimento), em uma experiência de dedicação amorosa em que um somente se reconhece no outro, em face da completa dependência ao outro (*ser em si mesmo em um outro*). Aqui, Honneth descreve a relação de dependência e cuidado da mãe com relação ao filho, o qual, a partir da dedicação amorosa da mãe, adquire confiança e segurança emocional (autoconfiança), fundamentais para sua autonomia e realização pessoal. Em tal esfera do reconhecimento, há uma dependência absoluta que corresponde ao desenvolvimento infantil, na qual a mãe e o bebê se encontram em um estado de *relação simbiótica*, porque a dependência total da criança e a necessidade de atenção total por parte da mãe fazem com que uma individualidade se encontre na outra em uma verdadeira unicidade.[143] Dessa forma é que a criança, cuidada de maneira carinhosa e pacienciosa pela mãe, adquire autoconfiança, a capacidade de desenvolver, positivamente, sua autorrealização e seu autorrespeito indispensáveis à autonomia pessoal, tão cara a uma efetiva socialização e integração na vida pública.[144] Em síntese, na relação de reconhecimento na esfera do amor é que se prepara, segundo Honneth, o caminho para uma espécie de autorrealização em que os

142. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 159 e ss.

143. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas*: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008. p. 1. Disponível em: [htttp/redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002]. Acesso em: 27.08.2014.

144. Consultar VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 215-238, mar.-abr. 2012.

sujeitos alcançam uma confiança elementar em si mesmos; a segurança emotiva que é produto do experimento de suas próprias carências intersubjetivas, forjando a base psíquica para o desenvolvimento de atitudes de autorrespeito, fundamentais à participação autônoma na vida pública[145-146].

Já no modelo de reconhecimento pelo Direito, conforme Honneth, só se pode chegar a uma compreensão do eu como portador de direitos quando se assume a obrigação de que o *outro generalizado*, parceiro da mesma organização social, é portador dos mesmos direitos.[147] Corresponde ao reconhecimento jurídico o respeito à autonomia da pessoa enquanto dotada de responsabilidade moral. Dizendo de outro modo, no reconhecimento recíproco do direito, há uma obrigação moral de reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de iguais direitos, demonstrando atitudes de autorrespeito. Tais expectativas legítimas dos parceiros da interação social somente se revelaram possíveis quando o Direito passou a ser informado por princípios universais em uma moral pós-convencional, submetendo-o às pressões de fundamentação, associadas à ideia de um acordo racional acerca das normas controversas.[148] Dessa forma, a integração social regrada pelo sistema jurídico implica que o procedimento para a produção das normas garanta o consentimento de todos os parceiros (situação ideal do pensamento de Habermas[149], que pede manifestações livres e iguais para todos participantes do discurso), pois é isso que garante a capacidade de se decidir sobre questões morais controversas.

Logo, no reconhecimento pelo Direito, há uma reciprocidade em que todos obedecem à mesma lei, que é fruto do consenso, reconhecendo-se como pessoas capazes de decidir, com autonomia individual, questões controversas. Em síntese, nesse modelo, há, implicitamente, a exigência de reconhecer o outro como membro, com igual valor, de uma determinada coletividade política.[150]

145. HONNETH. Op. cit., p. 177-178.

146. Ver SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo pensamento criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUC, 2010. p. 103-105.

147. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 179.

148. Ibidem, p. 179-181.

149. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113 e ss.

150. Ibidem, p. 189-191.

Dessa forma, o sujeito somente possui reconhecimento jurídico quando dispõe de capacidade abstrata para poder orientar-se por normas morais, mas também do acesso a bens materiais para tanto.[151] Assim, somente a partir da edificação de direitos básicos fundamentais e de uma imputabilidade moral, é que a pessoa humana passou a ser digna de respeito e reconhecimento. E, por merecer respeito dos demais integrantes da coletividade, é que ela pode respeitar a si própria (autorrespeito). Em conclusão, o sujeito experimenta o reconhecimento jurídico quando compartilha com todos os outros membros da coletividade, livre de constrições materiais, e de forma autônoma, a formação discursiva da vontade geral.[152]

Por fim, Honneth afirma que os sujeitos humanos necessitam, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma outra esfera que lhes permita uma referência positiva de suas aptidões concretas, a saber: a estima social, isto é, reconhecimento da personalidade própria. Dessa forma, na esfera da estima social, é que os sujeitos encontram reconhecimento conforme o valor socialmente definido de suas propriedades concretas, de suas diferenças sociais ou propriedades particulares.[153] No âmbito da estima social, que é determinada por valores éticos que perpassam a sociedade, o pluralismo valorativo assume relevante papel, visto que, com a abertura a novos valores, cria uma nova cultura que dá valor à biografia individual. Por outro lado, a consolidação do modelo da estima social (ou solidariedade), que avalia, positivamente, as propriedades individuais da personalidade de determinada pessoa, só se revelou possível, de igual sorte, com a passagem para a modernidade e consequente rompimento com uma ordem tradicional e hierárquica (fundada na posição social do indivíduo). Com efeito, na modernidade, é que a ordem social é submetida a um processo conflituoso, a um choque de culturas e novas orientações éticas, alterando-se a escala de valores da sociedade tradicional, abalando, portanto, certas convicções religiosas e metafísicas, fazendo surgir novas obrigações éticas.[154]

Sob essa ótica, a estima social, no curso das transformações ocorridas na sociedade, migra do estamento tradicional para uma relação jurídica que

151. Op. cit., p. 193.

152. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 193-194.

153. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 198-199.

154. Ibidem, p. 200-203.

consagra o valor da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, garantindo, portanto, o direito à diferença. Uma vez que a pessoa é o centro, deve ser garantida a proteção jurídica de sua reputação social; afinal, nas palavras de Honneth, "uma pessoa só pode se sentir valiosa quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais"[155].

Por outro lado, a tais formas de reconhecimento, Honneth opõe três formas de desprezo ou de desconsideração, que sintetizam a ausência de reconhecimento: 1) ausência da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima, causada pelos maus-tratos e pelas ofensas à integridade física; 2) privação/exclusão de direitos; e 3) humilhação/degradação. Com efeito, os maus-tratos físicos infligidos ao sujeito ferem sua confiança advinda do amor e dedicação afetiva, provocando a *morte psíquica* do sujeito. Já na privação dos direitos, há um rebaixamento que despe a pessoa do autorrespeito moral, pois não é reconhecida pelos parceiros da integração social, sendo excluída de qualquer pretensão social e sem reconhecimento como membro de igual valor em determinada comunidade. Por isso, a privação de direitos e exclusão social limitam a autonomia pessoal e a própria ideia de associação, correspondendo à *morte social*. Por último, quando há um rebaixamento do valor social de determinados indivíduos ou grupos sociais, tem-se a ofensa/degradação, violando-se a dignidade da pessoa.[156] Assim, o desrespeito e a reificação constituem conceitos negativos que não só representam, no pensamento de Honneth, uma injustiça, pois privam os sujeitos de sua liberdade de ação, ou infligem danos, mas que também ferem as pessoas na compreensão de si próprias. Efetivamente, trata-se de hipóteses de vulnerabilidade do outro enquanto ser humano, identificadas nos conceitos de desrespeito ou negação do reconhecimento. Com efeito, a autoimagem normativa de cada ser humano depende, na lição de Honneth, de um resseguro constante no outro.[157]

A negação do reconhecimento experimentada, afetivamente, pelos sujeitos humanos pode acarretar, no plano motivacional, impulso para a resistência social e para o conflito. Nesse particular, a versão positiva da criminalidade

155. Ibidem, p. 206-210.

156. Conforme VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 223-226, mar.-abr. 2012.

157. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 206-210.

denunciada pela criminologia[158] constitui um exemplo significativo, porque o sofrimento humano, a tortura e as violações, acompanhados de práticas que os legitimam, traduzem-se num dramático colapso da confiança do sujeito, que impede sua autorrealização no ambiente de determinada sociedade. Da mesma forma, a privação de direitos, aqui incluída a exclusão social, traduz-se em um rebaixamento moral, que afeta o autorrespeito moral, porque a negação de pretensões jurídicas, socialmente, relevantes (expectativas normativas) significa uma defraudação na expectativa intersubjetiva do sujeito de ser reconhecido como alguém dotado de igual autonomia moral, isto é, parceiro na interação social.[159] Na mesma linha, uma *valorização negativa* conferida a certos indivíduos ou grupos sociais, tais como negros, pobres, gays, delinquentes, desempregados, negando-lhes valor social, caracteriza-se como ofensa ou degradação, inviabilizando a autorrealização no plano cultural da sociedade. Representa, efetivamente, o desprezo por algumas formas de vida, recepcionadas como marginalizadas.[160] Em suma, tais violações – *patologias sociais* – somente podem ser combatidas com a garantia social da primazia do reconhecimento. Elas desvelam o conflito que perpassa a luta pelo reconhecimento, visto que são fonte de ira, violência e resistência política, enfim, reações emocionais negativas de vergonha que estão no cerne do conflito decorrentes da ausência do reconhecimento intersubjetivo.[161] Nesse particular, razão assiste a Wieviorka[162], na sua análise dos novos movimentos sociais que surgiram após a crise da luta operária, quando ensina, por exemplo, que a delinquência juvenil (ou protestos de rua) em Paris pode ser explicada como figura de *antimovimento* (para se contrapor aos movimentos sociais tradicionais), espécie de *luta global* contra a exclusão social, o grande drama social da época atual. Também, na vertente do *mal*, pode ser uma das explicações para o terrorismo global (o excesso de descartáveis)[163].

Nesse quadro desolador, informado por uma violência sem precedentes de *economização da vida cotidiana*, uma questão filosófica impele o retorno ao

158. Consultar DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminológica. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 153 e ss.

159. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 216.

160. Ibidem, p. 217-218.

161. Ibidem, p. 219-224.

162. WIEVIORKA, Michel. *Em que mundo viveremos?* Trad. Eva Landa e Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 125 e ss.

163. Ibidem, p. 4-36.

tema da reificação, já que os habitantes da terra tendem a observar e tratar seus semelhantes como coisas inanimadas ou meros objetos, numa verdadeira *prostituição* das vivências e convicções sociais, peculiares a uma sociedade cunhada como líquida, que se especializou em excluir e instrumentalizar certas categorias de pessoas que são tratadas como coisas.[164] A reificação, em Honneth[165], na sua reconstrução baseada nos ensinamentos de Georg Lukács, serve para expressar equívocos ou patologias do pensamento atual e dos próprios sujeitos socializados, que se dá na perda das habilidades humanas e do surgimento de um pensamento falsificado e reificado. É verdade que, na sua empreitada, mantém um certo afastamento da teorização de Lukács, visto que este define, como a causa central da propagação da reificação, o intercâmbio de bens na sociedade capitalista, que subverte o agir comunicativo, uma vez que as pessoas, seguindo orientação mercantilista, passam a se orientar, de forma egoísta, na busca do lucro econômico, tratando o outro como um objeto ou coisa, potencialmente, aproveitável em termos econômicos.[166] No entendimento de Lukács, a reificação, que não se confunde com uma quebra de normas morais, apresenta-se como um hábito, costume (prática indolente, observadora e descomprometida), conduta difundida nas sociedades capitalistas no uso instrumental do outro.[167]

Honneth, por sua vez, entende a reificação de forma mais abrangente, porque não a limita ao intercâmbio de mercadorias, concebendo-a como um conceito negativo, pressupondo, na sociedade, uma prática naturalizada, expressa em condutas e pensamentos, que não mais percebem, nas outras pessoas, as características que as tornam exemplares do gênero humano, tratando-as como uma coisa ou algo despido de habilidades humanas.[168] Dessa maneira, para o autor, a reificação, no sentido sócio-ontológico, constitui-se numa prática que atenta contra as condições elementares que estão na base do discurso

164. HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio em la teoria del reconocimiento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007. p. 13-14.

165. Ibidem, p. 12-25. Conforme Honneth, foi Georg Lukács quem, mediante recompilação dos estudos de Marx, Weber e Simmel, forjou um conceito-chave de reificação para dar conta das patologias do sistema capitalista, afirmando que, na prática reificante, uma relação entre pessoas adquire um caráter coisificado.

166. Ibidem, p. 23-31.

167. HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio em la teoria del reconocimiento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007, p. 30-32.

168. HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 69-70, jan.-abr. 2008.

moral: uma ofensa aos pressupostos necessários do mundo da vida.[169] Honneth entende que a reificação não se limita à hipótese de instrumentalização ou coisificação do homem pelo sistema capitalista, que coloniza o mundo da vida, como quer Lukács. Conforme o autor, a reificação brota da ausência de reconhecimento.[170] Assim, a rebelião e a resistência social surgem da defraudação das expectativas de reconhecimento, formando a base motivacional do conflito, na qual as experiências individuais de desrespeito são interpretadas como vulnerabilidades do grupo inteiro, representando os sentimentos coletivos de injustiça.[171]

Em síntese, a reificação, na lição de Honneth, advém da ausência da adoção da perspectiva do outro ou do reconhecimento elementar, uma vez que, sem a experiência do outro, não há condições de dotá-lo de valores morais, tampouco há condições para poder apropriar-se de tais valores.[172] A atualidade do conceito de reificação, portanto, surge da tendência destrutiva que tem orientado a sociedade atual, que, no seu *genocídio industrializado*, não mais reconhece o outro na sua humanidade, mas, sim, como um adversário, um ser inanimado e coisificado, um inimigo que deve ser eliminado e combatido.[173]

5. Algumas considerações

O projeto da modernidade pensado no aprimoramento da razão, no crescimento moral e econômico na busca de uma sociedade igualitária e segura para todos não vingou. Ao contrário, o cenário atual é de esgotamento do mito do progresso e de uma crise social sem precedentes. Tal projeto *letrado*, em condições atuais de fragmentação constitucional e exclusão social, especializa-se na segregação dos excluídos do jogo do mercado, que passam a ser controlados pela lógica imunitária do sistema penal. Sob essa orientação, certas categorias de pessoas (consumidores falhos) são vistas como fontes de perigos (à propriedade privada e à sua *lex mercatória)*, legitimando um Direito Penal expressivo para lidar com a conflituosidade social. São tempos de expansão

169. Ibidem, p. 70-71.

170. Ibidem, p. 94-96.

171. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 257-258.

172. HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 63, jan.-abr. 2008.

173. Ibidem, p. 77-78.

do direito penal ou de *sobrecriminalização* (ou, ainda, de criminalização em excesso). Desloca-se de uma sociedade disciplinar/includente à sociedade do controle atuarial, forjando uma criminologia do *outro*, na qual o criminoso é tratado como um objeto, uma coisa, consolidando um pensamento embrutecido (prática reificante), que não mais consegue visualizar o delinquente como pessoa titular de direitos fundamentais, senão como algo perigoso. Tal diagnóstico vem, por exemplo, da arquitetura das grandes metrópoles, edificadas sobre fortalezas que separam a pobreza das ilhas de bem-estar (condomínios e espaços fechados ao grande público), bem como para o processo legislativo de exasperação das penas previstas à criminalidade tradicional (feminicídio, entre outros). O que resta, verdadeiramente, é um sentimento de impotência e mal-estar pelas atuais condições sociais experimentadas pela humanidade, exposta a toda sorte de violência e humilhações. O cenário é de desorientação e de anomia, espaço profícuo para florescer uma razão patológica, que interpreta e desloca à restrita linguagem do Direito Penal toda complexidade existente no ambiente social.

Sobressai, nesse processo desconcertante dos movimentos de globalização, um pensamento rígido que procura compensar a perda da unidade pelo controle penal, encobrindo a fenomenologia das relações sociais pela segregação. Estabelece-se um projeto político de *governar pelo crime*, privando as classes vulneráveis de uma devida segurança em direitos positivos, destacadamente econômicos e sociais. Cuida-se, efetivamente, de uma verdadeira patologia social, que busca pelo Direito penal e pelas práticas excepcionais (como o Direito Penal do inimigo), enfrentar a criminalidade, a qualquer custo, mesmo que seja com a negativa de reconhecimento e suspensão do estatuto jurídico.

Sob esse olhar, revela-se importante a lição de Giddens no sentido de que a governabilidade das sociedades capitalistas e seu poder para manter estáveis as condições de domínio e de mobilizar recursos para influenciar grande parte da população (exercício do controle social) encontra-se sob questão, já que um governo só existe quando há uma dupla relação entre os programas das autoridades dominantes e a *captação comportamental* daqueles que são governados.[174] Assume vital importância a *lealdade das massas* (ou solidariedade orgânica), sendo relegada a um segundo plano a questão da potência do Estado, principalmente pelo fato de que a *ordem* pode ser deslegitimada pelas

174. GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Trad. Beatriz Guimarães. São Paulo: EDUSP, 2008. p. 332-333.

hostilidades ou aversões aos principais padrões de conduta abarcados pela sociedade. Logo, a desilusão e a anomia, tomadas no sentido de insatisfação com os principais valores culturais – a ausência de uma orientação moral e coletiva sobre a vida cotidiana de seus indivíduos –, podem colocar em xeque a ideia da governabilidade da vida.[175] Nesse cenário, não se pode deixar de atentar para o fato de que a modernidade tende a deslizar para um sistema totalitário[176], fenômeno esse característico do século XX, já que o poder político se fundiu no desenvolvimento de tecnologias de vigilância e de guerra industrializada.[177] Portanto, a modernidade reclama, como adverte Giddens, uma *teoria política normativa da violência*, a fim de conter seu processo imunitário. Ora, a história humana forjou condições para emancipação da vida social de formas de opressão e de exclusão, produzindo, pela produção industrial, uma riqueza sem precedentes; entretanto, mesmo com tal aquisição evolutiva, a *vida boa* é negada, via imunização, à maioria da população, verdadeiros geradores da riqueza.[178] Portanto, revela-se necessário que se estabeleça um limite racional no controle do desvio, desvelando-se que ele é produto também da expansão do sistema capitalista e seus processos de desregulamentação e *anomia constitucional* (insegurança dos direitos fundamentais). Decerto, uma *teoria normativa da violência* poderia evitar um perverso controle penal vocacionado a exercer, de forma direta e sem a mediação do Direito, a violência da classe dominante e a sua tendência de se valer da *razão do Estado* para impor seus interesses econômicos. Afinal, uma definição de *desvio* (e seu tratamento) dentro de uma sociedade depende de uma série de outras condições sociais passando por uma consideração política.[179]

O conhecimento deveria ser utilizado para resgatar a humanidade dos seus eventos trágicos, dando-se conta de que a economia global é dominada, anomicamente, pelos mecanismos capitalistas e pelas corporações transnacionais (*Leviatã privado*), alertando que a divisão internacional do trabalho altamente

175. Ibidem, p. 333.

176. O totalitarismo pode ser detectado na utilização do terror e do medo, como um pensamento único e meio real de governo das massas, como forma de mobilização da população em favor de doutrinas repressivas. O pensamento gira em torno, unicamente, de técnicas de vigilância e controle, espécie de informação e comunicação codificada.

177. GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Trad. Beatriz Guimarães. São Paulo: EDUSP, 2008. p. 308.

178. Ibidem, p. 334-335.

179. Ibidem, p. 336-337.

desigual é a fonte maior de dor e sofrimento humano. Impõe-se uma nova preocupação *ecológica*, que não se resume às questões da exaustão dos recursos da Terra, senão por questões maiores, tais como a mudança nas relações humanas, começando pelo urbanismo moderno e suas formas de exclusão via exploração industrial[180-181] (*lógica do condomínio*)[182], que separou o homem da natureza e dos seus semelhantes, consolidando, nas cidades, um ambiente superficial e fortemente vigiado. Além disso, uma *crítica ecológica* pode desvelar que a vigilância assumiu um protagonismo no sistema mundial, intensificando as tendências totalitárias e imunológicas do Estado moderno.

A sensação é, verdadeiramente, de que um *mal-estar* ronda a modernidade, expressão essa que pode ser utilizada, na lição de Dunker, como um *metadiagnóstico* da discriminação e ambivalência vivenciadas pela sociedade moderna, que convive com as *patologias do reconhecimento*, advindas da indiferença ao sofrimento que se causa aos *foraclusivos*.[183] O *mal-estar* como sintoma atual representa o sofrimento humano de uma época em que a dignidade foi substituída pela liberdade de comércio, propiciando uma exploração cínica e letal, impedindo, de tal sorte, que o sofrimento humano seja enunciado como uma narrativa política, isto é, na forma de reconhecimento. Nesse particular, a impossibilidade de se traduzir a exclusão e a invisibilidade social em política de reconhecimento (a sua cura) pode ser uma explicação parcial ao tratamento dos imigrantes na Europa, aos protestos de rua que se sucedem mundo afora, especialmente em Paris, Barcelona e no Brasil, que, no limite, deslizam de movimentos sociais informais (que, na sua maioria, reúnem jovens e estudantes, desempregados) a práticas de terrorismo. Efetivamente, não se pode olvidar que o sofrimento humano é fator político e, quando se conecta com

180. Op. cit., p. 348-349.

181. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: 34, 2000. Especialmente p. 301-340. Na lição da autora, os muros (e São Paulo constitui-se no melhor exemplo de cidade-muro), uma vez que implicam o esvaziamento dos espaços públicos, significam a implosão da vida pública na era moderna, transformando a paisagem urbana em prol de estratégias de segurança que vão além da garantia de proteção. Assim, os encontros nos espaços públicos, segundo ela, tendem a se tornarem mais tensos e conflitivos, visto que estão fundados no medo e na desconfiança, inviabilizando que as pessoas reconheçam, nos grupos diferentes, os concidadãos.

182. DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 47-99.

183. Ibidem, p 188.

experiências de perda da identidade, dá ensejo às práticas de *restituição* ou da *suspensão da lei*, caso dos exemplos anteriormente citados. Sob essa ótica, *mal-estar* – Dunker – corresponde à *impossibilidade de estar*, à *negação de estar*, enfim, à *ausência de lugar*, ou seja, às práticas de desprezo, insatisfação, infelicidade e sofrimento que decorrem da ausência do reconhecimento, rotineiras na reificação moderna.[184]

O sofrimento humano necessita sair do *estado de indeterminação*, fato que ocorre enquanto permanece sem uma narrativa política; deve ser pensado no quadro de uma teoria do reconhecimento. Tal narrativa, entretanto, não pode limitar-se à questão da lei, principalmente pelo fato de que, na lei, também há uma violência que a produz, que a conserva, além da violência divina[185], está próxima ao *estado de exceção permanente* propiciado pela fusão entre a lei e a segurança.[186] Com efeito, a liberdade e a autonomia não podem ser lidas em termos legais, trazendo a cultura da intolerância para as bordas da lei. Na importante advertência de Dunker, o sofrimento da indeterminação (ou a dor não enunciada como liberdade: a invisibilidade social) é o fator social da insegurança, ou da cultura da administração atuarial dos riscos que, segundo ele, na *lógica do condomínio* e de sua segregação espacial e simbólica, privatiza o espaço público e *hipernormatiza* o social. Com tal política repressiva, a possível solução do sofrimento humano é postergada em prol da implementação de medidas securitárias. O conflito e o desvio não são mais *curados* pela comunidade e suas redes de solidariedade, que, sob orientação economista da vida social, isentam-se de suas responsabilidades sociais, ativando a imunização do Direito Penal.[187] Olvida-se que o sofrimento da indeterminação reside na rejeição patológica da realidade social, ou absolutização de *modelos incompletos de liberdade* e seus bloqueios de experiências de reconhecimento[188].

184. Ibidem, p. 192-219.

185. Ver ZIZEK, Slavoj. *Violência*. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 155. Conforme Zizek, sob o domínio da violência divina pura, em que prepondera o poder absoluto da soberania, matar não é expressão de patologia pessoal (ou de uma pulsão idiossincrática e destrutiva), nem crime (ou a sua punição), sem um sacrifício sagrado, senão que coincide em parte com o dispositivo biopolítico dos *Homini sacer*, que permite que a vida natural seja aniquilada. E o exemplo dela vem no terror revolucionário e na questão dos imigrantes.

186. DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 225.

187. Ibidem, p. 226.

188. Ibidem, p. 228-229.

Um bom exemplo de *liberdade incompleta* vem da implosão da vida pública moderna, como já notado, vem do retorno dos *muros* e dos *campos*. Com efeito, anteriormente, a experiência de vida moderna era vivenciada em logradores públicos (afinal, vem da filosofia heideggeriana que o homem é um ser lançado no mundo, *ser-com-outro* ou *ser-aí*), não sendo por acaso que a paisagem se centrava em ruas largas e espaços abertos (praças, parques, enfim, *espaços de encontros* impessoais e anômicos). Entretanto, tal arquitetura foi substituída pelos *enclaves fortificados*[189], os quais atestam o caráter privado dos empreendimentos urbanos contemporâneos. É o lugar do novo *status* da burguesia, que eliminou a sociabilidade das ruas e dos espaços públicos, que, agora, se tornaram lugares perigosos e que devem ser evitados... Há um *mal-estar* nas democracias modernas que repousa na obsessão por segurança, com a restrição da liberdade e retorno das emergências extralegais, estratégias do biopoder intolerante e excludente rumo à construção do inimigo.[190] O medo substitui a cidadania e a virtude cívica como fundamento da democracia.[191]

Nesse estado da arte informado pela obsessão de segurança e, por tal razão, hipernormativo, despreza-se o ensinamento criminológico forjado no sentido de que a segurança não é um problema que comporte uma solução radical. De Pavarini vem a relevante lição de que não há *pharmaco* que possa debelar tal mal, até porque se trata de uma disfunção social, e não uma doença propriamente dita. Logo, a questão da insegurança, tema em voga na atualidade e que ocupa, de forma central, a mídia, ainda não foi adequadamente formulada, já que a governabilidade pode e deve, sim, cuidá-la, mas jamais prometer politicamente o seu fim. O que pode ser almejada, com modéstia, é a sua redução a níveis razoáveis de civilidade. A segurança não pode ser tratada como um *bem privado*; ao contrário, somente pode ser entendida como um *bem público*, como dever de efetivação de todos os direitos fundamentais ou de se implementar uma *segurança em direitos*[192],. Sob essa ótica, deve-se referir, ainda na lição de Pavarini, que a desordem social e a criminalidade são produzidas ou ampliadas pelo *processo definitório da ilegalidade*, tais como o tráfico de drogas,

189. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: 34, 2008. p. 302-327.

190. GALLI, Carlo. *El malestar de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de cultura Económica, 2013.

191. Ibidem, p. 65.

192. PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: AD-HOC, 2006. p. 238 e ss.

a prostituição, a pedofilia, que se converteram em emergências de segurança por uma decisão política. E o caso do tráfico de drogas (encarado no mundo como uma guerra perdida) é paradigmático, visto que o controle concentra-se no aspecto formal (sistema penal, especialmente policial, que necessita de uma polícia treinada e respeitosa aos postulados dos direitos humanos, evitando-se o seu envolvimento com o crime organizado), sem contar com os importantes aportes do controle informal, a saber: o serviço social e assistencial, do capital social (família, voluntariado), que são fundamentais e mais eficazes à efetivação do controle social na matéria em apreço.[193]

Em termos definitivos, o controle penal, que está no centro dos questionamentos atuais, depara-se com novas *expressões jurídicas*, como a do Direito Penal do risco e a do Direito Penal do inimigo[194], encontra-se com duas orientações: a primeira corresponde ao pensamento daqueles que têm uma clara concepção de que o sistema penal é um instrumento que procura solucionar os conflitos mais graves que afetam à coexistência dos indivíduos e grupos reconhecidos, respeitando a sua diversidade e evitando a *guerra contra todos*. Afirma-se sob uma orientação respeitosa à *ontologia do ser*, preservando a índole humana do Direito. Já na segunda, seguindo o ideal de um determinado esquema de sociedade, de forma que sua preservação ou identidade se converta em um fim, serão os indivíduos e grupos sociais quem deverão adaptar-se às exigências normativas do legislador. Sob tal orientação, a administração estatal da dor não se limita a intervir em casos que signifiquem uma lesão ou perigo concreto a bens jurídicos caros às pessoas, senão que ficará reduzida a garantir a incolumidade de uma estrutura de poder política ou econômica.[195]

O dilema, no pensamento de Niño, é que se passou, no âmbito do sistema social, da sociedade de dominação, época em que o capital explorava o trabalhador, mas precisava dele, a uma sociedade de exclusão, espaço em que a tecnologia expulsa aceleradamente legiões de indivíduos, numerosos demais para as fábricas e os cárceres. Para Niño, não é aventurado predizer que a sociedade excludente acabe dando passagem a uma sociedade do extermínio, que se daria quando os lucros da indústria do controle do crime colidissem com

193. Ibidem, p. 239-240.

194. Conforme NIÑO, Luis Fernando. Da sociedade da dominação à sociedade da exclusão; da Sociedade da Exclusão à Sociedade do Extermínio. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 145-160.

195. Ibidem, p.156.

os interesses dos contribuintes.[196] Efetivamente, as luzes não foram capazes de dissipar *as pesadas brumas das manhãs primitivas que impediam que os selvagens e os bárbaros, mergulhados no embrutecimento ou na crueldade, apreendessem sua própria humanidade*[197].

Assim, os ventos sopram em favor da segunda orientação, pois o saber criminológico é relegado à função de gerir e controlar grupos de risco, não detendo mais a intenção de identificar e combater as causas sociais da criminalidade.[198] Na alusão de Aniyar de Castro[199], as atuais políticas criminais regressivas informam uma *contrarreforma humanística* do sistema penal, remetendo ao conceito de Sociedade do Risco, uma vez que é, em tal momento, quando os medos, as ansiedades, além da pobreza e dos riscos extremos, passam a ser administrados pelo controle formal dos estados.[200]

6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceres y controles*. Buenos Aires: Didor, 2011.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. La criminologia crítica em el siglo XXI como criminologia de los derechos humanos y contra-reforma humanística o "las teorias criminológicas no son inocentes". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 76, p. 265-291, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

196. Ibidem, p 159-160.

197. MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*: ensaio sobre o i-mundo moderno. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002. p. 39-41.

198. Consultar ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2015. p. 813-835.

199. ANIYAR DE CASTRO, Lolita. La criminologia crítica en el siglo XXI como criminologia de los derechos humanos y contra-reforma humanística o "las teorias criminológicas no son inocentes". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 76, p. 265-291, 2009.

200. Ibidem, p. 275-276.

BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido*: la sociedad contemporánea y sus temores. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006.

BECK, Ulrich. Viver a própria vida num mundo em fuga: individualização, globalização e política. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. São Paulo: Record, 2004.

BEIRAS, Iñaki Rivera. História y legitimación del castigo. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: SCHÖNE, Wolfgang (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave, 2009.

BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BERGALLI, Roberto. Sistema penal y exclusión social: deterioro y perversión em y para el Estado de derecho? In: SCHÖNE, Wolfang (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave Mario A. Vieira, 2009.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión:* el sistema penal en tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

BUTLER, Judith. *Marcos de guerra*: las vidas lloradas. Trad. Bernardo Moreno Carillo. Buenos Aires: Paidós, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. I e II.

CASTEL, Robert. *Discriminação negativa*: cidadãos ou autóctones. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.

CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres*: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social*: que es estar protegido. Buenos Aires: Manatial, 2004.

CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres*: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTELLS, Manuel. Tecnologia da informação e capitalismo global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitárias y democracia*. Barcelona: Trotta, 2000.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*: estrategias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pal Pelbart. São Paulo: 34, 2008.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Barcelona: Paidós, 1987.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia*. Trad. José Vázquez Pérez. 8. ed. Valencia: Pré-textos, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia*: *o homem delinquente e a sociedade criminológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015.

DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso ou progresso como ideologia*. São Paulo: UNESP, 2006.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da bipolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Sobre la ilustración*. Trad. Havier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio Campillo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GREGO, Luis. As regras para a busca detrás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 8-40, maio-jun. 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança social. Trad. Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. São Paulo: Vozes, 2005. v. 1.

HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guilhermo Hoyos (Comp.). *Filosofia y teorías políticas entre la crítica y la utopia*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologias de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernádez et al. Madrid: Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v. 08, n. 1, p. 69-70, jan.-abr. 2008.

HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio en la teoria del reconocimiento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível*: como observar e interpretar as transformações do mundo actual. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JAMESON, Fredric. Posmodernismo y sociedad de consumo. In: HABERMAS, Jürgen et al. *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006.

LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado*: la subjetividad em la era de la fluidez. Barcelona: Paidós, 2004.

LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Porto: Escorpião, 1974.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna.* Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate*, Ijuí, n. 23, p. 25-49, jan.-jun. 2005.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoiesis* do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 95, p. 239-271, mar.-abr. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração*: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

MADUREIRA, Miriam Mesquita Sampaio. Introdução a obra *Crítica del agravio moral*: patologias de la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a pós-modernidade*: o lugar faz o elo. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004.

MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*: ensaio sobre o i-mundo moderno. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário. Trad. Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

NOVAES, Adauto (Org.). Crepúsculo de uma civilização. In: NOVAES, Adauto. *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 7-18.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza, 2009.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MERTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Los nuevos modelos penales de intervenção securitária. In: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali (Coord.). *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal*: a quien deve sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004.

SAANINGEN, René Van. *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Trad. Silvia Susana Fernandez. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2011.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos* II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Civitas: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008. Disponível em: [htttp/redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002]. Acesso em: 27.08.2014.

SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas*: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna. Trad. Garmán Cano. Valencia: Pre-textos, 2005.

SWAANINGEN, René Van. *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Trad. Silvia Susana Fernandez. Montevídeo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

TODOROV, Tzvetan. *Es espíritu de la ilustracción*. Trad. Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2008.

TOURAINE, Alain. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo hoy*. Trad. Agustín Tobajas y María Tabuyo. Barcelona: Paidós, 2005.

VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación*: ética, política y derecho. Barcelona: Paidós, 2004.

VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 223-226, mar.-abr. 2012.

VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico*: el afuera comienza aquí. Trad. Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad*: gueto, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- As finalidades ocultas do sistema penal, de Fernanda Carolina de Araujo Ifanger e João Paulo Ghiraldelli Dal Poggetto – *RBCCrim* 124/259-297 (DTR\2016\24300).

O "anjo da história" e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário?

The "angel of history" and criminal expansionism: towards a totalitarian model?

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito (Unisinos). Mestre em Direito (Unisinos). Professor do Mestrado em Direitos Humanos (Unijuí) e dos cursos de graduação em Direito da Unijuí e Unisinos. Advogado.
madwermuth@gmail.com

Recebido em: 28.03.2017
Aprovado em: 12.09.2017
Última versão dos autores: 16.09.2017

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O fenômeno expansionista vivenciado pelo Direito Penal, orientado pela busca por uma maior "eficiência" na "prevenção" e no "combate" às novas formas assumidas pela criminalidade na contemporaneidade, assenta-se na ideia de que se faz necessária a flexibilização e/ou supressão de garantias, consideradas como "entraves" à consecução desses objetivos. Considerando esse contexto e partindo de uma concepção de história pendular (caracterizada por períodos de avanços e retrocessos) e não linear (ideia de tempo histórico evolutivo e progressista), o presente artigo orienta-se pelo seguinte problema: a partir da análise de algumas características do processo de expansão punitiva na contemporaneidade, é possível afirmar que elas se coadunam com um modelo de Estado totalitário (de exceção), conforme o modelo descrito na parte final da obra *Punição e estrutura social*, de Rusche e Kirchheimer (1938)? O texto encontra-se estruturado em duas seções: primeiramente, são apresentadas as características apontadas pelos referidos autores no que se refere às políticas

Abstract: The expansionist phenomenon experienced by the Criminal Law, guided by the search for a greater "efficiency" in "prevention" and "combat" to the new forms assumed by contemporary criminality, is based on the idea that it becomes necessary the flexibilization and/or suppression of guarantees, considered as "obstacles" to the achievement of these objectives. Considering this context and starting from a conception of pendular history (characterized by periods of advances and setbacks) and nonlinear (idea of evolutionary and progressive historical time), the present article is guided by the following problem: from the analysis of some characteristics of the process of punitive expansion in contemporaneity, is it possible to affirm that they fit in with a model of totalitarian state (of exception), according to the model described in the final part of Rusche and Kirchheimer's (1938) *Punishment and Social Structure*? The text is structured in two sections: firstly, the characteristics pointed out by the aforementioned authors with regard to criminal policies

penais sob os regimes fascistas; na sequência, essas características são cotejadas com as tendências que têm sido observadas como características do fenômeno do expansionismo penal. Para a concretização da pesquisa, o método de abordagem empregado foi o fenomenológico.

Palavras-chave: Direito Penal – Expansão – Punitivismo – Estado Democrático de Direito.

under the fascist regimes are presented; in the sequence, these characteristics are compared with the tendencies that have been observed as characteristics of the phenomenon of the criminal expansionism. For the realization of the research, the method of approach employed was phenomenological.

Keywords: Criminal Law – Expansion – Punitivism – Democratic State ruled by law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Rusche e Kirchheimer e as novas tendências na política penal europeia no início do século XX sob influência do fascismo e do nacional-socialismo. 3. A expansão do direito penal na contemporaneidade e a retomada do componente aflitivo do processo e das penas como marcas características da política criminal do nosso tempo. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

> *A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrindo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral. Há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano torne o problema do tratamento penal mais compreensível e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem social.*
> (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282).

1. Introdução

O fenômeno que, na contemporaneidade, tem sido denominado de "expansão do Direito Penal" apresenta como principal característica a retomada da confiança na capacidade de se solucionarem problemas sociais pela via da intervenção punitiva. Considerando-se, no entanto, que os referidos problemas são potenciados pelas novas tecnologias e pelas novas formas assumidas pela criminalidade, torna-se consenso o fato de que o Direito Penal e Processual Penal de cariz liberal – assentado sobre a ideia de proteção aos direitos e garantias fundamentais (Magna Carta) do acusado – precisa rever as bases sobre as quais se sustenta, dado que se passa a exigir maior "eficiência" na "prevenção" e no "combate" às situações que envolvem a prática delitiva. Nesse sentido, a

flexibilização/supressão de garantias assume papel de destaque, uma vez que, não raro, elas são consideradas como "entraves" à eficiência que se espera da resposta estatal ao delito. Isso confere ao processo expansionista um verniz autoritário e favorável à repressão, que não se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A partir desse *background* e de uma concepção de história caracterizada por períodos de avanços e retrocessos (pendular), e não por uma ideia de tempo histórico evolutivo e progressista (linear) (BENJAMIN, 2012; LE GOFF, 1996; TURINI, 2004), o presente artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: a partir da análise de algumas características do processo de expansão punitiva na contemporaneidade, em que medida se pode afirmar que elas se coadunam com um modelo de Estado totalitário (de exceção), conforme o modelo descrito na parte final da obra *Punição e estrutura social*, de Rusche e Kirchheimer (1938), guardadas as devidas diferenças entre os contextos históricos?

No intuito de responder a essa indagação, o texto encontra-se estruturado em duas seções: na primeira, busca-se apresentar as ideias desenvolvidas pelos sobreditos autores no penúltimo capítulo da obra em comento, intitulado *Novas tendências na política penal sob o fascismo*; na segunda, essas características serão utilizadas para a realização de um cotejo com as tendências que têm sido observadas como características do fenômeno contemporâneo do expansionismo penal, de modo a investigar em que aspectos se torna possível estabelecer alguns paralelos. Aqui é que se justifica o título dado ao trabalho: a leitura alegórica que Walter Benjamin (2012) faz da obra *Angelus Novus* (1920), de Paul Klee,[1] é empregada para ilustrar esse movimento histórico pendular entre

1. Em sua *IX Tese sobre o Conceito de História*, ao analisar a obra *Angelus Novus*, de Paul Klee (1920), Walter Benjamin (2012, p. 11) constrói a seguinte interpretação: "nele está representado um anjo que parece preparar-se para se afastar de qualquer coisa que olha fixamente. Tem os olhos esbugalhados, a boca escancarada e as asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Voltou o rosto para o passado. A cadeia de fatos que aparece diante dos nossos olhos é para ele uma catástrofe sem fim, que incessantemente acumula ruínas sobre ruínas e lhes lança aos pés. Ele gostaria de parar para acordar os mortos e reconstituir, a partir dos seus fragmentos, aquilo que foi destruído. Mas do paraíso sopra um vendaval que se enrodilha nas suas asas, e que é tão forte que o anjo já não as consegue fechar. Esse vendaval arrasta-o imparavelmente para o futuro, a que ele volta as costas, enquanto o monte de ruínas à sua frente cresce até o céu. Aquilo a que chamamos o progresso é este vendaval". De acordo com Löwy (2005), o que Benjamin busca, nessa análise, é desmistificar a ideia de "progresso", fixando um olhar marcado por uma dor profunda e inconsolável – mas também por uma profunda revolta moral – nas ruínas que ele produz.

democracia e autoritarismo no campo das práticas punitivas, conforme a discussão que será apresentada ao longo do estudo.

Para a concretização da pesquisa, o método de abordagem empregado foi o fenomenológico (STEIN, 1979), uma vez que o presente estudo não parte da ideia de que exista uma cisão/afastamento entre o sujeito pesquisador (autor do artigo) e o objeto investigado, mas sim do pressuposto de que o primeiro está diretamente implicado no segundo, ou seja, o autor do texto interage com o objeto da pesquisa e sofre as consequências dos seus resultados, o que estabelece um horizonte compreensivo, que se mostra suficientemente fértil e adequado para a discussão da temática objeto desta investigação.

2. Rusche e Kirchheimer e as novas tendências na política penal europeia no início do século XX sob influência do fascismo e do nacional-socialismo

Uma das obras mais caras ao pensamento criminológico, o livro *Punição e estrutura social*, escrito em coautoria por Georg Rusche e Otto Kirchheimer,[2] foi pela primeira vez publicado em 1938.[3] É, no entanto, a partir de sua reedição, em 1968, que a obra é efetivamente incorporada às discussões criminológicas, em uma época convulsionada pelos movimentos sociais antiautoritários (ANITUA, 2008). No livro, os autores buscam demonstrar, a partir de diversos estudos sobre a relação entre crime, meio social e sistema econômico, que eles estão inextricavelmente relacionados.[4] Tanto que, de acordo com Neder (2004, p. 15), o tema central do livro "é menos o cárcere em si, e mais o processo de ideologização subjacente à problemática da punição".

Em uma síntese da discussão central do livro, Anitua (2008, p. 620) destaca que a sua tese principal reside na subordinação dos sistemas punitivos

2. É importante mencionar que o livro não foi escrito na totalidade em conjunto pelos seus dois autores. Os capítulos II ao VIII foram elaborados por Georg Rusche, ao passo que Otto Kirchheimer foi o responsável pela introdução e pelos demais capítulos da obra (NEDER, 2004).
3. De acordo com Neder (2004), esse foi o primeiro livro da Escola de Frankfurt editado, em Nova York, pela Columbia University Press.
4. De acordo com os autores (2004, p. 282), "o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos. A taxa de criminalidade pode de fato ser influenciada somente se a sociedade está numa posição de oferecer a seus membros um certo grau de segurança e de garantir um nível de vida razoável".

concretos às formas de produção concretas, de modo que "o mercado de trabalho constitui o determinante básico da pena", o que pode ser constatado a partir de duas perspectivas: a) o mercado atua "fixando o valor social da vida dos menos capacitados para trabalhar", de forma que, em períodos de abundância de mão de obra observa-se uma política criminal de caráter inflexível e impiedoso, ao passo que, em épocas de crescimento da demanda por mão de obra, verificam-se políticas criminais preocupadas com a preservação da vida e da força de trabalho dos infratores; b) o mercado atua na aplicação de penas a partir da "lei da menor elegibilidade", segundo a qual "as condições de vida carcerárias devem ser sempre piores do que as piores circunstâncias de vida na sociedade livre".

As análises empreendidas por Rusche e Kirchheimer nesse livro influenciaram diversos autores, podendo-se destacar, no cenário internacional, Dario Melossi,[5] Massimo Pavarini (2010)[6] e Michel Foucault (1987)[7]. Entre os brasileiros, Nilo Batista (1983) e Gizlene Neder (1995) foram os principais responsáveis pela disseminação precursora das ideias contidas na obra.

No presente artigo, busca-se apresentar as ideias desenvolvidas pelos autores no penúltimo capítulo da obra, intitulado *Novas tendências na política penal sob o fascismo*, as quais serão utilizadas, na sequência, para cotejar com as tendências que têm sido observadas como características do fenômeno contemporâneo do expansionismo penal. Nesse capítulo – escrito por Kirchheimer –, denuncia-se a derrocada das garantias liberais do direito penal e processual penal sob influência do fascismo e do nacional-socialismo, nas primeiras décadas do século XX. A partir de estatísticas e dados da época – principalmente relacionados às realidades alemã e italiana –, Kirchheimer evidencia que, antes da tutela dos indivíduos em face do arbítrio punitivo estatal – consolidada no decorrer da história das práticas punitivas de corte liberal –, o que se busca

5. De acordo com Anitua (2008, p. 619), foi Melossi o responsável por "rastrear" a trajetória até então obscura de Georg Rusche, em tese de doutorado escrita em 1980 nos EUA: "Melossi descobriu que Rusche se suicidou após ter levado uma vida de peripécias, escapando das perseguições e sofrendo constantes recusas, entre elas a do próprio Instituto de Investigações Sociais que Horkheimer dirigiu em Frankfurt e depois em Columbia – talvez a homossexualidade do autor aqui analisado tivesse 'motivado' essa recusa".
6. Autores responsáveis pela tradução do livro para o italiano (NEDER, 2004).
7. No primeiro capítulo de *Vigiar e punir*, Foucault (1987, p. 27) adjetiva o livro de Rusche e Kirchheimer como um "grande livro", do qual "podemos guardar algumas referências essenciais".

nesse momento é concretizar os objetivos punitivos do Estado. Trata-se de um momento no qual "o processo legal perde a sua função como uma garantia de direitos do indivíduo e assume o caráter de 'um instrumento legal para a realização dos objetivos punitivos do Estado'" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 246).

Nesse sentido, o autor identifica, nos albores do século XX, a consolidação de uma política punitiva severa, pautada pela ideia de austeridade, amparada na manutenção de condições pauperizadas às classes subalternas, o que estava diretamente relacionado à crise econômica pela qual passavam as economias italiana e alemã da época. Evidencia-se, aqui, uma das principais lições extraídas das análises da obra em questão, muito bem apreendida por Foucault (1987, p. 27):

> (...) mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos "negativos" que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções).

No mesmo sentido, Anitua (2008, p. 620) refere que, de acordo com as análises já empreendidas até então por Rusche, "o castigo desempenha uma função positiva (...) na constituição da força de trabalho". Isso porque "a ideia presente no cárcere é a de criar nos presos atitudes e comportamentos propícios ao trabalho e introduzi-los na disciplina fabril".

A partir deste *background*, Kirchheimer (2004, p. 246-247) identifica o ocaso das garantias liberais em ascensão desde o final do século XIII, que se tornam desnecessárias para a proteção e a defesa das classes que ocupam espaços privilegiados de poder, à medida que "a demarcação entre práticas sociais lícitas e ilícitas nos países fascistas é determinada em qualquer caso por um acordo direto com a burocracia". Por outro lado, a classe média passa a compreender que a redução das garantias legais é uma consequência inarredável da manutenção de sua posição social.

Em relação às massas desfavorecidas, considerando que a política econômica alemã do período buscava a manutenção do seu baixo nível de vida, uma estratégia da qual o Estado lança mão, então, é o estabelecimento de uma distinção moral entre os pobres considerados "honestos" e os considerados "desonestos", como forma de legitimação da brutalidade penal dirigida a estes últimos. Nesse sentido:

> (...) às massas são oferecidos os infortúnios de alguns em contrapartida a uma melhora geral em suas condições materiais e felicidade para todos. Esse processo de construção ideológica desempenhou um papel fundamental em todos os períodos críticos da era moderna, como na Revolução Francesa, como Horkheimer já demonstrou. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 247).

Nesse ambiente, o nacional-socialismo alemão acabou por projetar um sistema absolutamente avesso às garantias penais e processuais penais de corte liberal, estabelecendo uma política punitiva que aliava elementos de uma doutrina racista, sustentada em um determinismo biologista, com os princípios retaliatórios da teoria penal alemã clássica (RUSCH; KIRCHHEIMER, 2004). Dentro dessa lógica preventivo-especial, encontra-se a doutrina teleológica, ou da diferenciação das penas, conformadora de um sistema de individualização da pena, e que foi desenvolvida por Von Lizst, no âmbito do denominado "Programa de Marburgo". A partir dessa perspectiva, à pena é atribuída uma tripla função: a) ressocialização para delinquentes adaptáveis; b) neutralização aos delinquentes inadaptáveis; e c) intimidação para os denominados criminosos ocasionais. Acerca do tema, é indispensável – ainda que brevemente, dentro dos limites do presente trabalho – frisar que o resultado dessa concepção é a subjetivação dos tipos delitivos e a diferenciação das penas de acordo com as feições pessoais dos réus, o que marca o momento no qual, na Ciência Penal, passa a ser afirmado o elemento "personalidade" (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008).

Entre as características do sistema de política criminal decorrente do quadro delineado, Kirchheimer (2004) aponta três principais:

a) Retorno da pena de morte: aplicada com frequência contra os oponentes políticos dos regimes fascista nacional-socialista.

b) Demonização do indivíduo delinquente: o crime passa a ser compreendido como uma traição à comunidade, e não como uma manifestação de oposição ao Estado, em um contexto no qual "as demandas sobre o indivíduo crescem na medida em que as condições sociais pioram". Nesse rumo, "o padrão normal de capacidade psicológica torna-se insuficiente" e "o indivíduo não é medido pelas potencialidades de seu vizinho médio, mas por alguma figura idealizada que foi construída" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 252).

c) Supressão da garantia à assistência judicial e das garantias processuais penais: a supressão do direito à assistência judicial na Alemanha nazista representa, na ótica de Kirchheimer (2004), um afastamento das autoridades judiciárias dos valores de ordem social que não mais se harmonizam com a política criminal totalitária, evitando, assim, qualquer discussão sobre a

responsabilidade coletiva da sociedade – própria de uma concepção sociológica de crime – em nome de uma perspectiva de responsabilização individual. Por outro lado, a penologia nacional-socialista evidencia como traço marcante "um desejo de impor limitações severas ao sistema de favores obtidos pelos prisioneiros, assim como uma tendência para o crescimento de exigências para promoção de um estágio a outro" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 262).

No caso específico da Alemanha, Kirchheimer evidencia, também, uma tendência no sentido de aumentar a severidade e o tempo de duração da pena privativa de liberdade. À medida que a separação entre lei e moral, naquele país, "foi substituída por uma convicção moral imediatamente derivada da 'consciência do povo' (*Volksgewissen*)", essa "nova técnica de dominação" passa a "ser introduzida no direito penal através da formulação de concepções como 'bem estar do povo e 'sentimento nacional saudável' como parâmetros normativos oficiais"[8] (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 244-245).

Com isso, o juiz passou a sofrer uma forte pressão no sentido de intensificar as penas e diminuir as solturas, sob a alegação de que a autoridade do Estado precisa ser defendida. Resultado disso, além do declínio dos padrões carcerários – produto da deterioração geral das condições de vida –, é a superpopulação carcerária (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004). Esse problema surge acompanhado de outros dois: a) a inabilidade do Estado em encontrar trabalho produtivo suficiente para os prisioneiros, já que "a crise limitou o trabalho nas prisões mesmo nos países com menos condenados"; b) o consequente arquivamento de qualquer perspectiva de reabilitação, "juntamente com os esforços de preparar o condenado, pelo menos fisicamente, para entrar na luta pela subsistência depois de sua liberação" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 260-261).

Uma vez apresentadas essas tendências punitivas no lastro da implantação e consolidação dos regimes totalitários europeus do entreguerras, busca-se, na sequência, avaliar em que medida aquelas características – mesmo depois do movimento antiautoritário da década de 1960 e da consolidação paulatina das democracias ocidentais – voltam a marcar o processo de expansão do direito penal na contemporaneidade, guardadas as devidas proporções.

8. Segundo os autores (2004, p. 245), "esse processo ajudou consideravelmente a limitar a liberdade de decisão dos juízes, de quem se espera que siga a vontade do grupo politicamente dominante ao interpretar essas concepções. A influência da acusação, sempre latente no processo criminal alemão, foi fortalecida pela legislação em detrimento do poder do juiz e, especialmente, da defesa".

3. A expansão do direito penal na contemporaneidade e a retomada do componente aflitivo do processo e das penas como marcas características da política criminal do nosso tempo

Mesmo que as análises de Kirchheimer (2004), apresentadas no tópico precedente, refiram-se a um contexto histórico bem delineado – ascensão dos regimes totalitários europeus na primeira metade do século XX –, chama a atenção o fato de que as características apontadas pelo autor para evidenciar o retrocesso político criminal que o nacional-socialismo e o fascismo representaram em relação ao modelo de direito punitivo de cariz liberal estão, em boa medida, presentes na contemporaneidade – guardadas algumas especificidades que serão na sequência abordadas –, no bojo daquilo que Silva Sánchez (1999) denomina processo de expansão do direito penal.[9]

Partindo-se de uma concepção de história caracterizada por períodos de avanços e retrocessos (pendular)[10], e não por uma concepção de tempo histórico evolutivo e progressista (linear)[11] (BENJAMIN, 2012; LE GOFF, 1996; TURINI, 2004), a provocação que o presente artigo pretende suscitar, como já salientado nas considerações iniciais, reside na comparação de algumas características do processo de expansão do direito penal na contemporaneidade com aquelas que são típicas de um modelo de Estado totalitário (de exceção).

9. Para uma análise aprofundada sobre os reflexos do fenômeno da expansão do Direito Penal na realidade brasileira, consultar Wermuth (2011).

10. Entende-se, neste trabalho, por perspectiva "pendular" de história aquela que decorre das teses benjaminianas acerca do conceito de história. Para o filósofo judeu, a tarefa do historiador consiste sempre em "trazer à tona novas identidades, fazer uma outra leitura dos documentos, colocar possibilidades novas de diálogo entre presente e passado", o que significa "romper com a concepção mecanicista e linear da história". Trata-se, em síntese, de compreender a história como algo "aberto" e, em virtude disso, como algo que suscita diversas interpretações, de modo que nada do que aconteceu possa ser considerado "perdido" para a história (TURINI, 2004, p. 110).

11. De acordo com Turini (2004, p. 97), a concepção linear de história consolida "a representação de um *tempo contínuo* que determina a relação entre passado e presente: busca-se no primeiro as origens do segundo para justificá-lo e legitimá-lo. A imagem de um tempo vectorial, tempo flecha, é por demais eloquente no sentido de consolidar a ideia de um tempo único, contínuo, homogêneo e irreversível". Por outro lado, essa concepção de história tende a identificar o presente sempre como uma "etapa que avança para melhor, em relação a um passado visto como ultrapassado, atrasado. Coloca-se, então, a perspectiva de que a humanidade evolui inexoravelmente para um fim 'superior' ou 'adiantado'" (TURINI, 2004, p. 98).

Nesse sentido, a partir da análise do conceito de história de Walter Benjamin (2012), parte-se da ideia de que o totalitarismo não representou apenas um "intervalo" provisório que se destinava a desintegrar-se à medida que o progresso retomasse seu curso "natural": pelo contrário, "a opressão e a exclusão, representadas no contexto histórico vivido por Benjamin pelo fascismo, mas de maneira nenhuma estranhas em outros contextos históricos, são a regra e não a exceção na história dos oprimidos" (TURINI, 2004, p. 111). Para Benjamin (2012), o totalitarismo não representou uma "aberração" fadada ao ocaso pelo "progresso" inexorável. Esse progresso como "norma histórica", pelo contrário, era justamente a arma que fortalecia os regimes totalitários.[12]

Na seara das práticas punitivas, assistiu-se, no segundo pós-guerra, a avanços consideráveis no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos, decorrentes da consolidação do sistema global de proteção na esteira da criação da Organização das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como respostas à barbárie que o Holocausto representou (LAFER, 2001). Esse processo foi paulatinamente resultando, também, na formação e consolidação dos sistemas regionais europeu, americano e africano de direitos humanos, responsáveis por avanços na implementação de garantias penais e processuais penais nas regiões sob sua jurisdição. É inegável que as Declarações Universais e Regionais de Direitos Humanos influenciaram de modo positivo as legislações penais dos mais diversos países, a exemplo do que ocorreu, no Brasil, a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969). Ocorre que, em âmbito global – sobretudo nos Estados Unidos e na Inglaterra –, a partir do final da década de 1970 do século passado, volta-se a evidenciar um "giro punitivo" (GARLAND, 2008) alicerçado na ideia de que se faz necessário, em nome de uma maior proteção social, abandonar a cultura penal assistencial característica dos Estados de bem-estar social, fomentando, assim, um retorno ao modelo sancionatório-punitivista. A chamada "Teoria das Janelas Quebradas", formulada originariamente pelos norte-americanos James Q. Wilson e George Kelling em um artigo intitulado *Broken Windows: the police and neighborhood safety*, que foi publicado em 1982 na revista *Atlantic Monthly*, parte da ideia de que:

> (...) um bairro estável de famílias que cuidam de suas casas, cuidem os filhos uns dos outros, que depositem confiança em intrusos indesejados pode mudar, em alguns anos ou mesmo alguns meses, para uma selva inóspita e

12. Daí a leitura alegórica que Benjamin (2012) faz da obra *Angelus Novus*, de Paul Klee, conforme análise empreendida nas considerações finais deste estudo.

> assustadora. Um pedaço de propriedade é abandonado, as ervas crescem, uma janela é esmagada. Os adultos param de repreender crianças turbulentas; as crianças, encorajadas, tornam-se mais agitadas. As famílias se deslocam, os adultos não se mudaram. Os adolescentes se reúnem na frente da loja da esquina. O comerciante pede-lhes que se mudem; eles recusam. As lutas ocorrem. A camada acumula. As pessoas começam a beber na frente do supermercado; a tempo, um embriagado cai na calçada e tem permissão para dormir. Pedestres são abordados por mendigos.[13] (WILSON; KELLING, 1982)

Ao se compreender desordem e crime a partir de um desenvolvimento sequencial, referida teoria deu sustentação à implementação de políticas punitivistas do tipo "tolerância zero" na cidade de Nova York nas últimas duas décadas do século XX, sendo "exportadas" para outros países como uma espécie de panaceia universal no controle da criminalidade e impactando, localmente, no incremento sem precedentes do número de pessoas – negras e pobres – encarceradas (WACQUANT, 2001).

Essas políticas evidenciam que, quando o modelo de intervenção penal subsidiário defendido a partir de um modelo de Estado alicerçado na ideia de bem-estar social entra em colapso, os anteriormente destinatários de medidas sociais passam a permanecer vinculados ao sistema jurídico por meio de normas penais, em um movimento analisado por Wacquant (1999; 2001; 2007) como a substituição do "Estado Social" por um "Estado Penal". Nesse quadro, as instituições estatais assumem funções eminentemente punitivas e repressivas (FARIA, 1997) que são alimentadas, justamente, pela insegurança ocasionada pelo desmantelamento do *Welfare State* e pelos processos de globalização[14], assim como pela intensificação de fluxos comunicacionais e de

13. Tradução livre do original: "a stable neighborhood of families who care for their homes, mind each other's children, and confidently frown on unwanted intruders can change, in a few years or even a few months, to an inhospitable and frightening jungle. A piece of property is abandoned, weeds grow up, a window is smashed. Adults stop scolding rowdy children; the children, emboldened, become more rowdy. Families move out, unattached adults move in. Teenagers gather in front of the corner store. The merchant asks them to move; they refuse. Fights occur. Litter accumulates. People start drinking in front of the grocery; in time, an inebriate slumps to the sidewalk and is allowed to sleep it off. Pedestrians are approached by panhandlers".
14. Parte-se, neste trabalho, da compreensão da globalização como "um fenômeno de intercâmbios, tomada de decisões, mudanças e modelos econômicos; um fenômeno de informação em rede, de expansão de culturas e ideologias que estão 'desterritorializadas' e que – em face à ausência de um único e visível agente político a quem atribuir o controle – se sobrepõem às razões da política, que correm o risco de passar

pessoas (a exemplo da questão migratória na contemporaneidade e a expansão punitiva evidenciada na legislação dos países centrais europeus dela decorrente), bem como pelas sucessivas revoluções tecnológicas que culminam em um modelo de sociedade que, segundo Beck (1998; 2002), é orientada pela lógica do "risco"[15].

Em um modelo de sociedade tal, Silva-Sánchez (1999, p. 29, grifo do autor) identifica uma crescente e irracional canalização de demandas sociais por *proteção* como demandas por *punição*, o que tem por consequência o fenômeno expansionista vivenciado pelo Direito Penal na contemporaneidade: "em medida crescente, a *segurança* se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado, e em particular, o Direito penal devem dar resposta"[16].

E aqui se encontra um primeiro ponto de convergência com as políticas penais totalitárias: o processo expansionista vivenciado pelo Direito Penal de nosso tempo se deve, em boa medida – ainda que não exclusivamente,

---

a ser regionais e setoriais. Portanto, trata-se também de um domínio da economia e de suas possibilidades técnicas sobre as técnicas tradicionais do direito, uma vez que o direito, tradicionalmente, tem sido, sobretudo, um direito nacional, uma técnica de realização de políticas nacionais" (DONINI, 2003, p. 93-94). Tradução livre do original: "un fenómeno de intercambios, toma de decisiones, cambios y modelos económicos; um fenómeno de información en red, de expansión de culturas e ideologías que están 'desterritorializadas' y que – ante la ausencia de un único y visible agente político al que atribuir el control – se superponen a las razones de la política, que corren el riesgo de pasar a ser regionales y sectoriales. Por tanto se trata también de un dominio de la economía y de sus posibilidades técnicas sobre las técnicas tradicionales del derecho, dado que el derecho, tradicionalmente, ha sido sobre todo un derecho nacional, una técnica de realización de políticas nacionales".

15. Indo um pouco além da leitura de Beck, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2008, p. 129-130) compreende que o modelo de sociedade com o qual nos deparamos na contemporaneidade, antes de sociedade do "risco", deveria ser nomeado como sociedade da "incerteza". Segundo o autor, "em um mundo como o nosso, os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não-calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de 'risco' comumente se refere. *Perigos não-calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular,* onde as seqüências interrompidas e a não-repetição de seqüências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente*".
16. Tradução livre do original: "en medida creciente, la *seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado, y en particular, el Derecho penal deben dar respuesta" (SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 29, grifo do autor).

obviamente –, à sua politização, decorrente da imposição da "crença, generalizada na classe política, de que o endurecimento das penas e o incremento dos delitos propicia um maior número de votos" (CORCOY BIDASOLO, 2012, p. 46)[17]. De acordo com Donini (2003, p. 102), o uso político da ideia de prevenção implica a não observância de investigações empíricas sobre a capacidade de outros sistemas ou outras técnicas alternativas às penas, em um contexto no qual "a criminalização se erige em instrumento de propaganda política da ideia de segurança e de pedagogia coletiva orientada para o respeito de técnicas, regras ou papeis sociais"[18].

Um Direito Penal que se transforma em "arma política" (ALBRECHT, 2000) não está mais preocupado com questões atinentes à sua legitimação. Os "custos" das medidas "inovadoras" apresentadas – invariavelmente geradoras de violações a direitos e garantias fundamentais, como se demonstrará na sequência – são relegados à condição de "desculpas desresponsabilizantes", que não se coadunam com um modelo de Direito Penal "feito para o público", produto da atividade de um "legislador *cool*" – na léxica de Zaffaroni (2007).

Para a sustentação de um modelo alicerçado em flexibilização/supressão de garantias, a demonização do indivíduo delinquente é uma estratégia largamente utilizada, permitindo, novamente, um paralelo das políticas contemporâneas com um dos traços essenciais do Direito Penal dos regimes totalitários europeus do início do século XX. A compreensão do crime como uma traição a toda a comunidade em um contexto no qual as demandas sobre o indivíduo voltam a crescer paralelamente à piora das condições sociais que o cercam é consequência inarredável do processo de enxugamento das políticas de bem-estar social. As causas coletivas da criminalidade, segundo Wacquant (2001, p. 62), passam ao "nível de 'desculpas'", de modo a justificar sanções individuais que:

> (...) seguras de não ter influência sobre os mecanismos geradores de comportamentos delinquentes, são incapazes de ter outras funções senão a de reafirmar a autoridade do Estado no plano simbólico (com vistas a objetivos eleitorais) e reforçar seu setor penal no plano material, em detrimento de seu setor social.

17. Tradução livre do original: "creencia, generalizada en la clase política, de que el endurecimiento de las penas y el incremento de los delitos propicia un mayor número de votos" (CORCOY BIDASOLO, 2012, p. 46)

18. Tradução livre do original: "la criminalización se erige en instrumento de propaganda política de la idea de seguridad y de pedagogía colectiva orientada al respeto de técnicas, reglas o roles sociales" (DONINI, 2003, p. 102).

Como assevera Pilatti (2016):

> (...) fomentar o medo para vender segurança é uma fórmula tão antiga quanto disseminada", já que "não é difícil instrumentalizar um sentimento tão poderoso e paralisante para legitimar mais controle, mais vigilância, mais repressão, maior relativização de direitos e garantias, maior rigor penal e penitenciário.

Em um contexto tal, parte-se de uma simplificação do discurso jurídico-penal, de modo que o delito passa a ser apresentado como um simples problema de oferta e demanda, a partir do qual a pena opera como um mecanismo de estabelecimento de preços: quanto mais elevado o preço (castigo), menor o número de delitos (GARLAND, 2008). No mesmo sentido, a utilização de métodos estatísticos passa a ocupar o lugar de métodos clínicos para determinar diferentes níveis de atuação criminal relacionados a certos grupos. No marco do que se tem denominado "atuarismo penal", a avaliação de riscos, algoritmos e construção de perfis criminais passam a permear o campo da criminalidade e da punição, e essa tendência pode ser identificada – no caso norte-americano com maior intensidade – em vários outros contextos de direito penal: aumento da popularidade da ideia de incapacitação seletiva, utilização da avaliação de risco para fixação de fiança, previsões de periculosidade futura na sentença capital e as notórias leis do tipo "*three-strikes*" aprovadas na Califórnia e em outros lugares (HARCOURT, 2007; BRANDARIZ GARCÍA, 2016).

Na esteira da politização do Direito Penal e da simplificação do discurso jurídico-penal que lhe subjaz, observa-se uma preocupação cada vez maior com os "interesses da vítima". De acordo com Corcoy Bidasolo (2012), esse processo tem subvertido a ideia de que o Direito Penal é a "carta magna" do delinquente, visto que princípios clássicos como o *in dubio pro réu* e a presunção de inocência são convertidos paulatinamente em *in dubio pro vítima* e presunção de culpabilidade. Outrossim, o autor salienta que as finalidades preventivas que a doutrina atribui majoritariamente ao Direito Penal estão deixando espaço para concepções retributivas, de modo que se pode afirmar que a vingança como forma de "reparação" à vítima está por trás das agendas políticas.

Isso contribui para uma espécie de "encruzilhada" na qual Díez Ripollés (2007) vislumbra a política criminal contemporânea, uma vez que a relação entre a vítima e o delinquente passa a ser compreendida como um jogo de soma zero. Nesse jogo, qualquer medida que represente o fortalecimento das garantias processuais ou concessão de benefícios penitenciários ao acusado passa a ser compreendida como um agravo ou ofensa à vítima (GARLAND, 2008). Produz-se, nessa lógica, a ideia de que o respeito às garantias do réu

produz lassidão na resposta estatal ao delito, fomentando, reflexamente, a prática de novos crimes.

Com isso, fortalece-se a ideia de que é preciso subverter essa lógica, considerada o "estopim" da escalada da criminalidade. E isso se dá por meio da flexibilização de garantias, que passam a ser relacionadas a "entraves" que inviabilizam a ideia de eficiência (WEDY, 2016) que se espera dos aparelhos repressivos dos Estados na "cruzada moral" que se estabelece em relação ao tema do controle da criminalidade. Atrelada à noção de eficiência, está a noção de "prevenção", que, como observa Hassemer (1992, p. 239), de um "objetivo colateral do Direito Penal clássico, tem se transformado no paradigma dominante"[19], dificultando, assim, a observância dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, já que os fins parecem justificar, cada vez mais, os meios.

Novamente, como apontado por Kirchheimer (2004) em relação aos regimes totalitários europeus, o direito penal e o direito processual penal perdem a sua função de garantias do indivíduo em face do arbítrio punitivo estatal, transmutando-se em meros instrumentos para a realização dos objetivos – populistas – punitivos do Estado. Hassemer (1992, p. 42), a propósito, refere que os âmbitos nos quais se concentra o Direito Penal moderno tem pouco a ver com o indivíduo e muito a ver com as instituições ou com o Estado: "o princípio de proteção de bens jurídicos se transforma no Direito Penal moderno em proteção de instituições"[20].

Conjugando as ideias de "eficiência" e de "prevenção", apontadas como reitoras do processo de expansão punitiva na contemporaneidade, busca-se, na sequência, delinear algumas características desse processo, primeiramente no campo do Direito Penal:

a) Introdução de novas figuras típicas e a criação de (novos) setores inteiros de regulação: a título de exemplos, podem ser aqui mencionados, em âmbito internacional, a utilização cada vez mais frequente do Direito Penal como coadjuvante no controle de fluxos migratórios por países centrais da União Europeia[21] e, em âmbito doméstico, a preocupação com o fenômeno do "crime

19. Tradução livre do original: "objetivo colateral del Derecho Penal clásico, se ha transformado en el paradigma dominante" (HASSEMER, 1992, p. 239).

20. Tradução livre do original: "el principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones" (HASSEMER, 1992, p. 42).

21. Nesse sentido, especificamente sobre os casos espanhol e italiano, consultar: De Lucas (2005), Martínez Escamilla (2007) e Donini (2009).

organizado", que resultou na promulgação da Lei 12.850/2013[22] (que busca definir o que são organizações criminosas, bem como estabelecer medidas de maior eficiência no combate a esse modo específico de criminalidade, notadamente no que se refere aos meios de obtenção de prova, estabelecendo medidas como a infiltração de agentes, a ação controlada e a colaboração premiada).

b) Endurecimento das sanções (ou consequências) penais para os tipos já existentes: tendência verificada, no Brasil, desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990)[23] e suas sucessivas alterações, passando pela edição da recente Lei 13.104/2015[24] (que estabelece o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, incorporando-o, reflexamente, ao rol dos crimes hediondos) e da Lei 13.142/2015[25] (a qual, além de outras condutas correlatas, também introduziu uma qualificadora no crime de homicídio, quando este for praticado contra agentes da segurança pública, no geral, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão do parentesco, transformando, também reflexamente, este delito em crime hediondo). Em âmbito internacional, novamente relacionado ao tema da imigração irregular, pode-se citar como exemplo, aqui, a recente alteração do art. 89 do Código Penal Espanhol[26], que prevê a possibilidade de que as penas de prisão de mais de um ano impostas a um cidadão estrangeiro sejam substituídas por sua expulsão do território espanhol (apartado 1), e o imigrante expulso não poderá regressar à Espanha em um prazo que pode variar entre cinco e dez anos a contar da data da expulsão. No mesmo sentido, a Itália criminaliza, com pena de multa ou de prisão em certas condições de gravidade, o ato de atravessar irregularmente suas fronteiras, conforme prevê a Lei 125, promulgada em julho de 2008, que introduziu um novo parágrafo (11-*bis*) no artigo 61 do Código Penal italiano, estabelecendo uma circunstância de agravamento de pena para o delito praticado por um imigrante em situação irregular.

22. Inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm]. Acesso em: 23.02.2017.
23. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm]. Acesso em: 23.02.2017.
24. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm]. Acesso em: 23.02. 2017.
25. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13142.htm]. Acesso em: 01.03. 2017.
26. Inteiro teor disponível para *download* em: [https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.02.2017.

c) Flexibilização dos princípios de imputação e adiantamento das barreiras de proteção: essa tendência se evidencia principalmente por meio da criação dos chamados delitos de perigo abstrato, ou seja, aqueles delitos por meio dos quais se tenciona evitar a concretização de um dano efetivo (real, concreto) ao bem tutelado diante de situações específicas nas quais se presume este dano independentemente do efetivo perigo ou lesão (ROXIN, 1997), a exemplo, no Brasil, da tipificação de condutas como o porte ilegal de arma de fogo (arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003)[27], de embriaguez ao volante (art. 306 da Lei 9.503/1997)[28] e do usuário de drogas (art. 28 da Lei 11.343/2006)[29].

A proliferação de delitos de perigo abstrato nas legislações penais de diversos países configura aquilo que Hassemer (1992) chama de transformação do Direito Penal em uma espécie de "*soft law*", ou seja, um meio de solução de conflitos que não se percebe distinto de outros meios, o que o transforma em um Direito Penal meramente simbólico[30]. Por outro lado, esta técnica representa, evidentemente, uma infração ao princípio da lesividade (ou antijuridicidade material), uma vez que impede a diferenciação entre infrações penais e administrativas.

d) A introdução, nos tipos penais, de cláusulas genéricas e abstratas: a criação de figuras típicas onicompreensivas, com múltiplos verbos nucleares, é uma tendência nas legislações penais contemporâneas. Um exemplo, no Código Penal espanhol[31], pode ser encontrado no art. 318-*bis*, que estabelece, em

27. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm]. Acesso em: 23.02.2017.
28. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm]. Acesso em: 23.02.2017.
29. O inteiro teor da referida Lei pode ser consultado em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm]. Acesso em: 28.03. 2017.
30. Em que pese se tratar de um modelo de Direito Penal simbólico, não se pode olvidar das suas consequências concretas. Em relação aos delitos aqui mencionados a título de exemplos, levantamento realizado pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo revela que, na data base de 18 de junho de 2015, havia, apenas no Estado de São Paulo, 3.077 pessoas presas por porte ilegal de armas (SÃO PAULO, 2015). Já o Comando de Policiamento de Trânsito de São Paulo revela que, entre o período compreendido entre os mesos de janeiro a setembro de 2015, foram presas 243 pessoas com base no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (ARCO-VERDE, 2015).
31. Inteiro teor disponível para *download* em: [https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1]. Acesso em: 23.02.2017.

seu apartado 1, uma pena de multa de três a doze meses ou prisão de três meses a um ano a quem ajudar, intencionalmente, uma pessoa que não seja nacional de um Estado membro da União Europeia a entrar no território espanhol ou a transitar por ele de modo a vulnerar a legislação acerca da entrada ou trânsito de estrangeiros; o apartado segundo deste dispositivo pune com pena idêntica o indivíduo que ajudar, intencionalmente e com ânimo de lucro, uma pessoa que não seja nacional de um Estado membro da União Europeia a permanecer na Espanha, vulnerando a legislação sobre a estada de estrangeiros no país. No Brasil, um exemplo desse tipo de técnica legislativa pode ser encontrado na já referida Lei 12.850/2013, que versa sobre o crime organizado, bem como na Lei 9.605/1998[32], quando estabelece, em seu art. 54, a criminalização da conduta de causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana.

e) A proliferação de normas penais em branco: no Brasil são inúmeros os exemplos de normas penais em branco esparsas na legislação penal infraconstitucional. As mais emblemáticas para a finalidade do presente trabalho podem ser encontradas na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), cujos artigos 56 e seguintes exigem complementação por outras fontes[33], assim como o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06[34] – que versa, entre outros temas, sobre o tráfico ilícito de entorpecentes –, visto que a adequação típica do referido delito depende de complemento de lei ou listas administrativas expedidas pelo Poder Executivo, uma vez que somente é considerada substância entorpecente ou produto capaz de causar dependência os que estiverem especificados na Portaria 344/1998[35], da Anvisa.

No campo processual penal, também se observam alterações legislativas – e jurisprudenciais – comprometidas com a ideia de eficiência e prevenção, repristinando, não raro, um ideal inquisitivo de processo, como nos casos:

a) Da relativização de princípios como o da presunção de inocência: no Brasil, o julgamento do Habeas Corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), representou uma subversão completa

32. Inteiro teor disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm]. Acesso em: 23.02.2017.

33. Sobre o tema consultar Fornasier e Wermuth (2015).

34. Inteiro teor disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm]. Acesso em: 23.02.2017.

35. Inteiro teor disponível em: [www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2]. Acesso em: 23.02.2017.

do texto constitucional (art. 5º, LVII, CF/88), tendo em vista que, ao denegar a ordem, entendeu a Corte que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Segundo o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal em segundo grau encerra a análise de fatos e provas da culpabilidade do acusado, porque os recursos cabíveis ao Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal se prestam apenas a discutir matéria de direito[36]. No mesmo sentido, em março de 2017, a Primeira Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 118.770/SP, cassou a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, acolhendo a tese do Ministro Luiz Roberto Barroso segundo a qual a condenação pelo Tribunal do Júri abala fortemente a presunção de inocência, de modo que fica, nesses casos, autorizado o imediato início da execução penal[37]. Trata-se de uma decisão que, na ótica de Moreira (2017), afigura-se como absurda, uma vez que "viola a Constituição Federal, transgride o princípio da presunção de inocência e tergiversa com a liberdade humana, ignorando os princípios de um Processo Penal Democrático", razão pela qual se pode afirmar que conforma um modelo de processo "fascista e autoritário".

b) Da utilização de meios de prova invasivos e violadores de direitos fundamentais: cada vez mais, no âmbito processual penal, estão sendo introduzidas provas que, para serem produzidas, precisam de sigilo, rareando as chances e estratégias de defesa e colocando, no caso brasileiro, por terra o princípio constitucional que veda a autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF/88). É o caso da coleta compulsória de material genético (DNA)[38], instituída por meio da Lei 12.654/2012[39], das análises químicas e psicológicas, entre outras intervenções corporais, do *thermal imaging*, da leitura labial, das interceptações ambientais, dos agentes infiltrados e outras medidas instituídas pela já referida Lei 12.850/2013. Todas essas medidas afrontam a ideia de que o direito ao

36. O inteiro teor do voto do Min. Teori Zavascki pode ser consultado em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246]. Acesso em: 21.01.2017.

37. O inteiro teor do voto do Min. Luiz Roberto Barroso pode ser acessado em: [https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/03/Condenac%CC%A7a%CC%83o-pelo-ju%CC%81ri-HC-118-770_10mar2017.docx.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.

38. Sobre o tema consultar Callegari, Wermuth e Engelmann (2012).

39. Inteiro teor disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm]. Acesso em: 24.02.2017.

silêncio visa a "proteger o mais fraco no curso do processo penal", de modo que, por meio dele, "haveria não apenas a preservação de garantias, aliás, de uma garantia fundamental, como também uma eficiência processual na busca da justiça", considerando que "a verdade, pretendida pelo processo, não estaria a atropelar direitos fundamentais" (WEDY, 2016, p. 328).

c) Da utilização da colaboração premiada e a antecipação da punição por meio de acordos e barganhas entre acusação e defesa: a primeira medida vem sendo utilizada em larga escala no Brasil, sendo alvo de severas críticas por Lopes Jr. e Rosa (2014), que a compreendem como um veículo de transformação da investigação e do processo em "meio difamatório generalizado, com notícias parciais e inimigos vendidos ao mercado da mídia imaginária e manipuladora".

Por outro lado, a barganha é objeto de projetos de Lei do Senado Federal 156/2009 (reforma do Código de Processo Penal) e 236/2012 (reforma do Código Penal), e em ambos os projetos são introduzidas possibilidades de consenso, por meio de acordos pelos quais o Ministério Público induz o indivíduo a confessar sua culpa e renunciar ao seu direito a um julgamento, em troca de uma sanção penal mais branda do que aquela que eventualmente seria aplicada ao fim do processo (LANGBEIN, 1978).

Sobre o tema, não se pode deixar de considerar, na esteira de Wedy (2016, p. 356), que os institutos ora analisados se destinam, como regra, "para aquela criminalidade mais aquilatada economicamente", ou seja, trata-se de instrumentos elitistas característicos de "um sistema que privilegia sua adoção apenas em situações especiais e em crimes especiais, como nos casos de lavagem de dinheiro, de crimes tributários e de delitos relacionados ao comércio de estupefacientes e de corrupção".

Por fim, no campo da execução penal, assiste-se à criação de normas que visam a dificultar o acesso do acusado a benefícios penitenciários, bem como a tornar a execução da pena o mais aflitiva possível – para além das condições caóticas em que o sistema penitenciário brasileiro se encontra –, por exemplo, por meio do chamado Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei 10.792/2003[40].

Dentro dos limites deste trabalho, foram analisadas algumas características do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal na contemporaneidade – notadamente aquelas em relação às quais se pode traçar um paralelo com as apontadas na obra de Rusche e Kirchheimer –, de forma a demonstrar o

40. Inteiro teor disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm]. Acesso em: 23.02.2017.

movimento pendular da história entre autoritarismo e democracia no que se refere às práticas punitivas.

Referidas características consubstanciam, na lição de Baratta (2000, p. 41), um retorno às formas de processo pré-modernas a partir das quais o próprio processo é responsável pela criação tanto da prova quanto do sujeito criminoso. Com isso, ele acaba se transformando na pena principal, quando inserido em um modelo totalitário de política criminal que, na linguagem do autor, configura uma "suave inquisição", em conflito com o sistema liberal e democrático correspondente à legalidade constitucional.

Com efeito, assiste-se na contemporaneidade à consolidação de um modelo de política criminal de exceção, "cujo fundamento de conter as mazelas sociais e brindar os privilegiados consumidores com segurança, encontra antecedente histórico nas ditaduras" – como assevera Rosa (2013). Nesse marco:

> (...) plenos poderes, apreensões de averiguação, prisão provisória de regra, tortura (psicológica, física e química)[41], tudo passa a ser justificado em nome de um argumento cínico maior: o "bem comum", consistente na segurança de todos, inclusive de quem está sendo apreendido e, eventualmente, excluído. (ROSA, 2013).

Especificamente no caso brasileiro, as medidas punitivistas gestadas nas últimas décadas têm produzido – como na Alemanha nazista e na Itália fascista do entreguerras – uma superpopulação carcerária,[42] colocando o País na terceira posição do *ranking* internacional no que se refere ao número de pessoas presas (BRASIL, 2015). Paralelamente, as condições de vida no cárcere brasileiro tornam-se cada vez mais desumanas, fazendo com que o País seja reiteradamente denunciado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos – *ex vi* dos casos Pedrinhas/MA (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014)

41. Sobre o tema, consultar o Relatório "Tortura blindada" (Conectas Direitos Humanos, 2017), que aborda o tema da tortura e dos maus tratos e do absoluto descaso das instituições (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) com a sua apuração e punição, a partir da experiência das audiências de custódia no Foro da Barra Funda, em São Paulo/SP.

42. Somente no Estado de São Paulo, "no período de 1º de janeiro de 2011 a 31 de julho de 2015, a Secretaria da Administração Penitenciária incluiu em suas unidades penais (...), 497.393 presos. Somente nos primeiros sete meses de 2015, foram incluídas 65.617 pessoas presas no sistema penitenciário paulista, o que representa inclusão média mensal na ordem de 9.373 presos ou inclusão média diária de 312 presos" (SÃO PAULO, 2015).

e Presídio Central de Porto Alegre/RS (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2013) – em virtude da situação caótica nas quais se encontram as penitenciárias do País.

Nesse sentido, convém salientar que o perfil da população carcerária nacional, composta, majoritariamente, de homens jovens, negros e pobres,[43] também evidencia – como a clássica lição de Rusche e Kirchheimer – que a prisão, antes de uma instituição disciplinar, em uma época na qual enormes contingentes humanos não são mais úteis ao sistema de produção, transforma-se em um local destinado àqueles sujeitos considerados inservíveis ao modelo de produção/sociedade vigente.

E, nesse ponto, novamente a aproximação das condições dos apenados brasileiros contemporâneos com aquelas denunciadas por Kirchheimer nas penitenciárias dos regimes totalitários europeus é evidente. Isso porque os sujeitos que são majoritariamente perseguidos pelo sistema punitivo brasileiro, quando lançados no ambiente prisional, transformam-se em "vidas nuas", ou seja, vidas desprovidas de qualquer resquício de dignidade humana e que, em razão disso, podem ser impunemente eliminadas do tecido societal. A situação caótica do sistema carcerário brasileiro revela-se como uma situação de "campo", ou seja, um espaço anômico no qual uma violência sem precedentes ceifa aquelas vidas consideradas indignas de serem vividas (AGAMBEN, 2004, 2010) – o que se evidencia, por exemplo, a partir das rebeliões ocorridas no âmbito de algumas penitenciárias da região Norte do País no início do ano de 2017.

Nesse sentido, Ruiz (2012, p. 19) salienta que "embora nem todas as formas de campo [sejam] igualmente cruéis, todas elas se conectam pelo objetivo de controlar a vida de populações indesejadas". Populações essas que passam a

43. Essa constatação encontra-se estatisticamente comprovada no recente relatório intitulado *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. O documento revela que a população carcerária, do ano de 2005 a 2012, deu um salto de 74%, agravando a superlotação das penitenciárias do País, e, do total de reclusos, 40% são presos provisórios. No que concerne ao gênero, a presença de homens prevalece e enorme parcela de reclusos nem sequer completou o ensino médio. Referente à faixa etária, o relatório evidencia que a população carcerária é extremamente jovem: 54% dos encarcerados possuem idade entre 18 e 24 anos. Por fim, em relação à cor da pele, o estudo aponta que 60% do universo prisional é composto de pessoas negras, mesmo em se tratando de um país no qual a população branca é nove vezes maior que a negra. O relatório elenca, ainda, os principais tipos de crimes cometidos: 49% são crimes contra o patrimônio, 25% envolvem tráfico de drogas e 11,9% são crimes contra a pessoa (BRASIL, 2015).

viver uma vida "nua", alijada de qualquer resquício de dignidade, tal qual o *homo sacer* agambeniano,[44] ou seja, aquele indivíduo que, no direito romano arcaico, "por ser tipificado legalmente como homem sagrado, poderia ser morto por qualquer um sem que tal morte constituísse um delito, desde que tal morte não fosse o resultado de um sacrifício religioso ou de um processo jurídico" (DUARTE, 2010, p. 278).

Na esteira de Walter Benjamin, portanto, pode-se afirmar, com Agamben (2004), que o estado de exceção enquanto forma de governo continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias, quando atinge exatamente seu máximo desdobramento planetário. Daí a atualidade do pensamento de Rusche e Kirchheimer para a compreensão da política criminal – e do consequente estado de exceção que a ela subjaz – totalitária do nosso tempo.

4. Considerações finais

Este estudo, partindo de uma concepção de história pendular e, portanto, não evolutiva e progressista (linear), buscou realizar uma comparação de algumas características do processo de expansão do direito penal na contemporaneidade com aquelas que são típicas de um modelo de Estado totalitário (de exceção). Para tanto, utilizou-se, em um momento inicial, das análises de Rusche e Kirchheimer (2004) acerca das relações entre punição, estrutura social e economia, para demonstrar como, em períodos de crise (da democracia, das instituições, da economia), as políticas punitivas enveredam para o repressivismo e o autoritarismo, sendo marcadas por uma noção de pena centrada em seu componente aflitivo.

Nesse sentido, as ideias desenvolvidas por Kirchheimer no penúltimo capítulo da obra *Punição e estrutura social* foram utilizadas para traçar um paralelo com as tendências que têm sido observadas como características do fenômeno contemporâneo do expansionismo penal, as quais se encontram em posição diametralmente oposta às diretrizes punitivas que são próprias do exercício do

44. De acordo com Agamben (2010, p. 90), "aquilo que define a condição do *homo sacer* (...) não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência, a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio".

jus puniendi em um Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere ao princípio da igualdade.

Com efeito, como se demonstrou na parte final do estudo, essas características do expansionismo penal significam, invariavelmente, um movimento de retomada do repressivismo em relação àquelas pessoas que, pauperizadas, ocupam espaços marginais na organização das sociedades contemporâneas e, reflexamente, transformam-se em alvos preferenciais da intervenção punitiva. Com isso, busca-se legitimar um modelo de política criminal que "naturaliza" a existência de cidadãos de primeira, segunda e, não raro, terceira classe – a exemplo do que se tem observado em relação à implementação do Direito Penal como coadjuvante das políticas (xenofóbicas) de controle de fluxos migratórios por alguns países da União Europeia e à seletividade étnico-racial que marca indelevelmente o sistema penal brasileiro desde os primórdios de sua história.

Nesse sentido, assim como o anjo da história benjaminiano (2012), o pavor que as experiências totalitárias europeias provocam ao "olharmos para trás" na história (da humanidade e das práticas punitivas que lhe subjazem) arregala os olhos de quem vê, impelido pelo "vento do progresso", as mesmas atrocidades sendo cometidas nas sociedades da insegurança contemporâneas. Nesse âmbito, o direito e o processo penal, impelidos pelo "vento" produzido pelas ideias de "eficiência" e "prevenção" que caracterizam o fenômeno expansivo, precisam voltar o olhar para o passado e para os corpos deixados no lastro da sua intervenção violenta e seletiva. O desafio que se coloca, nesse contexto, reside em como enfrentar esse vendaval. O estarrecimento e o arregalar dos olhos pode ser um primeiro passo.

5. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos Maria Romeu. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARCOVERDE, Leo. *Prisões por embriaguez ao volante mais que triplicam em São Paulo*. 2015. Disponível em: [www.fiquemsabendo.com.br/2015/10/

prisoes-por-embriaguez-ao-volante-mais-que-triplicam-em-sao-paulo]. Acesso em: 23.02.2017.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: MENDONÇA, Elça. *Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: OAB/RS Pesquisa, 1983.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Las tecnologías punitivas de carácter gerencial y actuarial: hacia una crítica del sistema penal del presente. In: WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; FORNASIER, Mateus de Oliveira. *Direitos humanos, tecnologia e sociedade*. Ijuí: Unijuí, 2016. p. 97-138.

BRASIL. *Mapa do encarceramento*: os jovens do Brasil. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nova modernidad. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito de história*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo, 2017. Disponível em: [www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf]. Acesso em: 15.03.2017.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, Viña del Mar, n. 8, p. 45-76, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 14/2013*. Medida Cautelar 8-13. Assunto: pessoas privadas de liberdade no "Presídio Central de Porto Alegre", Brasil. 30.12.2013. Disponível em: [www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf]. Acesso em: 09.01.2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas provisórias a respeito do Brasil*. Assunto: Complexo Penitenciário de Pedrinhas, 2014. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf]. Acesso em: 09.01.2017.

DE LUCAS, Javier. Nuevas estrategias de estigmatización. El derecho frente a los inmigrantes. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.). *Mutaciones de Leviatán*: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005. p. 205-219.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. *Nuevo Foro Penal*, n. 65, p. 92-119, 2003. Disponível em: [http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3831]. Acesso em: 20.02.2017.

DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de "objeto material" a "tipo de autor" en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009.

DUARTE, André. *Vidas em risco*: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Florence Universitária, 2010.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Revista Estudos Avançados*. Disponível em:[www.scielo.br/scielo]. Acesso em: 19.02.2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 5. ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Poluição por nanopartículas, responsabilidade penal ambiental e princípio da legalidade: reflexões acerca da complementação da norma penal em branco da lei de crimes ambientais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 3, p. 189-216, 2015.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*: profiling, policing and punishing in an actuarial age. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 45, mês 1, p. 235-250, 1992. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402]. Acesso em: 12.02.2017.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão. 4. ed. Campinas: Unicamp, 1996.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Limite penal: quando a delação premiada funciona como máquina de lama. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 21.11.2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-nov-21/limite-penal-quando-delacao-premiada-funciona-maquina-lama]. Acesso em: 24.02.2017.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*: un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Barcelona: Atelier, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (Século XVI-XIX). Trad. Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O júri, a presunção de inocência e, como sempre, os fascistas de plantão...*, 2017. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/o-juri-a-presuncao-de-inocencia-e-como-sempre-os-fascistas-de-plantao/#_ftn1]. Acesso em: 28.03.2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

NEDER, Gizlene. Nota introdutória à edição brasileira. In: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PILATTI, Adriano. Expansão do medo aumenta mecanismos de controle e vigilância. *Revista IHU Online*. Disponível em: [www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6655&secao=495]. Acesso em: 20.02.2017.

ROSA, Alexandre Morais da. McDonaldização do processo penal e analfabetos funcionais. *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais]. Acesso em: 28.02.2017.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. *Cadernos IHU*, São Leopoldo, ano 10, n. 39, 2012.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Levantamento presos x delitos*. 2015. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf]. Acesso em: 23.02.2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: SOBRE a essência do fundamento: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores)

TURINI, Leide Alvarenga. A crítica da história linear e da ideia de progresso: um diálogo com Walter Benjamin e Edward Thompson. *Educação e Filosofia*, v. 18, n. 35-36, p. 93-125, jan.-dez. 2004.

WACQUANT, Loïc. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 39-50, 1999.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal*: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WILSON, James Q.; KELLING, George. Broken Windows: The police and neighborhood safety. *Atlantic Monthly*, New York, March 1982. Disponível em: [www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465]. Acesso em: 09.02.2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 53/9-37 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/321-344 (DTR\2005\871); e
- Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito, de Rodrigo Sánchez Rios – *RT* 847/406-418 (DTR\2006\339).